

# **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

PRIMEIRAS PÁGINAS

## **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO - ED. ESPECIAL**

# **COMISSION EVALUADORA INTERNACIONAL DE LOS TRABAJOS PRESENTADOS EN ESTE NÚMERO ESPECIAL**

Coordenação

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Thereza Christina Nahas


© desta edição [2019]

Thomson Reuters Brasil

Juliana Mayumi Ono  
*Diretora responsável*

Rua do Bosque, 820 - Barra Funda  
Tel.: 11 3613-8400 - Fax: 11 3613-8450  
CEP 01136-000 - São Paulo

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).



Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais  
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: [sacrt@thomsonreuters.com](mailto:sacrt@thomsonreuters.com)

e-mail para submissão dos originais: [aval.livro@thomsonreuters.com](mailto:aval.livro@thomsonreuters.com)

Conheça mais sobre Thomson Reuters: [www.thomsonreuters.com.br](http://www.thomsonreuters.com.br)

Acesse o nosso eComm

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Fechamento desta edição: [18.04.2019]



ISSN 0102-8774

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

CAPA

Capa

# REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO RDT

ESPECIAL CIELO LABORAL 2018 - URUGUAY

COORDENAÇÃO:

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO  
THEREZA CHRISTINA NAHAS

CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y GLOBALIZACIÓN  
LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO, LA SALUD Y LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

■ Directoras de este número especial:

- Lourdes Mella Méndez. Coordinadora General de la Red Internacional CIELO Laboral
- Thereza Nahas. Miembro del Comité Científico de la Red Internacional CIELO Laboral. Coordinadora de la Revista de Direito do Trabalho (RDT)

■ Subdirectora de este número especial

- Silvia Fernández Martínez. Secretaria General de la Red Internacional CIELO Laboral

■ Coordinador de este número especial:

- Duarte Abrunhosa e Sousa. Comité Ejecutivo de la Red Internacional CIELO Laboral

**CIELO**

COMUNIDAD para la INVESTIGACIÓN  
y el ESTUDIO LABORAL y OCUPACIONAL

*Todos vivimos bajo el mismo cielo, pero no todos tenemos el mismo horizonte*



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**



## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

COMISIÓN EVALUADORA INTERNACIONAL DE LOS TRABAJOS PRESENTADOS  
EN ESTE NÚMERO ESPECIAL

### **Comisión evaluadora internacional de los trabajos presentados en este número especial**

Comisión evaluadora internacional de los trabajos presentados en este número especial

A efectos de garantizar la calidad de la publicación, la Red Internacional CIELO laboral nombró una Comisión internacional encargada de la evaluación anónima y selección de los trabajos a publicar en la Revista *Direito do Trabalho* (Brasil).

La Red CIELO agradece a los miembros de la mencionada Comisión su desinteresado trabajo y colaboración.

Por la OIT:

-María Luz Vega,

-Coordinadora de la *Iniciativa sobre el Futuro del Trabajo* de la OIT,

Por ITALIA:

-Prof,

-Michele Tiraboschi,

-Catedrático de Derecho del Trabajo,

-Universidad de Módena y Reggio Emilia.

Por FRANCIA:

-Prof,

-Rafael Encinas de Munagorri,

-Catedrático de Derecho del Trabajo,

-Universidad de Nantes.

Por PORTUGAL:

-Prof,

-Catarina de Oliveira Carvalho,

-Profesora de Derecho del Trabajo,

-Universidad Católica Portuguesa,

Por ESPAÑA:

-Prof,

-José Luis Gil y Gil,

-Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,

-Universidad de Alcalá de Henares,

Por URUGUAY:

-Prof,

-Juan Raso,

-Catedrático de Derecho del Trabajo,

-Universidad de la República.

Por CHILE:

-Prof,

-Rodrigo Palomo Vélez,

-Profesor de Derecho del Trabajo,

-Universidad de Talca.

Por BRASIL:

-Thereza Nahas,

-Doctora en Derecho por España,

-Jueza del Tribunal Regional del Trabajo de São Paulo.

# Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

## PRÓLOGO

### Prólogo

**Lourdes Mella Méndez,**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social.

Coordinadora General de la Red Internacional CIELO Laboral

Es para mí un honor escribir el prólogo de este número especial, en acceso abierto, de la prestigiosa Revista *Direito do Trabalho* de Thomson Reuters (Brasil).

Dicho número especial publica una selección de los trabajos presentados en el *II Congreso Mundial de la Red Internacional CIELO Laboral*, celebrado en Montevideo (Uruguay) en octubre de 2018.

Siguiendo los contenidos debatidos en el referido Congreso Mundial, los trabajos aquí publicados se agrupan en seis grandes bloques temáticos.

El primero de ellos es el relativo al impacto de la Cuarta Revolución Industrial en el mercado de trabajo, con especial atención a los efectos que la introducción de las novísimas tecnologías digitales, la inteligencia artificial y la robótica está generando en el empleo y la forma de trabajar y, en definitiva, en la manera de producir bienes y servicios en la sociedad actual.

Especialmente preocupante es la presencia de los robots en el ámbito del trabajo, que -en cuanto máquinas electromecánicas o virtuales capaces de automatizar con eficacia un sinnúmero de tareas- pronto se harán imprescindibles por doquier.

Desde tal punto de vista, surge la alarma ante un posible aumento del desempleo tecnológico o, en otros términos, el generado por la sustitución del hombre por la máquina (robot).

Al mismo tiempo, la convivencia de los robots con los trabajadores humanos en un mismo espacio de trabajo, y en el cual estos últimos pueden llegar a recibir órdenes de aquellos (alterando la tradicional relación del hombre con el instrumento de trabajo), también es un nuevo foco de confrontación y problemas específicos de no fácil solución.

Otro tanto sucede con las cuestiones relativas a los posibles derechos y deberes del robot en cuanto trabajador de una organización empresarial.

Con todo, no cabe hacer caso omiso de estos relevantes cambios tecnológicos que, ahora mismo, ya son una realidad en muchas empresas.

La adecuada y continua adaptación a aquellos es una necesidad real y urgente.

La Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, constituida por la OIT con motivo de la celebración de su Centenario en 2019, en su reciente informe titulado "Trabajar para un futuro más prometedor" (resumen), señala que "los avances tecnológicos -la inteligencia artificial, la automatización y la robótica- crearán nuevos puestos de trabajo, pero quienes van a perder sus trabajos en esta transición podrían ser los menos preparados para aprovechar las nuevas oportunidades".

Es evidente que las competencias profesionales actuales “no se ajustarán a los trabajos de mañana y las nuevas competencias adquiridas” podrán quedar desfasadas en poco tiempo (p,1).

Así las cosas, la citada Comisión establece, claramente, el derecho de las personas “a un aprendizaje a lo largo de la vida”, que permita a aquellas “adquirir competencias, perfeccionarlas y reciclarse profesionalmente”.

Este derecho al aprendizaje permanente debe entenderse en sentido amplio, al incluir tanto el de carácter formal como el informal y extenderse desde la infancia hasta la madurez.

La obligación de actuar de manera decidida para lograr la efectividad de este derecho a la formación es de todos, y, en consecuencia, la Comisión prevé que son “los gobiernos, los trabajadores y los empleadores, así como las instituciones educativas”, los que tienen las responsabilidades compartidas y complementarias para poner en marcha y gestionar “un ecosistema de aprendizaje” permanente durante todo el proceso vital, que sea de calidad y cuente con la financiación adecuada.

De otro lado, la formación especializada y permanente es necesaria porque el impacto de la digitalización en el trabajo no solo genera desempleo tecnológico en el sector tradicional, sino también nuevas oportunidades laborales a través del surgimiento de distintas maneras de trabajar, para las que conviene estar preparado.

En esta línea, una nueva forma de trabajo que está generando polémica es la vinculada a las plataformas digitales, especialmente por la precariedad en la que se hallan las personas prestadoras de los servicios que se ofertan o realizan para terceros a través de aquellas.

Tanto la doctrina científica como los tribunales laborales se centran en la determinación de la naturaleza jurídica (laboral o autónoma) de esa prestación de servicios, teniendo en cuenta que las plataformas se declaran, generalmente, como simples intermediarias.

Más allá de la discusión sobre los indicios de laboralidad que puedan apreciarse en el caso concreto, cabe plantearse la oportunidad de reconocer un catálogo común de derechos para todas las personas prestadoras de servicios con independencia de la naturaleza de su vínculo.

Con este enfoque interpretativo amplio, se pronuncia el ya citado Informe de la OIT, según el cual es necesario el establecimiento de una *garantía laboral universal*.

En efecto, “todos los trabajadores, con independencia de su acuerdo contractual o situación laboral”, deberían disfrutar de los derechos fundamentales del trabajo, un salario vital adecuado (lo que parece requerir que no baje de un mínimo que permita vivir dignamente), unos límites máximos respecto a la jornada laboral y una protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo.

Esta visión extensa del concepto de trabajador incluso podría servir para defender la aplicación de este grupo de derechos básicos y mínimos a toda persona que presta servicios en una relación de dependencia económica, como sucede con los autónomos económicamente dependientes, reconocidos en algunos ordenamientos jurídicos, como el español (art, 11 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo).

Esta posición acabaría, de raíz, con la actual discusión del vínculo jurídico existente entre el trabajador y la plataforma, a la vez que sería la más protectora y justa para la persona trabajadora que -más allá de su concreta etiqueta jurídica- se encuentra en una situación de precariedad laboral real y, por lo tanto, necesitada de una protección mínima.

Sobre todos estos aspectos y muchos otros relativos a las nuevas formas de trabajo, se profundiza en el primer bloque temático de la obra, tras el cual se sitúa el segundo, que aborda la

globalización y el trabajo decente en el marco de la nueva economía digital y, por lo tanto, tampoco deja totalmente de lado el aspecto tecnológico.

En efecto, el segundo núcleo incluye diversos estudios sobre los efectos que la globalización e internacionalización de la economía está produciendo en el mercado de trabajo tradicional y, especialmente, en la colaboración entre las empresas.

Uno de esos efectos es, sin duda, el aumento progresivo de la subcontratación y, en general, de los procesos múltiples de descentralización productiva, con un difícil control de las condiciones reales de trabajo en los últimos eslabones de la cadena.

Así las cosas, ante la imposibilidad de poder exigir responsabilidades a los empresarios, la desprotección laboral e inseguridad jurídica de los trabajadores aumenta de modo exponencial.

En esta línea, incluso se estudia la relación entre la legalización de la subcontratación ilimitada y la reducción del trabajo informal en algún país de América Latina (Brasil), siendo la conclusión negativa a efectos de reducir este último tipo de trabajo precario, carente de derecho alguno.

De otro lado, la globalización también ha acentuado el fenómeno de las cadenas mundiales de suministro, también denominadas “redes mundiales de producción”, “cadenas de valor mundiales” y “cadenas mundiales de suministro”.

En cualquier caso, la mencionada expresión se refiere a toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores finales, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos productos.

Las cadenas mundiales de suministro -en cuanto estructuras organizativas complejas, variadas y dinámicas- han sabido ganar protagonismo en la economía globalizada y convertirse en una forma habitual de organización de las inversiones, la producción y el comercio en el ámbito económico internacional.

Se crean, así, nuevas oportunidades para que las empresas accedan a los distintos mercados, amplíen su producción e incrementen sus beneficios.

En muchos países, y particularmente en los que están en vías de desarrollo, estas complejas estructuras empresariales han creado empleo y abierto nuevas oportunidades para el desarrollo local.

Ahora bien, la dinámica de las relaciones de producción a escala de la economía global puede incidir negativamente en las condiciones de trabajo.

En efecto, los procesos competitivos a escala mundial son insaciables y ejerzan presiones a la baja en la observancia de los derechos laborales de los trabajadores, afectando, incluso, al respeto de los de carácter fundamental, como el de libertad sindical, o al compromiso con los procesos de negociación colectiva de las condiciones laborales.

Así pues, tal y como apuntan varios de los estudios publicados aquí, es necesario compatibilizar la modernización en el ámbito económico con el progreso laboral y social, pues el crecimiento económico debe ser integrador y el trabajo decente.

Para ello, resulta necesario cubrir los vacíos de gobernanza a nivel sectorial, nacional, regional y mundial, reforzando la interacción y colaboración entre los mandantes tripartitos y el resto de actores que participan en las cadenas mundiales de suministro (Informe IV OIT “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”, 2016).

Aunque no parece posible revertir el modelo de la globalización económica actual -impulsado por la digitalización de las empresas-, sí debe reclamarse un trabajo decente para todos, que respete las libertades democráticas y los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, a la vez que garantice una protección social mínima para estos.

Tal y como exige la OIT, los gobiernos, las instituciones y los agentes sociales deben actuar, de manera decidida, para conseguir un futuro del trabajo digno.

En otro orden de cosas, los bloques temáticos III y IV de esta publicación abordan cuestiones directamente relacionadas con el trabajo decente y el estatuto protector de la clase trabajadora.

En el apartado III, se incide en los derechos fundamentales de los trabajadores en el contexto de la digitalización, y así se aborda el estudio del 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 (conocido como el Reglamento general de protección de datos).

Puede decirse que este nuevo Reglamento introduce novedades significativas en el contexto de la protección y seguridad del tratamiento de los datos personales dentro del ámbito europeo, pasando de un modelo hetero-regulador a otro autorregulador, en el que la empresa debe implementar mecanismos internos para asegurar el cumplimiento de las exigencias legales en esta materia.

La observancia del citado Reglamento va a implicar cambios organizacionales importantes para muchas empresas, que se verán obligadas a revisar sus procesos internos de tratamientos de datos.

Con todo, lo más significativo es el aumento de la toma de conciencia sobre la importancia de la necesidad de proteger los datos personales de todos los trabajadores, lo que implica un uso restringido y limitado de los que ya se dispone en la empresa.

En lo relativo al uso de los medios de vigilancia a distancia, y desde la perspectiva de ese nuevo Reglamento europeo, aquellos solo se pueden utilizar cuando tienen como objetivo la protección de las personas y bienes y, excepcionalmente, el cumplimiento o defensa de un deber legal en sede judicial.

Nunca se puede hacer uso de tales medios para controlar el rendimiento del trabajador ni para vigilarlo fuera del contexto laboral, ni siquiera mediando consentimiento del afectado.

Como se aprecia, el derecho de la empresa a la gestión y uso de las herramientas tecnológicas de vigilancia encuentra límites importantes en el derecho fundamental a la privacidad del trabajador, por lo que debe primar un equilibrio caracterizado por un uso no intrusivo, necesario, proporcional, de buena fe, idóneo y justificado.

Sobre esta temática, se aportan importantes reflexiones en los trabajos aquí publicados, que profundizan, además de en el estudio de la normativa europea, en ordenamientos nacionales, como el chileno.

Así se concluye que, en este país (como en otros muchos de la región latinoamericana), la protección del derecho a la intimidad o vida privada del trabajador es un proceso relativamente reciente, con plasmación legal en el Código del Trabajo.

A partir de ahí, el referido derecho se ha ido configurando paulatinamente como un límite para el poder de dirección del empresario, especialmente respecto del uso de nuevos sistemas de control de carácter tecnológico.

Para determinar si un sistema de control del empleador vulnera el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, especialmente los que implican nuevas tecnologías, deberá analizarse tanto el sistema en sí como el uso que el empresario hace del mismo y, finalmente, en qué medida afecta a los derechos fundamentales de aquel.

En todo caso, un aspecto importante para la efectiva defensa de los derechos constitucionales de los trabajadores (como límite al ejercicio de las facultades del empleador) es la existencia de un procedimiento jurisdiccional especial y específico, que refleje la importancia que el legislador da a la protección de aquellos.

Otros derechos fundamentales aquí analizados son los relativos a la libertad de expresión e imagen del trabajador, que adquieren nuevas perspectivas cuando se cuestionan en el ámbito de las redes sociales y frente a los intereses de la empresa.

Los límites del derecho del trabajador a expresarse libremente dependerán de las circunstancias concurrentes en el caso, como la propiedad de la red social (privada o pública), su uso en tiempo y lugar de trabajo o, en fin, la existencia de instrucciones empresariales internas (código de conducta informática).

Sea como fuere, la amplia y rápida difusión de las opiniones expresadas en esos medios tecnológicos aconseja un uso consciente y prudente de los mismos por todos los usuarios.

En fin, otro derecho fundamental importante y que siempre cabe reivindicar es el de la igualdad y no discriminación frente a cualquier condición o circunstancia, como puede ser la de la edad avanzada del trabajador.

En sociedades envejecidas, como la europea o la de ciertos países de Latinoamérica, no es un tema baladí, máxime en épocas de elevado desempleo en las que la pérdida del puesto de trabajo a una determinada edad (madura) puede suponer un claro impedimento para volver a reincorporarse al mercado de trabajo.

Sobre derechos fundamentales también se sigue reflexionando en el bloque temático IV de esta publicación, aunque bajo la perspectiva de la conciliación y la salud del trabajador.

No cabe duda alguna que uno de los elementos clave tanto para el trabajador como para el empresario es siempre el del tiempo de trabajo.

La delimitación de la jornada laboral resulta básica para garantizar, por un lado, una productividad mínima al empresario y, por otro, el disfrute de una vida privada al trabajador, permitiendo la conciliación familiar y el cuidado de su salud física y mental.

Como no podía ser de otra manera, la introducción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la empresa y la aparición de nuevas formas de trabajo a distancia afectan directamente a este parámetro del tiempo de trabajo.

*A priori*, se suelen destacar claras ventajas para la conciliación, en cuanto el trabajador puede prestar servicios fuera de la empresa, o sea, en su domicilio u otro lugar de su disponibilidad y, por lo tanto, es capaz de atender -se supone, en mayor medida- sus intereses personales,

Sin embargo, al poco tiempo de la introducción de esas nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, se han podido conocer también sus verdaderos riesgos y peligros, siendo uno de ellos el del abuso y descontrol en su utilización, lo que puede llevar a diluir las fronteras entre el tiempo de trabajo y el de descanso.

Así las cosas, cabe reclamar un uso responsable de las nuevas tecnologías por parte de los empresarios e, incluso, por los propios trabajadores, en orden a proteger la vida privada, la

conciliación y la salud de estos.

En esta línea, también se pronuncia el ya citado Informe de la OIT, que promueve al reconocimiento de la seguridad y la salud en el trabajo como uno de los principios y derechos fundamentales del trabajo.

Y, para ello, propone ampliar la soberanía del trabajador sobre el factor tiempo.

Así se establece que “los trabajadores necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa”.

Hay que “aprovechar la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la vida personal”, lo que puede ayudarles a “encarar las presiones” derivadas de la rotura de “la línea divisoria entre el tiempo de trabajo y el tiempo privado” (p. 4).

Desde este mismo punto de vista, cabe destacar la importancia de la aprobación, en el ordenamiento español, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que, aunque podría ser mejorable, ya, de por sí, supone un claro paso adelante en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a la digitalización excesiva.

En este sentido, el art. 88 prevé el denominado derecho a la desconexión digital del trabajador, a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, así como de su intimidad personal y familiar.

Aunque su regulación dependerá de lo pactado, la previsión legal del derecho a la desconexión es una clara ventaja para el trabajador.

El bloque V de este número extraordinario de la Revista *Direito do Trabalho* se dedica a profundizar en diferentes aspectos de la fijación individual y colectiva de las condiciones de trabajo y su defensa por los trabajadores en estos tiempos de revolución tecnológica,

Y, en este punto, y a efectos de destacar la importancia de la negociación colectiva para establecer garantías para los trabajadores, cabe enlazar con la última idea expuesta en el párrafo anterior.

Así, en el caso español, la mencionada LO 3/2018 (Título X; arts. 79 a 97) confía, en buena medida, el desarrollo de los nuevos derechos digitales a la autonomía colectiva (art. 91).

En cualquier caso, el legislador también impulsa, con decisión, la autorregulación e implicación del empresario en la elaboración de una política interna dirigida a los trabajadores en la que se establezcan los criterios de utilización de los dispositivos digitales (art. 87.3) o las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión (art. 88.3).

En todo caso, esa política interna debe ser negociada con los representantes de los trabajadores a efectos de gozar del mayor consenso posible.

Algunos de los interesantes trabajos analizados en este apartado reflexionan sobre la evolución de la negociación colectiva en tiempos de crisis, que tiende, por un lado, a primar al convenio como fuente del derecho frente al peso más tradicional de la ley y el contrato.

Asimismo, por lo que se refiere a los propios convenios, se priorizan los de empresa frente a los de sector, siguiendo una tendencia general en los países europeos.

Todo ello va dirigido a reforzar el poder de la empresa frente a los derechos de los trabajadores, aunque en nombre de la defensa del empleo.



En todo caso, la negociación colectiva siempre es importante para proteger a los trabajadores, como sucede ahora con los nuevos precarios que prestan servicios en las plataformas digitales.

De hecho, aun al margen de la naturaleza laboral o no de su vínculo contractual, estos prestadores de servicios reclaman el ejercicio de los derechos colectivos tradicionales, tales como los de representación, negociación y huelga, y sobre las dificultades que presenta su ejercicio y reconocimiento a aquellos se reflexiona en esta sección.

Por cierto, esta concluye con un capítulo específico sobre el derecho de huelga y el denominado esquirolaje tecnológico, aportándose interesantes reflexiones en orden a la protección del derecho fundamental en juego.

El apartado VI -el último de la publicación- aborda algunos problemas que afectan a la sostenibilidad futura de los sistemas de seguridad social, así como determinadas cuestiones relativas al impacto de las nuevas tecnologías en el proceso laboral, como la prueba digital.

En cuanto a la sostenibilidad futura del sistema de seguridad social, cabe destacar dos importantes cuestiones sobre las que se reflexiona aquí.

Por un lado, la necesidad de la inclusión en el sistema de todos los trabajadores que prestan servicios en las nuevas formas de trabajo de la economía digital.

Hasta ahora, muchos de estos trabajadores han estado al margen de la legalidad y con escasa o nula protección salarial y de seguridad social, por lo que esta situación representa una amenaza para ellos y la viabilidad del propio sistema (que, al final, aunque no hayan cotizado, deberá darles algún tipo de protección básica).

Así las cosas, urgen soluciones que permitan financiar los sistemas de seguridad social y garanticen su sostenibilidad futura, dando acceso a los mismos a todas las personas que desempeñan su actividad profesional en la era digital.

Por otro, se halla el problema del progresivo envejecimiento de la clase trabajadora y su pronta incorporación al grupo pasivo de perceptores de prestaciones de jubilación del sistema de seguridad social.

El ya citado Informe de la OIT señala que el envejecimiento de la población es una variable que puede ejercer presión sobre los mercados de trabajo y los sistemas de la seguridad social, y a la que habrá que buscar soluciones eficaces a la mayor brevedad (p.1).

En este sentido, cabe proponer la implementación de políticas sociales fuertes, con el propósito de fortalecer el empleo pleno, decente y productivo durante todo el ciclo de la vida laboral y, a su vez, de nuevos modelos de protección social que aseguren y amplíen su cobertura, así como su sostenibilidad, especialmente para la clase trabajadora en edad avanzada.

Finalmente, cabe cerrar este breve prólogo con unas palabras de agradecimiento.

En primer lugar, a los coordinadores y responsables de la Revista *Direito do Trabalho* de Thomson Reuters (Brasil), por publicar *en abierto* y de manera gratuita los trabajos (seleccionados) presentados en el II Congreso Mundial de nuestra Red,

En segundo lugar, a todos los autores de esos trabajos, por su tiempo y esfuerzo para aportar interesantes reflexiones a los actuales y futuros problemas del mundo del trabajo.

Y, en tercer lugar, al lector de estas líneas, por su interés en nuestra publicación, y a quien animamos a seguir adentrándose en la misma con la ilusión de que le pueda ser útil.

# **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

## **EDITORIAL**

### **Editorial**

**Ives Gandra da Silva Martins Filho**

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (Decano)

O número deste mês, da *Revista de Direito do Trabalho da RT*, está dedicado à publicação de estudos selecionados, dentre os apresentados no 2º Congresso Mundial de CIELO LABORAL, realizado na Faculdade de Direito da “Universidad de la República” (Montevidéu, Uruguai) nos dias 12 e 13 de outubro de 2018, com a participação de representantes de 17 dos 34 países filiados à entidade promotora.

A importância deste número e dos artigos que o integram, funcionando quase que como anais desse congresso, decorre da atualidade da temática central do encontro e da diversidade e qualificação dos autores que apresentaram suas visões das questões trabalhistas que nos ocupam e preocupam.

A CIELO LABORAL (“Comunidad para la investigación y el estudio laboral y ocupacional”) constitui uma rede internacional de colaboração entre pesquisadores e especialistas do mundo do trabalho de diferentes países, englobando principalmente a América Latina e países europeus diretamente relacionados com ela, como é o caso de Portugal, Espanha, França e Itália.

Este 2º Congresso Mundial da entidade teve como temática central a “Cuarta Revolución Industrial y Globalización: La protección del empleo, la salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro”, contando como coordenadores principais com os Professores Lourdes Mella Méndez, da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), e Juan Raso-Delgue, da Universidade da República (Uruguai) e mais de 250 participantes.

Nas exposições, cada participante pôde falar em sua língua natal, demonstrando a globalização do conhecimento linguístico, predominando o espanhol, português e francês,

No entanto, na presente publicação, optou-se por dar prevalência ao idioma português e aos expositores brasileiros, de modo a divulgar, em nosso país, o que defenderam fora dele.

Na sessão plenária de abertura, pudemos traçar um quadro da reforma trabalhista levada a cabo no Brasil no ano de 2017, mostrando suas virtudes e vicissitudes,

Este número da Revista tem como foco aspectos concretos dessa reforma, apresentados pelos demais palestrantes brasileiros, tratando desde os limites à negociação coletiva traçados pela reforma, passando pelos direitos de personalidade e sua reparação quando violados, pelo princípio da norma mais favorável na reforma laboral, pelas questões ambientais e sindicais, de trabalho intermitente e de arbitragem,

O leque de questões ligadas à Lei 13.467/17 é variadíssimo, mostrando no exterior a experiência brasileira e submetendo-a ao crivo de especialistas de outras nações que também tiveram suas recentes reformas trabalhistas, como foram os casos de Portugal, Espanha, França, Itália e Alemanha.

O próximo Congresso Mundial da CIELO LABORAL será em Nantes (França) em setembro de 2020,

Para informações sobre o evento, basta acessar o site da entidade promotora: [www.cielolaboral.com](http://www.cielolaboral.com) Esperamos que a delegação brasileira no próximo evento possa ser maior que a de 2018, levando e trazendo experiências novas sobre o direito e o processo do trabalho no Brasil e no exterior.

Brasília, 3 de março de 2019.

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA****1. LA TECNOLOGÍA EN EL MUNDO DEL TRABAJO: ¿INSTRUMENTO DE OPRESIÓN O MECANISMO DE LIBERACIÓN?****1. La tecnología en el mundo del trabajo: ¿instrumento de opresión o mecanismo de liberación?****Technology in the world of work: instrument of oppression or liberation mechanism?****(Autor)****MARÍA MARTA TRAVIESO***Oficina Internacional del Trabajo travieso@ilo.org.***Sumário:**[1.Introducción](#)[2.La tecnología como instrumento de opresión](#)[2.1.El trabajador: ¿un simple engranaje en la máquina?](#)[2.2.Un control exacerbado sobre los trabajadores](#)[2.3.Algoritmos y discriminación](#)[3.La tecnología como mecanismo de liberación](#)[3.1.Nuevas tecnologías para crear nuevas formas de trabajo y mejorar las condiciones de trabajo](#)[3.2.El Gobierno y las nuevas tecnologías: Administración del trabajo e Inspección](#)[3.3.Las cadenas de bloques \(blockchain\): un instrumento para garantizar los derechos de los trabajadores](#)[3.3.1.¿Qué son las cadenas de bloques?](#)[3.3.2.Las cadenas de bloques en la práctica](#)[3.3.3.Las cadenas de bloques y los derechos de los trabajadores](#)[4.Dar un rostro humano a la tecnología en el mundo del trabajo](#)[4.1.Algunos ejemplos relevantes para la reflexión](#)[4.2.Abordar la cuestión ética mediante el dialogo social constructivo](#)[5.Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

El impacto de la tecnología en el mundo del trabajo y, en particular, en la dignidad del trabajador es claro. Los sistemas de control exacerbados reducen al ser humano a un simple engranaje, mientras que los algoritmos afectan la igualdad de oportunidades para el acceso, la permanencia y la promoción en el empleo. Al mismo tiempo, la tecnología y la innovación son expresión clara de la creatividad humana. Nuevas profesiones y nuevos sectores de trabajo se desarrollan gracias a las nuevas tecnologías. Las tecnologías pueden servir también para establecer la existencia de una relación de empleo o como mecanismo de realización del contrato.

**Abstract:**

The article will focus on the impact of technology in the world of work and on the dignity of the worker. Control systems reduce humans to a simple cog in the machine while algorithms affect equal opportunities for access to employment. At the same time, technology and innovation are a clear expression of human creativity. New professions and new sectors of work are developed. Technologies can also serve to establish the existence of an employment relationship and are may be a mechanism for the execution of the contract.

**Palabras Clave:** Dignidad, macro datos, algoritmos, evaluación ética, cadena de bloques**Keywords:** Dignity, big data, algorithms, ethic evaluation, blockchain

## 1. Introducción

El cambio<sup>1</sup> tecnológico es rápido e impredecible, y está afectando de manera radical todos los ámbitos en los que evoluciona el ser humano, incluido el trabajo. En este contexto, la tecnología puede convertirse tanto en un mecanismo de opresión como en un instrumento de liberación. La presente reflexión busca ir más allá de una postura tecno determinista, según la cual los aspectos negativos de la tecnología (instrumentos de opresión) son una realidad necesaria que acompaña los beneficios inherentes al desarrollo tecnológico<sup>2</sup>. En cambio, se parte del postulado según el cual es posible descartar o limitar la tecnología que produce efectos nocivos y concentrarse en el desarrollo de aquellas que potencian las capacidades humanas y contribuyen al trabajo digno de las personas, a su bienestar material y espiritual y a la igualdad de oportunidades.

Las presentes páginas intentan analizar el impacto de la tecnología en el mundo del trabajo y, en particular, en la dignidad del trabajador. Es evidente que las capacidades tecnológicas actuales y su combinación por medio, por ejemplo, del “internet de las cosas,” que permiten un control exacerbado sobre los trabajadores reducen al ser humano a un simple engranaje en la producción. A su vez, la utilización de macro datos y la elaboración de algoritmos, que no están desprovistos de sesgos discriminatorios, pueden afectar la igualdad de oportunidades para el acceso, la permanencia y la promoción en el empleo.

Al mismo tiempo, la tecnología y la innovación son expresión clara de la creatividad humana y casi infinito su potencial. Nuevas profesiones y nuevos sectores de trabajo se desarrollan gracias a las nuevas tecnologías. Los mismos instrumentos que controlan a los trabajadores pueden servir, por ejemplo, en manos de la inspección del trabajo, para verificar que sus derechos son respetados. Tecnologías incipientes, tales como la cadena de bloques (blockchain), permiten establecer la existencia de una relación de empleo y la propia realización del contrato de trabajo.

Por todo ello, es necesario buscar, y éste es nuestro empeño en el presente artículo, pistas que aseguren que la tecnología está al servicio del ser humano de manera integral, no solamente en tanto que consumidor o emprendedor, sino también como trabajador. El diálogo social y la regulación a nivel nacional e internacional pueden servir de ayuda a este examen que, además de legal, es ético.

## 2. La tecnología como instrumento de opresión

Los avances tecnológicos están cambiando radicalmente la forma en que se organiza el trabajo. En este proceso, se aplican métodos de trabajo y tecnologías que pueden afectar considerablemente las condiciones en que se trabaja y los derechos de los trabajadores.

### 2.1. El trabajador: ¿un simple engranaje en la máquina?

Las reglas de organización de la empresa establecidas por Frederick Taylor y que tuvieron su apogeo durante el *fordismo*, cobran nueva vida con la digitalización. El *taylorismo* buscaba aumentar la productividad de las empresas mediante la división de tareas complejas en múltiples tareas simples, controlar todo lo que hacen los trabajadores y hacer depender el salario del rendimiento, retribuyendo a quienes producen y deshaciéndose de los que no producen<sup>3</sup>. Este sistema de producción prevé el aumento de la productividad y la acumulación de stocks, al tiempo que se incentiva el consumo. El *toyotismo* adaptó y corrigió algunas de las debilidades del taylorismo estableciendo, entre otras cosas, la producción “justo a tiempo”, para evitar la acumulación de stock y reducir costos. Los detractores de estos sistemas arguyen que los mismos reducen al trabajador a un simple engranaje, despojándolo de iniciativa, de posibilidad de progreso, y, en última instancia, de dignidad. Consideran que, a la larga, esto afecta la productividad y que las empresas se beneficiarían más con empleados proactivos que cooperaran y compartieran sus ideas e iniciativas.

La automatización y la digitalización han renovado el *taylorismo*, intensificando la posibilidad de reducir al ser humano a un engranaje en otros ámbitos, más allá de la fábrica. Si bien la robotización libera a los trabajadores de las tareas repetitivas y monótonas, permite, al mismo tiempo, la desintegración o parcelación del trabajo en numerosas tareas más simples, y casi insignificantes, que son realizadas en la misma empresa o que se subcontratan o tercerizan. Las plataformas digitales que utilizan algoritmos para distribuir y administrar el trabajo en línea son un ejemplo de esta situación. En efecto, las mismas permiten, en el caso del trabajo en línea, una división del trabajo en tediosas, repetitivas y pequeñas tareas que se llevan a cabo en aislamiento y en condiciones que pueden llegar a ser alienantes, e, incluso, degradantes (por ejemplo, el control de contenido pornográfico en los sitios de internet). Horas de trabajo excesivas, remuneraciones por debajo del salario mínimo y ninguna protección social son algunas de las características de estas formas de trabajo precario<sup>4</sup>. Lo mismo sucede con los “order pickers”, o armadores de pedidos en línea, en las empresas que utilizan el comercio electrónico<sup>5</sup>.

### 2.2. Un control exacerbado sobre los trabajadores

Además de contribuir a la tercerización de las tareas y en muchos casos a la informalización de la mano de obra, la tecnología permite un control excesivo sobre los trabajadores. En efecto, las empresas utilizan dispositivos variados que permiten el control minucioso de los trabajadores. Existen todo tipo de dispositivos que incorporan tecnología avanzada de computación y electrónica (“wearables”) para determinar, por ejemplo, el tiempo en que los trabajadores están en línea a disposición del empleador, o cuántas teclas del ordenador han pulsado por minuto, así como la duración de las pausas. Hay sensores para determinar la velocidad a la que se trabaja y para guiar a los trabajadores en la fábrica, así como auriculares para recibir instrucciones sin distraerse<sup>6</sup>, o cartas credenciales que evalúan el humor y el estado de ánimo de los trabajadores<sup>7</sup>. También existen programas que examinan el lenguaje en la comunicación escrita de los trabajadores (correos electrónicos o mensajes de texto) para determinar el grado de aceptación o descontento con la política de la empresa o el accionar de los superiores. Se trata de mecanismos de organización del trabajo intrusivos tales como brazaletes, ropa “inteligente”, mecanismos de geolocalización o, incluso, chips (de uso muy limitado y a manera experimental y voluntaria por el momento). Estos dispositivos son utilizados en las fábricas y también en el marco del trabajo a distancia y mediante el “internet de las cosas” facilitan y amplían el control<sup>8</sup>.

Al mismo tiempo, existen aplicaciones (*apps*) en los dispositivos electrónicos, incluidos los teléfonos inteligentes, que son utilizadas libremente por las personas para hacer un seguimiento y evaluar el rendimiento deportivo, la calidad del sueño, la cantidad de movimiento, la alimentación, la salud, entre otras muchas posibilidades. Esta información que se pone en línea y se comparte en muchas ocasiones a través de las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*) puede combinarse digitalmente entre sí y pone

al descubierto facetas adicionales de la identidad de la persona destruyendo completamente su privacidad y en cierta manera su autonomía. Esto sucede no sólo en las plataformas de trabajo, sino también en todo tipo de empresas<sup>9</sup>. Toda esta información deja rastros y contribuye a la construcción de los perfiles en línea de las personas.

El empleador dispone no sólo de información sobre el modo en que una persona trabaja, sino también sobre su salud, sus hábitos, sus amistades y opiniones, incluso sobre el humor y el estado psicológico en un momento determinado. Esto va más allá de la información necesaria para la realización de las tareas asignadas. Estos datos podrán ser utilizados por los empleadores en el momento del reclutamiento y selección o ser tenidos en cuenta para determinar las condiciones de trabajo o asignar tareas. A su vez, esto se ve ampliamente facilitado por la inteligencia artificial, la administración de los macro datos y el internet de las cosas que permiten al empleador la compilación y la combinación de la información y su análisis con miras a mejorar la productividad de la empresa.

Toda esta situación presenta problemas éticos, en cuanto al respeto de la privacidad de las personas y de su dignidad. También contribuye a aumentar la asimetría de poder que existe entre el empleador y el trabajador y puede dar lugar a discriminación y estigmatización. Además, saber que esta información está en manos del empleador pone una presión adicional sobre el trabajador que deberá controlar aspectos de su vida privada, que en otras épocas eran totalmente desconocidas para el empleador, por temor a que cualquier conducta influya en su empleabilidad o en sus condiciones de trabajo. Esto puede también contribuir a la desmotivación e influir negativamente en la productividad de los trabajadores<sup>10</sup>.

Los mecanismos de evaluación en línea o personales por parte de los usuarios o de los clientes de un servicio prestado o del trabajo realizado constituyen un método adicional de control a disposición del empleador y representan un riesgo adicional para la reputación del trabajador (“reputational risk”). Sin embargo, estos mecanismos son, en no pocas ocasiones, abusivos y arbitrarios. Los algoritmos exclusivamente basados en estas evaluaciones pueden dar resultados injustos, en particular, cuando no tienen en cuenta aleas o circunstancias que son ajenos al trabajador<sup>11</sup>. Son además fuente de estrés adicional para el trabajador. En la actualidad, existe una suerte de mecanismo de defensa a disposición de los trabajadores, en particular, los trabajadores en línea, que pueden evaluar a sus clientes. *Esto es posible cuando los trabajadores se asocian para defender sus derechos*<sup>12</sup>.

### 2.3. Algoritmos y discriminación

Nuestra vida cotidiana está inmersa, actualmente, en una constante combinación de algoritmos. Siempre existieron, ya que siempre se recurrió a operaciones ordenadas para solucionar problemas. Pero la automatización y la digitalización de la información, y el aumento sustantivo de la capacidad de almacenamiento de estos datos multiplican de manera exponencial las posibilidades de combinación de estos (macro datos)<sup>13</sup>, permitiendo que las máquinas determinen tendencias y, a la vez, aprendan de manera autónoma sobre la base de experiencias pasadas. La inteligencia artificial y el aprendizaje automático<sup>14</sup> permiten que las máquinas lleven a cabo funciones que, hasta no hace mucho, estaban exclusivamente reservadas a los humanos: aprender, razonar y clasificar. Cada vez se recurre con más frecuencia a estos procedimientos para la toma de decisiones, extendiéndolos a todos los aspectos de la vida real: medicina, derecho, reclutamiento y selección, servicios de salud, transporte, etc. La disponibilidad de datos así generada permite que estas tecnologías se auto perfeccionen<sup>15</sup> y se reduzca el margen de error<sup>16</sup>.

Todo tipo de datos personales son susceptibles de ser utilizados, desde los relativos al estado civil, fecha de nacimiento y lugar de residencia de una persona, hasta su género, religión, raza y opciones políticas, incluyendo gustos y estilo de vida. La suma de toda esta información se utiliza para predecir conductas y establecer políticas a nivel público y privado con múltiples y diversos objetivos. La relación entre los macro datos, la automatización y la inteligencia artificial puede presentar problemas y necesita ser examinada de cerca.

En principio, la ley de los grandes números permitiría la obtención de resultados no discriminatorios que posibilitan una mayor inclusión. Pero las personas son reticentes a proporcionar sus datos sin limitaciones porque no saben de qué manera y con qué objetivos serán utilizados y cómo se construyen los algoritmos. En efecto, existen todavía muchos interrogantes en relación con los datos utilizados para la composición de los algoritmos. El grado de certeza de los datos, la distinta naturaleza de los mismos, su pertinencia en relación con el objetivo último del algoritmo, la posibilidad de incluir algunos de ellos y excluir otros igualmente importantes y que alteran fundamentalmente los resultados obtenidos, son algunos de los problemas que se observan en la construcción de los algoritmos. Es por ello que se los considera cajas negras, ya que se sabe cuáles son los datos que entran, cuáles los que salen, pero no se entiende el funcionamiento del mecanismo interno<sup>17</sup>.

Los algoritmos están llamados a hacer una diferenciación, dando peso a los elementos que son necesarios para poder llegar a una decisión. Pero esta diferenciación debe efectuarse sobre la base de motivos legales y adecuados al destino para el cual serán utilizados y no basarse en motivos prohibidos o que perpetúen sesgos discriminatorios. Para ello es necesario que existan mecanismos de control<sup>18</sup>. Los algoritmos pueden ser elaborados con el objetivo de filtrar cierta información (raza, religión, opiniones)<sup>19</sup> o basarse en datos y decisiones del pasado para hacer predicciones. Algunos cuestionan los algoritmos predictivos y su utilización para evaluar y predecir conductas humanas. Se considera que pueden afectar la independencia y la libertad de las personas determinando su futuro<sup>20</sup>.

En el ámbito laboral, la utilización de las predicciones y las decisiones automáticas pueden tener consecuencias adversas en los trabajadores, en particular, en aquellos que presentan déficits sobre sus datos (ya sea por la ausencia de datos personales o por la abundancia de datos personales que pueden ser considerados como negativos). Es importante tener reglas claras en cuanto a la información utilizada por los desarrolladores de algoritmos. Desde el momento de la recopilación de los datos el desarrollador puede estar transmitiendo al algoritmo, en sus genes, sesgos discriminatorios que harán que el algoritmo observe ciertos patrones en la adopción de decisiones trasladando al futuro dichos sesgos<sup>21</sup>. En realidad, los algoritmos no dejan de ser una extensión del ser humano que los elabora, con sus virtudes y defectos. En el caso de la selección de trabajadores, por ejemplo, si para elaborar los algoritmos la empresa se basa en prácticas pasadas, o si tiene en cuenta las características del personal actual, sólo tendrá en cuenta esta información para las decisiones futuras. Si en el pasado se excluyó gente con determinadas características, éstas no serán tenidas en cuenta por el algoritmo para la selección en el futuro; sólo se buscarán personas de “tipo” similar a las reclutadas anteriormente.

Es este ámbito, quien determina la información que va a entrenar a los algoritmos y el modo en que se establecen los patrones para el futuro son fundamentales, aunque puede ser que los macro datos se obtengan de fuentes externas y en dicho caso el control es

aún más difícil. En todo caso, tanto la existencia de datos mal colectados como la ausencia de datos pueden llevar a resultados discriminatorios<sup>22</sup>. Por eso es importante que desde la concepción de los algoritmos exista una evaluación ética de todo el proceso y una sensibilización de los desarrolladores al respecto<sup>23</sup>. Por otra parte, la adopción de decisiones por parte de la inteligencia artificial sobre la base de algoritmos sin ningún tipo de control último por parte del ser humano plantea interrogantes.

El Reglamento General sobre la protección de datos (RGPD) de la Unión Europea, que entró en vigor en mayo de 2018, constituye un intento interesante de poner límites a los desafíos que presenta la administración de los macrodatos. En efecto, el Reglamento prevé reglas más estrictas de consentimiento<sup>24</sup>, el derecho a la rectificación y el olvido (derecho a que los datos personales sean borrados)<sup>25</sup>, la obligación de que los datos sean exclusivamente utilizados para los fines para los cuales fueron recopilados<sup>26</sup> y la portabilidad de los datos. También limita la elaboración de perfiles automáticos de las personas<sup>27</sup> sobre la base de datos personales para predecir conductas, eficacia, salud u otros aspectos, en particular cuando no existe una última evaluación humana de las decisiones o conclusiones alcanzadas<sup>28</sup>. El RGPD prohíbe asimismo el procesamiento de datos relativos a la raza, el origen étnico, las opiniones políticas, religiosas o filosóficas, la salud, la orientación sexual, etc.

Un aspecto interesante del reglamento es que establece un mecanismo de evaluación del impacto de un nuevo mecanismo de tratamiento de datos (en particular, si utiliza nuevas tecnologías) sobre los derechos y libertades de las personas físicas. La evaluación deberá incluir como mínimo: una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento; una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad; una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados y las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías y medidas de seguridad.

El reglamento es escueto, sin embargo, en lo que concierne a la protección de los derechos de los trabajadores respecto del tratamiento de los datos personales por parte de las empresas transnacionales<sup>29</sup>. En el caso de la transferencia de información a países que no son miembros de la UE, las cosas son aún más complicadas. Esto tiene relevancia, como se verá más adelante, en relación con la posibilidad de utilizar la tecnología de “cadena de bloques” para garantizar la efectividad de los derechos de los trabajadores en las cadenas globales de valor y en las plataformas.

### **3.La tecnología como mecanismo de liberación**

La tecnología ofrece, al mismo tiempo, enormes posibilidades no sólo de creación de trabajo, sino también de mejora en las condiciones de trabajo, lo cual nos permite escapar de visiones tecno pesimistas, e incluso apocalípticas.

#### **3.1.Nuevas tecnologías para crear nuevas formas de trabajo y mejorar las condiciones de trabajo**

Hasta ahora, se ha puesto el acento en la destrucción de puestos de trabajo y en el desajuste causado por el desplazamiento de la mano de obra a causa de la automatización y la digitalización. Sin embargo, el verdadero impacto de estas nuevas realidades es difícil de medir. Se desconoce además cuántos nuevos trabajos y nuevas profesiones van a surgir gracias al desarrollo tecnológico.

Las capacidades humanas aumentan de manera exponencial gracias al desarrollo de internet, al aumento de las comunicaciones y a la globalización. La realidad virtual, la impresión en 3D, la realidad aumentada, la telepresencia, la robótica, la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la combinación de todas estas tecnologías crean un haz de posibilidades inimaginables que se multiplican y potencian entre ellas<sup>30</sup>. La tecnología impacta en los trabajos existentes, facilitando algunas tareas, automatizando otras y perfeccionando otras más. Se crean nuevas técnicas, se descubren nuevos materiales y combinaciones, surgen nuevas posibilidades, incluso en los sectores más tradicionales, como por ejemplo la economía rural.

Ante los interrogantes relativos a la desaparición de las fuentes de trabajo, Thomas Friedman señaló en relación con los Estados Unidos, que “nunca hubo tantos robots y, sin embargo, tenemos más empleo que antes”. Friedman considera que los robots serán asistentes inteligentes que permitirán optimizar el trabajo de los humanos al hacerse cargo de las tareas repetitivas y rutinarias. Los seres humanos podrán consagrarse a trabajos que no son rutinarios y que requieren inspiración, creatividad<sup>31</sup>. En efecto, cada vez más maquinarias avanzadas reducen y reemplazan las tareas físicas que realizan las personas. La robótica es el extremo más avanzado, asumiendo tareas repetitivas y tediosas, o incluso peligrosas. Estas máquinas trabajan solas o en combinación con las personas que se ocupan de tareas más complicadas. Los trabajos son más seguros al incorporar sensores que permiten la interacción de los robots con los trabajadores. La realidad virtual permite probar prácticas y protocolos antes de su experimentación en la vida real (por ejemplo, para la medicina o la ingeniería) y además facilitan la formación. La inteligencia artificial y los macro datos nos permiten acceder a información y tratarla con rapidez infinitamente mayor que antes, como vimos en la sección anterior. La tecnología permite también la participación en el mundo del trabajo de personas con discapacidad, por ejemplo, mediante exoesqueletos, o mediante software de asistencia.

El desarrollo de la economía sustentable y, en particular, de los empleos verdes son también fuentes de nuevos trabajos. En efecto, son incentivos para la evolución de numerosas tecnologías que contribuyen a preservar y restaurar el medioambiente: reducen el impacto ambiental de antiguas formas de proceder y crean trabajo que no existía con anterioridad. La protección del medioambiente exige a su vez examinar de qué modo las nuevas tecnologías contribuyen o no a crear un mundo más sustentable.

#### **3.2.El Gobierno y las nuevas tecnologías: Administración del trabajo e Inspección**

Los Gobiernos también están adoptando desde hace años las nuevas tecnologías de la comunicación para el desarrollo de sus funciones y para mejorar los servicios haciéndolos más accesibles a los ciudadanos. El e-Gobierno, permite un mayor acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en un plano de igualdad mejorando la transparencia y la eficacia. Pero la evolución entre los países y en el seno de los mismos no es pareja. Naciones Unidas ha elaborado un índice para evaluar el nivel de evolución tecnológica de los servicios públicos y la brecha que existe entre los diferentes países<sup>32</sup>. El índice tiene en cuenta, por ejemplo, los distintos servicios en línea provistos por el gobierno y su integración, la utilización de los mismos para la coordinación de políticas e instituciones, la transparencia en los datos, así como la participación ciudadana (que incluye la consulta y la toma de decisiones).

La Administración y las Inspecciones de trabajo también utilizan las redes sociales para la difusión de nuevas disposiciones y normas, para la recepción de quejas, para difundir información sobre el papel de la institución, los servicios prestados y para responder preguntas. Los Gobiernos también usan la tecnología para facilitar la formalización de las empresas y de los trabajadores

ya que la e-formalidad es una forma de promover la inclusión. En este sentido, se observa una correlación negativa entre el desarrollo tecnológico de los países y la tasa de informalidad<sup>33</sup>. La tecnología permite la simplificación del proceso de registro (de las unidades económicas y de los trabajadores), facilita el acceso a beneficios y el control de los mismos. El acceso a cuentas bancarias, a medios de pago electrónico y a la banca móvil contribuye a la inclusión financiera y al proceso de formalización<sup>34</sup>. El registro electrónico de las operaciones facilita, asimismo, la declaración y el pago de los impuestos y asegura el pago de las cotizaciones sociales. La digitalización de los procesos de registro de trabajadores y empleadores, las bases de datos y la combinación de estas permite a los Gobiernos contar con información más amplia y actualizada. Existen aplicaciones que permiten que los trabajadores indiquen de manera automática o manual las horas trabajadas, que se computan como horas normales u horas extras según corresponda.

El acceso a la información en línea también contribuye al trabajo de los inspectores que pueden tener datos precisos sobre las empresas antes de penetrar en las mismas. En este sentido, algunos países hablan del inspector digital, ya que, en muchos países, la Inspección puede tener acceso a información digital sobre el personal, el pago de salarios, el goce de licencias por maternidad y paternidad, las bajas por enfermedad, los aportes a la seguridad social, las inspecciones sanitarias efectuadas en la empresa y el pago de impuestos, entre otros. Las tarjetas inteligentes de los trabajadores también contienen información de interés para los inspectores; a la vez, sirven para garantizar el acceso de los trabajadores a ciertos derechos<sup>35</sup>. Las nuevas tecnologías permiten en efecto inspecciones más rápidas y ágiles, con mayor transparencia y participación de las partes, y al mismo tiempo, permiten la integración de los sistemas de inspección con otras entidades y sistemas<sup>36</sup>. Los inspectores pueden contar con sistemas avanzados de comunicación. Incluso hay países que utilizan drones para las inspecciones del trabajo en lugares remotos o para el relevamiento de datos para la prevención de accidentes<sup>37</sup>.

Cada vez más países establecen sistemas de formación en línea para los inspectores de trabajo. Cabría examinar si además de contar con acceso a las últimas tecnologías que les permitan y faciliten el cumplimiento de sus funciones, los inspectores reciben formación sobre el funcionamiento de estas tecnologías para evaluar su impacto en el mundo del trabajo y decidir cuándo las mismas son nocivas. Deben explorarse, asimismo, formas de inspección que permitan el control en las nuevas formas de trabajo, incluidas las plataformas. Al mismo tiempo, los inspectores y la Administración también tienen que estar capacitados y contar con los medios y la asistencia adecuados para detectar fraudes por medio de las nuevas tecnologías o controlar el teletrabajo que se lleva a cabo no sólo fuera del lugar de trabajo sino también en horarios no tradicionales. También se requerirá la cooperación entre diferentes jurisdicciones cuando se trate de trabajadores en línea.

Los macrodatos, los algoritmos e, incluso, la inteligencia artificial deberían estar a disposición de los gobiernos y de la Administración del trabajo, no sólo para garantizar la seguridad de la empresa o vigilar al trabajador, sino también para proteger sus derechos. Los sensores y dispositivos sobre los trabajadores pueden servir para establecer si los trabajadores siguen ciertos protocolos de seguridad e higiene. Asimismo, servirían para controlar las horas de trabajo (horas normales, horas extra y descanso, por ejemplo) y otras condiciones de trabajo ligadas a la salud y la higiene, tales como condición del aire o temperatura de los talleres. Diversos gobiernos están también explorando las cadenas de bloques que podrían servir para el intercambio de información entre instituciones nacionales e internacionales de inspección en las cadenas globales de valor o para facilitar la formalización de los trabajadores y de las empresas.

### **3.3.Las cadenas de bloques (blockchain): un instrumento para garantizar los derechos de los trabajadores**

#### **3.3.1.¿Qué son las cadenas de bloques?**

Las nuevas tecnologías pueden ser también instrumentos útiles para hacer efectivos derechos laborales ya establecidos. En este sentido, la cadena de bloques es una tecnología incipiente que, si bien está estrechamente ligada a las criptomonedas, está siendo en la actualidad utilizada para garantizar el cumplimiento de obligaciones y el respeto de derechos.

De manera esquemática, la cadena de bloques puede ser descrita como una serie de asientos contables o de bases de datos distribuidas en una red informática, de manera que cada participante en la red tiene en su computadora una copia de los asientos que se encuentran encriptados matemáticamente. Cualquier cambio en una de las copias hará que ésta sea incompatible con las demás, lo cual hace que el sistema sea muy difícil de alterar. En dicha base de datos, se almacena la información sobre las transacciones efectuadas entre las partes. Una vez que cada conjunto de información (bloque) ha sido encriptado, se le añade un sello temporal y se une como un nuevo bloque a la cadena. Todos los bloques deben cumplir ciertas reglas para poder validar su incorporación a la cadena, lo que permite obtener una mayor seguridad en el sistema y evitar el fraude, la alteración de información o la doble utilización de activos.

Como podemos ver, las características principales de las cadenas de bloques son la inmutabilidad, la rapidez y la seguridad. Otra de las ventajas es que no se necesita de una autoridad centralizada de validación (notarios), ya que los participantes en la red son los que efectúan el control, lo que reduce costos. La capacidad de almacenamiento de información de las cadenas de bloques es considerable, y esta información está a disposición en tiempo real para todas las partes. El sistema puede ser abierto o público, como en el caso del “bitcoin”, en donde el acceso a la red es libre (“permissionless”), o requerir de una autorización para poder acceder a la información, limitando la cantidad total de participantes o de aquéllos que pueden agregar nuevos bloques a la cadena (“permissioned”).

Las cadenas de bloques se pueden utilizar como registro de información (propiedad, de tierras, identidad, etc.) y funcionan en este caso como mecanismo de certificación de documentos brindando celeridad y seguridad a los procesos de control. También se las puede utilizar como certificación de competencias adquiridas<sup>38</sup>. Suelen combinarse con los “smart contracts”<sup>39</sup> o contratos inteligentes, que consisten en un protocolo que ejecuta automáticamente los términos de un contrato por medio de una computadora. Hay quienes debaten si estos contratos inteligentes son, en realidad, contratos o si son sólo un mecanismo que permite la ejecución de los contratos. En todo caso, se trata de transformar en códigos encriptados autoejecutables las obligaciones contractuales. El contrato se ejecuta automáticamente (pago a proveedores o pago de indemnizaciones, por ejemplo), una vez que se cumplen algunas de las condiciones codificadas<sup>40</sup>.

#### **3.3.2.Las cadenas de bloques en la práctica**

Diversos sectores, tales como los seguros, la banca, los servicios gubernamentales, el registro de bienes, el arte (música, artes



plásticas, etc.), el turismo y la hospitalidad ya están experimentando esta tecnología en sus sistemas de operaciones para dar más agilidad a los procesos. En el ámbito de la salud, por ejemplo, Estonia, utiliza la cadena de bloques para la localización y conexión de los ficheros con el objeto de asegurar que no sean alterados. Algunos Gobiernos, como el de Abu Dhabi, los han adoptado en ciertos sectores.

Las cadenas de bloques permiten la trazabilidad de un producto desde su elaboración hasta su comercialización. Por ejemplo, en 2017, Nestlé SA, Dole Food Co., Driscoll's Inc., Golden State Foods, Kroger Co., McCormick and Co., McLane Co., Tyson Foods Inc., Unilever NV, W y Walmart (y Carrefour desde 2018) establecieron, con IBM, el "Food Trust blockchain"<sup>41</sup>. Se trata de un proyecto piloto para hacer el seguimiento en tiempo real del estado de los alimentos a través de la cadena de valor. Esto permite detectar averías con rapidez y brindar más seguridad al consumidor. Si bien se trata de compañías que compiten entre sí, el uso de la cadena de bloques y la colaboración contribuyen a la seguridad alimentaria y a aumentar la confianza de los clientes en las empresas. El sistema ha permitido el seguimiento, unidad por unidad, de distintos productos.

El transporte mundial de mercancías y las cadenas globales de valor también utilizan las cadenas de bloques para el seguimiento de los productos y la facilitación de los trámites<sup>42</sup>. En enero de 2018, A.P. Moller-Maersk e IBM crearon la empresa Tradelens, que aplica la cadena de bloques a la cadena global de valor, en particular, al transporte marítimo de mercancías. Esto permite a un conjunto de entidades efectuar el seguimiento común de una transacción sin que se afecte la privacidad y la confidencialidad de ciertos aspectos de la transacción. Cargadores, armadores, terminales portuarias, aduanas y empresas de transporte terrestre cuentan con información en tiempo real y con los documentos de transporte necesarios para efectuar las diversas etapas ligadas al transporte de la mercancía. Otras entidades que intervienen en el proceso de comercialización tales como exportadores e importadores, así como corredores de aduana, pueden también beneficiarse de los documentos encriptados en la cadena de bloques y de la seguridad que el sistema provee. Para lograr esto hizo falta establecer normas comunes entre las distintas empresas que funcionan en distintas jurisdicciones<sup>43</sup>.

### 3.3.3. Las cadenas de bloques y los derechos de los trabajadores

Los ejemplos mencionados se encuentran en etapa experimental al igual que esta tecnología en general, y no se refieren al mundo del trabajo. Sin embargo, ellos permiten demostrar cuán minucioso puede ser el seguimiento de un producto a través de toda una cadena global de valor en distintas jurisdicciones. La cuestión fundamental es determinar si es posible utilizar de manera generalizada la cadena de bloques y los "contratos inteligentes" para efectuar también un seguimiento pormenorizado de los trabajadores y del trabajo en las cadenas globales de valor y en las plataformas digitales. Tal aplicación de la tecnología permitiría tener certeza sobre la identidad de las partes del contrato, efectuar un control sobre las condiciones de trabajo (pago de salarios, horas de trabajo, seguridad y salud y seguridad social), garantizando el pago efectivo una vez el trabajo efectuado, y asegurar el respeto de los derechos fundamentales.

Esta facilidad en la trazabilidad de los productos hace que las cadenas de bloques puedan servir también como un instrumento de certificación en el marco de la responsabilidad social de las empresas, oficiando como un sello para aquellos productos que han sido elaborados con total respeto de los derechos de los trabajadores<sup>44</sup>. A su vez, las autoridades públicas, incluyendo la inspección del trabajo, podrían tener acceso en tiempo real a toda esta información.

En marzo de 2018, la empresa Coca Cola y el Departamento de Estado norteamericano lanzaron un proyecto piloto para aumentar la transparencia y la eficacia en el proceso de verificación de las políticas laborales y combatir el trabajo forzoso en el sector de la caña de azúcar a nivel mundial. Existen numerosos intentos similares en la actualidad.

Las cadenas de bloque y los contratos inteligentes también permitirían garantizar que se han efectuado los aportes a la seguridad social y la portabilidad de los beneficios a través de distintas jurisdicciones en un mundo en el que los trabajadores son cada vez más móviles. De hecho, ya están siendo utilizados en algunos casos para que los migrantes puedan recibir y enviar dinero de una manera más segura y menos costosa. Asimismo, se podría facilitar el proceso de migración regular de los trabajadores estableciendo plataformas para la migración que utilicen las cadenas de bloques eliminando o limitando la intermediación de agentes de reclutamiento en los países de acogida y evitando la corrupción y la trata de personas. En efecto esto sería posible mediante la creación de una cadena de bloques que incluya a todos los candidatos a la migración, donde se consignen su nivel de formación y capacidades. Los puestos serían inscriptos en la cadena por los empleadores y las diferentes instituciones que participan en el proceso serían las administradoras de la plataforma a cargo de controlar el proceso y las eventuales prácticas ilegales. Dicha oferta se valida con un sello de tiempo que da transparencia al proceso. El candidato podría ser seleccionado por medio de un proceso automático, sin interferencia humana, para evitar que los migrantes sean víctimas de prácticas corruptas en las que se les exige dinero para la obtención de las visas. Esto garantizaría que el proceso sea más transparente y que los migrantes y sus familias sepan a quién reclamar en caso de problemas. La forma de operar y la reputación de los reclutadores también serían transparentes. El desafío de la utilización de este tipo de tecnologías es hacerla accesible a sus destinatarios<sup>45</sup>.

Las cadenas de bloques pueden también ser utilizadas para la creación de registros digitalizados fehacientes sobre todos los proyectos relacionadas con los migrantes y los refugiados y hacer un seguimiento de su evolución, incluyendo, además de los procedimientos de identificación y visado, los procedimientos judiciales de asilo y las decisiones adoptadas, los programas de integración de los migrantes, los sistemas de envío de remesas (sirve para reducir costos así como para identificar claramente a los mandantes y recipientes de los fondos), la información sobre las condiciones de detención de los migrantes, el registro de los migrantes perdidos (en particular los niños) y políticas de retorno<sup>46</sup>. Los ejemplos planteados muestran que la diferencia de jurisdicción no parece ser un obstáculo infranqueable para la ejecución de los contratos. Sin embargo, hacen falta reglas globales de gobernanza que determinen las jurisdicciones, la responsabilidad de las partes y las reglas aplicables a los contratos.

Una de las cuestiones que debe ser evaluada es la interacción entre las medidas y reglas de protección de los datos personales que tienden a restringir la transmisión de información personal de los trabajadores, entre empresas y entre distintas jurisdicciones y la utilización de las cadenas de bloques que podría suponer la puesta a disposición de las partes de la red (incluso en diferentes países) de dicha información en diferentes bases de datos o asientos contables descentralizados<sup>47</sup>. Para solucionar este obstáculo se podría establecer el requisito a nivel mundial de un certificado emitido por autoridad competente nacional que demuestre por ejemplo que se han pagado los salarios, que se respetan condiciones de higiene y seguridad, que los trabajadores de la empresa concernida están inscriptos en la seguridad social y que se han hecho los correspondientes aportes. La evaluación del cumplimiento de las condiciones se efectuaría a nivel nacional por parte de la autoridad pública (o de quien tenga la delegación para hacerlo), quien

tendrá acceso a los datos personales de los trabajadores. Comprobado el cumplimiento de las obligaciones, la autoridad nacional emitirá el certificado que enunciará que se han cumplido las condiciones requeridas, pero sin comunicar los datos personales de los trabajadores. Dicho certificado se inscribirá en la cadena de bloques y será accesible a las otras partes de la cadena de valor. Para lograr una correcta armonización y coherencia en los certificados, debería haber, como en el transporte marítimo, un acuerdo entre las partes sobre qué información concreta deberá consignarse en los certificados. Si bien requerirá tiempo y recursos, en particular, para poder armonizar prácticas diferentes entre países diferentes (incluso con diferente nivel de desarrollo), esto podría conducir al establecimiento efectivo de normas globales. En este sentido, los procedimientos de certificación en puerto realizados en virtud del Convenio de la OIT sobre el trabajo marítimo, 2006 (certificado marítimo y declaración de conformidad laboral marítima) son un ejemplo interesante<sup>48</sup>.

Otra cuestión para determinar es la armonización entre la inmutabilidad de la información que caracteriza a la cadena de bloques y ciertos derechos sobre la protección de datos como el derecho al olvido y a la corrección de los datos personales. La variedad de sistemas de cadenas de bloques existentes también dificulta su posible combinación y armonización<sup>49</sup>.

Por otra parte, tratándose de jurisdicciones diferentes, como en las cadenas globales de valor y en las plataformas digitales, la dificultad se encontraría en garantizar el acceso a estas tecnologías en países de menores recursos que no cuentan ni con la infraestructura ni con los medios para poder implementar mecanismos complicados u onerosos de control. Cabría examinar también si la telefonía móvil, en particular los teléfonos inteligentes, que se han desarrollado ampliamente en todos los países, pueden contribuir no sólo a la inclusión financiera de los trabajadores sino también al respeto de sus derechos laborales.

#### 4. Dar un rostro humano a la tecnología en el mundo del trabajo

Las secciones anteriores muestran que la tecnología es neutra, puede tener impactos positivos o negativos dependiendo del uso y de los objetivos que se le dé. Como el trabajo da forma a la mayor parte de nuestro día y de nuestro bienestar, resulta indispensable tener en cuenta las cuestiones éticas y el impacto social de las nuevas tecnologías en particular en los derechos de los trabajadores y en las condiciones de trabajo.

##### 4.1. Algunos ejemplos relevantes para la reflexión

Hasta ahora las iniciativas de reflexión han sido dispersas y de alcance variado de un país a otro. Las mismas se extienden, además, *más allá del ámbito exclusivo del trabajo y su regulación. Existen, sin embargo, algunos procesos y mecanismos interesantes. En Francia, la Comisión Nacional de la Informática y de las libertades (CNIL) realizó en 2017 una serie de debates públicos y encuentros sobre los desafíos éticos planteados por la evolución de la tecnología*<sup>50</sup>. Por su parte, el informe de 2018 realizado por el matemático y diputado Cédric Villani por encargo del gobierno francés sobre la inteligencia artificial contiene un capítulo dedicado exclusivamente a la reflexión ética. En dicho informe se sugiere la participación en el debate sobre la tecnología de todos los ámbitos de la sociedad para que la misma responda a los valores y normas sociales establecidos. En el caso de los algoritmos, y en particular de las cajas negras, el informe sugiere la elaboración de modelos más claros, la inversión en la investigación para la explicación de las cajas negras, un estudio de impacto de los algoritmos en la discriminación y la auditoría de los mismos. El informe también propone el establecimiento de un comité de ética sobre las tecnologías digitales y la inteligencia artificial encargado de organizar el debate público y cuyas recomendaciones guíen a los investigadores, a los actores económicos y al Estado.

*En el Reino Unido se han creado diversas instancias de reflexión sobre cuestiones diferentes relacionadas con la tecnología*<sup>51</sup>. En 2016, por ejemplo, se decidió la creación de la Comisión sobre la Inteligencia Artificial con el fin de establecer un marco ético dentro del cual evolucione la inteligencia artificial de manera que responda a los valores y las normas establecidas por la sociedad. Dicha comisión busca el diálogo entre los reguladores, la academia, los investigadores y la sociedad en general. Asimismo, el Gobierno lanzó en 2018 una consulta sobre el futuro Centro sobre la ética de los datos y de la innovación, *el modo en que se utilizan los datos y la inteligencia artificial y las eventuales lagunas normativas*<sup>52</sup>. El centro examinará también los posibles sesgos discriminatorios en los algoritmos que serán utilizados en los procesos automáticos de toma de decisión. Reflexiones similares se llevan a cabo a nivel parlamentario<sup>53</sup>. La consulta pública lanzada en 2017, en España, sobre la Estrategia Digital para una España Inteligente<sup>54</sup>, busca diseñar una hoja de ruta digital creando un espacio de diálogo permanente con una gama amplia de representantes de la sociedad<sup>55</sup>. En Chile, la Agenda digital 2020 incluye una reflexión sobre los derechos fundamentales del trabajador en el desarrollo digital, el diseño de una política de igualdad de género en el ambiente digital, recomendaciones para el resguardo de los derechos de los consumidores y sobre el derecho de autor y el acceso al conocimiento. Los mencionados, no son más que ejemplos que se replican a través del mundo.

*Existen experiencias similares a nivel europeo. Por ejemplo, el Parlamento Europeo emitió, en febrero de 2017, una recomendación sobre robótica e inteligencia artificial en la que se “considera necesaria una cooperación reforzada entre los Estados miembros y la Comisión para garantizar normas transfronterizas coherentes en la Unión que fomenten la colaboración entre las industrias europeas y permitan el despliegue en toda la Unión de robots que cumplan los niveles requeridos de seguridad y los principios éticos consagrados en el Derecho de la Unión”. La recomendación sugiere el establecimiento de una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial “que proporcione los conocimientos técnicos, éticos y normativos necesarios para apoyar la labor de los actores públicos pertinentes”*<sup>56</sup>. Es interesante notar que, según la recomendación, el desarrollo de la tecnología sobre los robots debería enfocarse en complementar las capacidades humanas en vez de reemplazarlas y que los humanos deben tener siempre el control sobre las máquinas inteligentes. También se manifestó a favor de la asistencia de los robots en el sector de los cuidados sin dejar de poner de relieve el rol fundamental de las relaciones humanas en este ámbito<sup>57</sup>. Asimismo, en 2018 el Grupo Europeo sobre ética en la ciencia y las nuevas tecnologías que es un órgano consultivo, hizo un llamado a la reflexión global sobre los efectos de la inteligencia artificial y la robótica y los valores sobre los que se construye la sociedad<sup>58</sup>. El Parlamento Europeo ha establecido también un grupo de trabajo sobre la cadena de bloques para ver, por ejemplo, de qué modo podría ser utilizada para la identificación de los refugiados. A su vez, el Consejo de Europa prepara un estudio sobre los derechos humanos y los algoritmos. En América Latina debe destacarse la reflexión llevada a cabo últimamente por el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y el Banco Interamericano de Desarrollo<sup>59</sup>. En el sector privado, se han iniciado numerosos procesos de estudio y debate sobre la robótica y la inteligencia artificial a nivel empresarial y en el marco de entidades privadas de reflexión.

##### 4.2. Abordar la cuestión ética mediante el diálogo social constructivo

La reflexión ética sobre la tecnología tiene ciertas particularidades. En primer lugar, las tecnologías avanzan y se potencian con rapidez mientras que la reflexión ética y el examen social y legal de estos avances son más lentos<sup>60</sup>. Además, las fuerzas que gobiernan la innovación tecnológica y la ética no son las mismas. En la primera se involucran el objetivo económico y la competitividad que no existen en la segunda.

En todo caso, la sociedad debe poder hacer una evaluación para poder adaptarse mejor a las circunstancias cambiantes, en particular cuando las mismas implican un cambio cultural radical. ¿Cuáles son los valores que inspiran el futuro del trabajo, que es, al fin de cuentas, el futuro de la sociedad? La evaluación debe realizarse mediante un diálogo social constructivo en el que puedan participar los gobiernos, las empresas (las que innovan y las que aplican las innovaciones), los trabajadores y sus representantes, la academia, y también los ciudadanos. El diálogo debe ser abierto, sin que se impongan visiones únicas.

El debate ético contribuirá a establecer prioridades en la elaboración de políticas públicas, a determinar si hace falta o no regular ciertas tecnologías, incluso si se debe prohibir el uso de ciertos avances tecnológicos considerados no éticos<sup>61</sup>. En efecto, en el espacio que existe entre lo que es posible hacer y lo que permite la ley, existe el debate sobre lo que es deseable o incluso aceptable desde el punto de vista ético<sup>62</sup>. La discusión también ayudará a determinar cuál es el momento adecuado para regular y cómo regular.

Además, es necesaria una reflexión más sistemática sobre cuestiones tales como el papel de la tecnología (en particular la robótica, la inteligencia artificial y el internet de las cosas) y el respeto de la dignidad humana, la autonomía de las personas, los derechos fundamentales (incluyendo la libertad ideológica), la seguridad física e integridad mental, la responsabilidad, la protección de los datos y la privacidad así como el recurso al motivo tecnológico como justificación para el despido<sup>63</sup>. En el ámbito de la sociedad, la reflexión debe extenderse a cuestiones como la relación entre la tecnología y la democracia, el estado de derecho, el control de los servicios esenciales o públicos (internet y telecomunicaciones) y el poder económico (por ejemplo, la limitación de las conductas monopolísticas). La reflexión no debe limitarse sólo a mitigar daños sino también debería examinar cómo las nuevas tecnologías pueden contribuir a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las personas, así como la protección de sus derechos y cómo esto puede hacerse accesible al mayor número de personas.

La ley tiene que acompañar y adaptarse a los cambios tecnológicos. A su vez, la tecnología puede ser un instrumento de aplicación de la ley. Como vimos en las secciones anteriores, la tecnología puede ser un extraordinario “realizador” de derechos. Por ejemplo, ¿puede la inteligencia artificial servir para la aplicación efectiva de los derechos laborales, condiciones de trabajo (incluyendo horarios) dignas, pago de salarios, respeto de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, etc.?

La evaluación debe llevarse a cabo a diferentes niveles -en la empresa, a nivel nacional y a escala global. En el marco de la empresa, el diálogo entre los directivos y los trabajadores y sus representantes puede dar resultados interesantes que permitan adaptar más rápidamente la tecnología a las necesidades específicas de la producción y evaluar el impacto directo sobre las condiciones de trabajo. El diálogo debe contribuir también a que los modelos de negocios que han cambiado radicalmente gracias a las nuevas tecnologías evolucionen dentro del respeto de los derechos fundamentales. La empresa es también el terreno donde se incuban las nuevas tecnologías. El diálogo social permite una evaluación periódica y realista que, en caso de necesidad posibilite reacciones flexibles y oportunas para adoptar o rechazar las tecnologías según sus efectos. En el ámbito internacional, los acuerdos marco globales pueden servir para difundir los efectos positivos de la tecnología a través de las cadenas globales de valor.

La evaluación debe efectuarse también a nivel nacional sobre la base de las informaciones recibidas de los diferentes actores sociales para poder brindar los incentivos correctos, determinar cuándo hace falta reglamentar y limitar ciertas tecnologías o ciertos usos de la misma sin poner obstáculos innecesarios a la innovación<sup>64</sup>. Pueden servir por ejemplo para decidir sobre aquellas cuestiones que, dentro de un marco ético, no deben ser dejadas al arbitrio de la inteligencia artificial y los algoritmos. A su vez, es necesario que los propios creadores de las nuevas tecnologías cuenten con los útiles de reflexión que les permitan percibir y ser permeables a los posibles problemas éticos que sus invenciones o innovaciones pueden acarrear en la sociedad.

## 5. Conclusiones

Es evidente que, librada a sí misma, la tecnología puede dar lugar a efectos que no van en la dirección del futuro que queremos para nuestra sociedad. El hecho de que algo sea realizable gracias a la tecnología no implica que necesariamente deba ser adoptado, en particular cuando se trata de nuevos trabajos, nuevas formas de trabajar y nuevos sistemas de control de los trabajadores que afectan su dignidad o su salud, tanto física como mental. Por eso, es sustancial que la sociedad en su conjunto se permita hacer una evaluación de todos los avances tecnológicos para determinar si los mismos responden a los valores que hemos establecido en conjunto como sociedad. A este respecto, son interesantes – incluso auspiciosos – los intentos por realizar una reflexión internacional que permitan un debate amplio sobre los efectos deseados y no deseados de la tecnología más allá de las fronteras nacionales. Estos mecanismos de reflexión pueden servir, además, para la difusión de tecnologías y de buenas prácticas en beneficio del conjunto de la sociedad y entre los diferentes países.

El análisis precedente nos lleva a concluir que es necesario contar con reglas claras para garantizar la privacidad de los datos, y la rendición de cuentas sobre el modo en que se construyen los algoritmos, o para limitar los mecanismos indignos de control de los trabajadores. Al mismo tiempo, hemos visto que la tecnología tiene el potencial de mejorar las condiciones de trabajo, aumentar y medir la productividad y hacer efectivos los derechos. Por ello, debe incentivarse la investigación para ver de qué manera la tecnología en sus diversas formas puede contribuir de manera concreta a la protección de los derechos laborales. La propuesta formulada aquí sobre la combinación entre la certificación del respeto de los derechos laborales a nivel nacional con la cadena de bloques en las cadenas globales y la economía digital constituye una posibilidad a este respecto. Si la tecnología se encuentra a disposición de los empleadores para evaluar el desempeño de los trabajadores, debe también estar disponible para que las autoridades puedan comprobar el respeto de los derechos laborales. En todo caso, debemos descartar todo determinismo, ya que el ser humano debe ser la medida y el fin del desarrollo tecnológico, en particular, en el mundo del trabajo del futuro.

---

1

\* Se aplica el descargo de responsabilidad habitual.

---

2

DE STEFANO, V., *Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection*, International Labour Office, Employment policy department, working paper 246, 2018, p. 21, <http://www.labourlawresearch.net/sites/default/files/papers/Negotiating%20the%20algorithm%20De%20Stefano%20.pdf>

---

3

SCHUMPETER, *Digital Taylorism, A modern version of "scientific management" threatens to dehumanise the workplace*, The Economist, September 2015, <https://www.economist.com/business/2015/09/10/digital-taylorism>. Ver también: Taylor, F., *The principles of scientific management*, Harper & Brother publication, New York, 1919.

[http://strategy.sjsu.edu/www.stable/pdf/Taylor,%20F.%20W.%20\(1911\).%20New%20York,%20Harper%20&%20Brothers.pdf](http://strategy.sjsu.edu/www.stable/pdf/Taylor,%20F.%20W.%20(1911).%20New%20York,%20Harper%20&%20Brothers.pdf)

---

4

Véase a este respecto, OIT, *Non-standard employment around the world, Understanding challenges, shaping prospects*, 2016 [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_534326.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf).

---

5

Por ejemplo, los armadores de pedidos del supermercado Lidl. Ver: France info, TV [https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/video-cash-investigation-travail-vis-ma-vie-de-manutentionnaire-chez-lidl\\_2381539.html](https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/video-cash-investigation-travail-vis-ma-vie-de-manutentionnaire-chez-lidl_2381539.html).

---

6

Si bien algunos de estos dispositivos existen desde hace años, las empresas no contaban con capacidad física para evaluar el grueso de la información recibida. El avance de las tecnologías de la información en particular el tratamiento de los macrodatos, permite este examen.

---

7

EIDENHAMMER, L., *Wearables conquering the workplace of Generation Y: the opportunities and risks to integrate wearable technology at work*. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2018

[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24495/Wearable%20Technology\\_Master%20Thesis\\_Lukas%20Eidenhammer.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24495/Wearable%20Technology_Master%20Thesis_Lukas%20Eidenhammer.pdf?sequence=1&isAllowed=y) ver en este trabajo una interesante bibliografía sobre el tema y una descripción de los distintos "wearables" existentes.

---

8

El Internet de las cosas consiste en la interconexión, vía internet de elementos digitales insertos en los objetos de uso diario, lo cual les permite enviar y recibir información y datos.

---

9

EUROFOUND (2018a), *Automation, digitalisation and platforms: Implications for work and employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 18.

[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef18002en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18002en.pdf)

---

10

EIDENHAMMER, *op. cit.*, p. 34 y EUROFOUND, (2018 b), *Future of manufacturing: game changing technologies: exploring the impact on production processes and work, research report*.

[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/fomeef18001en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/fomeef18001en.pdf)

---

11

LEE, D., KUSBIT, E., METSKY, L., DABBISH, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, Human-Computer Interaction Institute, Heinz College, Carnegie Mellon University, Conference Paper · April 2015, <https://www.researchgate.net/publication/277875720>

---

12

Por ejemplo Turker Nation-para los trabajadores the Amazon's Mechanical Turk, también Malt, Coopaname o Kanopée. Ver, al respecto, RICHER, M., *Working in the Digital Age, the future of companies and regulation*, Green European Journal, junio, 25, 2018.

---

13

TRAVIESO, M-M., *Regulating Technology at work*, CIELO laboral, en prensa.

---

14

Inteligencia artificial entendida como la combinación de elementos estadísticos. Algoritmos que se combinan para formar software inteligente que permite a las computadoras simular actividades humanas tales como aprender, razonar y clasificar. El aprendizaje automático se construye con algoritmos que se basan en ejemplos, en datos y experiencias que les permiten encontrar reglas y patrones. A diferencia de los otros algoritmos que están completamente codificados, éstos sólo tienen instrucciones y objetivos que guían el aprendizaje automático. Inteligencia artificial y aprendizaje automático son habitualmente confundidos. Ver a este respecto, *Algorithms in decision-making, fourth report*, of session 2017-19, House of Commons, Science and Technology Committee, Reino Unido, 15 May 2018,

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/351.pdf>

---

15

El caso de Google Translate es paradigmático en este sentido.

---

16

Algunos consideran que los beneficios sociales que se obtienen a través de los macrodatos son de tal magnitud que deberían ser públicos y abiertos, aunque sometidos a un proceso de “anonimización”.

---

17

ver una explicación simple de los desafíos del aprendizaje profundo que permiten los algoritmos y los nuevos sistemas de información en VILLANI, C., *Donner un sens à l'intelligence artificielle, pour une stratégie nationale et européenne*, Francia, 2018, p. 140 y siguientes

[https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/9782111457089\\_Rapport\\_Villani\\_accessible.pdf](https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/9782111457089_Rapport_Villani_accessible.pdf)

---

18

Ver a este respecto, entre otros, el Informe VILLANI, C., *op. cit.*, p. 141 y siguientes.

---

19

Por ejemplo, la combinación de la dirección postal con los hábitos de consumo puede conducir en algunos países o ciudades a la discriminación por motivos de raza o de origen étnico.

---

20

Esto ocurre, por ejemplo, cuando los algoritmos establecen que una persona de determinado origen social o proveniente de determinado lugar, o cuyos progenitores fueron condenados penalmente, tienen mayores o menores posibilidades de reincidencia en el delito. Ver a este respecto, REINSCH, R.; GOLTZ, S., *Big data: can the attempt to be more discriminating be more discriminatory instead*, Saint Louis University Law journal, vol. 61, núm. 35, 2016. Ver la explicación del sistema en VILLANI, C., *op. cit.*, p. 150.

---

21

REINSCH et al, *op. cit.*, p. 40. Ver también WAGNER, B., *Algorithmic regulation and the global default: Shifting norms in Internet*

technology, Centre for Internet & Human Rights, European University Viadrina, ETIKK I PRAKSIS NR.1 2016, p. 5; y SANDVIG, Ch.; HAMILTON, K.; KARAHALIOS, K.; LANGBORT, C., *Auditing Algorithms: research methods for detecting discrimination on internet platforms*, paper presented to "Data and Discrimination: Converting Critical Concerns into productive inquiry, a pre conference at the 64 annual meeting of the International Communication Association, 2014, Seattle, USA.

---

22

Ver a este respecto *Algorithms in decision-making, op. cit.*

---

23

Informe Villani, C., *op. cit.* p. 146 y siguientes. [https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/9782111457089\\_Rapport\\_Villani\\_accessible.pdf](https://www.aiforhumanity.fr/pdfs/9782111457089_Rapport_Villani_accessible.pdf).

---

24

El consentimiento en el marco de la relación de empleo es algo interesante de examinar. Ver Travieso, M-M., *op. cit.*

---

25

Artículos 16 y 17 del Reglamento.

---

26

Artículos 5 y 89 bis, del Reglamento.

---

27

Los perfiles personales son definidos en el artículo 4 como: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

---

28

Artículo 22 del Reglamento.

---

29

Ver, a este respecto, SEIFERT, A., "Employee data protection in the transnational company, in Game Changers in Labour Law, Shaping the Future of Work, Bulletin of comparative labour relations-vol. 100, 2018, pp. 177 a 192. Generalmente las empresas utilizan alguna de las sedes para el almacenamiento de la información del personal (evaluaciones de desempeño, capacitación, estado de salud, etc.). Sin embargo, el artículo 6 del RGPD exige el consentimiento del trabajador para la transferencia de dicha información de un país a otro de la UE, lo que constituye un desafío para las empresas. Es difícil obtener el consentimiento de todos los trabajadores de la empresa para efectuar el traslado de los datos y además no existe el equilibrio de poder entre empleador y trabajador requerido por el RGPD para considerar que el consentimiento fue válido. Los empleadores tienen, sin embargo, la posibilidad de justificar la transferencia cuando la información es necesaria para la realización del contrato del cual el trabajador es parte o a solicitud de éste [artículo 6, 1, b)].

---

30

EUROFOUND (2018 a), *op. cit.*

[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef18002en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18002en.pdf)

---

31

*La tecnología avanza y con ella los cambios en el rubro laboral: ¿cree que la automatización generará un profundo problema de desempleo?*, Infobae, entrevista a Thomas Friedman, 2018.

<https://www.infobae.com/america/tecno/2018/08/26/thomas-friedman-sobre-el-futuro-del-empleo-nunca-hubo-tantos-robots-y-sin-embargo-tenemos-mas-empleo-que-antes/>

---

32

Ver, por ejemplo, United Nations, *E-Government, Survey 2016, E-Government in support of sustainable development*, Department of Economic and Social Affairs, 2016 <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN97453.pdf>

---

33

CHACALTANA, J.; LEUNG, V.; LEE, M., *New technologies and the transition to formality: the trend towards e-formality*, Employment working paper 247, International Labour Office, Geneva 2018, [http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/08/wcms\\_635996.pdf](http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/08/wcms_635996.pdf).

---

34

CHACALTANA, J. et al., *op. cit.*, p. 15 y ss.

---

35

GALAZKA, A., *Report on the global survey into the use of information and communication technologies in national labour administration systems*, OIT, Ginebra, noviembre de 2015, p. 50,

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---ed\\_dialogue\\_msu/documents/publication/wcms\\_422057.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---ed_dialogue_msu/documents/publication/wcms_422057.pdf)

---

36

OIT (2017), *Utilización de tecnologías de la información y de la comunicación en las inspecciones del trabajo. Una visión comparada en torno a países seleccionados*, Informe técnico/2, Equipo de Trabajo Decente y Oficina de Países de la OIT para el Cono Sur de América Latina, 2017, p. 80 y siguientes.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms\\_614905.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_614905.pdf)

---

37

*Idem*, p. 134 y siguientes. Ver otras utilizaciones de los drones en diferentes sectores en DÍAZ CANTOS, O., *Drones y su aplicación en materia de seguridad y salud en el trabajo*, trabajo de fin de master en prevención de riesgos laborales, Universidad Miguel Hernández, España, 2015,

<http://dspace.umh.es/bitstream/11000/22111/1/TFM%20D%C3%ADaz%20Cantos%2C%20%C3%93scar.pdf>

---

38

GRECH, A., CAMILLERI, A., F., *Blockchain in Education*, Luxemburgo: Publications Office of the European Union 2017, 132 S. - (JRC Science for Policy Report).

[http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC108255/jrc108255\\_blockchain\\_in\\_education%281%29.pdf](http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC108255/jrc108255_blockchain_in_education%281%29.pdf)

---

39

Término acuñado por Nick Szabo en 1994.

---

40

Ver, a este respecto, PINNA, A.; RUTTENBERG, W., *Distributed Ledger technologies in securities post-trading, revolution or evolution?* European Central Bank, occasional paper series, núm. 172, April 2016,

<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbop172.en.pdf>

---

41

Ver el anuncio institucional en el nexo siguiente:

<https://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/53013.wss>

---

42



CASEY, M.; WONG, P., *Global Supply Chains are about to get better thanks to blockchain*, Harvard Business Review, 2018 <https://hbr.org/2017/03/global-supply-chains-are-about-to-get-better-thanks-to-blockchain> y LYALL, A.; MERCIER, P.; GSTETTNER, S., *The Death of Supply Chain Management*, Harvard Business Review, 2018.

[https://hbr.org/2018/06/the-death-of-supply-chain-management?referral=03758&cm\\_vc=rr\\_item\\_page.top\\_right](https://hbr.org/2018/06/the-death-of-supply-chain-management?referral=03758&cm_vc=rr_item_page.top_right)

---

43

Esta tecnología se utiliza también para la trazabilidad de las gemas, en particular de los diamantes, y poder garantizar que los mismos no provienen del contrabando. El “Diamond Time-Lapse Protocol” permite de este modo establecer una identidad electrónica para cada diamante, digitalizar sus características, inscribir un número de serie en la cadena de bloques y asignar un pasaporte electrónico a cada diamante que lo seguirá a través del mundo.

---

44

Ver PINNA, A., IBBA S., *A blockchain-based decentralized system for proper handling of temporary employment contracts*, Department of Electrical and Electronic Engineering (DIEE), University of Cagliari, p. 4. <https://arxiv.org/pdf/1711.09758.pdf>

---

45

Ver en este sentido: Saldamando, M., *How can Blockchain technology stop labour exploitation ?* <https://medium.com/legal-block/how-can-blockchain-technology-stop-labour-exploitation-882e3ad80576>

---

46

Naciones Unidas ya está probando la cadena de bloques en algunos de sus proyectos. Por ejemplo, en mayo de 2017, el Programa Alimentario Mundial lanzó un proyecto en el campo de refugiados de Azraq, en el cual, por medio de la cadena de bloques se crearon cuentas virtuales para los refugiados. Dichas cuentas se cargan con dinero que puede ser utilizado en los supermercados del campo mediante la utilización de un código personal. Esto ha reducido considerablemente los gastos financieros dando mayor transparencia y control en el uso del dinero y garantizando que el mismo llega efectivamente a sus destinatarios. Ver ARDITIS, S., *How Blockchain can benefit migration programmes and migrants*; “Migration Policy Practice” 22 Feb. 2018 <https://migrationdataportal.org/blog/how-blockchain-can-benefit-migration-programmes-and-migrants>.

---

47

Ver FINK, M., *Blockchains and Data Protection in the European Union*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series No. 18-01 <http://fliphtml5.com/gnel/vogh/basic>

---

48

Los buques deberán mantener y llevar al día el *certificado de trabajo marítimo* acreditando que las condiciones de trabajo y de vida de la gente de mar a bordo del buque cumplen con lo establecido en el Convenio y también una descripción de las medidas que el armador ha practicado a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones. (Anexo V del Convenio). La *declaración de conformidad laboral marítima* se presentará junto con el certificado de trabajo marítimo. Una parte de la declaración es redactada por la autoridad competente y otra por el armador. En la primera parte se encontrará la siguiente lista que recoge las cuestiones a inspeccionar: Edad mínima; Certificado médico; Calificaciones de la gente de mar; Acuerdos de empleo de la gente de mar; Utilización de todo servicio privado de contratación y colocación autorizado, certificado o; reglamentado; Horas de trabajo y de descanso; Niveles de dotación del buque; Alojamiento; Servicios de esparcimiento a bordo; Alimentación y servicio de fonda; Salud y seguridad y prevención de accidentes; Atención médica a bordo; Procedimientos de tramitación de quejas a bordo; Pago de los salarios.

---

49

Tampoco ha de olvidarse la cuestión relacionada con el uso excesivo de energía por parte de las cadenas de bloques.

---

50

CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ?* Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, diciembre de 2017

<https://www.cnil.fr/fr/comment-permettre-lhomme-de-garder-la-main-rapport-sur-les-enjeux-ethiques-des-algorithmes-et-de>

---



51

Ver la enumeración de algunos de los distintos informes realizados en *AI in the UK : ready, willing and able*, House of Lords, Select Committee on Artificial Intelligence, Report of Session 2017-19, Marzo de 2018

<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>

---

52

Reino Unido, *Open consultation, Centre for Data Ethics and Innovation Consultation*, 13 de junio de 2018  
<https://www.gov.uk/government/consultations/consultation-on-the-centre-for-data-ethics-and-innovation/centre-for-data-ethics-and-innovation-consultation>

---

53

ver por ejemplo <https://publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmsctech/896/89602.htm>

---

54

Ver la *Estrategia Digital para una España Inteligente* en <http://www.sercobe.es/wp-content/uploads/2017/08/estrategia-digital-espana-inteligente.pdf>.

---

55

Consulta pública sobre la estrategia digital para una España inteligente <https://www.mincotur.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Participacion/RespuestasEstrategiaDigital/federico-gularte-barboza.pdf> . La consulta se refiere a cuestiones tales como la propiedad y ética de los datos y el derecho a la desconexión.

---

56

Parlamento Europeo, *Resolución del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))*, párrafos 15 y 16.

---

57

*Idem.*, párrafos 3 y 32.

---

58

Ver a este respecto, European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), *Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, European Commission, Luxembourg, 2018, p. 15 y siguientes, [http://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege\\_ai\\_statement\\_2018.pdf](http://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf)

---

59

Ver Banco interamericano de desarrollo e Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, *Algoritmolandia, inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, revista Integración & Comercio, núm. 44, julio de 2018. Se abordan un sinnúmero de temas relacionados con los algoritmos, la inteligencia artificial y el impacto de los mismos en la sociedad.

---

60

WADHWA, V., *Laws and Ethics Can't Keep Pace with Technology Codes we live by, laws we follow, and computers that move too fast to care*, MIT Technology Review, April 15, 2014.

---

61

MARSHALL, K., *Has technology introduced new ethical problems?*, Journal of Business Ethics, 19, 1999, p. 81-90. Según los autores, la brecha entre el desarrollo de la tecnología y de las normas éticas correspondientes puede aumentar ya que el ritmo de los desarrollos tecnológicos no coincide con el de los mecanismos para el consenso social.

---

62

Informe VILLANI, C., *op. cit.*

---

63

EGE, 2018, *op. cit.*

---

64

Reino Unido, Department for Digital, Culture, Media & Sport, *Open consultation Centre for Data Ethics and Innovation Consultation*, Published 13 June 2018, <https://www.gov.uk/government/consultations/consultation-on-the-centre-for-data-ethics-and-innovation/centre-for-data-ethics-and-innovation-consultation>  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/715760/CDEI\\_consultation\\_\\_1\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715760/CDEI_consultation__1_.pdf) y

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA

#### 2. ALGUMAS RELAÇÕES DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E DA ROBÓTICA COM O MERCADO DE TRABALHO E O DIREITO

## 2. Algumas relações da Quarta Revolução Industrial e da robótica com o mercado de trabalho e o direito

### Some relationships of the Fourth Industrial Revolution and robotics with labor market and the law

(Autores)

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

*Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata" (2014). Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza" (2001), revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR). Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado em Curitiba (PR). marcovillatore@gmail.com*

CLAUDINE APARECIDO TERRA

*Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES / PUCPR). Mestre em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho. Professor Adjunto do Curso de Direito da PUCPR - Campus Londrina. Advogado em Londrina (PR). Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. claudine.terra@pucpr.br*

#### Sumário:

##### [1.Introdução](#)

##### [2.A Quarta Revolução Industrial e suas contextualizações histórica e social](#)

##### [3.As tecnologias disruptivas e a sociedade](#)

##### [4.Impactos da evolução tecnológica no mercado de trabalho e na atividade jurídica](#)

##### [4.1.Emprego e mercado de trabalho](#)

##### [4.2.As atividades jurídicas e os novos paradigmas tecnológicos](#)

##### [5.Conclusões](#)

#### Área do Direito: Trabalho

#### Resumo:

As diversas inovações tecnológicas da quarta revolução industrial quebram importantes paradigmas das relações sociais e jurídicas, com a incorporação em escala exponencial de novos recursos que alteram a economia, a operação do Direito, bem como os meios de produção, o mercado e os métodos de trabalho e o próprio contrato laboral. Tudo se faz através de instrumentos como a inteligência artificial, internet das coisas e robôs. A automação de atividades humanas é uma realidade sem volta que influencia a tudo e a todos de forma onipresente. Na elaboração do trabalho se utilizou o método hermenêutico-dialético.

#### Abstract:

The various technological innovations of the fourth industrial revolution break important paradigms of social and legal relations, with the incorporation on an exponential scale of new resources that alter the economy, the operation of Law, as well as the means of production, the market and the working methods and the labor contract. Everything is done through instruments such as artificial intelligence, internet of things and robots. The automation of human activities is a reality without a return that influences everything and everyone in a ubiquitous way. In the elaboration of the work used the hermeneutic-dialectic method.

**Palavras-Chave:** Robótica, 4ª Revolução Industrial, disrupções, mercado de trabalho, Direito

**Keywords:** Robotics, 4ª Industrial Revolution, disruptions, job market; law

#### 1.Introdução

A quarta revolução industrial quebra muitos paradigmas das relações sociais, pois novos recursos tecnológicos se incorporam, em

escala exponencial, com influência direta nas mais diversas áreas. A inovação e a ruptura de antigos conceitos afetam os padrões de vida e de bem-estar das pessoas tanto de forma positiva quanto negativa e significam desafios a serem vencidos. Aplicações informatizadas se incorporam ao cotidiano para facilitar procedimentos e atender necessidades sociais: o “humano” interage com o “virtual”, a noção de tempo e de espaço se relativizam pela evolução da transmissão da comunicação (aumento da velocidade e da quantidade de dados compartilhados). São exemplos de tecnologias disruptivas: inteligência artificial, internet das coisas, *analytics* e realidade virtual/realidade aumentada. Tais recursos, em grande parte, visam à resolução de problemas casuais, ou seja, essa nova revolução atua de forma direta em fatos triviais da vida, pela presença da robótica (conjunto de técnicas com utilização de robôs na automação das atividades humanas), para auxiliar na realização de tarefas, de forma autônoma ou conforme uma programação.

Entretanto, uma preocupação chave é a substituição da força de trabalho pelos autômatos, pois não há dúvidas que funções outrora desempenhadas por seres humanos, agora o são por robôs. A situação é inequívoca, conviver, melhor afirmando, interagir com os robôs é inevitável e atual. Isso ocorre também na atividade jurídica, onde muitas atividades foram automatizadas pela big data: monitoramento, armazenamento, gestão eletrônica de informações judiciais, trabalho remoto e armazenamento em nuvem. Em suma trata-se de um caminho sem volta.

## 2.A Quarta Revolução Industrial e suas contextualizações histórica e social

A chamada 4ª. Revolução industrial aparece a partir de profundas transformações ocorridas nos processos produtivos e nas relações sociais decorrentes da evolução tecnológica, e pode ser identificada a partir de outros processos evolutivos ocorridos ao longo da história da humanidade. O ser humano e suas práticas sociais e laborais evoluem desde os primórdios da civilização, com diversas rupturas ou revolução. Neste sentido:

Também chamada de 4.0, a revolução acontece após três processos históricos transformadores. A primeira marcou o ritmo da produção manual à mecanizada, entre 1760 e 1830. A segunda, por volta de 1850, trouxe a eletricidade e permitiu a manufatura em massa. E a terceira aconteceu em meados do século 20, com a chegada da eletrônica, da tecnologia da informação e das telecomunicações. Agora, a quarta mudança traz consigo uma tendência à automatização total das fábricas - seu nome vem, na verdade, de um projeto de estratégia de alta tecnologia do governo da Alemanha, trabalhado desde 2013 para levar sua produção a uma total independência da obra humana<sup>1</sup>.

A automação de atividades se faz possível graças a integração de sistemas computacionais que ao mesmo tempo que são cibernéticos se integram a realidade física, os chamados sistemas ciberfísicos que “combinam máquinas com processos digitais, são capazes de tomar decisões descentralizadas e de cooperar - entre eles e com humanos - mediante a internet das coisas”<sup>2</sup>. SCHAWB assinala que ainda não houve uma compreensão exata do alcance, velocidade e consequências dessa nova revolução que está em curso, pautada especial pela conectividade das pessoas que se interligam entre si pela rede mundial de computadores, mas muito mais, há uma interação entre o ser humano e os objetos com o cercam:

“Ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico”<sup>3</sup>.

Tais interações alteram totalmente a configuração lógica e física das relações sociais e ocorrem numa velocidade espantosa, nunca antes vista, de forma que profundas mutações se manifestam em todos os setores da atividade humana, novos modelos negociais, quebra de paradigmas, descontinuidade de padrões operacionais de produção e de consumo, mudança de paradigmas de transportes e sistemas logísticos, com influência inclusive na atuação do poder público (governantes precisam se reformular) e das instituições tradicionais (educação, saúde, comunicações). Neste sentido, o mesmo autor citado considera que a 4ª. Revolução Industrial, a partir dessa nova abordagem da tecnologia, traz consigo um novo paradigma de comportamento influenciando “os sistemas de produção e consumo também formam um potencial de regeneração e preservação dos ambientes naturais sem criar custos ocultos sob a forma de externalidades”<sup>4</sup>.

Referidas mutações tem uma profundidade tão grande que SCHWAB afirma que na história da humanidade nunca se vivenciou um período que ao mesmo tempo seja promissor e perigoso. Promissor diante da perspectiva de que as novas conquistas, jamais antes imaginadas, poderão beneficiar o gênero humano. Preocupante e perigosa, por outro viés, pois não se sabe como as decisões futuras serão tomadas, como serão trabalhadas tais inovações na construção do futuro. <sup>5</sup> PERASSO afirma que “as repercussões impactarão em como somos e como nos relacionamos até nos lugares mais distantes do planeta [...] Suas consequências impactarão a segurança geopolítica e o que é considerado ético”<sup>6</sup>.

Não se trata de mera continuidade da 3ª. revolução industrial, nada obstante, a presença da eletrônica e tecnologia também nesta anterior se fizesse presente de forma efetiva, mas ao contrário as rápidas mudanças advindas dessa atual e última Revolução Industrial trazem marcas próprios tais como a velocidade, com mutações que ocorrem em uma escala exponencial e que se auto alimenta, pois as novas tecnologias geram outra mais qualificadas, as quais se combinam quebrando paradigmas nas mais diversas áreas, o que causa um impacto sistêmico, ou seja, envolve a transformação de sistemas inteiros, na esfera privada (entre empresas) e pública (entre países)<sup>7</sup>.

A quarta revolução industrial representa um marco ímpar na evolução das relações sociais, pois ao longo dos séculos as inovações da ciência têm se mostrado como um grande aliada para favorecer a vida das pessoas, o que não será diferente. Por certo, com esse novo movimento ora vivenciado, todavia é importante levar em consideração que as novas tecnologias quebram paradigmas sociais e cujos desafios ainda serão suplantados.

## 3.As tecnologias disruptivas e a sociedade

Muitas das novidades tecnológicas vivenciadas atualmente poderiam ser consideradas até pouquíssimo tempo atrás como obra de ficção científica, entretanto as inovações vão se incorporando ao dia a dia das novas gerações, bem como conquistando a adesão dos mais velhos de forma absolutamente natural, de sorte que é praticamente inviável para as pessoas conduzir suas atividades mais

corriqueiras sem a presença das chamadas “tecnologias disruptivas”, sobre as quais se lê no blog InfoMoney o seguinte comentário: “carros voadores e robôs desempenhando funções domésticas ainda não fazem parte de nossa realidade, mas essas não são mais ideias tão distantes assim. As inovações tecnológicas experimentaram grandes saltos nos últimos anos, e incorporamos aparelhos novos em nossa rotina sem muitas vezes nos darmos conta. Afinal, é comum esquecermos que há apenas 10 anos os iPhones ainda engatinhavam, e que nos anos seguintes iniciariam uma revolução tecnológica que agora torna difícil imaginar a vida sem um smartphone. Não por acaso, as companhias mais valiosas do mundo agora são da área da tecnologia, como Google, Apple, Microsoft, Amazon e Facebook<sup>8</sup>.”

A publicação referida elenca sete espécies de inovações tecnológicas apresentadas como capazes de quebrar paradigmas sedimentados há séculos e mudar o curso da história mundial: inteligência artificial, internet das coisas, *analytics*, segurança cibernética, realidade virtual e realidade aumentada, *blockchain* e drones<sup>9</sup>.

Dentre eles são destacados neste artigo apenas duas das espécies acima mencionadas, quais sejam a inteligência artificial e a internet das coisas, que caminham lado a lado, com presença constante no dia a dia de grande parte da população, de forma natural, onipresente, sem que muitas vezes as pessoas se deem conta dessa interação que se faz tal qual o contato mantido dos seres humanos entre si, mas a conversa se dá, em verdade, com uma máquina.

Em primeiro lugar, a inteligência artificial descrita como sendo “equipamentos” agregados a programas de computadores (softwares) e a robôs virtuais, com o objetivo de desempenhar funções semelhantes àquelas desempenhadas pelos seres humanos em atividades cotidianas. Referido blog exemplifica com caixas de som inteligentes que se conectam a outros eletrodomésticos (geladeiras, TV) de forma a receber comando de voz dos moradores sem a necessidade de se apertar um único botão. Neste sentido o artigo aqui comentado conclui que “o grande segredo para essa tecnologia funcionar está no desenvolvimento de assistentes virtuais, e eles são realidade. A consultoria britânica Strategy Analytics projetou que no ano passado seriam vendidas 24 milhões dessas unidades em todo o mundo. A liderança, por enquanto, está com a Amazon e seu assistente virtual Alexa, seguida pelo Google”<sup>10</sup>. Já existem diversas empresas investindo em robôs virtuais que interagem com a clientela com programações próprias para orientação de demandas sobre produtos e serviços, bem como para sanar dúvidas comuns.

Até aqui se pensava no contato homem x máquina, mediado pelo que se chamou de inteligência artificial, entretanto a quebra de paradigmas vai além e se pode dizer que as coisas inanimadas também estão se comunicando graças aos avanços tecnológicos, que segundo o InfoMoney: “a Internet das Coisas e a inteligência artificial caminham lado a lado – em muitos casos, de forma conjunta. Essa é a tecnologia que conecta todas as coisas à internet: carros, geladeiras, TVs, roupas, relógios. Tudo pode ter uma aplicação – o que, em larga escala, possibilita o surgimento de cidades inteligentes. Estima-se que até 2020 os gastos globais com Internet das Coisas alcançarão a soma de US\$ 1,29 trilhão, de acordo com dados da IDC”<sup>11</sup>.

Como se nota, trata da troca de informações pela internet entre objetos, eletrodomésticos, veículos, roupas, relógios, computadores que compartilham dados pela rede mundial de computadores, sem a necessidade da interação humana, como exemplo precursor dessa realidade o InfoMoney menciona uma loja nos Estados Unidos, em Seattle, da empresa Amazon: “a empresa inaugurou neste ano a Amazon Go, uma loja sem funcionários e sem filas, onde um conjunto de câmeras, sensores e códigos QR entende o que os clientes retiram ou colocam de volta das prateleiras, fazendo a cobrança diretamente no cartão de crédito e de forma automática”<sup>12</sup>. Nesse caso há uma integração total entre os objetos envolvidos, de forma que as coisas ao se movimentarem dentro da loja, geram a mais comum das relações contratuais humanas: a compra e venda, tanto que a entrega da mercadoria e o pagamento do preço se faz de forma automatizada.

Ao lado dessas duas tecnologias disruptivas importantes (inteligência artificial e internet das coisas), cabe mencionar uma outra realidade que se faz presente de forma inexorável, fundindo tais conceitos em um ente que não é humano, mas que age e obtém resultados como se fosse humano. Trata-se da robótica e dos robôs, os quais, segundo o dicionário Aurélio, podem ser assim definidos. Em primeiro lugar, a robótica como “o conjunto dos estudos e das técnicas que permitem a utilização de robôs na automação”, enquanto que para a palavra robô, “[Do fr. *robot* checo *robota* ...] Mecanismo automático, em geral com aspecto semelhante ao de um homem, e que realiza trabalhos e movimentos humanos”.<sup>13</sup> Numa outra abordagem, robôs são “máquinas eletromecânicas ou agentes virtuais que automatizam, aumentam ou auxiliam atividades humanas, de forma autônoma ou de acordo com uma base de instruções pré-configuradas – muitas vezes sendo através de um programa de computador”<sup>14</sup>. Não há a menor dúvida que essas novas tecnologias chegaram para ficar, estão ocupando espaços outrora inexistentes que surgem a partir de demandas muitas vezes originárias da própria evolução tecnológica para a solução de problemas antes não identificados.

#### 4. Impactos da evolução tecnológica no mercado de trabalho e na atividade jurídica

As recentes mutações da evolução tecnológica já têm causado impactos relevantes nas atividades humanas, tanto que SCHWAB afirma que a 4ª. revolução industrial terá uma influência gigantesca tanto na atividade jurídica como na economia, de um lado, influenciando o crescimento e a produtividade das tarefas e, de outro, impactando o emprego na forma como é conhecido na atualidade<sup>15</sup>.

No que tange ao crescimento econômico, a opinião não é unânime existem alguns pessimistas que consideram que o impacto da revolução digital na produtividade já tenha alcançado o seu limite, enquanto os otimistas consideram que o uso dos recursos decorrentes da inovação e da tecnologia deva se apresentar como um ponto de inflexão, de mudanças, que levarão a um aumento da produtividade e por consequência gerará crescimento econômico<sup>16</sup>.

As consequências advindas dessa nova revolução estão presentes na vida de toda a sociedade, resta de um lado, absorver os impactos positivos que beneficiem as pessoas e, de outro, enfrentar os desafios decorrentes, dentre os quais são destacados duas vertentes neste artigo, por primeiro as influências nas atividades laborais e, em segundo lugar, o impacto que as inovações tecnológicas tem despertado na atuação dos operadores do Direito: advogados e órgãos do Poder Judiciário.

##### 4.1. Emprego e mercado de trabalho

SCHWAB alerta no que diz respeito ao emprego não resta dúvida que haverá impactos negativos da 4ª. Revolução Industrial no mercado de trabalho, uma vez que os computadores ao longo dos últimos anos têm substituído muitas atividades outrora desempenhadas por trabalhadores, neste sentido as transações bancárias, a reserva de hotéis, compra de passagens, o serviço de

telefonista, dentre outros<sup>17</sup>. O autor menciona que a discussão não é nova, pois em 1931 já houve discussões acerca do desemprego e a modernização de rotinas, com a discussão por John Maynard Keynes acerca do ritmo pelo qual seriam repostos os postos de trabalhos absorvidos pela tecnologia, mediante a descoberta e oferta de novas atividades<sup>18</sup>.

Segundo SCHWAB, as novas tecnologias implicarão em mudanças drásticas no trabalho humano, não há qualquer dúvida que a automação vem substituindo muitas tarefas humanas. Por outro lado, os efeitos exercidos pela tecnologia são de duas espécies concorrentes, de um lado, um impacto destrutivo à medida que o homem é substituído pela máquina, o trabalho pelo capital, gerando desemprego; por outro viés, há também um efeito capitalizador, pelo qual a constante demanda por novos serviços leva à criação de profissões e atividades ainda inexistentes, sequer imaginadas<sup>19</sup>.

Assim, o impacto das inovações tecnológicas no mercado de trabalho é encarado em duas vertentes. De um lado, numa posição otimista, acredita-se que aqueles que desempenhavam atividades absorvidas pela tecnologia encontrarão novos empregos, a partir das novas necessidades criadas pela própria tecnologia. Por outro lado, outros numa posição crítica, consideram que haverá uma apocalíptica situação social e política, com uma grande quantidade de desempregados tecnológicos. Provavelmente nenhuma das duas posições está absolutamente correta, por certo, haverá um ponto de equilíbrio entre as ambas, se de um lado novos empregos surgirão, de outro, nem todos os que perderem seu trabalho estarão aptos a desempenhar as funções que surgirão<sup>20</sup>.

SCHWAB salienta, contudo, que a quarta revolução industrial tem criado menos postos de trabalho que as revoluções anteriores, pois grande quantidade de atividades, notadamente que envolva trabalho mecânico repetitivo já estão automatizadas seja de forma total ou parcial. Aponta-se uma tendência de que em relação a ocupações e cargos, de altos salários, que demandem atuação criativa e cognitiva haverá o crescimento do emprego; entretanto haverá drástica redução de postos de trabalhos nas ocupações menos complexas, ou seja, manuais, rotineiras e repetitivas, normalmente com salários mais baixos. Trata-se de um dilema a ser enfrentado<sup>21</sup>.

Ao contrário do que se possa imaginar, as substituições não são causadas tão somente pelos fatores decorrentes da evolução tecnológica (inteligência artificial, robôs, algoritmos), mas, ao contrário, a busca pela automatização vem de encontro a busca das empresas pela racionalização de procedimentos, para melhor definir e simplificar os empregos, como a terceirização e a expansão do trabalho digital, de forma que a simplificação de tarefas significa aumento de produtividade. Não se trata de um dilema “homem x máquina”, porém o que existe é uma efetiva interação entre universos distintos da concepção humana na construção de uma nova realidade em que interagem tecnologias físicas, digitais e biológicas, as quais se fundem com facilidade, criando novos paradigmas que influenciam as relações humanas<sup>22</sup>.

A natureza do trabalho humano, a partir dessa perspectiva, tem se alterado de forma substancial, em especial no que tange ao aspecto de sua longevidade, em que as relações duradouras são substituídas, com a multiplicação de contratos laborais sob demanda para atendimento de necessidades pontuais do tomador, a partir do gerenciamento e disponibilidade de oportunidades em plataformas inseridas na rede mundial virtual (nuvem computacional)<sup>23</sup>. SCHWAB argumenta que essa situação ao mesmo tempo que pode representar efetivas oportunidades para o trabalhador (versatilidade e flexibilidade de ofertas de vagas e oportunidades de trabalho) igualmente, e com grave risco, também pode significar a precarização das relações humanas, notadamente a supressão ou minimização de proteções inerentes ao direito trabalhista<sup>24</sup>. Assim, para o mesmo autor, as novas tecnologias significam uma substancial alteração no formato do mercado de trabalho, influenciando no modo de prestação de serviços e na sua própria remuneração, em especial a partir da possibilidade de que os serviços sejam prestados em horários mais flexíveis, fato que pode ser uma vantagem, porém também pode ser igualmente encarado como uma efetiva ameaça a conquistas, ao permitir que se afastem vantagens e proteções jurídicas inerentes a uma relação empregatícia de caráter mais duradouro, como atualmente regulamentado na legislação vigente<sup>25</sup>.

Por outro viés, SCHWAB faz uma abordagem da robótica considerando-a como um dos principais pontos de mudança na prestação de serviços, menciona pesquisa a qual indica a previsão de que até 2025 deva ocorrer o ponto de inflexão dessa mudança, ou seja, a guinada com a atuação do primeiro farmacêutico robótico nos Estados Unidos<sup>26</sup>. O mesmo autor aponta alguns pontos que irão impactar positivamente a prestação de serviços, dos quais podem ser relacionados: maior tempo para o lazer; otimização de resultados para a saúde, tendo em vista que um grande volume de informações estará disponíveis para o desenvolvimento de produtos farmacêuticos; maior acesso a materiais; remigração da produção, com a substituição de trabalhadores estrangeiros por robôs<sup>27</sup>.

Por outro lado, SCHWAB também menciona alguns impactos negativos como a perda de postos de trabalho; mudança em normas sociais do cotidiano, sendo possível não restringir a atividade a uma jornada de trabalho, uma vez que os serviços estarão disponíveis 24 horas por dia, já que os robôs não precisam descansar; além de riscos cibernéticos<sup>28</sup>. Segundo dados da Federação Internacional de Robótica<sup>29</sup>, acerca da utilização dos robôs nas atividades industriais haverá um crescimento exponencial de forma que até 2020 estarão em operação em todo o mundo mais de 3 milhões de robôs industriais serão utilizados em fábricas em todo o mundo até 2020, o que representa uma expansão de mais que o dobro do estoque existente em 2014.

Neste sentido, artigo publicado pela entidade aponta o seguinte: “Frankfurt, 30 de maio de 2018 - Quase 70% dos funcionários acreditam que a robótica e a automação oferecem a oportunidade de se qualificar para um trabalho mais qualificado. Este é o resultado de uma pesquisa mundial da automática com 7.000 funcionários em sete países. A mudança tecnológica exige treinamento direcionado e educação adicional para os funcionários. Mais de 3 milhões de robôs industriais serão utilizados em fábricas em todo o mundo até 2020. Isso significa que o estoque operacional mais que dobrará dentro de sete anos (2014-2020)”. (texto traduzido livremente pelo autor)<sup>30</sup>. O texto reconhece a crença em dois fatos bastante relevantes: a primeira, que as novidades tecnológicas como os robôs e a automação se constituem em importante instrumentos para qualificação e melhoria dos processos produtivos e, em segundo lugar, que seu uso massificado já é realidade e aumenta em escala exponencial a cada momento.

Nesse sentido SEGURA, profissional de marketing que atua na IBM Brasil, chama a atenção em um artigo instigante sobre as relações que se estabelecem entre o homem e os robôs no mercado de trabalho, apresentando alguns questionamentos importantes para reflexão: pesquisas apontam que nos próximos anos os robôs estarão cada vez mais presentes em nossas vidas. Será que os robôs vão realmente roubar nossos empregos? Estudos afirmam que sim, mas muitos novos empregos surgirão. Já imaginou você tendo um chefe robô? E qual é a saída? Qual é a sua responsabilidade nisso? Existem realmente transformações radicais já acontecendo que estão impactando o nosso cotidiano. Vamos analisar aqui vários conceitos e fatos a respeito da entrada dos robôs no mercado de trabalho. Você vai descobrir que o seu futuro está em suas mãos<sup>31</sup>.

De fato, com linguagem própria de sua especialidade – o marketing –, o autor chama a atenção para uma realidade inexorável tão presente na vida de todos neste século: os robôs estão presentes no dia a dia de todas as pessoas conectando a inteligência humana grandes doses de “sabedoria” artificial que deve ser concebida e utilizada para beneficiar o gênero humano, nada obstante existe o grave risco de se tornar um perigo, como em muitas outras coisas produzidas pelo homem. Neste sentido, como contraponto a esse raciocínio, pode-se citar BOBBIO, que assevera que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los”<sup>32</sup>.

Em suma, a presença e cooperação das novidades tecnológicas, em especial dos robôs, é um fato inexorável, porém toda evolução da ciência deve servir para proporcionar benefícios ao principal agente das relações sociais – o homem – tanto assim que a visão de BOBBIO se mostra muito precisa e atual.

#### 4.2. As atividades jurídicas e os novos paradigmas tecnológicos

Em recente artigo publicado no blog ELI – *Echnaced Legal Intelligence* é relatado o resultado de uma pesquisa da Associação Brasileira de LawTechs e LegalTechs – AB2L<sup>33</sup>, a qual conclui que “a maior demanda dos advogados e escritórios de advocacia são por tecnologias que suportem atividades tradicionais do mercado”<sup>34</sup>. A pesquisa aponta que tais profissionais se mantêm atentos às transformações ocorridas nas relações sociais e jurídicas, tanto que um alto índice (95% dos escritórios de advocacia) se dizem abertos para adotar novas tecnologias e se encontra a disposição dos mesmos uma gama grande de produtos e soluções inovadoras e disruptivas para atender esse anseio, em especial, os robôs inteligentes. Segundo referido blog, tais robôs são uma presença cada vez mais constante na advocacia “seja fazendo o monitoramento dos processos nas fontes, analisando grandes volumes de informação, automatizando a produção de documentos e auxiliando a tomada de decisão por meio Inteligência Artificial”<sup>35</sup>.

Também os tribunais brasileiros passam a fazer uso da inteligência artificial, tanto assim que em recente notícia<sup>36</sup> veiculado na internet no sítio do Superior Tribunal de Justiça (STJ) informa a adoção pela Corte de um projeto piloto para utilização de soluções de inteligência artificial para racionalização dos fluxos de trabalho e agilização da entrega da tutela jurisdicional. A revista eletrônica Consultor Jurídico esclarece que se trata de dispositivos capazes de fazer o “reconhecimento óptico de caracteres (OCR), ou seja, a tecnologia capaz de reconhecer texto em imagens”<sup>37</sup>. Salienta que se trata de etapa de suma importância, uma vez que grande parte dos documentos recebidos pelo STJ o são no formato de imagem, fato que impede a seleção automática de texto, ou seja, o novo sistema elimina uma etapa importante, uma vez que desta forma o sistema consegue “ler” as informações e fazer a classificação.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) também adotou um sistema de utilização da inteligência artificial batizado de “VICTOR”, conforme notícia veiculada no sítio da internet da referida Corte, onde se lê que: “na fase inicial do projeto, VICTOR irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Essa ação representa apenas uma parte (pequena, mas importante) da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, mas envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina”<sup>38</sup>.

Dessa forma não é difícil concluir que as inovações tecnológicas emanadas da quarta revolução industrial estão presentes em praticamente todas as atividades humanas modernas e, no tocante a operação da ciência jurídica, observa-se sua utilização desde o escritório em que as petições são produzidas e protocoladas na 1ª. Instância do Poder Judiciário, chegando de forma efetiva até as mais altas Cortes do país.

#### 5. Conclusões

É inegável que a quarta revolução industrial e as novas tecnologias disruptivas vivenciadas atualmente trouxeram uma gama variada de alterações na vida cotidiana das pessoas, tais inovações trazem reflexos positivos e negativos na sociedade e a adaptação as constantes mudanças representa inequívoco desafio a ser suplantado diariamente, em razão da grande velocidade e quantidade de mudanças que ocorrem a todo instante.

Na sua grande maioria constituem-se em aplicações informatizadas, ou seja, instrumentos e mecanismos pensados para facilitar procedimentos e atender alguma necessidade da sociedade e estão presentes nas nossas vidas, incorporadas ao nosso dia a dia, pela qual passa a existir uma constante interação do “humano” com o “virtual”, a partir de recursos informáticos, com a relativização do conceito de tempo e de espaço, decorrentes especialmente da evolução da transmissão da comunicação: seja no tocante à velocidade em que atravessa o planeta todo (milésimos de segundo); seja quanto à quantidade de dados compartilhados, crescente em progressão geométrica; seja em relação à ampliação e ao barateamento das opções de tecnologias disponíveis para tanto.

A presença dos robôs é constante e irreversível, eles são máquinas eletromecânicas ou agentes virtuais capazes de automatizar ou de auxiliar na realização de tarefas do homem, de forma autônoma ou de acordo com uma programação. Neste sentido, uma preocupação chave é a substituição da força de trabalho pelos autômatos, pois não há dúvidas que funções outrora desempenhadas por seres humanos, agora o são por robôs, ocorreu uma migração de tarefas, cujo controle e análise das informações geradas são feitos por eles, de forma que eventualmente, hoje, muitos trabalhadores já estão, em algum momento, trabalhando subordinados a um chefe robô.

Por outro lado, também na atividade jurídica sua presença é sentida, porquanto muitas atividades outrora exercidas pelos operadores do direito, hoje estão automatizadas, dentre as quais podem ser destacadas: o monitoramento eletrônico da legislação, de jurisprudência, gestão automatizada de um elevado número de processos e de publicações judiciais a cada dia; a possibilidade de trabalho remoto, com a alteração da noção de espaço e o armazenamento em nuvem. Adaptar-se é urgente, pois essa nova realidade é irreversível, a presença das tecnologias disruptivas que estão interagindo com todos os homens, quer queiram ou não, pode permitir que se favoreça as atividades humanas, entretanto, a dignidade humana enquanto fundamento de convivência deve ser preservada.

1

PERASSO, Valeria. *O que é a 4ª revolução industrial - e como ela deve afetar nossas vidas*. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>, acesso em 10 set. 2018.

---

2

*Ibidem.*

---

3

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 11.

---

4

*Ibidem.*

---

5

*Ibidem.*

---

6

PERASSO, Valeria. *O que é a 4ª revolução industrial - e como ela deve afetar nossas vidas*. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>, acesso em 10 set. 2018.

---

7

SCHWAB, Klaus, *op. cit.*, p. 13.

---

8

INFOMONEY. *As 7 tecnologias disruptivas que já são realidade (e como elas vão mudar o mundo)*. Disponível em <http://www.infomoney.com.br/conteudo-patrocinado/noticia/7317701/tecnologias-disruptivas-que-sao-realidade-como-elas-vaio-mudar-mundo>, acesso em 27 ago. 2018.

---

9

*Ibidem.*

---

10

*Ibidem.*

---

11

*Ibidem.*

---

12

*Ibidem.*

---

13

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico 7.0* - Edição Especial 100 anos. Editora Positivo.

---

14



SILVA, Mateus Pinheiro de Oliveira e. *Tecnologias disruptivas que estão mudando a maneira de fazer negócios. Conheça as tecnologias que estão mudando a maneira de fazer negócios na atualidade*. Disponível em <http://merakigroup.com.br/tecnologias-disruptivas/>, acesso em 27 ago. 2018.

---

15

SCHWAB, Klaus, *op. cit.*, p. 35-36.

---

16

*Ibidem.*

---

17

*Ibidem*, pp. 41-42.

---

18

*Ibidem.*

---

19

*Ibidem.*

---

20

*Ibidem.*

---

21

*Ibidem*, p. 44.

---

22

*Ibidem.*

---

23

*Ibidem*, pp. 53-54.

---

24

*Ibidem*, pp. 54-55.

---

25

*Ibidem*, pp. 75-76.

---

26

*Ibidem.*

---

27

*Ibidem.*

---

28

*Ibidem.*

---

29

Federação Internacional de Robótica. *Robots double worldwide by 2020*. Disponível em <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/robots-double-worldwide-by-2020>, acesso em 10 set. 2018.

---

30

*Ibidem.*

---

31

SEGURA, Mauro. *Você e os robôs no mercado de trabalho do futuro. Um manual para entender melhor seu próximo colega de trabalho*. Disponível em <http://www.meioemensagem.com.br/home/opinioao/2017/05/04/voce-e-os-robos-no-mercado-de-trabalho-do-futuro.html>, acesso em 10 set. 2018.

---

32

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 25.

---

33

<https://www.ab2l.org.br/>, acesso em 10 set. 2018.

---

34

BLOG DO ELI - Enhanced Legal Intelligence. *Entenda de vez o papel dos robôs inteligentes na advocacia*. Disponível em <http://elibot.com.br/blog/robos-inteligentes-na-advocacia/>, acesso em 10 set. 2018.

---

35

*Ibidem.*

---

36

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-d%C3%A1-primeiro-passo-para-implantar-intelig%C3%A2ncia-artificial-na-rotina-do-processo](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-d%C3%A1-primeiro-passo-para-implantar-intelig%C3%A2ncia-artificial-na-rotina-do-processo), acesso em 10 set. 2018.

---

37

*STJ cria sistema de inteligência artificial para agilizar processos*. Revista Consultor Jurídico, 14 de junho de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/stj-cria-sistema-inteligencia-artificial-agilizar-processos>, acesso em 10 set. 2018.

---

38

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>, acesso em 10 set. 2018.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

## 1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA

## 3. A QUARTA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: O DESEMPREGO TECNOLÓGICO E OS DESAFIOS PARA UMA EMPRESA SUSTENTÁVEL

**3. A quarta Revolução Tecnológica: o desemprego tecnológico e os desafios para uma empresa sustentável****The 4th Technological Revolution: the technological unemployment and the challenges for a sustainable company****(Autor)****JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE**

*Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo). j.cavalcante@live.com*

**Sumário:**[1 Introdução](#)[2 A evolução da sociedade à luz da tecnologia](#)[3 A implementação tecnológica no processo de produção e no mundo do trabalho](#)[4 As consequências da implementação tecnológica para o processo de produção e para o emprego](#)[5 A empresa sustentável no linear da 4ª Revolução Tecnológica](#)[6 Conclusão](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumo:**

No linear da 4ª Revolução Tecnológica, as inovações tecnológicas são fantásticas e são capazes de alterar a concepção clássica dos modelos de produção e de trabalho, causando grande preocupação com o fenômeno do desemprego tecnológico. Nesse cenário, surgem as empresas mais valiosas do mundo e os desafios para a “empresa sustentável”. Concebida a partir da Declaração do Milênio das Nações Unidas (ONU, 2000), dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ONU, 2015), do Pacto Global (ONU, 2013), da Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998, revisada em 2015), entre outros, a empresa sustentável, na proteção do emprego, deve pautar-se em três pilares: a) no princípio da função social da empresa; b) na negociação coletiva de trabalho como instrumento de proteção jurídica do emprego; c) no direito de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores.

**Abstract:**

In the Linear Fourth Technological Revolution, technological innovations are fantastic and can alter the classical conception of production and work models, causing great concern with the phenomenon of technological unemployment. In this scenario, the most valuable companies in the world and the challenges to “sustainable enterprise” emerge. Based on the United Nations Millennium Declaration (UN, 2000), the UN Global Compact (UN, 2015), the other, sustainable enterprise, in the protection of employment, should be based on three pillars: a) the principle of the social function of the company; b) collective bargaining as an instrument for legal protection of employment; c) the right to information and consultation of workers' representatives.

**Palavras-Chave:** Revolução Industrial, 4ª Revolução Tecnológica, desemprego tecnológico, empresa sustentável.

**Keywords:** Industrial Revolution, 4th Technological Revolution, Technological unemployment, Sustainable company.

**1. Introdução**

A 4ª Revolução Tecnológica e seus “resultados iniciais” são impressionantes e, dentro da lógica capitalista, são capazes de mudar toda a concepção clássica do processo de produção e do comércio global. Apesar dos aspectos positivos produzidos no mundo do trabalho, costumeiramente, ressaltados por economistas, a implementação tecnológica vem diminuindo a utilização do “trabalho vivo” e causando “desemprego tecnológico” (*technological unemployment*), como se verifica em diversos setores da economia, *v.g.*, no setor bancário no Brasil.

Thomas Philbeck<sup>1</sup>, no campo das relações sociais, afirma que “se a tecnologia está gerando exclusão social, desigualdade e destruindo o meio ambiente, estamos fazendo tudo errado”. No mundo do trabalho, estamos diante de um grande desafio, pontuado

Klaus Schwab: “O desafio que enfrentamos trará novas formas de contratos sociais e de empregos, adequados à mudança da força de trabalho e à natureza evolutiva do trabalho. [...] Se não conseguirmos fazer isso, a quarta revolução industrial poderá nos conduzir para o lado negro do futuro do trabalho, [...]”<sup>2</sup>.

A nossa proposta de análise é o estudo da tecnologia no processo de produção e no mundo trabalho e seus efeitos, em especial, o desemprego tecnológico e os desafios para a empresa sustentável.

## 2. A evolução da sociedade à luz da tecnologia

O curso do processo tecnológico, segundo Álvaro Vieira Pinto<sup>3</sup>, “[...] tem indiscutível base social: é determinado pela necessidade que a sociedade tem dos serviços a serem prestados pelos instrumentos passíveis de construir”. Certo é que, nesse processo de evolução da sociedade, centenas de inovações tecnológicas transformaram e ainda mudam a sociedade atual,<sup>4</sup> em diversos setores da vida cotidiana, como o ambiente familiar, sistemas de comunicação, tratamentos médicos, transportes, processo de aprendizagem, as relações de trabalho etc. Entre essas diversas inovações, podem-se destacar: computador (1946); transistor (1947); internet (1962); betamax (como sistema de reprodução de imagens, 1975); robótica (1948); telefonia móvel – celular (1956); bitcoin (moeda virtual, 2009); livro digital (2012), a inteligência artificial etc.

Na visão do sociólogo Domenico de Masi<sup>5</sup>, nos anos 1970, a eletrônica e a informática passaram a integrar a nossa vida cotidiana, e as transformações ocorridas a partir do século XVIII tiveram seu ritmo ditado pela ciência e tecnologia.

Os teóricos econômicos institucionalistas, entre eles, Clarence Ayres<sup>6</sup>, consideram a tecnologia um importante elemento do desenvolvimento econômico e social de um país.

Na era da informação, segundo Manuel Castells<sup>7</sup>, o que caracteriza a revolução é a aplicação do conhecimento e da informação para geração de novos conhecimentos em um ciclo de realimentação. Contudo, a evolução tecnológica e seus efeitos não podem ser analisados sem uma relação direta com as etapas de desenvolvimento da história do homem e com os interesses das classes dominantes em cada uma dessas fases.

Após repudiar a expressão “era tecnológica”, Álvaro Vieira Pinto<sup>8</sup> assevera que a tecnologia existente em cada época da história reflete as exigências sociais do indivíduo em geral e, em caráter particular, por aqueles que se encontram em uma posição especial (pelo gênio pessoal, cultura, encargos econômicos ou atribuições políticas).

Certo é que a tecnologia não antecipa sua época (ou a ultrapassa), simplesmente porque exprime e satisfaz as necessidades daquela sociedade em cada momento<sup>9</sup>. O desenvolvimento do processo tecnológico está vinculado a um processo social (necessidade da sociedade da época),<sup>10</sup> ou seja, “são as condições vigentes na sociedade, as relações entre os produtores, que ditarão as possibilidades de positivo ou negativo aproveitamento dos instrumentos e das técnicas”<sup>11</sup>. Nesse sentido, também enfatizam Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas<sup>12</sup>: “[...] a tecnologia deve ser pensada no contexto das relações sociais e dentro do seu desenvolvimento histórico”.

Nas últimas décadas, há um processo tão intenso de transformação que Domenico de Masi<sup>13</sup> chega a dizer que estamos presenciando uma “nova etapa do capitalismo”.

Como acentua Harry Braverman<sup>14</sup>, é possível estudar a tecnologia de acordo com qualquer critério que se deseje, como pela força motriz, complexidade, utilização de princípios físicos etc. Todavia, Harry Braverman indica dois caminhos: a) do ponto de vista da engenharia, o qual “enxerga a tecnologia em suas ligações internas e tende a definir a máquina em relação a si mesma, como um fato técnico”; b) um enfoque social, “que vê a tecnologia em suas conexões com a humanidade e define a máquina em relação com o trabalho humano, e com um artefato social”.

Apesar disso, ao relacionar a evolução da humanidade com o avanço tecnológico e de “seus frutos” (v.g., acúmulo de conhecimento, maquinismo, automação, robotização, programas de computadores, internet), identificamos três pontos centrais de análise: a) a tecnologia como instrumento de compreensão e de controle da natureza e seus fenômenos; b) a tecnologia como instrumento de dominação de outros povos e de classes sociais; c) a tecnologia criando e alterando o processo de produção de bens e serviços e seus reflexos nas relações de trabalho.

## 3. A implementação tecnológica no processo de produção e no mundo do trabalho

Em nossa análise, a implementação da tecnologia no processo de produção e no mundo do trabalho possui aspectos qualitativos e quantitativos da produção e dos serviços, mas também sobre as relações de emprego (v.g., a qualificação profissional, as condições de trabalho, a saúde dos trabalhadores e a criação e extinção de postos de trabalho)<sup>15</sup>.

Em meados do século XX, do ponto de vista tecnológico, alguns setores industriais (máquinas, ferramentas, têxteis etc.), por questões econômicas (custo de produção e rendimentos), foram transferidos para os países periféricos (novos países industriais). Na década seguinte, houve o surgimento de novas indústrias (v.g., computadores e processamento de dados, semicondutores, petroquímica sofisticada etc.), as quais se expandem nos anos 1970. Esse processo de desenvolvimento econômico pode ser observado pela automação da produção (robótica) e dos escritórios (“burótica”). No sistema capitalista, a tecnologia é “uma mediação, representa a ação inventada pelo homem, e logo a seguir repetida prolongadamente, para atender a uma exigência do processo produtivo”<sup>16</sup>. Na lógica desse modelo econômico, o homem substituiu a tecnologia existente por outra melhor, mais produtiva e econômica<sup>17</sup>. Na época atual, para Álvaro Vieira<sup>18</sup> o “maquinismo” tem uma finalidade social, aumentar e melhorar a fabricação de bens de consumo.

Certo é que a tecnologia e seus frutos, como computadores e robôs, modificam várias características do processo de produção, permitindo, no plano internacional, intercâmbios permanentes de informação e a fragmentação geográfica<sup>19</sup>. A tecnologia ainda aumenta a produção por hora e reduz o trabalho nas atividades de controle do processo produtivo, reduzindo as falhas e as perdas. Além disso, resulta em novos bens e serviços, com “verdadeiras revoluções” nas áreas de biotecnologia, *agribusiness* e medicina<sup>20</sup>.

Na década de 1960, o Comitê de Santa Barbara<sup>21</sup> já considerava que as mudanças da “cybernation” demonstravam as “características de uma revolução na produção”, o que representa o desenvolvimento acentuado de “[...] diferentes técnicas e consequente aparecimento de novos princípios de organização da produção; uma reorganização básica do relacionamento do

homem com seu meio ambiente; e um aumento dramático na energia total disponível e potencial”. Arnaldo Süsskind<sup>22</sup> afirma que as novas tecnologias (informática, telecomunicações, microeletrônica, robôs) geram sofisticada automação dos processos de produção e serviços, de modo “a evidenciar a profunda transformação em curso nas atividades empresariais”.

Em seus estudos, Alfredo J. Ruprech<sup>23</sup> aponta inúmeras transformações no trabalho como decorrência das novas tecnologias, a saber: a) a diminuição relativa das tarefas manuais em que existe intervenção humana; b) o trabalho se torna cada vez mais complexo e científico; c) as relações entre os trabalhadores são mais dependentes, controladas e modificadas periodicamente; d) a transformação na noção de responsabilidade; e) a especialização vai desaparecendo, tornando o homem uma simples engrenagem da máquina.

Depois de sustentar que a ciência e a tecnologia não param de surpreender e afirmar que a capacidade de produzir mais e melhor está em constante aperfeiçoamento (aspectos positivos), Gilberto Dupas<sup>24</sup> evidencia que “esta ciência vencedora começa a admitir que seus efeitos possam ser perversos. Ela é simultaneamente hegemônica e precária”. Em um mundo de poder, produção e mercadoria, o progresso traz consigo efeitos negativos (v.g., desemprego, exclusão, concentração de renda e subdesenvolvimento) e cresce o sentimento de impotência diante dos impasses, da instabilidade e da precariedade das conquistas<sup>25</sup>.

Hubert Schmitz<sup>26</sup> procura pontuar os diferentes estágios da industrialização capitalista, indicando uma periodização que leva em conta o desenvolvimento da tecnologia e suas consequências sobre o trabalho humano. Segundo o estudioso, são: a) primeira etapa: os trabalhadores são reunidos sob um mesmo teto sem que este altere a tecnologia existente; b) segunda etapa: as tarefas são divididas e surgem as ferramentas especializadas; c) terceira etapa: fase marcada pelo desenvolvimento de máquinas e subordinação do trabalhador a estas; d) quarta etapa: produção automatizada e trabalhador apenas monitora as máquinas.

Um problema decorrente da 2.ª Revolução Industrial, segundo Adam Schaff, é a manutenção de “um exército de pessoas estruturalmente desempregadas, que perderam seus empregos em consequência da automação e da robotização da produção e dos serviços”<sup>27</sup>. Mesmo depois de enfatizar que a tecnologia provocará um grande crescimento da produtividade e da riqueza social, Adam Schaff não deixa de assinalar a redução de trabalho humano resultante da automação e da robotização. Nesse contexto, Antônio Rodrigues de Freitas Júnior<sup>28</sup> também se mostra preocupado com a redução do trabalho vivo.

A redução do custo de mão de obra é um dos motivos que levam à automatização, como ressalta Huberto Schmitz<sup>29</sup>. No entanto, para o estudioso, nem sempre é o mais importante, pois também existem outros elementos de igual importância como: maior eficiência, maior velocidade da produção, flexibilidade e qualidade. Karl Marx<sup>30</sup> enfatiza que, no sistema capitalista em que se busca o lucro, o uso da maquinaria era barrado pelos baixos salários existentes em alguns setores. Para o economista, “a produtividade da máquina é medida, assim, pelo grau em que ela substitui a força humana de trabalho”<sup>31</sup>.

Harry Braverman<sup>32</sup> compartilha dessa lógica e relaciona os salários com a implementação tecnológica: “O ponto no qual o trabalhador é mais barato do que a maquinaria que o substitui é determinado por mais que simples relacionamento técnico: depende também do nível de salários, que por sua vez é afetado pela oferta de trabalho em comparação com a demanda. E a oferta de trabalho, inclusive o tamanho do exército de reserva de trabalhadores à caça de trabalho, depende em parte da mecanização da indústria, que transforma trabalhadores empregados em trabalhadores excedentes. Assim, a própria rapidez da mecanização, na medida em que possibilita uma oferta de trabalho barato pela desmobilização de trabalhadores em algumas indústrias ou pelo término de expansão de emprego em outras, atua como um obstáculo a mais mecanização”.

Por conta dos baixos salários nos países de Terceiro Mundo, estudos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>33</sup> indicam que os custos não parecem incentivar as multinacionais a fazer implementações tecnológicas nesses países, de modo que essa escolha é muito mais determinada por fatores como restrições econômicas que a empresa enfrenta, especificações técnicas e padrões de qualidade determinados pela matriz e capacidade interna inovadora da empresa.

De acordo com Adam Schaff<sup>34</sup>, “na atualidade, a microeletrônica, com a automação e a robotização dela resultantes, anula o poder de atração de mão de obra barata porque nem mesmo com ela seria possível competir com os autômatos modernos”. É de ressaltar ainda que, sem a vantagem de mão de obra barata, com a diminuição da poluição produzida pelas novas tecnologias, com a redução de investimentos, os reflexos da segunda revolução industrial para países de Terceiro Mundo são socialmente catastróficos<sup>35</sup>.

Entretanto, o Comitê The Santa Barbara<sup>36</sup>, na década de 1960, apontava que, “Mesmo no atual estágio inicial da cibernética, os custos já foram reduzidos a um ponto onde o preço de uma máquina durável pode ser tão pouco quanto um terço do atual salário-custo anual do trabalhador que substitui”. Em outras palavras, ainda que o custo da mão de obra seja baixo em muitos países, os frutos da tecnologia estão, cada vez mais, com um custo reduzido, podendo, em alguns casos, ser inferiores ao salário anual de um único empregado.

#### 4. As consequências da implementação tecnológica para o processo de produção e para o emprego

Como resultado de um processo de grande transformação social, econômica e tecnológica<sup>37</sup> ocorrido nos séculos XVIII e XIX, o capitalismo e as relações de trabalho vão transformar significativamente e projetar seus efeitos até os dias atuais. Historicamente, esse processo ficou conhecido como Revolução Industrial.

Entre as conquistas da Revolução Industrial de maior destaque, segundo Amauri Mascaro Nascimento<sup>38</sup>, está a evolução do maquinismo. Sem uma proteção social e sem o reconhecimento de direitos, os trabalhadores dessa época (séculos XVIII e XIX) se sentiam fragilizados perante os avanços tecnológicos e muitos, sem sucesso, reagiram violentamente contra as máquinas como forma de reivindicação de direitos<sup>39</sup> e até mesmo procurando defender seus postos de trabalho (Ludismo)<sup>40</sup>. Nesse contexto, os trabalhadores precisaram de tempo e de experiência para distinguir a máquina de sua “aplicação capitalista” e redirecionar sua luta contra a “forma social de exploração” desse bem material<sup>41</sup>.

Esse processo de mudança não ficou estagnado no tempo e vem se acelerando a partir das últimas décadas do século XX e início do século XXI. Com o processo de automação e a progressiva substituição do elemento humano por máquinas sofisticadas, para Cesarino Junior<sup>42</sup> é um processo de incalculáveis profundidade e dimensão. José Ricardo Tauile<sup>43</sup> aponta três impactos específicos da informática na rotina do trabalho: a) exigência menor do trabalho para a produção de bens; b) maior exigência na capacitação formal (modificações na cultura profissional dos trabalhadores); c) mudanças das relações entre os trabalhadores no local de

trabalho (a forma de perceber e de se relacionar com o trabalho individual e de forma coletiva).

Diante desse processo de transformação tão intensa, muitos pensadores se inclinaram a examinar o significado da “máquina” (obra do homem) e das modificações decorrentes da crescente substituição dos modos tradicionais de trabalho pelas implementações tecnológicas<sup>44</sup>, com acentuada preocupação para o “desemprego tecnológico” (*technological unemployment*).

Um dos primeiros economistas políticos a pensar nos efeitos das inovações tecnológicas no sistema capitalista (produção, valor econômico dos bens produzidos e acúmulo de capital) foi o economista David Ricardo<sup>45</sup>, ao constatar que o aperfeiçoamento da maquinaria poderia resultar em desemprego de parte da população no início do século XIX.

Ao discorrer sobre os efeitos imediatos da produção mecanizada sobre o trabalhador, Karl Marx<sup>46</sup> apontou algumas repercussões gerais: a) a apropriação de forças de trabalho subsidiárias pelo Capital, ou seja, do trabalho feminino e infantil; b) o prolongamento da jornada de trabalho; e c) a intensificação do trabalho.

Em célebre conferência (*Economic possibilities for our grandchildren*, 1930), John Maynard Keynes<sup>47</sup> enfatizou a velocidade com que o avanço da tecnologia impactava alguns setores da economia e sobre outros que ainda poderiam ocorrer, mas também demonstrou preocupação: “Estamos sendo atingidos por uma nova doença, dos quais alguns leitores podem ainda não ter ouvido o nome, mas que eles vão ouvir uma grande quantidade nos próximos anos – ou seja, o desemprego tecnológico”. Ou seja, um desemprego ocasionado pela “[...] nossa descoberta de meios de economizar na utilização de mão de obra ultrapassando o ritmo em que podemos encontrar novos usos para trabalho”.

De acordo com Alain Supiot<sup>48</sup>, apesar dos momentos de crise, o Direito do Trabalho desempenhou um papel relevante no processo de libertação do homem perante as novas tecnologias, o qual: “[...] serviu em todos os países industriais para limitar a sujeição do ser humano a suas novas ferramentas. Com a proteção física dos trabalhadores, com a limitação da duração do trabalho, com a introdução da responsabilidade do fato das coisas e com o reconhecimento das primeiras liberdades coletivas, o Direito do Trabalho reduziu a carga mortífera e liberticida do maquinismo industrial e contribuiu para fazer dele um instrumento de “bem-estar”. Em seus estudos, José Pastore<sup>49</sup> evidencia algumas outras preocupações e repercussões da tecnologia nas relações de trabalho: a) novas oportunidades e o futuro do trabalho; b) qualificação do trabalhador; c) terceirização; d) saúde do trabalhador e as doenças do trabalho, como *stress* e lesões por esforços repetitivos; e) prolongamento e a necessidade de adequação da jornada de trabalho; f) teletrabalho; g) destruição dos postos de trabalho e os esforços para minorar o problema a partir da legislação e a atuação sindical.

Mário Antônio Lobato de Paiva e Raúl Horário Ojeda<sup>50</sup> afirmam que as relações individuais de trabalho ainda sofrerão sérias modificações, em alguns casos trazendo benefícios e, em outros, malefícios. Os estudiosos indicam algumas modificações significativas: a) no campo das efemeridades profissionais, com diminuição notável de alguns setores e aumento em outros, pela centralização de tarefas em computadores; b) mudanças nos métodos de trabalho, com o trabalho a distância e informatização dos sistemas de controle.

Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas<sup>51</sup> preferem situar o debate por ondas, favorecidas pelos ciclos econômicos. Em outras palavras, nos períodos de crescimento econômico, as teses dominantes procuram valorizar os efeitos positivos do avanço tecnológico, e, nos períodos de crise, a introdução de máquinas e alteração nas formas de produção são consideradas responsáveis pela redução de empregos.

Nesse contexto, muitos se mostram entusiastas da implementação dos avanços tecnológicos nas relações de trabalho. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>52</sup> vê, na mudança tecnológica, um impulso para o crescimento econômico a longo prazo, uma maior produtividade e a melhoria nos padrões de vida. Contudo, “[...] ao mesmo tempo, o surgimento e difusão de novas ideias, produtos e técnicas de produção em toda a economia implica um processo de ‘destruição criativa’ [...]”, sendo responsável pela extinção de empregos em alguns setores da economia, em especial, entre os menos qualificados, enquanto cria empregos em diferentes setores que exigem habilidades diferentes. Trata-se de um processo que tem levado à “criação líquida de emprego”.

Após defender um processo cíclico em que as novas tecnologias elevam substancialmente a produtividade, com maior lucro e investimentos, com consequente aumento dos empregos, José Pastore<sup>53</sup> identifica a existência de impactos diretos e indiretos decorrentes da tecnologia. Sobre os efeitos diretos, aponta o economista: “Os mais visíveis são os diretos, como é o caso da destruição de postos de trabalho que ocorre quando uma cortadeira de cana entra em uma propriedade agrícola. Quase todos os trabalhadores são dispensados.

Entretanto, o aumento de produtividade vai permitir mais lucro e mais investimentos não só na propriedade em questão, mas em várias outras e em inúmeros setores econômicos da comunidade – serviços de saúde, educação, segurança pública, justiça, bancos, reparação, serviços pessoais etc., o que, por sua vez, gerará mais empregos”.

A partir de alguns setores específicos da economia que se desenvolveram de forma expressiva com o avanço tecnológico (telecomunicações e aviação), José Pastore sustenta que: “os efeitos indiretos das tecnologias são menos visíveis, mas, ao mesmo tempo, os mais importantes para geração de empregos”.<sup>54</sup> Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas<sup>55</sup> também defendem essa tese: “O progresso técnico pode ser ao mesmo tempo fonte de crescimento e, portanto, de empregos, e origem de elevação da produtividade, que permitiria a supressão de postos de trabalho. Mas a inovação tecnológica e a elevação da produtividade, ao mesmo tempo que destruiriam produtos, empresas, atividades econômicas e empregos, também poderiam criar novos produtos, novas empresas, novos setores e atividades econômicas e, portanto, novos empregos.

Não tenhamos dúvidas de que, do ponto de vista do emprego, o progresso técnico (e seu ritmo) favorece a aceleração das transformações qualitativas do trabalho (mudança da divisão técnica do trabalho, da organização do trabalho, das qualificações), assim como da distribuição setorial do emprego (nascimento, expansão e declínio das atividades econômicas). Portanto, o conjunto de inovações surgidas nos anos 60 e 70, e que vem sendo difundido nas últimas décadas, mudou a qualidade do trabalho e acelerou a destruição de velhos produtos, atividades econômicas ou formas de organização do trabalho. É evidente também que o progresso técnico (sobretudo quando observado em uma empresa, setor ou região) pode se refletir em supressão de empregos”.

Rachel Nuwer<sup>56</sup>, em estudo sobre o tema, afirma que as “[...] máquinas e *softwares* muito provavelmente jamais poderão substituir certos empregos. Até hoje, o homem é muito superior em qualquer trabalho que envolva criatividade, empreendedorismo,

habilidades interpessoais e inteligência emocional”, como clérigos, enfermeiros, palestrantes, motivacionais, cuidadores, treinadores esportivos, artistas etc. Sem desconsiderar os efeitos nocivos, Patrícia Dittrich Ferreira Diniz<sup>57</sup> realça que a tecnologia é benéfica quando utilizada para proteger o trabalhador (doenças e acidentes, substituir o homem em trabalhos extenuantes), além de permitir a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Ao refletir sobre as razões axiológicas da automação, na visão de Alan Esteves da Silva<sup>58</sup>, a automação é um bem, porque “[...] decorre do espírito evolutivo humano, pois facilita a vida das pessoas e, em um ou outro sentido, por exemplo, evita atividades repetitivas e rotineiras. Enfim, porque o trabalho desenvolve-se com maior produtividade e menos custo”. Assim, segundo o estudioso, são quatro os argumentos que demonstram que estão em parte equivocados os estudos pessimistas do impacto da tecnologia no trabalho<sup>59</sup>. Primeiramente, a adoção de tendências a partir de projeções, ou seja, “as pesquisas deveriam ser entabuladas no sentido de dizer se os empregos se recuperam efetivamente naqueles âmbitos atingidos pelas reestruturações organizacionais tecnológicas”. Assim, é necessário refletir sobre a existência de uma demanda compensatória de geração de emprego em outros setores.

Outro ponto destacado é que as pesquisas deveriam ser feitas a partir da extinção da função, e não do emprego, o que acaba por resultar em um enfoque distorcido das necessidades do homem. Segundo o referido estudioso, também é imprescindível que se avalie a relação entre o *homo laborans* e o *homo faber* e os aspectos da sociedade contemporânea, como seus aspectos afetam a produção, o modo de trabalhar, de inclusão e de exclusão social. Por fim, afirma Alan Esteves que houve contaminação ideológica dos estudiosos, na medida em que partem da crença de que os empregadores (“a livre-iniciativa”) não têm interesse de proteger o trabalhador.

Apesar disso, nas primeiras décadas do século XIX, David Ricardo<sup>60</sup> já havia percebido que a utilização de cavalos na agricultura, substituindo a força física do homem, seria mais vantajosa (maior produtividade e lucro). A “situação dos trabalhadores pioraria em termos gerais”, porém esses trabalhadores poderiam ser empregados em outras atividades, como nas manufaturas ou empregados domésticos.

Entre outros estudiosos do tema, Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas<sup>61</sup> tratam como um “efeito compensatório”. Harry Braverman<sup>62</sup> defende a ideia de que, em alguns setores, não há a eliminação do trabalho, mas o deslocamento para outras atividades<sup>63</sup>.

Outros estudiosos são críticos a essa “visão otimista” (teoria da compensação), com razão em nosso entender, por não encontrarem no Capitalismo uma preocupação central com o trabalhador e suas reais condições de trabalho (manutenção dos postos de trabalho, jornada de trabalho, salário digno, meio ambiente de trabalho etc.).

Sem deixarmos de reconhecer os aspectos positivos da tecnologia, estamos convencidos de que as implementações tecnológicas não param de mudar as relações sociais, os processos de produção e as relações de trabalho, desencadeando também reflexos negativos, como as patologias decorrentes da intensificação do trabalho e o desemprego tecnológico em diversos setores da economia.

Depois de afirmar que as inovações tecnológicas permitirão a manutenção e o aumento da produção, com menor tempo, de modo a atender as necessidades vitais das pessoas, Amauri Mascaro Nascimento<sup>64</sup> defende a ideia de que: “Essa aceleração deve ser usada não só como fator de crescimento econômico, mas também como causa de valorização do trabalho, no sentido da melhoria da condição social do trabalhador e da realização ética do ser humano”. Ricardo Antunes<sup>65</sup> vê na expansão da telemática e das tecnologias da informação o avanço das formas de flexibilização, precarização do trabalho e aumento do trabalho a domicílio. Em meados do século XIX, Karl Marx<sup>66</sup> já criticava os economistas burgueses (James Mill, MacCulloch, Torrens, Senior, John Stuart Mill etc.) que sustentavam a teoria da compensação.

Com as novas tecnologias, tem-se a reorganização dos meios de produção<sup>67</sup>, com aumento da produtividade e a redução do número de trabalhadores, pela simples necessidade de diminuição da mão de obra, causando um desemprego setorial e, por vezes, o rebaixamento dos níveis nacionais de ocupação<sup>68</sup>.

Diferentemente do processo de mecanização, a informatização torna a máquina independente do homem, de modo que “cada vez menos se necessita da intervenção humana no processo de produção”<sup>69</sup>.

Nessa esteira, Adam Schaff<sup>70</sup> critica aqueles que apresentam conclusões otimistas de criação de empregos em alguns setores da indústria e dos serviços, sob o argumento de que as inovações vêm se intensificando e, conseqüentemente, aumentando a pressão sobre o mercado de trabalho, o qual é afetado de forma diversa pelas mudanças, com um problema acentuado para os jovens (privados da oportunidade de trabalho).

Ao estudar o fenômeno, Ana Esther Ceceña<sup>71</sup> assevera existir um paradoxo do sistema capitalista: “O paradoxo do capitalismo é a impossibilidade de alcançar a abolição do trabalho assalariado e a extração da mais-valia como fonte de ganhos sob o risco de negar-se a si mesmo. Assim, a redução relativa do trabalho nos espaços fabris se compensa com sua ampliação e diversificação nos espaços em domicílio [...] bem como a readequação do exército industrial de reservas que esse processo induz. A delimitação técnica do processo de automação, que aparece como última razão da organização social contemporânea, não é senão outra expressão do fetichismo próprio de uma sociedade fundada na contradição. O paradigma tecnológico é um sistema integrador e sancionador da dominação conforme uma racionalidade técnica que tenderia a fazê-lo inquestionável, impessoal e de validade universal”.

Ao discorrer sobre o processo compensatório por meio de um crescimento quantitativo em alguns setores econômicos, Wolfgang Däubler<sup>72</sup> está convencido de que esse crescimento ainda não ocorreu porque, para ele, faltam as condições políticas e econômicas para sua implantação. O que resta, segundo o jurista alemão, é “o desemprego como consequência forçosa das novas tecnologias”, e, para aqueles que continuam nas empresas, muitas vezes, constatam-se mudanças drásticas nas condições de trabalho, com o aumento das exigências e pressões de desempenho, com novas formas de desgaste psicológico.

O capitalismo atual vive pela força de suas contradições: a) a enorme escala de investimentos necessária à liderança tecnológica de produtos e processos, competindo por redução de preços e aumento da qualidade; b) exclusão *versus* inclusão.

Ao analisar a criação e a destruição de empregos, Manuel Alonso Olea<sup>73</sup> destaca que a mudança da organização do trabalho, com a automação e a aplicação de técnicas eletrônicas (2ª Revolução Industrial) vem ocasionando: “[...] a diminuição proporcional do



número de trabalhadores manuais industriais e o aumento daqueles de pesquisa, supervisão, administração e controle; e, ainda, o mais grave, que esta frase reflete: “uma constatação; o crescimento nem sempre favorece o emprego”.

Em sua análise, o juslaboralista espanhol mostra-se preocupado com a reorganização dos meios de produção pela implementação da tecnologia: “E caso se queira, o insólito de que “sobra trabalho” no sentido literal da expressão, isto é, que este tende a tornar-se uma atividade supérflua diante do aumento inacreditável dos rendimentos, ou, pelo menos, “a deixar de ser uma atividade humana primária”, tanto mais que, enquanto o processo tecnológico do passado reduzia o trabalho manual com o emprego da máquina, hoje, além disso, “os procedimentos microeletrônicos de controle substituem a inteligência humana” com o consequente impacto sobre os trabalhos intelectuais e sobre o setor dos serviços; [...]”.

Enoque Ribeiro dos Santos<sup>74</sup>, ao analisar as transformações no mercado de trabalho e seus impactos nas relações de trabalho, sustenta que a globalização da economia e seus efeitos (entre eles, as novas tecnologias, introdução de procedimentos eletrônicos e de informatização etc.), “[...] ocasionam maior descentralização das empresas e são responsáveis não apenas pelo recrudescimento do nível de desemprego na economia, como também por transformações profundas no mercado de trabalho”.

No Brasil, os sindicatos, na década de 1980, já enfatizavam que a implementação tecnológica também é um “[...] elemento de concentração de capital que, em consequência do uso que é feito, ocasiona o desemprego, a sobrecarga de trabalho, as doenças profissionais, as quais normalmente são decorrentes da utilização da tecnologia”<sup>75</sup>.

Para o Banco Mundial<sup>76</sup> (2016), os temores relacionados ao desemprego tecnológico remontam à revolução industrial e não passa de uma falácia, pois “ao longo dos séculos as economias adaptaram-se a grandes mudanças nos mercados de trabalho – tendo sido a maior delas, sem dúvida, o êxodo da agricultura”. No relatório da Instituição Internacional, é destacado que a *internet* promove a inclusão de empresas na economia global, permitindo a expansão do comércio, com o crescimento da produtividade do capital, aumento da concorrência, geração da inovação e a criação de empregos<sup>77</sup>. Acrescenta que a tecnologia também reduz a necessidade de os seres humanos realizarem trabalhos pesados, repetitivos ou perigosos. Não obstante, o próprio Banco Mundial reconhece que o número de empregos criados pelas tecnologias digitais é bastante modesto (nos países da OCDE, entre 3% e 5% dos empregos)<sup>78</sup> e ressalta ainda que mais de 50% dos empregos no mundo estão suscetíveis à automação<sup>79</sup>.

Na visão da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>80</sup>, as mudanças tecnológicas permitirão o crescimento econômico a longo prazo, um aumento da produtividade e a melhoria das condições de vida. Apesar de a tecnologia destruir empregos em alguns setores, ela cria empregos em outros, posto que, “historicamente, este processo tem levado a criação líquida de emprego, como novas indústrias substituir as antigas e os trabalhadores a adaptarem suas habilidades para mudar e a expansão da demanda”. Para a Organização Internacional do Trabalho<sup>81</sup> (OIT) (2016), a redução de investimentos de capital parece ser a principal razão por trás da desaceleração da produtividade, e “qualquer ganho de produtividade esperado da nova onda de avanço tecnológico ainda não se materializou”. No Relatório The Future of Jobs<sup>82</sup>, resultado do Fórum Econômico Mundial realizado em Davos (2016), estimou-se que, nos próximos cinco anos, as novas tecnologias devem criar dois milhões de novas funções em virtude do surgimento de novos modelos e do comércio, e setores como finanças, gestão, tecnologia da informação, arquitetura ou de vendas devem se beneficiar. Contudo, cerca de 7,1 milhões de empregos podem ser extintos, em especial, em setores administrativos e burocráticos.

Para Enoque Ribeiro dos Santos<sup>83</sup>, “o fato é que, seja por via da automação eletrônica, seja por via da remodelagem do *layout* organizativo da empresa – os empregos somem aos milhares, enquanto aumenta a carga de trabalho sobre aqueles que continuam empregados”. Ao tratar das novas estruturas do mercado, em especial, do deslocamento de empresas multinacionais em busca de menores custos de produção (internacionalização das relações econômicas), aponta Calixto Salomão Filho<sup>84</sup> como grave consequência da implementação tecnológica nos meios de produção: o desemprego e o subemprego.

Estudos de casos, segundo a OIT (1984)<sup>85</sup>, demonstram que todas as subsidiárias das empresas multinacionais analisadas estão utilizando a tecnologia para um aumento do capital e gerar menos empregos. Por conta disso, nas sociedades industriais, aponta Domenico de Masi<sup>86</sup>, a mecanização e a automação são elementos de exclusão do trabalho para muitos indivíduos.

O estudo econômico de Carl Benedikt Frey e Michael A. Osborne<sup>87</sup>, *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?* procurou identificar os empregos suscetíveis de informatização, considerando os impactos da futura informatização dos Estados Unidos sobre os resultados do mercado de trabalho. O objetivo principal do estudo mencionado foi analisar o número de postos de trabalho em risco e a relação entre a probabilidade de uma ocupação de informatização, salários e níveis de escolaridade. Após discorrerem sobre vários aspectos econômicos e apresentar critérios matemáticos, os estudiosos concluíram que 47% do emprego total dos USA está em risco.

Ao refletir a respeito do fenômeno do “desemprego” e as influências da tecnologia e da eletrônica na vida moderna, Enoque Ribeiro dos Santos<sup>88</sup> afirma que “[...] mais de 75% da força de trabalho na maior parte das nações industrializadas estão desempenhando funções que são pouco mais do que simples tarefas repetitivas”. Por conta disso, mais de 90 milhões de empregos, de um total de 124 milhões de pessoas nos Estados Unidos, “estão seriamente ameaçados de ser substituídos por máquinas”.

Diante disso, em que pesem os inúmeros benefícios advindos da tecnologia para a sociedade e até mesmo para alguns aspectos, a execução das tarefas penosas e perigosas por parte do trabalhador e a implementação das novas tecnologias integram o campo de fatores conhecidos como “fragmentação dos interesses das classes trabalhadoras”<sup>89</sup>.

## 5. A empresa sustentável no linear da 4ª Revolução Tecnológica

Nesses últimos anos, as empresas do setor tecnológico consolidaram-se entre as empresas mais valiosas do mundo (2018), entre elas, a Apple (estimada em US\$ 182,8 bilhões), Google (US\$ 132,1 bilhões), Microsoft (US\$104.9 bilhões), Facebook (US\$ 94.8 bilhões), Amazon (US \$70.9 bilhões), Samsung (US \$47.6 bilhões) e AT&T (US\$ 41.9 bilhões). Além disso, vamos encontrar outras empresas que trazem mudanças significativas em setores da economia, como a Uber e a Airbnb.

Contudo, o desenvolvimento econômico e a concentração de renda acentuada em alguns setores da economia não podem estar “desconectados” dos novos desafios de uma empresa sustentável e com seu papel social no cenário global e interno das economias.

Com essa preocupação, a Declaração do Milênio das Nações Unidas adotada pela ONU e pelos seus 191 Estados-membros (2000)



traz os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), dentre os quais, tem-se o de “estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento” (Objetivo 8). Alguns anos após resultado de intensos trabalhos, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foram adotados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), por ocasião da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (2015). Entre os diversos objetivos (ODS), tem-se aquele de “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos” (Objetivo 8) e o “construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação” (Objetivo 9).

O “papel sustentável e social” das empresas, no âmbito da OIT, foi enfatizado na Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (Declaração EMN, 1977). A Declaração EMN sofreu algumas atualizações, sendo a mais recente em 2017, e está em sintonia com os princípios orientadores globais para as empresas (Comissão de Direitos Humanos da ONU, 2011) e com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) (ONU, 2015). Nesse contexto, também se destaca o Pacto Global (2013).

A Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998, revisada em 2015), atribui aos Estados-membros o papel central no processo de desenvolvimento regional a partir de dois eixos, o trabalho decente (artigo 2º) e a empresa sustentável (artigo 3º). Além disso, reafirmam a centralidade do emprego nas políticas públicas, para o desenvolvimento sustentável e econômico da região (artigos 21 e 22).

No linear da 4ª Revolução Tecnológica, a concepção de uma empresa sustentável, não pode estar “desconectada” da proteção do emprego e da empregabilidade, a qual está alicerçada em três pilares: a) no princípio da função social da empresa (aspecto principiológico); b) na negociação coletiva de trabalho como instrumento de proteção jurídica do emprego e dos postos de trabalho (aspecto formal); c) no direito de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores (aspecto material)<sup>90</sup>.

## 6. Conclusão

No sistema Capitalista, a 4ª Revolução Tecnológica será capaz de alterar todo o processo de produção de bens e serviços, o mundo do trabalho e o comércio global. Nesse contexto, as inovações tecnológicas permitiram algumas empresas estarem entre as empresas mais valiosas do mundo e colaboraram com o surgimento de novos setores da economia, com a extinção de diversos outros. Trata-se de um processo cada vez mais dinâmico para as economias dos países.

Em que pese a visão otimista de vários economistas em relação ao surgimento de novos setores da economia capazes de gerar novos postos de trabalho e assim compensar a extinção de vários outros (teoria da compensação), organismos internacionais (v.g., o Banco Mundial, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a União Internacional de Telecomunicações e a Organização Internacional do Trabalho), o Fórum Econômico Mundial e outros estudos econômicos não sinalizam para o crescimento significativo do número de postos de trabalho capazes de absorver aqueles que perderam seu emprego. Diversos estudos econômicos para setores da economia indicam para a redução significativa do “trabalho vivo”, com risco, segundo alguns especialistas<sup>91</sup>, para até 47% dos empregos existentes.

Dentre os Objetivos para o milênio, existe a necessidade de as empresas assumirem um papel de “sustentabilidade” (ONU e Mercosul).

Em nossa visão, a concepção de uma empresa sustentável em um mundo tecnológico, no linear da 4ª Revolução Tecnológica, está alicerçada em três pilares: a) no princípio da função social da empresa (“responsabilidade social”); b) na negociação coletiva de trabalho como instrumento de proteção jurídica do emprego e dos postos de trabalho; c) no direito de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores.

Com os objetivos estão traçados e com os pilares da empresa sustentável apontados, o desafio está lançado, revertermos os números que indicam o aumento do desemprego tecnológico.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

PHILBECK, Thomas. Como será o trabalho do futuro à luz de novas tecnologias? Palestra ministrada na Federação do Comércio em São Paulo – FECOMÉRCIO, em 27 de abril de 2018.

2

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo, 2016, Edipro, tradução de Daniel Moreira Miranda, p. 55

3

PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. v. 1. Rio de Janeiro, 2005, Contraponto, p. 113.

4

“As mudanças tecnológicas têm sido meteóricas” (PASTORE, José. Evolução tecnológica: repercussões nas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_246.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_246.htm)>. Acesso em: 10 set. 2018).

5

MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho*: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 9a ed. Rio de Janeiro, 2006, José Olympio, Tradução de Yadryr A. Figueiredo, p. 166.

---

6

CYPHER, J.; DIETZ, J. *The Process of Economic Development*. Londres, 2004, Routledge, p. 172.

---

7

CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede. v. 1. 2ª ed. São Paulo, 2000, Paz e Terra, Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. p. 50.

---

8

PINTO, Álvaro Vieira. *op. cit.*, p. 284.

---

9

*Idem*, p. 284.

---

10

*Idem*, p. 49 e 157.

---

11

*Idem*, p. 105.

---

12

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antonio Vico. *Tecnologia, trabalho e desemprego*: um conflito social. São Paulo, 2004, Érica, p. 71.

---

13

MASI, Domenico de. *op. cit.*, p. 101.

---

14

BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista*: a degradação do trabalho no século XX. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1987, Ganabara, Tradução de Nathanael C. Caixeiro, p. 161.

---

15

Hirata, Helena. Painel sobre Impactos da automação sobre o emprego e a qualificação do trabalho. *Anais do 1.º Encontro Regional*: impactos da automação sobre o trabalho. Secretaria Extraordinária para Assuntos e Ciência e Tecnologia. Governo do Rio Grande do Sul, nov. 1987, p. 57.

---

16

PINTO, Álvaro Vieira. *op. cit.*, p. 209.

---

17

*Idem*, p. 308.

---

18

*Idem*, p. 201-203.

---

19

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação*: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. 3ª ed. São Paulo, 2011, Editora Unesp, p. 38.

---

20

*Idem*, p. 47.

---

21

Comitê The Santa Barbara Center of the Study of Democratic Institutions. Memorando The Triple Revolution. *International Socialist Review*, v. 24, n. 3, 1964, p. 85-89.

---

22

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 277-278.

---

23

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo, 1995, LTr, Tradução de Edilson Alkimin Cunha, p. 253.

---

24

DUPAS, Gilberto. *op. cit.*, p. 17-18.

---

25

*Idem*, p. 29.

---

26

SCHMITZ, Hubert. Automação microeletrônica e trabalho: a experiência internacional. In CARVALHO, Ruy de Quadros (Org.). *Automação, competitividade e trabalho*: a experiência internacional. São Paulo, 1988, Hucitec, p. 134.

---

27

SCHAFF, Adam. *A sociedade informática*: as consequências sociais da segunda revolução industrial. 4ª ed. São Paulo, 1995, Editora da Universidade Paulista: Brasiliense, Tradução de Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Arturo Obojes, p. 27.

---

28

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do trabalho na era do desemprego*: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação. São Paulo, 1999, LTr, p. 159-160.

---

29

SCHMITZ, Hubert. *op. cit.*, p. 143.

---

30

KARL, Marx. *O capital*: crítica da economia política. O processo de produção do capital. Livro 1, São Paulo, 2013, Boitempo, Tradução de Rubens Enderle, p. 466.

---

31

*Idem*, p. 464.

---

32

BRAVERMAN, Harry. *op. cit.*, p. 204.

---

33

Organização Internacional do Trabalho – OIT. *Les partenaires sociaux face au changement technologique 1982-1985*. Genebra, 1986, OIT, p. 152.

---

34

SCHAFF, Adam. *op. cit.*, p. 89.

---

35

*Idem*, p. 90.

---

36

Comitê The Santa Barbara Center of the Study of Democratic Institutions. Memorando The Triple Revolution. *International Socialist Review*, v. 24, n. 3, 1964, p. 85-89.

---

37

RUPRECHT, Alfredo J. *op. cit.*, p. 52.

---

38

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26ª ed. São Paulo, 2011, Saraiva, p. 34.

---

39

HOBSBAWM, Eric J. *Os trabalhadores: estudos sobre a história do operariado*. 2ª ed. São Paulo, 2000, Paz e Terra, Tradução de Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros, p. 21.

---

40

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1. 22. ed. São Paulo, 2005, LTr, p. 32.

---

41

KARL, Marx. *op. cit.*, p. 501.

---

42

SÜSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p. 277.

---

43

TAUILE, José Ricardo. Perspectiva da automação nas formas de produção no Brasil. *Anais do 1.º Encontro Regional: Impactos da automação sobre o trabalho*. Promoção da Secretaria Extraordinária para Assuntos e Ciência e Tecnologia. Governo do Rio Grande do Sul, nov. 1987, p. 41-42.

---

44

RICARDO, David. *Princípio de economia política e tributação*. São Paulo, 1996, Nova Cultura, Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni, p. 52-53.

---

45

*Idem*, p. 290.

---

46

KARL, Marx. *op. cit.*, p. 468-485.

---

47

KEYNES, John Maynard. Economic possibilities for our grandchildren. Disponível em: <<http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

---

48

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaios sobre a função antropológica do direito. São Paulo, 2007, WMF Martins Fontes, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, p. 143-154.

---

49

PASTORE, José. Evolução tecnológica: repercussões nas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_246.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_246.htm)>. Acesso em: 11 set. 2018.

---

50

PAIVA, Mário Antônio Lobato de; OJEDA, Raúl Horário. O impacto da alta tecnologia e a informática nas relações de trabalho na América do Sul. *Lex Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, n. 274, out. 2001, p. 18-22.

---

51

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antonio Vico. *op. cit.*, p. 91-92.

---

52

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. *Technology, productivity and job creation*: best policy practices. Paris, 1998, OCDE, p. 3.

---

53

PASTORE, José. *op. cit.*

---

54

*Idem*.

---

55

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antonio Vico. *op. cit.*, p. 94-95.

---

56

NUWER, Rachel. Conheça os empregos ameaçados pela automação (e os novos que surgirão). *BBC Future*, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/future/story/20150805-will-machines-eventually-take-on-every-job>>. Acesso em: 13 set. 2018.

---

57

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Trabalhador versus automação*: impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz da tecnodireito e da tecnoética. Curitiba, 2015, Juruá, p. 150.

---

58

ESTEVES, Alan da Silva. *Proteção do trabalhador em face da automação*: eficácia jurídica e social do inciso XXVII do art. 7.º da Constituição brasileira. São Paulo, 2013, LTr, p. 33.

---

59

*Idem*, p. 84-92.

---

60

RICARDO, David. *op. cit.*, p. 293.

---

61

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antonio Vico. *op. cit.*, p. 110-111.

---

62

BRAVERMAN, Harry. *op. cit.*, p. 150-151.

---

63

*Idem*, p. 323.

---

64

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo, 1989, Saraiva, p. 143.

---

65

ANTUNES, Ricardo. *op. cit.*, p. 231-238.

---

66

KARL, Marx. *op. cit.*, p. 513-514.

---

67

DUPAS, Gilberto. *op. cit.*, p. p. 25.

---

68

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Destino do sindicalismo*. São Paulo, 2002, Edusp, p. 170-173.

---

69

PAIVA, Mário Antônio Lobato de; OJEDA, Raúl Horário. *op. cit.*, p. 11.

---

70

SCHAFF, Adam. *op. cit.*, p. 29.

---

71

72

DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. São Paulo, 1997, LTr, Coordenação de José Francisco Siqueira Neto. Tradução de Alfred Keller. Revisão técnica de Antônio Álvares da Silva, p. 216.

---

73

ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao direito do trabalho*. Curitiba, 1997, Genesis, Tradução de Regina Maria Macedo Nery Ferreira, Aglae Marcon, Itacir Luchtemberg e Sebastião Antunes Furtado, p. 331.

---

74

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Fundamentos do direito coletivo nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro, 2005, Lumen Juris, p. 83.

---

75

GOMES, Jorge Luiz. PAINEL. *Anais do 1.º Encontro Regional: impactos da automação sobre o trabalho*. Secretaria Extraordinária para Assuntos e Ciência e Tecnologia. Governo do Rio Grande do Sul, nov. 1987, p. 38-39.

---

76

BANCO MUNDIAL. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2016. Dividendos digitais. Washington DC, 2016, International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank, p. 23.

---

77

*Idem*, p. 11.

---

78

*Idem*, p. 14.

---

79

“Cada vez mais, as máquinas podem executar tarefas de rotina com mais rapidez e menor custo do que os seres humanos e muito do que não é considerado rotina hoje – como tradução, subscrição de seguros ou mesmo diagnósticos médicos – os computadores também poderão fazer amanhã”. (*Idem*, p. 22).

---

80

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. *Technology, productivity and job creation: best policy practices*. Paris, 1998, OCDE, p. 3.

---

81

Organização Internacional do Trabalho – OIT. *World Employment and Social Outlook: Trends 2016*. Genebra, 2016, OIT, p. 10.

---

82

Fórum Econômico Mundial. *The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*. 2016, Fórum Econômico Mundial, p. 13.

---

83

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O direito do trabalho e o desemprego*. São Paulo, 1999, LTr, p. 81.

---

84

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Histoire Critique des Monopoles*. Une perspective Juridique et Économique. Paris, 2010, LGDJ Lextenso Éditions, p. 90.

---

85

Organização Internacional do Trabalho – OIT. *Les partenaires sociaux face au changement technologique 1982-1985*. Genebra, 1986, OIT, p. 152.

---

86

MASI, Domenico de. *op. cit.*, p. 210.

---

87

FREY, Carl Benedikt Frey; OSBORNE, Michael A. The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation? Disponível em: <[http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

---

88

SANTOS, Enoque Ribeiro. *op. ult. cit.*, p. 205.

---

89

“Na realidade, a fragmentação não vem apenas de mutações tecnológicas, mas de um conjunto de alterações na área produtiva e no mercado de trabalho que aumentam as diferenciações no interior das classes trabalhadoras, dificultam a unificação de suas demandas e, conseqüentemente, diminuem sua coesão e solidariedade e fazem com que os sindicatos encontrem muita dificuldade para exercer o seu papel tradicional de representação” (RODRIGUES, Leôncio Martins. *op. cit.*, p. 177).

---

90

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. São Paulo, 2018, LTr, p. 100.

---

91

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. *op. cit.*



## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA

#### 4. O NECESSÁRIO RESGATE DA NOSSA CAPACIDADE DE INDIGNAÇÃO FRENTE AO CAPITALISMO NA PERSPECTIVA DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

## 4. O necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo na perspectiva da Quarta Revolução Industrial

### The necessary rescue of our capacity of indignation in the front of capitalism in the perspective of the Fourth Industrial Revolution

(Autores)

LINCOLN ZUB DUTRA

Doutorando em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pelo UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela PUCPR. Graduado em Direito pela PUCPR. Professor Universitário Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica-SC. lincoln.zub@gmail.com

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata" (2014). Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza & quot; (2001), revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR). Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do Instituto brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná (2009-2011). Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Catarina, licenciado sem remuneração, a meu pedido, de julho de 2016 a julho de 2018. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Professor do UNINTER. Diretor Cultural e Ex-Diretor Administrativo e Ex-Conselheiro Geral do Instituto dos Advogados do Paraná. Selecionado pela Secretaria do MERCOSUL em 15 de dezembro de 2005 como Consultor do MERCOSUL para elaborar legislação sobre a Livre Circulação de Mão de Obra no MERCOSUL (2005/2006). marcovillatore@gmail.com

#### Sumário:

##### [1.Introdução](#)

##### [2 Capitalismo e sua contextualização histórica](#)

##### [3 O trabalho na pós-modernidade](#)

##### [4.O necessário resgate da nossa capacidade de indignação na perspectiva da Quarta Revolução Industrial](#)

##### [5.Conclusão](#)

#### Área do Direito: Trabalho

#### Resumo:

O presente estudo busca trazer à tona aonde o valor social do trabalho, o direito fundamental ao trabalho e a dignidade da pessoa humana, em especial do trabalhador, foram parar frente ao capitalismo desacerbado instaurado, onde o valor de troca prepondera sobre o bem maior, ou seja, daquele que agrega o pretensão valor aos bens. Assim, através da revisão bibliográfica, do direito comparado e da análise econômica constitucional do direito do trabalho, buscar-se-á refletir se a subsunção do trabalho vivo, ante a incansável busca por riquezas dentro de uma sociedade capitalista, respeita ou não os direitos sociais. Nesta toada, o necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo na perspectiva da quarta revolução industrial se demonstra de suma importância, haja vista que a proteção aos direitos fundamentais preconizados pelas Constituições, tanto quanto pela sociedade como um todo, em especial os relacionados ao trabalho, necessitam ser observados, tutelados e concretizados.

#### Abstract:

The present study seeks to bring to the foreground where the social value of work, the fundamental right to work and the dignity of the human person, especially the worker, have come to a halt in the face of the unjust capitalism established, where exchange value prevails over the greater good, that is, of the one who adds the alleged value to the goods. Thus, through the bibliographic review, comparative law and constitutional economic analysis of labor law, it will be sought to reflect whether the subsumption of living labor, before the relentless search for riches within a capitalist society, respects rights or not social policies. In this respect, the necessary rescue of our capacity for indignation against capitalism in the perspective of the fourth industrial revolution is proving to be of the utmost importance, given that the protection of fundamental rights advocated by the Constitutions, as well as by society, especially those related to work, need to be observed, protected and fulfilled.

**Palavras-Chave:** Capitalismo, valor Social do trabalho, dignidade da pessoa humana, necessário resgate da nossa capacidade de indignação, Quarta Revolução Industrial

**Keywords:** Capitalism, social value of labor, dignity of human person, rescue of our ability to indignation needed, Fourth Industrial Revolution

## 1. Introdução

A sociedade contemporânea, particularmente nas últimas duas décadas, presenciou fortes transformações. O neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da acumulação flexível, dotadas de forte caráter destrutivo, têm acarretado, entre tantos aspectos nefastos, um monumental desemprego, uma enorme precarização do trabalho e uma degradação crescente, na relação metabólica entre homem e natureza, conduzida pela lógica societal voltada prioritariamente para a produção de mercadorias, que destrói o meio ambiente em escala globalizada.

Curiosamente, entretanto, têm sido frequentes as representações destas formas de (des) sociabilização, que se expressam como se a humanidade tivesse atingido seu ponto alto, o seu *télos*. Muitas são as formas de fetichização: desde o culto da sociedade democrática, que teria finalmente realizado a utopia do preenchimento, até a crença na desmercantilização da *vita societal*, no fim das ideologias. Ou, ainda, aqueles que visualizam uma sociedade comunicacional, capaz de possibilitar uma interação subjetiva, para não falar daqueles que visualizam o fim do trabalho como a realização concreta do reino da liberdade, nos marcos da sociedade atual, desde que um pouco mais regulamentada e regida por relações mais contratualistas.

Ao contrário destas formulações, pode-se constatar que a sociedade contemporânea presencia um cenário crítico, que atinge também os países capitalistas centrais. Paralelamente à globalização produtiva, a lógica do sistema produtor de mercadorias vem convertendo a concorrência e a busca da produtividade num processo destrutivo que tem gerado uma imensa sociedade dos excluídos e dos precarizados. Portanto, entre tantas destruições de forças produtivas, da natureza e do meio ambiente, há também, em escala mundial, uma ação destrutiva conta a força humana de trabalho, que se encontra hoje na condição de precarizada ou excluída. Em verdade, estamos presenciando a acentuação daquela tendência que o capital, desprovido de orientação humanamente significativa, assume em seu sistema metabólico de controle social, uma lógica que é essencialmente destrutiva, onde o valor de uso das coisas é totalmente subordinado ao seu valor de troca.

Nesse caminho, com base nos valores sociais do trabalho e na dignidade da pessoa humana, à proteção e relevância do trabalho humano em âmbito global almeja que os trabalhadores possam exercer as suas funções de forma digna, entretanto, infere-se que tal designo muitas vezes permanece à mercê da vontade das instituições privadas, vez que conduzidas pela incessante busca pelo capital.

Ademais, tendo em vista que se demonstrar equivocado imaginar o fim do trabalho na sociedade produtora de mercadorias e, com isso, imaginar que estariam criadas as condições para o reino da liberdade é, entretanto, imprescindível entender quais mutações e metamorfoses vêm ocorrendo no mundo contemporâneo, bem como quais são seus principais significados e suas mais importantes consequências. No que diz respeito ao mundo de trabalho, pode-se presenciar um conjunto de tendências que, em seus traços básicos, configuram um quadro crítico e que têm direções assemelhadas em diversas partes do mundo, onde vigora a lógica do capital. E a crítica às formas concretas de des-sociabilização humana é condição para que se possa empreender também a crítica e a desfetichização das formas de representação hoje dominantes, do ideário que domina nossa sociedade contemporânea.

Surge assim, o necessário resgate a nossa capacidade de indignação na perspectiva da quarta revolução industrial, vez que o trabalho não pode ser meramente subsumido ao capital ou visto como forma de sobrevivência, mas sim, prazerosa, permitindo assim, que o trabalhador esteja feliz com a realização da sua contribuição social, em constante reconhecimento e desenvolvimento, especialmente frente aos contornos que a flexibilização e a desregulamentação do trabalho vem tomando e indicam tomar ante as significativas modificações que o desenvolvimento tecnológico e a velocidade de propagação da informação nos dias atuais estão proporcionando.

O presente artigo, que se utiliza do método dedutivo e com base em análises bibliográficas, tem como objetivo avaliar estas mudanças e verificar como estão rompendo com o pressuposto essencial da proteção e das garantias mínimas ao trabalhador, que encontra guarida nas relações formais de emprego, além do trabalho em conjunto dos empregadores e do Estado. Busca-se demonstrar como as novas formas de relações de trabalho, caracterizadas pela transferência de riscos da atividade ao trabalhador, retiram os direitos e as garantias mínimas asseguradas pelo vínculo formal de emprego e como esta relação empregatícia atua de forma favorável para a regulação social.

Diante do exposto, a ligação com o a temática “Cuarta Revolución Industrial y Globalización: La protección del empleo, la salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro” se dá diretamente, pois indica refletir sobre: implantação e proteção dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais. Eficácia e Colisão de direitos fundamentais nas relações sociais, empresariais e do trabalho. Novos direitos fundamentais sociais, do trabalho e empresariais sendo complementado com o papel do negócio jurídico na atualidade: uma visão de futuro – a proteção do emprego, saúde e vida privada dos trabalhadores, direitos humanos do trabalhador, direito internacional dos direitos humanos do trabalhador e o direito brasileiro, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos do trabalhador, normas internacionais de proteção aos direitos humanos do trabalhador, constitucionalismo Social, constitucionalização do Direito do Trabalho, como indicado no edital eletrônico do 2º Congresso Mundial CIELO Laboral 2018.

## 2. Capitalismo e sua contextualização histórica

O capitalismo contemporâneo, com a configuração que vem assumindo nas últimas décadas, acentuou sua lógica destrutiva. Num contexto de crise estrutural do capital, desenham-se algumas tendências, entre elas, o padrão taylorista e fordista<sup>1</sup>, que vem sendo crescentemente substituído ou alterado pelas formas produtivas flexibilizadas e desregulamentadas, das quais a chamada acumulação flexível e o modelo japonês ou toyotismo<sup>2</sup> são exemplos, bem como o modelo de regulação social-democrático, que da sustentação ao chamado estado de bem estar social, em vários países centrais, que vem sendo solapado pela (des) regulação neoliberal e antissocial.

Pelo próprio sentido que conduz estas tendências, que na verdade, constituem-se em respostas ao capital à sua própria crise, acentuam-se os elementos destrutivos que presidem a lógica do capital. Quanto mais aumentam a competitividade e a concorrência inter-capitais, inter-empresas e inter-potências políticas do capital, mais nefastas são suas consequências.

Duas manifestações são mais virulentas e graves, a primeira delas, a destruição ou precarização<sup>3</sup>, sem paralelos em toda era moderna, da força humana que trabalha e a degradação crescente, na relação metabólica entre homem e natureza, conduzida pela lógica voltada prioritariamente para a produção de mercadorias que destroem o meio ambiente. No que tange a destruição ou precarização, impende salientar que o trabalho se precariza cada vez mais, à medida que o neoliberalismo impõe sua lógica da regulação da sociedade. Esta parece estar hoje aos pés do mercado, suplicando por trabalho, como se, para dar conta de uma tortura, a chance que resta é esperar por outra.

Trata-se, portanto, de uma aguda destrutividade, que no fundo é a expressão mais profunda da crise estrutural que assola a (des) sociabilização contemporânea, ou seja, destrói-se força humana que trabalha, destroçam-se os direitos sociais, brutalizam-se enormes contingentes de homens e mulheres que vivem do trabalho, torna-se predatória a relação produção/natureza, criando-se uma monumental sociedade descartável, que joga fora tudo que serviu como embalagem para as mercadorias e o seu sistema, mantendo-se, entretanto, o circuito reprodutivo do capital.

Nesta toada, em que pese o conceito de trabalho em Marx<sup>4</sup> ainda esteja em debate, tal como se verifica nas obras de Ianni<sup>5</sup>, Harvey<sup>6</sup>, Hobsbawm<sup>7</sup>, Mészáros<sup>8</sup>, Lucena<sup>9</sup>, Bernardo<sup>10</sup>, Pochmann<sup>11</sup>, Bauman<sup>12</sup>, Antunes<sup>13</sup>, entre outros. Podemos dizer que ao contrário dos outros modos de produção, o capital não se apropria do trabalhador, mas do trabalho, mediado pela troca<sup>14</sup>. Outrossim, em sendo o trabalho condição natural de existência humana, o proprietário dos meios de produção compra do trabalhador o direito de usar sua capacidade de trabalho por um determinado período de tempo, materializando-se, esta mercadoria como valor de uso e valor de troca.

As relações entre valor de uso e de troca trazem uma séria de implicações, sintetizadas por Mészáros como: “em primeiro lugar, o capital não trata o valor de uso e o valor de troca meramente como dimensões separadas, mas de uma maneira que o primeiro é subordinado ao último. Em segundo lugar, o capitalismo é uma sociedade descartável. O sistema produtivo manipula mesmo os bens duráveis, devendo os mesmos ser lançados no lixo, muito antes de esgotarem a sua vida útil. Em terceiro lugar, o capital inventa o consumidor como uma coisa independente e o capitalista como produtor”<sup>15</sup>.

Diante desta sociedade descartável, instaurou-se as ideias de flexibilização e desregulamentação. A primeira, representando a adaptação das regras jurídicas a uma nova realidade, gerando um novo tipo de regulamentação. Ao passo que por desregulamentação se identifica a ideia de eliminação de normas do ordenamento jurídico estatal que não mais se justificariam no contexto social, incentivando-se a auto regulação pelos particulares<sup>16</sup>.

Ambas, no entanto, quando apoiadas no pressuposto da necessidade de alterar as relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico, acabam se constituindo em meros instrumentos de redução de custos do trabalho.

Marx, no volume III de O Capital, dentre tantas outras partes em que tratou da economia no emprego e na utilização dos resíduos da produção, indicou essa tendência destrutiva em relação ao trabalho de modo excepcional: “o capital tem a tendência a reduzir ao necessário o trabalho vivo diretamente empregado, a encurtar sempre o trabalho requerido para fabricar um produto – explorando as forças produtivas sociais do trabalho – e, portanto, a economizar o mais possível o trabalho vivo diretamente implicado. Se observarmos de perto a produção capitalista (...) verificamos que procede de maneira extremamente parcimoniosa com o trabalho efetuado, corporificado em mercadorias. Entretanto, mais do que qualquer outro modo de produção, esbanja seres humanos, desperdiça carne e sangue, dilapida nervos e cérebro (...) Todas as parcimônias de que estamos tratando decorrem do caráter social do trabalho, e é de fato esse caráter diretamente social do trabalho a causa geradora desse desperdício de vida e da saúde dos trabalhadores”<sup>17</sup>.

Neste sentido, é interessante verificar que essa ideia de redução dos custos do trabalho, para atender à demanda produtiva, não é nova nas relações de trabalho até porque está na própria base de discussão da origem do direito do trabalho, representando, por isto, nada mais, nada menos, que o eterno conflito econômico x social<sup>18</sup>. Sendo assim, impende salientar que a desregulamentação, flexibilização e terceirização, bem como esse receituário que se esparrama pelo mundo empresarial, são expressões de uma lógica societal onde o capital vale e a força humana de trabalho só conta enquanto parcela imprescindível para a reprodução deste mesmo capital. Isso porque o capital é incapaz de realizar sua autovalorização sem se utilizar do trabalho humano. Ou seja, pode-se diminuir o trabalho vivo, mas não eliminá-lo. Pode precarizá-lo e desempregar parcelas imensas, mas não pode extingui-lo.

Neste diapasão, o direito a um trabalho reduzido pela modernidade capitalista leva a um beco sem saída, que desmobilizou sua reivindicação política, assim como seu desenvolvimento dogmático<sup>19</sup>. Por fim, tem-se que o capitalismo não é visto como uma aberração, mas fase do desenvolvimento histórico da humanidade, cujo princípio está nas relações de produção e nas características de força produtiva<sup>20</sup>, motivo pelo qual surge a necessária ressignificação do trabalho atrelado e atual ordem econômica, a fim de que haja o salutar equilíbrio para um desenvolvimento sustentável e que cumpra, fielmente, os direitos e garantias constitucionais.

### 3. O trabalho na pós-modernidade

O trabalho em si, é uma condição fundamental na existência humana. Por meio dele, o Homem se relaciona com a natureza, constrói sua realidade, significa-se, insere-se em contextos grupais, atua em papéis e finalmente promove a perenização de sua existência. Por viabilizar a relação dos indivíduos com o meio, em um dado contexto, o trabalho expressa-se como incessante fonte de construção de subjetividade, produzindo significado da existência e do sentido de vida.

Entretanto, as concepções sobre o trabalho na pós-modernidade cederam lugar a incansável busca pelo sentido de suas vidas, inviabilizando a auto realização plena do ser humano. Alteraram-se ainda entre os dirigentes organizacionais, devido ao acirramento da concorrência e do capitalismo desenfreado. Entre tantas transformações, as empresas foram pressionadas a passar por mudanças profundas. Os empresários que mantivessem uma visão estrita dos seus negócios assumiriam o risco de serem eliminados pela concorrência, não apenas vinda do exterior, mas de outros setores de atividades de seu país.

No início da pós-modernidade, o trabalho começou a sofrer alterações devido à adoção de concepções com relação à flexibilização

do capital e dos processos de trabalho por parte dos detentores do poder econômico. A flexibilização<sup>21</sup> foi aceita como propícia às reestruturações necessárias à manutenção do capitalismo, de acordo com Harvey<sup>22</sup>, por ocorrer em prol da sustentação do capital, ou seja, por manter as mesmas premissas com vistas à lucratividade.

Quando o processo de trabalho deixou de ter uma base taylorista-fordista para ser substituído pelo toyotismo, marcado pela produção flexível e enxuta, passou a se requerer um novo tipo de trabalhador. Não seria mais suficiente um trabalhador que vencesse a separação entre as atividades mentais e manuais do período taylorista. Exige-se um trabalhador que integre pensamento e ação, e que também possa criar e produzir conhecimentos úteis para a organização capitalista. Esse processo não se constitui mais de operários que executam tarefas repetitivas, mas de trabalhadores do conhecimento, cuja função é agregar outro tipo de valor aos produtos ou aos processos de produção e gestão. Entre as principais características exigidas para esse trabalhador, podemos destacar: uma postura flexível, subordinável, ágil, aberta a mudança em curto prazo e boa adaptabilidade para conviver com um ambiente de incertezas<sup>23</sup>.

Na pós-modernidade, o caos rege as principais práticas organizacionais. O foco do trabalho passou a ser sua eficácia e os seus resultados, motivo pelo qual os meios utilizados para atingi-los deixaram de ter importância, distanciando-se, assim, do trabalho digno e decente<sup>24</sup>. Por se tratarem de valores elásticos, que mudam a depender dos interesses empresariais, torna-se de difícil internalização, ou seja, o tempo de trabalho agora também é o tempo de não trabalho e o discurso das empresas torna-se um discurso para a vida. Critérios de produtividade e desempenho saem do universo da empresa e se disseminam pela sociedade, tomando de assalto inclusive as relações afetivo-existenciais, medidas sob os parâmetros linguístico-comunicativos dos valores de desempenho e produtividades.

As consequências destes princípios organizacionais do trabalho refletem, por um lado, no aumento extraordinário da produtividade e da riqueza, mas de outro, erosão do lugar acordado à subjetividade e à vida no trabalho. O resultado disso é um agravamento das patologias mentais do trabalho em todo o mundo ocidental, o aparecimento de novas patologias, os suicídios perpetrados no próprio local de trabalho, o que não ocorria, em hipótese alguma, antes do domínio neoliberal, bem como o desenvolvimento da violência no trabalho, o agravamento das patologias de sobrecarga e a exposição das patologias do assédio<sup>25</sup>. Neste sentido, Bauman<sup>26</sup> alerta para a contradição presente no modelo de trabalho flexível, uma vez que, por um lado, o novo perfil profissional exigido – subordinado, ágil e adaptável – demanda profissionais que não possuam um alto grau de envolvimento afetivo na relação com o trabalho. Por outro lado, para que os trabalhadores internalizem os objetivos organizacionais, é necessário que se dediquem intensamente e despendam uma forte carga emocional nele. Em decorrência disso, os sujeitos são suscetíveis de serem avaliados como incompetentes caso falhem nas entregas e resultados<sup>27</sup>.

O trabalho pós-moderno instaurou a competitividade tanto entre as empresas quanto na relação dos próprios trabalhadores uns com outros. O que interfere numa relação que deveria ser saudável, em prol do trabalho em equipe, como um organismo. Porém, o capitalismo força a competição de conseguir posições melhores dentro de uma empresa, na contínua busca de produtividade.

Somado a isso, vem surgindo no fenômeno intitulado quarta revolução industrial<sup>28</sup>, inúmeros desafios em prol da proteção do trabalho, vez que o desenvolvimento técnico-científico, juntamente como a facilidade de propagação da informação<sup>29</sup> ante a globalização, possibilitam novas formas de contratos, relações jurídicas distintas das até então concebidas, a disseminação do trabalho remoto, à flexibilização e desregulamentação do trabalho, a precarização do emprego, entre outras, as quais indubitavelmente corroboram para uma necessária ressignificação do trabalho em sua subjetividade, tanto quanto um necessário resgate de nossa capacidade de indignação para que o trabalho não seja concebido novamente como um mero objeto passível de negociação, ou ainda, seja afetado pelo desemprego e precarização generalizados<sup>30</sup>.

Por conseguinte, à flexibilização e a desregulamentação do trabalho aliados, especialmente, aos fenômenos atinentes a quarta revolução industrial, colaboram para o denominado desemprego tecnológico, ou seja, aquele promovido pela adoção de tecnologias nos ambientes de trabalho, haja vista que a indústria 4.0 é aquela que se utiliza do conceito *cyber-physical system* para criar indústrias robotizadas e interconectadas globalmente, trazendo assim a expectativa da destruição de milhares de vagas já nos próximos anos<sup>31</sup>. A integridade humana é corrompida no sistema capitalista. Os valores morais de respeito, união, compreensão, por exemplos, são destruídos e substituídos pelo individualismo. O que importa neste sistema é a acumulação de riquezas. Ademais, a lógica de funcionamento que move o mundo empresarial e econômico, extensíveis a lógica da maior parte das esferas da cultura dominante, prioriza a rentabilidade financeira, não importando as consequências negativas que provocam sobre as pessoas<sup>32</sup>.

Além disso, o perfil profissional do trabalho flexível exige que os trabalhadores sejam capazes de se relacionar com facilidade e tenham boa adaptabilidade aos diferentes ambientes. Desse modo, são capazes de trabalhar em equipe, porém o ambiente social do trabalho nem sempre é favorável para convivência entre os sujeitos, pois, embora no discurso organizacional prevaleça a valorização do trabalho em equipe, na prática, o ambiente é hostil e competitivo<sup>33</sup>.

Sem dúvida, separar o trabalho das outras atividades da vida e sujeita-lo as leis do mercado foi o mesmo que aniquilar todas as formas orgânicas da existência e substituí-las por um tipo de organização, uma organização atomista e individualista<sup>34</sup>. Tais primícias, todavia, corroboram para a prática reiterada de agressão aos direitos trabalhistas. Dessas agressões, o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica, portanto, dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se veem forçados a agir da mesma forma. O resultado é a precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção.<sup>35</sup>

Nesse passo, a sociedade que deveria se basear pelo pacto de solidariedade, se caracteriza, então, pela luta de todos contra todos, pelo salve-se quem puder e que vença o melhor e mais competente<sup>36</sup>. Assim, Karl Polanyi nos leva a refletir acerca de que “moinho satânico” foi esse que triturou os homens transformando-os em massas?<sup>37</sup>.

Pelo exposto, pode-se perceber que o trabalho precisa dar significado e sentido ao trabalhador e objetivar a coletividade<sup>38</sup> e subjetividade, numa tentativa de superar o gerencialismo corroído pela voracidade do capitalismo e consumo exacerbado, atualmente instaurados<sup>39</sup>, motivo pelo qual urge o necessário resgate da nossa capacidade de indignação<sup>40</sup>.

#### 4.0 necessário resgate da nossa capacidade de indignação na perspectiva da Quarta Revolução Industrial

É o espanto em relação às coisas da vida, desde as mais simples até as mais complexas, que impulsionam o homem a transformar o mundo a sua volta. O percurso histórico dos direitos fundamentais é prova do potencial humano para indignar-se e, com isso, modificar a realidade. Foi a experiência vivida no século passado, em especial com as duas grandes guerras, que determinou a edição de pactos internacionais de garantias de direitos humanos como condição para a democracia. Entretanto, a capacidade humana de espantar-se parece adormecida, alheia ao que ocorre num mundo de tantas possibilidades<sup>41</sup>.

Negar o pensamento é um modo de manter-se confortável diante de um sistema que exclui e determina a morte física ou emocional de milhares de pessoas todos os dias. Assim, temos a ilusão de que o que negamos pelo pensamento não pode nos afetar<sup>42</sup>. Todavia, a sociedade moderna é a sociedade global, cuja globalização abarca relações sociais, comerciais, trabalhistas, tributárias etc., e o pós-capitalismo, fruto do processo de globalização econômica, trouxe à sociedade moderna a característica de sociedade industrial, portanto, a sociedade moderna está centrada em três atores: nação, empresa e consumidor; logo, a sociedade moderna é obra de empresas, ela é trazida pela consciência nacional, ela é cada vez mais arrastada pelas demandas dos consumidores<sup>43</sup>.

A globalização trouxe uma nova racionalização econômica, e como a empresa se tornou um dos atores da modernidade, a lógica da racionalidade econômica é produzir de forma eficaz, visando atender às demandas do mercado, buscando o lucro mais alto e diversificando os investimentos no mercado econômico global, objetivando, assim, a conquista de novos mercados de consumo com aumento da competitividade e lucratividade. A globalização também representa de certa forma, a intervenção mínima do Estado, que passou a acompanhar a criação de novas formas de contratação e de estabelecimento de novas condições de trabalho no intuito de salvaguardar a empregabilidade e manutenção do posto de trabalho. Nesse viés, o garantismo estatal perdeu força para o fenômeno da flexibilização das relações de trabalho.

Assim, na perspectiva do desenvolvimento tecnológico, passamos de uma fase inicial e longínqua, dentro da veraz dinâmica evolucionista da tecnologia, que data de 1784 com a introdução das máquinas a vapor, para um segundo momento no século XX, com a utilização da eletricidade para movimentar as correias transportadoras, esteiras rolantes e a produção em massa. Posteriormente, a uma terceira fase, reconhecida pela introdução da automação digital da produção e, por fim, pela quarta fase em que estamos inseridos, onde subsiste há integração entre computação e processos físicos<sup>44</sup>.

Diante disso, algumas características passam a se destacar no âmbito da quarta revolução industrial. A primeira delas seria a velocidade, resultado de um mundo multifacetado e profundamente conectado e que possui tecnologias que geram constantemente novos materiais e aplicações. A segunda delas seria a amplitude e profundidade, provenientes das mudanças de paradigmas que estão ocorrendo na economia mundial, no mercado, nas sociedades e nos indivíduos. E, por fim, a terceira delas seria o impacto sistêmico que a mesma vem ocasionando, vez que ela envolve a transformação de sistemas completos em países, empresas e na sociedade como um todo<sup>45</sup>. Desse modo, podemos compreender este momento atual, denominado de quarta revolução industrial ou indústria 4.0, como momento histórico onde se destacam a integração e controle da produção a partir de sensores e equipamentos conectados em redes e da fusão mundo real com o virtual, criando os chamados sistemas *ciber* físicos e viabilizando o emprego da inteligência artificial. Todavia, seu escopo ainda engloba as ondas de descobertas que ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. Assim, o que a torna fundamentalmente diferente das anteriores seria a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos<sup>46</sup>.

Em verdade, a globalização impôs alterações na organização produtiva e do trabalho, com novas condições de trabalho e consequente redução de direitos trabalhistas, ou seja, criou-se um novo modelo econômico social, passando o direito do trabalho a regular formas flexíveis<sup>47</sup> de condições laborais e que, em muitos casos colocam o trabalhador na zona de instabilidade no emprego, tais como trabalho em tempo parcial, *lay-off*, trabalho temporário, banco de horas, além de outras formas de contratação, tais como a terceirização, com o estabelecimento de condições de trabalho em níveis precários e com flagrante diminuição da proteção social, comprometendo o bem-estar social.

Desse modo, o impasse que se instaurou no direito ao trabalho, padece, na maioria das vezes, de reduzi-lo ao direito a um trabalho assalariado estruturalmente escasso e que, nas condições atuais, mesmo naqueles ainda mais reduzidos casos em que propicia a reprodução do trabalhador enquanto força de trabalho viva, nem sempre guarda similitude com alguma visão aceitável de vida digna<sup>48</sup>. Para Touraine, a empresa paralelamente, na sociedade moderna em crise, surgiu como um ator econômico autônomo e tem a função de coordenar os interesses capitalistas e dos trabalhadores, o que a torna um ator essencial da vida social<sup>49</sup>.

Como corolário, infere-se que a globalização tem uma variedade de significados e sentidos na regulação econômica e trabalhista, cuja variedade é explicável, em parte, porque esse é um processo cujo impacto se faz sentir em diversas áreas e, apesar dos benefícios trazidos com a abertura de fronteiras comerciais e livre circulação de trabalhadores, inegáveis são os conflitos oriundos da sua intensificação, notadamente nas relações comerciais exteriores e nas relações trabalhistas, com manifesta precariedade das condições de trabalho em razão de práticas degradantes de trabalho, dentre elas, o *dumping* social.

Neste sentido, aduz Davi Sánchez Rubio que: “em el contexto actual de la globalización, la precarización de las condiciones laborales y el paso atrás dado con relación a los derechos sociales han sido ejemplos de los procesos de victimización y pérdida de protagonismo de los grupos populares ubicados dentro del sistema económico capitalista. Es más, con el control que las multinacionales ejercen sobre el sistema de producción y sobre las posibilidades de apropiación del trabajo en sus múltiples expresiones, se manifiesta con mayor claridad la crucial importancia que tienen las relaciones de acceso y producción de los bienes materiales y sociales”<sup>50</sup>. Com efeito, tem-se que a globalização implantou um novo sistema de organização produtiva e do trabalho, com a criação de novas tecnologias de produção e de informação, criando também novas formas de relações trabalhistas assentadas na flexibilização das condições de trabalho com o propósito de garantir a empregabilidade diante do desemprego estrutural que se intensificou na década de 80, mas ganhou proporções globais, especialmente nos últimos anos, haja vista a velocidade do desenvolvimento tecnológico, científico e da informação, permitindo também uma produção a baixo custo, sob a falácia da preservação das indústrias e fomento de criação de novas indústrias e de posto de trabalho no mercado mundial globalizado e competitivo, onde a mão de obra humana perdeu espaço para a robótica e telemática.

Assim, olvidar não se deve que a atual ordem econômica e financeira dominante, baseia-se na livre iniciativa oriunda do sistema capitalista, mas que ainda assim, busca dar prioridade aos valores do trabalho humano sobre os de ordem econômica. A preocupação aqui externada diz respeito não só as empresas que atuam no mercado brasileiro, mas com o advento da globalização, essa pretensão de que as consequências da irrelevância à importância ao trabalho em países que tem legislação trabalhista precária



ou inexistente venham a reverberar nos demais mercados forçando o empreendedor local a cometer as mesmas práticas para “sobreviver” ou ser engolido. Contudo a prática predatória não limita seu alcance ao mundo corporativo, mas atinge o “mínimo existencial”<sup>51</sup> do cidadão como um todo.

Entretanto, até mesmo os direitos dos trabalhadores nos padrões mínimos devem ser confrontados, vez que indubitável é a necessidade de melhoria da condição social dos mesmos, em respeito a dignidade e proteção do trabalho humano<sup>52</sup>. Na expressão de Norberto Bobbio, não adianta reconhecer e proclamar direitos fundamentais, pois o cerne dos direitos fundamentais é sua eficácia e a concretização da dignidade da pessoa humana, através de ações positivas e protetivas das garantias mínimas. Na verdade, os fins que justificam os direitos fundamentais se resumem na realização de uma vida digna para todo cidadão e na limitação do poder do Estado, tornando-o, de certa forma, provedor e realizador<sup>53</sup>.

Nesse sentido, a omissão dos Estados Nações, ou seja, o não agir ou até mesmo o agir no plano infraconstitucional de forma contrária a essas garantias e direitos ou criando normas ineficazes, produz como resultado a inocuidade dos direitos sociais e fundamentais garantidos constitucionalmente, comprometendo a eficácia plena das normas constitucionais, cuja eficácia passa a depender do ativismo judicial.

Neste diapasão, é interessante observar que mesmo autores admitidamente liberais reconhecem a necessidade de honrar o pacto que o capitalismo fez com o Estado Social, propondo medidas capazes de recuperar a força necessária para modificar realidades excludentes e cruéis. Rawls é um exemplo disso. Influenciado pela teoria da moral kantiana, apresenta uma “noção do bem” necessária ao desenvolvimento do Estado, traduzida pela capacidade de ser razoável e racional, que detém o ser humano e que o torna capaz de fazer escolhas, assumindo a correspondente responsabilidade.<sup>54-55</sup>

Retratando essa realidade, em um livro de título provocativo, Ulrich Beck aduz que “os super-ricos se refugiam em novos castelos medievais, vão de helicóptero às reuniões de negócio e percorrem de limusine blindada o mundo dos desamparados, os quais eles têm como inimigos e dos quais dependem como faxineiros, cozinheiros e seguranças”.<sup>56</sup> No mesmo sentido, sob enfoque diferente, Agostinho Ramalho Marque Neto trata da banalização como consequência do consumismo amplamente alimentado pelo sistema. Refere que o êxito do consumismo pressupõe a descartabilidade e, com ela, dissolve justamente os direitos necessários à consolidação do Estado Social, entre os quais o direito trabalhista se inscreve.<sup>57</sup>

O Estado Social é, em última análise, uma proposta de ruptura com essa apatia, de resgate da capacidade de indignação, mediante ação propositiva e socialmente transformadora, em que a forma não se sobreponha ao conteúdo. O discurso social democrático é transformador em sua gênese, exige a atuação de cada ator social, em sua área específica, por isso é possível afirmar que o papel do poder judiciário se modifica em um contexto de Estado Social e Democrático.

Neste sentido, vislumbra-se que a banalização do mal, ou da injustiça social, é a tolerância à mentira, a não denúncia e, além disso, a cooperação e a participação em se tratando de injustiças e do sofrimento infligidos a outrem, ou seja, “trata-se sobretudo de infrações cada vez mais frequentes e cínicas das leis trabalhistas: empregar pessoas sem carteira de trabalho para não pagar as contribuições previdenciárias e poder demiti-las em caso de acidente de trabalho, sem penalidade; empregar pessoas sem lhes pagar o que é devido; exigir um trabalho cuja duração ultrapasse as autorizações legais, etc. O mal diz respeito ainda ao desprezo, às grosserias e às obscenidades para com as mulheres. O mal é ainda a manipulação deliberada da ameaça, da chantagem e de insinuações contra os trabalhadores, no intuito de desestabilizá-los psicologicamente, de leva-los a cometer erros, para depois usar as consequências desses atos como pretexto para a demissão por incompetência profissional, como sucede amiúde com os gerentes”<sup>58</sup>.

Portanto, a tão propalada flexibilização das leis trabalhistas nada mais é que a positivação da banalização da injustiça social, o sepultamento dos direitos humanos no que concerne às relações de trabalho e a negação do devido reconhecimento<sup>59-60-61</sup> do trabalhador. Mas a referida flexibilização não nos é mostrada em sua face verdadeira, razão pela qual ocorre a denominada racionalização da mentira, que é uma das etapas da distorção comunicacional, extremamente importante na implementação da ideologia da classe dominante. Desta forma, arregimentam-se pessoas de bem para participar do processo de banalização do mal, fazendo-as crer na veracidade deste processo perverso e complicado que permite enganar o senso moral sem o abolir.<sup>62</sup>

Por outro lado, não se pode, seja por questão ética ou legal, tolerar o crescimento e desenvolvimento econômico e lucratividade nos diversos ramos dos investimentos econômicos e produtivos às custas do desrespeito às condições de trabalho e da exploração de trabalhadores, reduzindo-lhes à miséria diante do descumprimento das legislações trabalhistas, sob pretexto de o “custo produtivo” ou custo com direitos e encargos trabalhistas representar um alto componente no custo do produto, inviabilizando a produção e competitividade. Assim, é importante que nos debruçemos na compreensão de que os direitos sociais são os frutos do compromisso firmado pela humanidade para que de forma concreta se pudesse construir justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Estes mesmos direitos (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social) foram firmados para compor o chamado Capitalismo Socialmente Responsável<sup>63</sup>. Sintomaticamente, a sociedade da eficiência é aquela que produz enorme desperdício de capacidades humanas, exibindo uma vergonhosa ineficiência do ponto de vista das necessidades individuais e sócias<sup>64</sup>.

Tem-se em vista que à medida que estes direitos são atacados, seja de forma direta com a supressão de garantias trabalhistas ou por “manobras jurídicas”, é evidente que o dano causado e sua extensão atingem não só um núcleo mínimo, mas de forma conjunta outras esferas da vida em sociedade, motivo pelo qual insofismável é o afloramento de nossa capacidade de indignação.

Ante ao exposto, percebe-se que os direitos fundamentais dos trabalhadores, como extensão da dignidade da pessoa humana, não podem ser vilipendiados pelos interesses capitalistas, sob pena de ferir a ordem jurídica, tornar inoperante o sistema protetivo e rechaçar a justiça social, valor indissociável da relação capital x trabalho.

## 5. Conclusão

Diante de todo exposto, infere-se que o trabalho é ainda e sempre será a origem da riqueza. Ao contrário do veredito prospectivista, não há qualquer possibilidade de término ou fim do trabalho em nosso horizonte, vez que é um mediador insubstituível na luta pela realização de si mesmo. Entretanto, olvidar não se deve, que à globalização produtiva, a lógica do sistema produtor de mercadorias vem convertendo a concorrência e a busca da produtividade num processo destrutivo que tem gerado uma imensa sociedade dos excluídos e dos precarizados.

Tal fato projetou-se exponencialmente após o desenvolvimento do capitalismo, em especial após a subsunção do trabalho vivo ao capital, momento pelo qual a degradação e flexibilização do trabalho tomaram proporções catastróficas.

A flexibilização e precarização das relações de emprego estão passando por significativas modificações, especialmente frente a chamada quarta revolução industrial, onde novas formas de contratos, desregulamentação jurídica, novas profissões e os avanços técnico científicos, cumulativamente com a propagação da informação, remontam há uma necessária reflexão da subjetividade do trabalho, bem como discussões acerca da proteção do emprego, saúde e vida privada dos trabalhadores.

Referidas modificações estão ganhando novos contornos, especialmente no cenário da quarta revolução industrial ou indústria 4.0, desde quanto à forma como trabalhamos e nos relacionamos com o meio em que vivemos a correlação inerente ao desenvolvimento tecnológico e velocidade da informação. No campo organizacional, estamos vivendo significativas alterações em escala, alcance e complexidade do processo produtivo, com base nas tecnologias cada vez mais incorporadas ao trabalho, o que ao mesmo tempo que constrói pode enfraquecer os direitos inerentes ao trabalho. Surge assim, o necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo, haja vista que a proteção aos direitos fundamentais preconizados pela maior parte das Constituições globais, em especial os relacionados ao trabalho e a dignidade da pessoa humana, necessitam ser observados, tutelados e concretizados.

Referida indignação, encontra fundamento em uma lógica histórico-cultural à medida que frente a indubitável evolução do pensamento social em prol da efetivação do direito positivado, não há como refutar qualquer negligência ou minoração de garantias fundamentais. Desse modo, reequilibrar a relação das forças simbólicas entre aqueles que infamam o trabalho e os que defendem sua centralidade é hoje a passagem obrigatória para liberar a força do trabalho vivo e permitir-lhe irrigar a esfera do político. Portanto, reencantar o trabalho não é um objetivo ilusório, mas, sim necessário, motivo pelo qual insofismável é o necessário resgate da nossa capacidade de indignação.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Entende-se o taylorismo e o fordismo como o padrão produtivo capitalista desenvolvido ao longo do século XX e que se fundamentou basicamente na produção em massa, em unidades produtivas concentradas e verticalizadas, com um controle rígido dos tempos e dos movimentos, desenvolvidos por um proletariado coletivo e de massa, sob forte despotismo e controle fabril.

2

O toyotismo expressa à forma particular de expansão do capitalismo monopolista do Japão pós-45.

3

A precarização do trabalho como um traço estrutural do modo de produção capitalista, possuindo, entretanto, formas de ser no plano da efetividade histórica. DELGADO, Gabriela Neves; et al. *Trabalho Constituição e Cidadania. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 16.

4

Karl Marx explica em sua obra O Capital, que o capitalismo nas diferentes épocas da humanidade, se desdobra a partir da utilização dos meios de trabalho. Isto significa que em cada era da humanidade houve o desenvolvimento da força humana com novas condições para realização do trabalho, bem como o surgimento de tecnologias para aperfeiçoar as relações de trabalho. (MARX, Karl. *O Capital - Crítica da economia política*. Volume 1. Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Editora Nova Cultural Ltda. 4ª edição. 1996).

5

IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 225.

6

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 6 eds. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 349.

7

HOBBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia de Letras, 1998, p. 598.

8

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Tradução de Sérgio Lessa e Paulo César Castanheira. Campinas: Boitempo Editorial, 2002, p. 72.

---

9

LUCENA, Carlos Alberto. *Tempos de Destruição*: educação, trabalho e indústria do petróleo no Brasil. Campinas: Autores Associados: Uberlândia: EDUFU, 2004, p. 45.

---

10

BERNARDO, João. *Economia dos conflitos sociais*. São Paulo: Cortez, 1991, p. 55.

---

11

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização*: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. São Paulo, Boitempo, 2001, p. 43.

---

12

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. 1 ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999, p. 85.

---

13

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 258.

---

14

LUCENA, Carlos Alberto. LUCENA, Maria de Lurdes Almeida e Silva. *Karl Marx, o trabalho e a formação dos trabalhadores no modo de produção capitalista*. In: Revista Exitus, v. 04, n. 02, jul./dez, 2014, p. 25-33.

---

15

MÉSZÁROS, István. *op. cit.*, p. 73.

---

16

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Fúria. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 11, 2002, p. 1287-1309.

---

17

MARX, Karl. *O Capital*. Vol. 3/6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974, p. 97 e 99.

---

18

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *op. cit.*, p. 1287-1309.

---

19

WANDELLI, Leonardo Viera. *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012, p. 217.

---

20

MARX, Karl. *O Capital - Crítica da economia política, op. cit.*, p. 51.

---

21

Flexibilização entendida no sentido de redução de custos sociais com mão de obra com vistas a ampliação de lucros conforme lecionado por Wilson Ramos Filho: “O mercado de ações cedo percebeu a relação entre ampliação dos lucros empresariais e redução nos custos com salários dos trabalhadores, de tal maneira que as precarizações e as demissões de trabalhadores frequentemente conduzem à valorização



quase imediata no valor das ações negociadas em bolsas de valores, segundo a “ética de quadrilha” que caracteriza a relação entre os operadores nas bolsas e as empresas de capital aberto, na qual as atuações de uns fortalecem a posição de outros e vice-versa. Desemprego e precarização, como observado anteriormente, separados ou em conjunto, constituem-se em verdadeiros fatores de ampliação da lucratividade empresarial. Por esse motivo, o desemprego, no marco da ética capitalista neoliberal, se converteu em problema insuperável na ordem estrutural. Insuperável, porque o capital só consegue administrar o tempo de trabalho maximizando a exploração do “tempo de trabalho necessário” da força de trabalho empregada, ignorando totalmente o “tempo disponível” na sociedade de onde não pode extrair lucro, razão pela qual não tem interesse em superar este problema. Estrutural, pelo seu caráter global, por sua vinculação ao desenvolvimento da mobilidade das empresas no processo de deslocalização e realocização permanente e em decorrência da constante “necessidade” de ampliação da acumulação do capital. RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: história mitos e perspectivas* no Brasil. São Paulo: LTr Editora, 2012, p.314.

---

22

HARVEY, David. *op. cit.*, p. 351.

---

23

FERRER, Florencia. *Reestruturação capitalista: caminhos e descaminhos da tecnologia da informação*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 36.

---

24

Formalizado em 1999 pela Organização Internacional do Trabalho, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>>. Acessado em 10 de abril de 2018.

---

25

DEJOURS, Cristophe. *Trabalho Vivo, tomo II, Trabalho e emancipação*. Tradução de Franck Soudant. Brasília: Paralelo 15, 2012, p. 43.

---

26

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. 1 ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999, p. 26.

---

27

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000, p. 55.

---

28

Segundo Valeria Perasso seria compreendido como “la convergencia de tecnologías digitales, físicas y biológicas que cambiará el mundo tal como lo conocemos”. PERASSO, Valeria. *Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos)*. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834>>. Acessado em 09 de abril de 2018.

---

29

Neste sentido, esclarece Klaus Schwab que “una de las características principales de la cuarta revolución industrial es que, la velocidad de innovación en términos tanto de su desarrollo como de su difusión es más alta que nunca”. SCHWAB, Kalus. 2016 *apud* CARO MÁRQUEZ ENRIQUE. *La cuarta revolución industrial*. Sevilla, Espanha, 2017. Disponível em: <[https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/66285/La\\_cuarta\\_revolucion\\_industrial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/66285/La_cuarta_revolucion_industrial.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acessado em 09 de abril de 2018.

---

30

Sobre os impactos nos sistemas de mercado de trabalho, integração tecnológica e desigualdade gerados pela quarta revolução industrial aduz Klaus Schwab que “El escenario que se prevé es desempleo, precariedad y dualización. Desempleo y precariedad para quien no se recicle y adapte lo suficientemente rápido, y dualización, porque el mercado se dividirá entre quienes sepan gestionar las tecnologías y quienes realicen trabajos tan poco cualificados que no salga rentable sustituirlos por dichas tecnologías”. SCHWAB, Kalus. 2016 *apud* CARO MÁRQUEZ ENRIQUE. *op. cit.*

31

PONTES, Jorge M. *Nanotecnologia, comunicação científica e mundo do trabalho*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/319336625\\_NANOTECNOLOGIA\\_COMUNICACAO\\_CIENTIFICA\\_E\\_MUNDO\\_DO\\_TRABALHO](https://www.researchgate.net/publication/319336625_NANOTECNOLOGIA_COMUNICACAO_CIENTIFICA_E_MUNDO_DO_TRABALHO)>. Acessado em 11 de abril de 2018.

---

32

SÁNCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo. *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México, D.F, Escola Livre de Derecho, 2000, n. 24, p. 586.

---

33

DEJOURS, Cristophe. *op. ult. cit.*, p. 78.

---

34

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação. As origens de nossa época*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 183.

---

35

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 55.

---

36

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *op. cit.*, p. 1287-1309.

---

37

Neste sentido aduz o autor que a crença no progresso pode cegar-nos quanto ao papel do governo na vida econômica. Este papel consiste, muitas vezes, em alterar o ritmo da mudança, apressando-o ou diminuindo-o, conforme o caso. POLANYI, Karl. *op. cit.*, p. 35 e 39.

---

38

Conforme aduz Dejours o trabalho coletivo e a cooperação, por repousarem na atividade deontica, introduzem na esfera da produção - *poesis* - a dimensão específica da ação - *práxis*. Ao ignorar no trabalho a dimensão da ação cuja produção é o pretexto, a filosofia política abandona ao primado da racionalidade estratégica o que cabe à racionalidade axiológica. Desse modo, esta negligência é desastrosa pois contribui para a desqualificação do exercício da deliberação na vida ordinária de trabalho que esta no princípio mesmo da aprendizagem democrática. DEJOURS, Cristophe. *Trabalho Vivo, tomo II, Trabalho e emancipação*. Tradução de Franck Soudant. Brasília: Paralelo 15, 2012, p. 43.

---

39

GAULEJAC, Vicent de. *Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social*. São Paulo: Ideias e letras, 2007, p. 65.

---

40

Neste sentido se vê que em todo este processo, o sistema elabora um ordenamento jurídico que, em sua essência, legitima a primícia do capital sobre a pessoa humana, encobrindo o verdadeiro direito que todo indivíduo possui: aquele que provém da instância que possibilita os projetos de vida, o direito ao trabalho, garantidor da fonte de toda riqueza, o trabalho vivo. SÁNCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo. *Revista de Investigaciones Jurídicas*. México, D.F, Escola Livre de Derecho, 2000, n. 24, p. 589.

---

41

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping social...*, *op. cit.*, p. 41.

---

42

43

TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 9. ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 143.

---

44

PONTES, Jorge M. *Nanotecnologia, comunicação científica e mundo do trabalho*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/319336625\\_NANOTECNOLOGIA\\_COMUNICACAO\\_CIENTIFICA\\_E\\_MUNDO\\_DO\\_TRABALHO](https://www.researchgate.net/publication/319336625_NANOTECNOLOGIA_COMUNICACAO_CIENTIFICA_E_MUNDO_DO_TRABALHO)>. Acessado em 11 de abril de 2018.

---

45

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paul: Edipro, 2016, p. 13.

---

46

SCHWAB, Klaus. *op. cit.*, p. 16 e 17.

---

47

Nesse sentido, aduz Mara Darcanchy que em nossos dias os trabalhadores estão tendo que se adaptar ao emprego flexível, considerado pela OIT como aquele realizado em jornadas menores que a integral e aquele contratado com prazo determinado: o tempo parcial, o temporário, o intermitente, o aprendiz, o sazonal, o contrato de reciclagem profissional no Brasil; o “job sharing” e o “at will” nos EUA; o “contrato a progetto” e o “lavoro ripartito” na Itália, entre outros. DARCANCHY, Mara. O “Decent Work” na globalização socialmente inclusiva do direito internacional do trabalho. In: *Revista Jurídica - Unicuritiba*. v. 2, n. 29, 2012, p. 167. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/519>>. Acessado em 18 de abril de 2018.

---

48

WANDELLI, Leonardo Viera. *op. cit.*, p. 43.

---

49

TOURAINE, Alain. *op. cit.*, p. 150 e 151.

---

50

“No atual contexto de globalização, a precarização das condições de trabalho e o passo dado em relação aos direitos sociais têm sido exemplos dos processos de vitimização e perda de protagonismo dos grupos populares localizados no sistema econômico capitalista. Além disso, com o controle que as multinacionais exercem sobre o sistema de produção e as possibilidades de apropriação do trabalho em suas múltiplas expressões, a importância crucial das relações de acesso e produção de bens materiais e sociais é mais claramente manifestada”. Tradução do autor. Ver em SÁNCHEZ RUBIO, David. *op. cit.*, p. 585.

---

51

Quanto a mínimo existencial importante salientar que os direitos sociais não tem a finalidade de dar, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Desse modo, o conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade autorizam a compreensão do mínimo existencial como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol 54, p. 25, janeiro de 2006.

---

52

53

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova Ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 65.

---

54

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

---

55

A capacidade de assumir responsabilidades depende, para Rawls, da capacidade de ter senso de justiça e de ter uma concepção do bem. Ele afirma que numa concepção política de justiça de uma democracia constitucional, os cidadãos se consideram fontes autoautenticadoras de reivindicações válidas, ou seja, consideram-se no direito de fazer reivindicações e suas instituições de modo a promover suas concepções de bem. É interessante notar que a noção de “bem” volta a dominar o discurso, inclusive aquele francamente liberal, como uma necessidade diante das consequências inerentes ao sistema capitalista. RAWLS, John. *op. cit.*, p. 76-78.

---

56

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003, p. 106.

---

57

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo e gozo. In: *A lei em tempos sombrios. Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória. Faculdade de Direito de Vitória*. Editora Companhia de Freud, 2009, p. 112.

---

58

DEJOURS, Cristophe. *A banalização da injustiça social*. 3 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000, p. 92.

---

59

Reconhecimento este dentro da perspectiva de uma teoria do fator humano, ou seja, sendo a forma específica da retribuição moral-simbólica dada ao ego, como compensação por sua contribuição à eficácia da organização do trabalho. Isto é, pelo engajamento de sua subjetividade e inteligência. DEJOURS, Christophe. *O fator humano*. 5ª ed. Rio de Janeiro, FGV, 2009, p. 55.

---

60

A precariedade e vulnerabilidade generalizadas pela onda de desvalorização do trabalho desestabilizam toda a dinâmica de subjetivação, de construção contínua de identidades e relações de reconhecimento, desenvolvidas ao longo do século XX, assim como destrói o sistema de valores e saberes associados ao trabalho. WANDELLI, Leonardo Viera. *op. cit.*, p. 204.

---

61

Axel Honneth também acrescenta com relação à imprescindibilidade do reconhecimento na busca dessa afirmação existencial, esclarecendo que não é só a maneira como uma tarefa é cumprida, mas também o que é considerado de modo geral uma contribuição laboral socialmente útil, que é regulado em cada caso pelos valores intersubjetivamente vinculantes, ou seja, pelas convicções éticas que dão à forma de vida de uma sociedade seu caráter individual. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 63.

---

62

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping social...*, *op. cit.*, p.47.

---

63

O Capitalismo Socialmente Responsável deve se pautar por um sentido ético, na medida em que o respeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz todos ao grande risco da instabilidade

social. Dano Social. 15<sup>o</sup>. *Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do TRT 15 - O direito do trabalho na Europa, o novo CPC e prevenção ao acidente do trabalho*. Publicação do Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região abril/junho 2015 - ano 29 - n. 250. Disponível em: <<http://oabcampinas.org.br/site/trt-15a-realiza-mais-uma-edicao-do-congresso-de-direito-do-trabalho>>. Acessado em 15 de abril de 2018.

---

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA

#### 5. SÃO OS ROBOTS UM MERO INSTRUMENTO DE TRABALHO OU VERDADEIROS “TRABALHADORES”?

## 5. São os robots um mero instrumento de trabalho ou verdadeiros “trabalhadores”?

### ¿Son los trabajadores una herramienta de trabajo o verdaderos trabajadores?

(Autor)

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA

*Investigador e docente universitário convidado. Membro do Comité Executivo da Rede CIELO Laboral. Licenciado e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutorando na Universidade de Santiago de Compostela. Membro fundador e vice-presidente da Associação de Jovens Juslaboralistas. Advogado. CIJE - Faculdade de Direito da Universidade do Porto*  
duartasousa@gmail.com

#### Sumário:

[1.Introdução](#)

[2.Qual o conceito de robot?](#)

[3.Robots vs inteligência artificial](#)

[4.Robótica - Impactos laborais tradicionais](#)

[5.O robot é um instrumento de trabalho ou um trabalhador?](#)

[6.Desafios para o futuro](#)

[7.Conclusões](#)

#### Área do Direito: Trabalho

#### Resumo:

Com o crescimento do fenómeno da robótica em contexto de substituição de trabalhadores, de forma natural se colocarão algumas questões de base quanto ao seu papel nas relações de trabalho. Nesta fase onde os legisladores estão ainda a procurar adaptar-se aos novos desafios promovidos pelas novas tecnologias, torna-se relevante perceber se o conceito de trabalhador deverá sofrer uma evolução. Na verdade, a economia colaborativa está a estimular este primeiro debate de forma intensa. Apesar deste tema não se encontrar fechado na doutrina ou na maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, certo é que a robótica vem dar uma nova dimensão a esta discussão. Com efeito, a diferença entre o robot ser um instrumento de trabalho ou uma verdadeira extensão do conceito de trabalhador pode ter um enorme impacto nas relações de trabalho. O autor pretende avaliar o enquadramento dos robots nos conceitos jurídico-laborais tradicionais por forma a poder verificar o seu impacto nas relações de trabalho. Deste modo, será tido em conta o conceito de robot e o de robot com inteligência artificial.

#### Resumen:

Con el crecimiento del fenómeno de la robótica en el contexto de la substitución de trabajadores, resulta lógico realizar algunas reflexiones en cuanto al rol de las relaciones de trabajo. En esta fase, en la que los legisladores están aún intentando adaptarse a los nuevos desafíos promovidos por las nuevas tecnologías, es relevante entender que el concepto de trabajador debe evolucionar. La economía colaborativa promovió un primer e intenso debate. A pesar de que este tema no está cerrado ni en la doctrina ni en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, cierto es que la robótica viene a dar una nueva dimensión al debate. La diferencia entre el hecho de que el robot sea una herramienta de trabajo o una verdadera extensión del concepto de trabajador puede tener un gran impacto en las relaciones de trabajo. El autor pretende evaluar el encuadramiento de los robots en los conceptos jurídicos y laborales para verificar sus impactos en el mundo del trabajo. De este modo, se analizará el concepto de robot y de robot con inteligencia artificial.

**Palavras-Chave:** Direito do Trabalho, robótica, inteligência artificial

**Palabras Clave:** Derecho del Trabajo; Robótica; Inteligencia artificial

#### 1.Introdução

O direito do trabalho<sup>1</sup> sempre ajustou dois interesses completamente opostos em contexto de relações de trabalho. Se, por um lado, um empregador ambiciona ter ao seu serviço trabalhadores que trabalhem o maior número possível de horas ao menor custo, os

trabalhadores, por outro lado, pretendem trabalhar o menor número de horas auferindo a maior retribuição possível. O direito do trabalho faz o ajuste dos interesses extremos e promove o equilíbrio exequível a cada momento da sociedade.

Acontece que a introdução de novos meios tecnológicos em contexto de trabalho promove sempre distorções neste equilíbrio. Repare-se, por exemplo, no impacto que a primeira revolução industrial teve nos processos laborais até então conhecidos, ou mesmo a introdução de computadores nos locais de trabalho. Estamos, portanto, em mais um momento crítico quanto à gestão deste equilíbrio. A introdução da robótica em contexto de trabalho era já sobejamente conhecida, uma vez que se trata de uma evolução de processos automatizados. O problema é que começa a haver uma generalização através do recurso de meios robotizados com importante *plus*: a inteligência artificial. Cumpre, assim, apontar para uma primeira aproximação exploratória sobre este tema com vista a perceber se a robótica veio para substituir ou para ajudar o trabalhador e potencialmente enquadramento jurídico-laboral.

## 2.Qual o conceito de robot<sup>2</sup>?

Em primeiro lugar, a ideia comum existente é ainda muito associada à influência dos filmes de ficção científica onde o robot era muitas vezes humanizado<sup>3</sup>. Daí que a perceção da sua presença nas nossas interações generalizadas é ainda muito pequena. Por outro lado, é crítico sublinhar que este tema não só ainda não tem qualquer autonomia científica relevante nas ciências sociais, como ainda é objeto de pouco interesse da comunidade “jurídica”<sup>4</sup>. De qualquer, podemos ter em conta algumas importantes abordagens assumidamente pioneiras. Michael Froomkin procura desenvolver esta tarefa identificando o robot como um objeto elaborado por seres humanos com capacidade de resposta a estímulos externos e atuação sobre o mundo sem a necessidade do controlo humanos<sup>5</sup>. Significa aqui que estamos perante um objeto revestido de autonomia e que tem aptidão para interagir com terceiros. Neil Richards e William Smart propõem, por sua vez, que robot seja definido como um sistema construído que dispõe de capacidade física e mental, mas não está vivo em termos biológicos<sup>6</sup>. Nesta perspetiva, a ausência de vida do ponto de vista biológico assume-se igualmente como uma pista chave para a abordagem do conceito de robot. Parece, assim, ser relevante trazer também para o nosso estudo Nuno Sousa e Silva que refere que um robot pressupõe um substrato físico, que identifica como hardware, um substrato mental, que consiste no software, e sensores com vista a captar estímulos externos<sup>7</sup>. José Pedro Anacoreta Correia aborda a definição de robot numa perspetiva mais desmaterializada, caracterizando como unidades de hardware e software com capacidade uma grande capacidade de armazenamento e acesso a informação através da internet<sup>8</sup>. Por sua vez, Susana Navas Navarro divide o conceito em três distintos: (i) robot-máquina quando possuem a capacidade de desenvolver uma tarefa; (ii) robot-autónomo quando detém um algoritmo que permite responder a uma necessidade pré-definida; ou (iii) robot-assessor quando são capazes de obter informação e processá-la<sup>9</sup>.

O problema de promover a concetualização de uma realidade tão dispersa e em intensa evolução traduz-se no sério risco de se desatualizar de forma rápida. Deste modo, em vez de promover uma definição de robot, optamos por identificar um conjunto de pistas que servirão de indicador da sua realidade: (i) objeto criado pelo homem – associado ao controlo humano na origem da criação do robot; (ii) capacidade de resposta sem estímulo externo – o robot pode não requerer qualquer ação humana para responder a um impulso; e (iii) ausência de vida biológica – pressupondo que não estamos perante um ser vivo, mas inanimado.

Mesmo seguindo este caminho de delimitação das pistas para a conceptualização associada ao termo robot, não podemos olvidar que poderá ser objeto de alteração tendo em conta a sua dependência da evolução da tecnologia que lhe está associada em cada momento. Esta temática tem sempre de lidar com o desafio de acompanhar a realidade tecnológica em vigor num dado momento da sociedade.

## 3.Robots vs inteligência artificial

Muitas vezes utilizada para representar a mesma realidade, robots e inteligência artificial não são propriamente a mesma coisa, pese embora possam estar representados de forma simultânea. Na verdade, Nuno Sousa e Silva destaca que as principais diferenças entre robots e inteligência artificial estão na (i) atividade física; e (ii) na interação direta e corpórea com a realidade<sup>10</sup>. Nesta esteira, subsume-se tudo na interpretação do robot como uma das aplicações possíveis para a inteligência artificial<sup>11</sup>.

Ora, tal como questionam Neil Richards e William Smart, muitas vezes o robot é uma mera extensão da tarefa desempenhada sob o controlo humano<sup>12</sup>. No mesmo sentido, Nuno Sousa e Silva identifica a preocupação na densificação dos conceitos e na apreensão que muitos fenómenos que estão ainda dependentes de controlo dos seres humanos<sup>13</sup>. Assim, a inteligência artificial vai permitir a autonomia do robot para reagir a estímulos. Neste sentido, Gabriel Halley caracteriza a inteligência artificial em quatro características<sup>14</sup>: (i) Capacidade comunicativa; (ii) Autoconhecimento; (iii) Conhecimento do mundo externo; (iiii) Comportamento determinado por objetivos e criatividade para resolução de problemas.

Por outro lado, Ryan Calo opta por identificar a inteligência artificial como um conjunto de técnicas que visam aproximar a cognição humana ou animal através de máquinas<sup>15</sup>. Este autor sublinha ainda que é um conceito “chapéu” para a aplicação destas várias técnicas, uma vez que outros começam a assumir alguma autonomia, tal como o de *machine learning*<sup>16</sup>. É o *machine learning* que representa a capacidade de o sistema aprender através do método *resultado/erro/novo resultado* identificado por José Pedro Anacoreta Correia<sup>17</sup>. Face ao exposto, a inteligência artificial pode estar meramente corporizada numa plataforma informática, não necessitando de uma forma física tradicional.

Portanto, enquanto o robot é um mero objeto com capacidade para responder a estímulos externos, a inteligência artificial é a técnica que lhe permite ter autonomia na reação a estes mesmos estímulos. Deste modo, podemos ter um robot sem inteligência artificial e inteligência artificial sem robot. A junção dos dois permite estarmos perante um robot com inteligência artificial, situação que equivale ao esplendor da ideia pré-concebida que temos de um robot.

## 4.Robótica - Impactos laborais tradicionais

Numa primeira fase, a doutrina laboral que tem estudado a robótica tem tido como objeto algumas preocupações mais conservadoras e de consumo imediato. A principal destas preocupações foi o risco de substituição de trabalhadores por robots e respetivos problemas sociais daí resultantes. No âmbito deste primeiro movimento, tivemos Bill Gates em 2017 a afirmar publicamente que entendia que os empregadores deveriam pagar impostos no caso de substituírem trabalhadores por robots<sup>18</sup>. Neste contexto, Carolina Gala Durán aponta à responsabilidade de se encontrarem novas formas de financiamento do modelo social

européu sob pena do seu enfraquecimento, nomeadamente através da quotização dos robots em termos de segurança social<sup>19</sup>. Em sentido semelhante, mas numa vertente puramente fiscal, José António Fernández Amor admite que seja essencial que o recurso a robots implique o pagamento de impostos com vista a garantir a manutenção dos trabalhadores que acabem por ser substituídos<sup>20</sup>.

Outra vertente já objeto de análise num contexto de direito do trabalho e da jurisprudência foi a possibilidade substituição de trabalhadores grevistas por robots e inerentes efeitos jurídicos. Ana Lambelho relembra que este problema se reveste na totalidade da substituição de trabalhadores, mas assume particular importância no aspeto da substituição grevistas<sup>21</sup>. No fundo este tema é um desenvolvimento do tradicional problema da substituição de grevistas por novas tecnologias. A jurisprudência espanhola tem tido a oportunidade para analisar temas nesta esteira<sup>22</sup>. Nos acórdãos em causa, foi, de uma forma genérica, discutida a licitude da substituição de trabalhadores grevistas por meios não convencionais. Com efeito, a maioria dos ordenamentos jurídicos proíbem esta prática quando se traduz no recurso a contratação de trabalhadores por qualquer meio para reduzir os efeitos de uma greve. Parece aqui ser importante destacar o acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional Espanhol STC 17/2017, que determinou que não existe qualquer norma que proíba que o empregador possa recorrer a meios tecnológicos que já dispunha antes da data da greve. Apesar de a decisão não ter sido consensual<sup>23</sup>, entendemos que obteve a melhor interpretação do conceito. Parece inegável que havendo exercício do direito à greve, o empregador pode, numa determinada unidade, desdobrar os seus trabalhadores não grevistas com vista a manter o nível de serviço em causa. Isto, naturalmente, sem que promova a contratação de trabalhadores seja a que título for. Por outro lado, bem sabemos que a greve visa criar prejuízo lícito aos empregadores. Assim, o mero recurso a uma ferramenta tecnológica já detida pelo empregador não parece ser ferir o princípio geral de proibição da substituição de grevistas. Deste modo, não acompanhamos a crítica ao acórdão defendida por Ana Lambelho<sup>24</sup>. Assim, transportando esta discussão para a introdução da robótica nas relações de trabalho, o problema apenas se poderia colocar no caso de os robots serem considerados como verdadeiros trabalhadores ou se fossem adquiridos com o objetivo de fazer face aos problemas causados pelo exercício do direito à greve.

Temos ainda os problemas levantados por Esperanza Macarena Sierra Benítez quanto à integração da robótica num contexto da União Europeia<sup>25</sup>. Pese embora este posicionamento revele algumas das preocupações já partilhadas por Carolina Gala Durán, quanto à sustentabilidade do modelo social europeu, acaba por ir um pouco mais longe ao admitir que o desenvolvimento da inteligência artificial pode promover a necessidade de promover a integração dos robots como pessoas eletrónicas com obrigações e direitos específicas<sup>26</sup>.

Com esta abordagem fica, desde já, evidenciada a primeira vaga doutrinal de abordagem ao tema da robótica num contexto jurídico-laboral. Nesta medida, é dado o mote para o ponto central do nosso tema. Afinal, um robot é um mero instrumento de trabalho ou pode ser um verdadeiro trabalhador com um conjunto de obrigações e direitos?

## 5.O robot é um instrumento de trabalho ou um trabalhador?

Aqui chegados, importa procurar responder à questão levantada inicialmente. Na verdade, é de extrema relevância analisar o tema a montante, uma vez que é apenas aqui que teremos a base para analisar de forma consistente o posicionamento dos robots num contexto jurídico-laboral. Desta forma, entendemos que simplesmente depois desta abordagem inicial é que será oportuno analisar a robótica numa perspetiva macro. Assim, devemos dividir a questão em duas perguntas autónomas: (i) Os robots são instrumentos de trabalho? E (ii) Os robots são um trabalhador?

Relativamente à primeira pergunta, parece-nos pertinente responder já afirmativamente. O robot tradicional utilizado em contexto de trabalho – independentemente do conceito seguido – visa facilitar o trabalho humano. Quando numa linha de montagem automóvel se recorre a braços eletrónicos, não parecem residir dúvidas de que são um instrumento de trabalho tal como utilizamos hoje os computadores ou uma caneta. Um dos elementos fundamentais para definir existência de um contrato de trabalho consiste na verificação da propriedade dos instrumentos utilizados pelo trabalhador. Aliás, na legislação laboral portuguesa, por exemplo, este fator é um indício relevante para a aplicação da presunção de contrato de trabalho<sup>27</sup>. Nesta medida, um robot quando é utilizado para a execução da prestação laboral assume uma posição de mero instrumento de trabalho que foi adquirido pelo empregador. Apesar da importância que podem assumir numa atividade profissional, um robot não é mais do que um computador, telemóvel, fax ou automóvel. Todos são instrumentos de trabalho que auxiliam e facilitam o trabalhador na execução da sua prestação laboral. Mas ainda que tenhamos em conta a inteligência artificial, ainda assim estamos perante uma plataforma que permite atingir os mesmos fins laborais acima descritos. Basta, para este efeito, pensar que quando refletimos sobre a potencial substituição de trabalhador grevista, não está em causa a contratação de um novo “trabalhador”. No fundo, estamos perante um bem cuja propriedade é detida pelo empregador, pelo que se integra no conceito de uma nova tecnologia ao serviço da prestação laboral.

É aqui que se torna importante introduzir a segunda questão levantada: pode um robot ser um “trabalhador”? Podemos adiantar que não, nos termos em que se enquadra atualmente o conceito de trabalhador. Desde logo, precisamos de recorrer a uma das pistas necessárias para identificar um robot: ausência de vida biológica. Um robot não tem personalidade jurídica na maior parte dos ordenamentos jurídicos<sup>28</sup>. Portanto, para que um robot possa um dia assumir a posição de trabalhador, seria necessário que o direito civil lhe atribuisse personalidade jurídica. Ou seja, o robot teria de poder assumir direitos e obrigações num determinado ordenamento jurídico. De acordo com o Código do Trabalho português, por exemplo, o contrato de trabalho é aquele pelo qual uma *pessoa singular* se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas. Significa que o legislador português especificou em concreto a necessidade de o trabalhador ser uma pessoa singular. Hoje, ainda que uma plataforma fosse dotada da mais avançada técnica de inteligência artificial e tivesse capacidade de *machine learning*, não preencheria os requisitos civis para ser uma pessoa singular. Seria somente um bem detido pelo empregador. Por conseguinte, seria inconcebível haver direito de propriedade do empregador sobre um “trabalhador”. Caso contrário, estaria em causa por aproximação um dos princípios basilares do direito do trabalho moderno: *o trabalho não é uma mercadoria*<sup>29</sup>.

Deste modo, no atual contexto, entendemos que um robot será sempre um instrumento de trabalho e não um “trabalhador” por carecer de personalidade jurídica civil e porque sobre o mesmo pode ser exercido o direito de propriedade.

## 6.Desafios para o futuro

Este tema não pode, contudo, ficar estanque. Daí que assumimos inicialmente que se trata de uma mera aproximação exploratória.



Quando defendemos a recusa da existência da possibilidade de um robot ser legalmente um trabalhador, não fechamos a porta a que tal possa vir a acontecer no futuro<sup>30</sup>. Com efeito, havendo uma evolução tecnológica assinalável através do desenvolvimento da inteligência artificial, poderá abrir-se uma porta para novos desafios aos legisladores quando se debruçarem sobre temas laborais. Não defendemos a possibilidade de criação de um estatuto de trabalhador para robots como uma mera extensão do já existente. Admitimos, isso sim, que o futuro poderá passar pela criação de um novo estatuto ajustado à realidade da inteligência artificial que estará no meio caminho entre o instrumento de trabalho e o trabalhador.

O robot nunca poderá ser um trabalhador como uma pessoa física. Desde logo porque não tem fome, não fica cansado, não tem maus dias ou simplesmente não tem problemas em casa. O reconhecimento do conceito de trabalhador para um robot não tem utilidade prática para o próprio ou mesmo para os trabalhadores enquanto pessoas físicas. Outra coisa é perceber o papel da robótica nas relações de trabalho e reconhecer o seu próprio estatuto num contexto laboral. Este esforço não deverá visar atrasar os avanços tecnológicos, mas sim compreender a robótica e inteligência artificial com vista promover o seu correto enquadramento. Não obstante, qualquer integração para além da atual enquanto instrumento de trabalho pode ser excessiva. Admitimos, todavia, que a possibilidade de promoção de enquadramento do recurso a robots como agravamento dos sistemas nacionais de segurança social pode ser importante para absorver o impacto inicial promovido pela perda de postos de trabalho.

A criação deste novo estatuto laboral intermédio associado à robótica certamente acabará por abrir a possibilidade de o direito de propriedade poder ser exercido pelo trabalhador e não pelo empregador. Quando vemos o problema da substituição do trabalhador por robots, raramente idealizamos que a iniciativa de tal substituição possa ser executada pelo próprio trabalhador<sup>31</sup>. Imagine-se, a título de exemplo, a possibilidade de o trabalhador disponibilizar um robot para o substituir na prestação de trabalho de forma total ou apenas parcial. Aqui estaria em causa uma alteração do carácter *intuita personae* da relação de trabalho onde a robótica poderia estar ao serviço do trabalhador e não necessariamente sempre ao serviço do empregador. Com esta abordagem *out of the box*, podemos abordar as temáticas da robótica como uma oportunidade fundamental para afastar definitivamente o ser humano da realização de tarefas laborais nocivas para a sua saúde e repensar de uma forma estrutural o direito do trabalho que vamos ter no futuro.

## 7. Conclusões

À pergunta que nos propusemos responder, simplesmente afirmamos que os robots são atualmente meros instrumentos de trabalho independentemente da sua sofisticação e complexidade da inteligência artificial ou *machine learning* que lhes está associada. O estatuto de trabalhador está atualmente reservado a pessoas físicas e sobre as quais não pode ser exercido o direito de propriedade. Não vislumbramos qualquer utilidade para o reconhecimento deste estatuto nem para os robots, nem aos próprios trabalhadores. Daí que é uma opção que afastamos no atual contexto da sociedade e da evolução tecnológica.

Nesta primeira aproximação, ainda que breve, ao tema dos impactos laborais da robótica, parece-nos fundamental analisar a questão a montante e perceber qual é o papel da robótica no contexto jurídico-laboral. Apenas agora estamos a iniciar um caminho que passa pela integração massiva de robots nas relações de trabalho. Parte desse futuro passará por promover o verdadeiro enquadramento e que passará, sem dúvida, por criar um posicionamento que estará entre os conceitos de instrumento de trabalho e o de trabalhador. Este passo apenas se justificará quando a inteligência artificial evoluir ao ponto de ser necessário resolver conflitos laborais para além das relações tradicionais empregador-trabalhador. A criação deste novo enquadramento jurídico-laboral poderá implicar não só uma vantagem para o empregador, mas também para o trabalhador, uma vez que a robótica poderá criar uma extensão do trabalhador no exercício das suas tarefas profissionais. O futuro dirá quando será dado este passo, mas importará um investimento contínuo dos legisladores com o objetivo de se anteciparem aos desafios que se vão propor. No entanto, uma coisa parece ser certa: caberá, em primeiro lugar, ao direito civil assumir o papel pioneiro de integração dos robots na nossa sociedade. O direito do trabalho limitar-se-á a fazer o respetivo acompanhamento.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

O presente trabalho resulta da apresentação oral do tema no II Congresso da rede CIELO Laboral Universidade de la República (Montevideo, Uruguai) nos dias 12 e 13 de outubro de 2018. A apresentação foi realizada no seminário *Direito do Trabalho e Robótica - Introdução aos impactos jurídicos nas relações laborais* com partilha de painel com os seguintes oradores: Thereza Nahas (Brasil), Fabiano Zavarella (Brasil), Fernando Fita Ortega (Espanha) e Leone Pereira (Brasil). Este trabalho foi elaborado no âmbito do projeto de investigação MINECO (DER2016-75376-R) coordenado pela Professora Lourdes Mella Méndez.

2

Tal como relembram Neil Richards e William Smart, a palavra robot teve origem numa peça de teatro escrita pelo autor checo Karel Capek em 1920 intitulada “Rossum’s Universal Robots” (cfr. *How should the law think about robots?*, p. 4, disponível em SSRN-id2263363.pdf - ). De acordo com estes autores, a peça descrevia uma sociedade onde os robots eram humanos artificiais usados como escravos.

3

Nesta mesma linha, José Pedro Anacoreta Correia faz questão de relembrar que robot não é necessariamente um androide como resulta do nosso imaginário (cfr. Proteção de dados e inteligência artificial, Digital Work and Personal Data Protection – Key issues for the Labour of the 21st Century, CEREJEIRA NAMORA, N.; MELLA MÉNDEZ, L.; ABRUNHOSA E SOUSA, D.; CEREJEIRA NAMORA G. e CASTRO MARQUES,

E. (Coord.), 2018, Cambridge Publishing Scholars, p. 448).

---

4

Neste sentido, Nuno Sousa e Silva refere que a abordagem à robótica num contexto de direito é essencialmente fenomenológica e não dogmática (cfr. *Direito e Robótica: uma primeira aproximação*, Revista da Ordem dos Advogados I/II, 2017, p. 489).

---

5

Cfr. Introduction, CALO, R., FROOMKIN, M., e KERR, I. (editores), *Robot Law*, EE, 206, p. xi-xii.

---

6

*op. cit.*

---

7

*op. cit.*, p. 498.

---

8

*op. cit.*

---

9

Cfr. *Smart Robots y otras máquinas inteligentes en nuestra vida cotidiana*, Revista CESCO de Derecho de Consum, 20, 2016, p. 86-93, disponível em <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1249> - último acesso a 10.10.2018.

---

10

*op. cit.*

---

11

*op. cit.*

---

12

Tal como acontece com os braços que juntam peças automóveis ou mesmo submarinos telecomandados (cfr. *op. cit.*, p. 5).

---

13

Nuno Sousa e Silva dá o exemplo do braço biónico e do drone remotamente conduzido onde o controlo humano é condição essencial (cfr. *op. cit.*, p. 498-499).

---

14

Cfr. *The criminal liability of artificial intelligence entities - from science fiction to legal social control*, Akron Intellectual Property Journal, 2010, p. 175-177.

---

15

Cfr. CALO, R., Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap, 2017, p. 4, disponível para consulta em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3015350> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3015350> - último acesso a 10.10.2018.

---

16

*op. cit.*, p. 5. Talvez esteja aqui o conceito mais representado na ficção científica e que faz parte do imaginário global da sociedade ocidental

a partir do argumento do filme *Terminator* e suas sequelas, assim como outros filmes que desenvolvem a ideia de aprendizagem por parte das máquinas, onde se destaca o 2001 – Odisseia no Espaço.

---

17

*op. cit.*

---

18

Entrevista de Bill Gates pode ser consultada aqui: <https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takes-your-job-should-pay-taxes/> último acesso a 10.10.2018.

---

19

Cfr. *El Impacto de la robotización y de las plataformas virtuales en los sistemas de seguridad social europeos, en particular el caso de España*, Digital Work and Personal Data Protection – Key issues for the Labour of the 21st Century, CEREJEIRA NAMORA, N.; MELLA MÉNDEZ, L.; ABRUNHOSA E SOUSA, D.; CEREJEIRA NAMORA G. e CASTRO MARQUES, E. (Coord.), 2018, Cambridge Publishing Scholars, p. 61.

---

20

Cfr. *Han de pagar impuestos los robots? Perfiles jurídicos tributarios de la robótica en derecho español*, The Balance between Worker Protection and Employer Powers, CEREJEIRA NAMORA, N.; MELLA MÉNDEZ, L.; ABRUNHOSA E SOUSA, D.; CEREJEIRA NAMORA G. e CASTRO MARQUES, E. (Coord.), 2018, Cambridge Publishing Scholars, p. 592.

---

21

Cfr. *A substituição de trabalhadores grevistas por robots*, The Balance between Worker Protection and Employer Powers, CEREJEIRA NAMORA, N.; MELLA MÉNDEZ, L.; ABRUNHOSA E SOUSA, D.; CEREJEIRA NAMORA G. e CASTRO MARQUES, E. (Coord.), 2018, Cambridge Publishing Scholars, p. 544-545.

---

22

Cfr. Roj STS 5515/2000; Roj STS 7882/2003; Roj 5579/2012; Roj STS 9176/2012; STC 123/1992; e STC 17/2017. Para uma abordagem mais profunda à mencionada jurisprudência espanhola, cfr. LAMBELHO, A. (*op. cit.*, p. 545-551).

---

23

O acórdão contou com os votos de vencido dos juízes Fernandos Valdés Dal-Ré, Adel Asua Batarrita e Juan Antonio Xiol Ríos.

---

24

*Op. cit.*, p. 550-551.

---

25

Cfr. *El Trabajo Digital y la Robótica en la Unión Europea*, Digital Work and Personal Data Protection – Key issues for the Labour of the 21st Century CEREJEIRA NAMORA, N.; MELLA MÉNDEZ, L.; ABRUNHOSA E SOUSA, D.; CEREJEIRA NAMORA G. e CASTRO MARQUES, E. (Coord.), 2018, Cambridge Publishing Scholars, p. 63-86.

---

26

Cfr. *op. cit.*, p. 81. Daí que, tal como sustenta Esperanza Macarena Sierra Benítez, por este motivo o Parlamento Europeu solicitou à Comissão Europeia que apresente uma proposta de diretiva com vista a regular o direito civil em matérias relacionadas com a robótica.

---

27

De acordo com o art. 12.º do Código do Trabalho, presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verifiquem pelo menos dois indícios devidamente elencados. Um destes indícios consiste no facto de os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencerem ao beneficiário da atividade.

Em 2017 foi anunciada a atribuição da cidadania saudita à robot Sophia, mas daqui não resulta qualquer atribuição de personalidade jurídica.

Este princípio resulta da Declaração de Filadélfia (Declaração dos fins e objetivos da OIT), resultante da Conferência Geral da OIT em 1944 nos Estados Unidos da América.

Vamos ter de passar por um processo de análise com vista a perceber a partir de quando o direito do trabalho deixará de dar resposta aos desafios do quotidiano. Nicolas Petit chama a atenção para este pormenor por entender que faz parte do processo legislativo identificar se o fenómeno é regulado ou necessita de o ser (cfr. *Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots - Conceptual Framework and Normative Implications*, 9, 2017, p. 10, disponível através dos seguintes acessos SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2931339> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931339>.

A título de exemplo, Valerio de Stefano vê a perspetiva de recurso a inteligência artificial num contexto essencialmente de vigilância dos trabalhadores (cfr. *Negotiating the Algorithm': Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection*, Comparative Labor Law & Policy Journal, em publicação, p. 10, disponível através dos seguintes acessos: <https://ssrn.com/abstract=3178233> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3178233> - último acesso a 10.10.2018).

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA

#### 6. ROBOTIZAÇÃO, AUTOMAÇÃO E OS DESDOBRAMENTOS NO MERCADO DE TRABALHO

## 6. Robotização, Automação e os Desdobramentos no Mercado de Trabalho

### Implications of Robotization and Automation in Labour Market

(Autor)

FABIANO ZAVANELLA

*Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Direito do Trabalho e especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP), Professor de Direito da Faculdade Integral Cantareira, dos cursos de pós-graduação da Universidade Metodista de Piracicaba/SP, da Faculdade de Direito de Sorocaba/SP, no LLM em Direito Empresarial do IBMEC e da pós graduação da Escola Paulista de Direito/SP e do Complexo Damásio. Diretor Executivo do IPOJUR-SP. Membro do Comitê Executivo da Comunidade CIELO LABORAL e Pesquisador do GETRAB/USP. Autor de livros e artigos jurídicos. Advogado. fzavanella@rochacalderon.com.br*

#### Sumário:

##### [1.O conceito de robotização](#)

##### [2.Efeitos da tecnologia no mercado de trabalho](#)

##### [2.1.Homens e máquinas](#)

##### [3.Conclusões – reflexões sobre trabalho e novas tecnologias](#)

#### Área do Direito: Trabalho

#### Resumo:

A implementação de inovações tecnológicas, como robôs e sistemas de inteligência artificial, evoluiu a ponto de dispensar mesmo trabalhadores qualificados. Neste trabalho, refletimos a respeito de alternativas para que trabalhadores antecipem questões relacionadas com a harmonização da legislação e a realidade das empresas, ao mesmo tempo evitando impedir o progresso e o crescimento econômico do país.

#### Abstract:

The deployment of technological innovations, such as robots and artificial intelligence systems has evolved to the extent of dismissing even qualified workers. In this article, we reflect on alternatives for the workers to anticipate issues related to the harmonization of the legislation and the reality of the companies, at the same time avoiding blocking the progress and the country economic growth.

**Palavras-Chave:** Robôs, inovação, tecnologia, mercado de trabalho

**Keywords:** Robots, innovation, technology, labour market

#### 1.O conceito de robotização

Começamos por Álvaro Vieira Pinto<sup>1</sup>, que remete a Aristóteles, ao mencionar que o poder do homem está na sua capacidade de maravilhar-se. A noção está em “Metafísica”<sup>2</sup>, mas referia-se ao espanto do homem diante do espetáculo do universo, especialmente do céu, com sua “ordem perfeita, imutável e inexplicável”. Vieira explica, por meio desse maravilhamento, a necessidade que o homem apresenta de descobrir as causas motoras do universo; é essa curiosidade que leva às descobertas. “Se, no início”, diz ele, “era o mundo espontaneamente constituído, agora que o civilizado consegue cercar-se de produtos fabricados pela arte e pela ciência, serão estes que formarão para ele a nova natureza”<sup>3</sup>. E, dizemos nós, que, descobrindo, o homem cria, inventa, inova, e origina-se daí a tecnologia, que domina a natureza. Quem poderia discutir que o pergaminho foi uma tecnologia desenvolvida para o registro da escrita? Ou que a artimanha de descobrir minerais que produzem combustão não foi uma tecnologia para acender fogo apenas quando

necessário, sem esperar que um raio incendiasse um arbusto?

Para efeito didático, recorramos a uma síntese elaborada por Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante<sup>4</sup> para definir as quatro revoluções da era moderna: 1ª – a Revolução Industrial (regida pelo maquinismo, que ocorreu na Inglaterra, no século XVIII); 2ª – a Revolução Industrial (regida pela utilização maciça da eletricidade, conduzida principalmente pela Alemanha, Estados Unidos e Japão, nos séculos XIX e XX); 3ª – a Revolução Tecnológica (eletrônica e de Tecnologia da Informação, levada a cabo na Europa, Estados Unidos e Japão, no século XX) e 4ª – a Revolução Tecnológica (caracterizada pela automatização, também chamada de indústria 4.0, conduzida pelas principais potências mundiais, no século XXI).

No Brasil, a real industrialização, nos moldes europeus, só ocorreu efetivamente a partir da década de 1930 – a despeito de iniciativas anteriores, como a construção de ferrovias pelo Barão de Mauá. Naturalmente, efeitos econômicos positivos resultaram da industrialização no Brasil, como a diminuição da dependência da importação de produtos manufaturados e o barateamento dos preços dos produtos, e, conseqüentemente, a geração de empregos na indústria. Porém, houve também, em pouco tempo, um crescimento súbito dos centros urbanos, para onde acorreram trabalhadores rurais e imigrantes em busca de trabalho na indústria<sup>5</sup>. Resultaram disso a pobreza, a marginalidade, a sujeira, a ineficiência do transporte público, a poluição etc. Entretanto, há que se considerar que essa chamada “era tecnológica”, na opinião de Vieira Pinto<sup>6</sup> embute um matiz ideológico, no sentido de que as classes dominantes procuram embriagar as classes trabalhadoras numa ilusão de conforto e felicidade, obtendo assim o controle econômico e social.

Vivemos, neste momento, a 4ª Revolução Industrial, ou a Era da Automação, ou ainda a Revolução Tecnológica. Na definição de Jayr Figueiredo de Oliveira e Antonio Vico Mañas<sup>7</sup>, tecnologia é “um conjunto de conhecimento e informações organizadas, provenientes de fontes diversas como descobertas científicas e invenções, obtidos por diferentes métodos e utilizados na produção de bens e serviços”. Na complexa sociedade contemporânea, o homem depende absolutamente da tecnologia. Para o bem e para o mal.

## 2. Efeitos da tecnologia no mercado de trabalho

Estudos do Fórum Econômico Mundial<sup>8</sup>, com treze milhões de profissionais de nove grandes setores, em 15 mercados emergentes e desenvolvidos, apontam que 65% das crianças que entram agora no curso primário, acabarão no futuro trabalhando em profissões que nem sequer existem atualmente. O mercado de trabalho está mudando, em razão da tecnologia, e não é de hoje. Já em 1931, quando os Estados Unidos amargavam a recessão deflagrada pelo choque da Bolsa de Valores de 1929, o economista inglês John Maynard Keynes criou o conceito de “desemprego tecnológico”<sup>9</sup>. Mas o professor José Pastore<sup>10</sup> questiona o conceito. Segundo seu artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 2000, tecnologias introduzidas em sociedades pouco educadas e com leis trabalhistas rígidas, mais destroem do que criam empregos. Ao contrário, tecnologias que entram em sociedades bem-educadas e quadros legais flexíveis, mais geram do que destroem postos de trabalho.

A propósito desse raciocínio, cabe citar Nelson Mannrich<sup>11</sup>, que, comentando a Lei nº 13.467, a chamada *Lei da Reforma Trabalhista*, que introduziu alterações na velha *Consolidação das Leis do Trabalho*, afirma não ter sido alterado o modelo de relações trabalhistas, que continua o mesmo, marcado pelo autoritarismo e intervencionismo do Estado. Assevera o autor: “o próprio espaço para os grupos negociarem, agora incentivado, depende de genuína liberdade sindical, que não se tem, e de um sistema adequado de financiamento das atividades sindicais, cuja solução agora introduzida não é adequada. Mais negociação implica menos conflito – a quem interessa o inchaço em escala geométrica de processos nas Varas do Trabalho? Com certeza à sociedade não, que paga preço muito alto por isso”.

Certamente, há muito que avançar. Porém, considerando que as inovações podem levar a deslocamentos da mão de obra dentro da mesma empresa, ou de uma empresa para outra, Pastore<sup>12</sup> pondera que, no mundo atual, não há a menor possibilidade de as empresas competirem fora dos avanços tecnológicos. E completa: “se a situação do emprego é difícil com tecnologia, seria catastrófica sem ela”.

Na medida em que mais tecnologia entra nos ambientes de trabalho e na medida em que robôs tendem a substituir trabalhadores, a negociação coletiva deve enfrentar essas questões com coragem. A opinião é de Steve Gutierrez<sup>13</sup>, que aduz que exatamente como foi a terceirização (e, em muitos casos, ainda é) um ponto doloroso para os sindicatos, a automação é uma ameaça semelhante para empregos e para futura expansão.

Um exemplo dado por Gutierrez envolve o Teamsters, o mais poderoso sindicato dos Estados Unidos, que reconhece que veículos autônomos, que não exigem condutores, está se tornando uma realidade. Por isso espicaçam os seus advogados a priorizar trabalhadores e segurança quando construindo legislação e regras a respeito de veículos autônomos. Essas preocupações acabam por respingar também em negociações de contratos.

Diz Gutierrez: “como a tecnologia nos locais de trabalho se acelera, discussões sobre o uso da tecnologia são chave em qualquer negociação em que robôs sejam uma possibilidade. Antecipar esse tópico, e seu potencial impacto sobre os trabalhadores, abre a porta para que empregadores negociem ganhos potenciais e/ou compensações em seu favor, quando o sindicato se opõe ou procura limitar a tecnologia autônoma”.

Relatório de pouco mais de um ano atrás (setembro de 2017), elaborado pela consultoria *McKinsey Global Institute*<sup>14</sup>, analisou o efeito da robotização em 46 economias que representam quase 90% do PIB mundial, e estima que entre 400 e

800 milhões de pessoas em todo o mundo serão afetadas pela automatização e terão de encontrar nova ocupação até 2030. Segundo o relatório, trabalhadores das economias mais desenvolvidas serão os mais atingidos: um terço da mão de obra dos Estados Unidos e Alemanha e metade dos trabalhadores japoneses terão de aprender novas habilidades e encontrar outra ocupação, diferente da atual. Ainda segundo o relatório, as mudanças tecnológicas atingirão com mais força os trabalhadores com menos estudo, ocupados em atividades mais suscetíveis à automação, como é o caso de operadores de máquinas, funcionários de atendimento ao público e trabalhadores em coleta e processamento de dados.

Veremos na tabela a seguir que não procede o entendimento disseminado de que a robotização tem relação direta com o aumento do nível de desemprego. Em nossa opinião, pode inclusive ocorrer o contrário, ou seja, que o avanço da tecnologia passe a gerar novas oportunidades de emprego – diferentes das que observamos hoje. Na realidade, o que se faz necessário não é lutar contra a tecnologia, mas promover uma verdadeira renovação social.

<b>País</b>	<b>Número de robôs na indústria para cada 10 mil trabalhadores</b>	<b>Taxa de desemprego de janeiro de 2018</b>
Coreia do Sul	437	3,7%
Japão	323	2,4%
Alemanha	282	3,5%
EUA	152	4,1%
China	30	3,8%
Brasil	9	12,0%

*Robotização vs. Taxa de desemprego (Fonte: Jornal Folha de SP com dados de IFR e Pollux Automation)*

Almir Pazzianotto Pinto<sup>15</sup>, ex-ministro brasileiro do Trabalho, contestou a relação entre o estrangulamento do mercado de trabalho e o processo de automação. Em artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo, em 2017, argumenta que o nível de desemprego resulta do conjunto de fatores internos e externos que nos conduziram, nos últimos anos, à profunda crise de confiança, à fuga de investimentos produtivos e ao aumento da litigiosidade na esfera trabalhista. Sustenta desta forma o seu raciocínio:

“A introdução dos robôs no setor automotivo inicia-se, timidamente, nos anos de 1970, sob olhares desconfiados das lideranças sindicais do ABC, temerosas de possíveis prejuízos para o mercado de trabalho. O país mais robotizado do mundo é a Coreia do Sul. Ali existem 531 robôs para cada grupo de 10 mil trabalhadores, informa a Agência Estado (14/8/2017). Apesar da intensa robotização, o índice sul-coreano de desemprego é de apenas 3,5%. Cingapura, Japão, Alemanha, Suécia, Taiwan e Estados Unidos ostentam números que impressionam no terreno da robotização, com índices de desemprego que oscilam em torno de 4%. No Brasil temos 10 robôs para cada 10 mil empregados, com desemprego superior a 13%”.

Pode haver alguma razão nas argumentações do ex-ministro, alertando contra a excessiva dependência da automação. Vejamos um exemplo em que a automação ocasionou um drama, não por si mesma, mas por causa de falha humana. Reportagem da BBC, replicada pelo Portal G1<sup>16</sup>, relata que um homem foi demitido por uma máquina. Na realidade, revela a reportagem, Ibrahim Diallo ficou três semanas afastado do trabalho até descobrirem que a ordem de demissão havia sido dada por um novo sistema automatizado da empresa a partir de falha de ex-gerente na renovação do contrato. Ibrahim conta que, uma vez que o sistema rescindiu o contrato dele, nenhuma autoridade corporativa podia se opor à decisão. Aconteceu que a gerente se esqueceu de renovar o contrato e o sistema entendeu que ele não fazia mais parte da empresa e gerou automaticamente e-mails confirmando a demissão. Não havia como qualquer instância da empresa interferir no processo.

Citado na reportagem, o especialista em Inteligência Artificial, Dave Coplin, afirmou: “É outro exemplo de falha do pensamento humano, que acaba colocando seres humanos contra máquinas em vez de termos humanos e máquinas se complementando. Uma das habilidades fundamentais para todos os seres humanos em um mundo de inteligência artificial é a responsabilidade - quer dizer que só porque o algoritmo diz que a resposta é esta, não significa que realmente seja”.

## 2.1. Homens e máquinas

Os principais objetivos das ondas mais recentes de tecnologia eram prover prosperidade pela redução de custos, aumentar a produtividade sem prejudicar a qualidade, e gerar emprego. Mas nem tudo ocorre como planejado. Em 2014, uma empresa chinesa, Winsun, divulgou uma nova tecnologia<sup>17</sup> capaz de construir dez casas em menos de 24 horas, utilizando um sistema de impressoras 3D gigantescas. São casas compactas, de um cômodo, que utilizam

cimento de secagem rápida combinado com resíduos de construção. A massa é bombeada para compor camadas sobre camadas e assim erguer as paredes. Cada casa produzida por esse método custa cerca de US\$ 5,000.00 – ou pouco mais de R\$ 20.000,00. O sistema ainda está sendo avaliado pelas autoridades para poder entrar em regime industrial. As primeiras casas construídas estão localizadas em Qingdao, grande cidade dos arredores de Shanghai. Nenhum operário foi utilizado na construção dessas casas.

A mundialmente famosa Kodak, criada em 1888 na cidade de Rochester, no Estado norte-americano de Nova York, dedicou-se exclusivamente à produção de papel fotográfico e película de celulose para filme fotográfico. 110 anos depois, a Kodak tinha 170 mil empregados e comercializava 85% de todo o papel fotográfico vendido no mundo<sup>18</sup>. Mas a empresa não apostou na aceitação dos equipamentos desenhados para captar imagens digitalmente, e foi obrigada a pedir concordata em 2012, para reorganizar suas atividades. Hoje funciona com mais ou menos 8 mil empregados, e está no mundo digital – onde se recusou a entrar desde 2001, insistindo por mais de uma década em um produto obsoleto.

Matéria publicada pela revista *Robotics Business Review*<sup>19</sup> (“Robôs, o ambiente de trabalho e a lei”) exhibe uma situação lapidar. Sophie é a responsável por realizar entrevistas de emprego com candidatos a vendedor. Ela faz 100 perguntas, tais como a razão de um candidato ter deixado o último emprego, quais são suas expectativas e valores, e assim por diante. Mas Sophie não é uma pessoa. É uma entidade virtual concebida para medir respostas emocionais durante entrevistas, monitorando o movimento dos olhos e expressões faciais.

Segundo a reportagem, Sophie, embora bem-intencionada, retrata os desafios do trabalho e emprego. E não está sozinha. Ela é apenas um exemplo do exponencial crescimento da computação em nuvem, tecnologias de sensores e análise de dados que causaram equivalente crescimento no desenvolvimento, implantação e uso da robótica na manufatura, serviços, processamento de informação, contabilidade, medicina, direito e, eventualmente, em todos os setores da economia global.

“Tão rapidamente ocorre essa expansão que a previsão é de que, em 2025, metade dos empregos nos Estados Unidos serão desempenhados por robôs”. A frase é de Christie Nicholson<sup>20</sup>, em artigo publicado no site ZDNET. Embora aparentemente exagerada, a previsão de Christie Nicholson está amparada no fato de que a tecnologia robótica está fadada a ser ubíqua como a tecnologia da computação de hoje.

Curiosamente, num país como o Brasil, a revolução tecnológica acontece ao mesmo tempo em que, apesar de mais de 12 milhões de trabalhadores enfrentarem desemprego, há centenas de milhões de vagas abertas e não preenchidas para pessoas com especialização.

De acordo com a reportagem da *Robotics Business Review*, o avanço da robótica e dos sistemas de inteligência artificial representam o desafio de harmonizar tecnologias com o envelhecimento das leis de emprego e trabalho concebidas para a força de trabalho, no passado. Os tribunais estão se debatendo para reinterpretar as leis à luz das novas tecnologias, sem conseguir acompanhá-las.

Há questões legais a serem resolvidas. Para exemplo, segue apenas uma lista parcial. Informações confidenciais de trabalhadores, armazenadas eletronicamente, teriam sua privacidade protegida de que maneira? Minorias e outras categorias não seriam discriminadas com a implantação de robôs? O ambiente robótico seria adequado em termos de saúde e segurança? Como seria a negociação a respeito dos salários de trabalhadores que operassem remotamente os robôs (talvez fora do estado ou até do país)? O que fazer com os desempregados pela tecnologia?

A chave, para os trabalhadores, é a antecipação, como já vimos, no sentido de debater as leis e regulações futuras. Mobilizar os sindicatos para pressionar os legisladores de modo a regulamentar adequadamente a mudança de cenário, sem ao mesmo tempo impedir as facilidades oferecidas pela evolução tecnológica. Uma das alternativas é aumentar as possibilidades de trabalho virtual, em home office, por exemplo, como veremos adiante.

### 3. Conclusões - reflexões sobre trabalho e novas tecnologias

Para Patrícia Dittrich Ferreira Diniz<sup>21</sup>, a atuação dos sindicatos “deve buscar a implantação e o emprego de tecnologia como meio para aperfeiçoar as condições sociais no ambiente de trabalho, eis que o trabalhador individualmente não possui força em razão do aumento crescente do desemprego e da necessidade da luta pela sobrevivência num ambiente completamente hostil”. A autora ressalta que não se trata de flexibilizar direitos trabalhistas, mas reforçar o papel dos sindicatos.

O teletrabalho (ou trabalho virtual, ou *home office*) é um dos temas do livro de Emília Simeão Albano Sako<sup>22</sup>. A autora comenta que o trabalho tecnológico exige cada vez mais o poder da mente e da criatividade, e cada vez menos o esforço físico. “A organização empresarial, totalmente modificada”, escreve ela, “necessita de mão de obra genérica e flexível no trabalho braçal e, programável e autoprogramável no trabalho inteligente”. Mencionando o Acordo Marco sobre Teletrabalho, subscrito em 16 de julho de 2002, no âmbito da Comunidade Europeia, esclarece que “foi concebido com o objetivo de solucionar uma série de problemas relacionados ao teletrabalho, em aspectos como saúde, formação profissional, conteúdo de contrato, intimidade, controle empresarial e possibilidades de ação sindical”. No entanto, ressalta que o Acordo Marco silenciou sobre questões relevantes, “como proteção de dados dos teletrabalhadores, sistemas de controle de atividade, equipamentos de trabalho, formação profissional tecnológica, sistemas de retribuição (horas extras, trabalho noturno, sobreaviso, férias), suspensão do contrato, procedimentos de negociação coletiva,



greve, medidas de solução de conflitos, seguridade social e teletrabalho transnacional”.

No Brasil, o teletrabalho já está contemplado pelo artigo 6º da *Consolidação das Leis do Trabalho - CLT*, alterado em 16 de dezembro de 2011 pela Lei nº 12.551/2011, que dispõe que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. A Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467 de 2017) tratou de diferenciar, em seu artigo 75-B, trabalho externo e teletrabalho.

Os chamados direitos *on-line*, ou direitos de 4ª geração, têm efeitos manifestos especialmente no teletrabalho. Sako lista, na obra citada, os direitos coletivos de 4ª geração que necessitam ser tornados reais e efetivos: filiar-se, votar e ser votado nas organizações sindicais, realizar comunicação sindical on-line, uso de equipamentos informáticos da empresa para o exercício da atividade sindical, liberdade de expressão sindical exercida pelos instrumentos informáticos da empresa, direito informático de greve,

Antonio Carlos Aguiar<sup>23</sup> reflete, em seu livro, acerca do que denominou de *Direito do Trabalho 2.0*. Relembra o autor que o Direito Digital se fundamenta, especialmente, nos seguintes princípios: generalidade, uniformidade, continuidade, durabilidade e a notoriedade ou publicidade e estabelece, um tanto mais filosoficamente, que “a nova ordem que direciona as formas de contratação digital se desenvolve por meio de ferramentais globais, que se interligam mundialmente, fazendo com que, além de computadores, pessoas em outra parte do planeta, tornem-se ‘ladrões de empregos locais’. Pessoas em todo canto do mundo estão adquirindo poder. Para o bem da sociedade, em geral, e para o mal dos tradicionais modelos empregatícios existentes”.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante<sup>24</sup> relembra que, no Direito brasileiro, a proteção do emprego perante as inovações tecnológicas (prevista no art. 7º, XXVII da Constituição de 1988), ainda depende de regulamentação infraconstitucional. Ressalta o autor: “Apesar de um sistema normativo estatal omissivo, a proteção jurídica do emprego diante das inovações tecnológicas no direito pátrio encontra amparo em três pilares: a) no princípio da função social da empresa (aspecto principiológico); b) na negociação coletiva de trabalho como instrumento de proteção jurídica do emprego (aspecto formal) e c) no direito de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores (aspecto material). Acrescentem-se a esse princípio e direitos outros que compõem o sistema de garantia da dignidade do trabalhador, bem como a possibilidade de serem adotadas políticas públicas, e propostas ações judiciais por parte do Ministério Público, da Defensoria Pública e entidades sindicais envolvendo a temática”.

Antonio Gomes de Vasconcelos *et al*<sup>25</sup> traçam um cenário que nos serve de conclusão para este artigo: “Na medida em que novas tecnologias são assimiladas, as empresas necessitam de cada vez menos mão de obra. Esta realidade sugere um enorme desafio para economia e para a sociedade moderna. O impacto devastador deste cenário nos campos do desemprego e do subemprego terá um alto preço para a economia, uma vez que não se vislumbra somente o aumento da desigualdade, redução dos salários e do consumo. Mas, ausência de trabalho numa sociedade em que a sobrevivência da maioria está associada ao trabalho contraprestativo para outrem. Sem embargo, as novas tecnologias não mais se limitam a substituir a mão de obra humana em atividades rotineiras, mas elas se tornam cada vez mais aptas a executar tarefas previsíveis, de modo a sacrificar também ocupantes de mão de obra mais qualificada. Resultado do fato de que muito ou quase tudo daquilo que é feito por mão de obra humana pode ser ‘aprendido’ por um algoritmo de uma máquina inteligente”.

A despeito dessa perspectiva de certo modo negativa, o fato é que a tecnologia da informação tem significativos impactos na reestruturação produtiva. Cabe aos trabalhadores, sindicatos e entidades de classe trabalhar para que as inovações tecnológicas sirvam para o conforto e bem-estar da população.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. Vol. 1. Rio de Janeiro, 2013, Contraponto Editorial, p. 30.

2

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livro I. São Paulo, 1984, Abril Cultural, p. 182.

3

PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. *op. cit.*, p. 37.

---

4

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a busca pelo emprego*. São Paulo, 2018, LTR, passim.

---

5

O IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística divulgou, em 29 de agosto de 2018, um estudo que revela que 57% dos brasileiros vivem em 6% das cidades. O estudo diz ainda que 317 cidades concentram quase 119 milhões de brasileiros. Informação disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/mais-da-metade-da-populacao-brasileira-vive-em-5-das-cidades-do-pais.shtml> Acesso em 28 ago. 2018.

---

6

PINTO, Álvaro Vieira. *O conceito de tecnologia*. op. cit., p. 47.

---

7

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de; MAÑAS, Antônio Vico. "Tecnologia, trabalho e desemprego: um conflito social". São Paulo, 2004, Érica, p. 71. Apud Jouberto de Quadros PESSOA CAVALCANTE, *Sociedade, Tecnologia e a Luta pelo Emprego*. op. cit., p. 12.

---

8

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *The Future of Jobs and Skills*. Disponível neste endereço eletrônico: [http://reports.weforum.org/future-of-jobs-2016/chapter-1-the-future-of-jobs-and-skills/?doing\\_wp\\_cron=1535563520.9676320552825927734375](http://reports.weforum.org/future-of-jobs-2016/chapter-1-the-future-of-jobs-and-skills/?doing_wp_cron=1535563520.9676320552825927734375) Acesso em 28 ago. 2018.

---

9

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo. *Tecnologia, trabalho e desemprego: um desafio a empregabilidade*. Trabalho apresentado no II Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia - SEGeT'2005. Disponível em [https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos05/377\\_ARTIGO%20ENVIADO%20PARA%20O%20CONGRESSO%20DE%20RESENDE-RJ.pdf](https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos05/377_ARTIGO%20ENVIADO%20PARA%20O%20CONGRESSO%20DE%20RESENDE-RJ.pdf) Acesso em 28 ago. 2018.

---

10

PASTORE, José. *Empregabilidade*. O Jornal da Tarde, São Paulo, 05 de fevereiro de 2000. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em\\_076.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em_076.htm) Acesso em 28 ago. 2018.

---

11

MANNRICH, Nelson, coordenador. *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo, 2018, LTr, p. 8.

---

12

op. cit.

---

13

GUTIERREZ, Steve. *Top Five Ongoing Challenges For Collective Bargaining and Organizing*. Publicado no site da Holland & Hart em 12 de outubro de 2017. Disponível neste endereço eletrônico: <https://www.employerslawyersblog.com/2017/10/top-five-ongoing-challenges-for-collective-bargaining-and-organizing.html> Acesso em 03 de setembro de 2018.

---

14

JORNAL EL PAÍS. *Robótica eliminará até 800 milhões de empregos daqui a 2030*. Matéria publicada na versão brasileira do

jornal espanhol El País, disponível neste endereço eletrônico:  
[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/30/economia/1512012918\\_284848.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/30/economia/1512012918_284848.html) Acesso em 04 set. 2018.

---

15

PINTO, Almir Pazzianotto. *Robotização: emprego ou desemprego?* Jornal O Estado de S. Paulo, 11 de setembro de 2017. Disponível em:

<https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral/robotizacao-emprego-ou-desemprego,70001984281> Acesso em 28 ago. 2018.

---

16

PORTAL G1. *Um homem que foi demitido por uma máquina*. 25 de junho de 2018. Disponível neste endereço eletrônico: [https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/o-homem-que-foi-demitido-por-uma-maquina.ghhtml?utm\\_source=whatsapp&utm\\_medium=share-bar-smart&utm\\_campaign=share-bar](https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/o-homem-que-foi-demitido-por-uma-maquina.ghhtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=share-bar-smart&utm_campaign=share-bar), quando Acesso em 31 ago. 2018.

---

17

Informação disponível neste endereço eletrônico: <https://futureofconstruction.org/case/winsun/> Acesso em 28 ago. 2018.

---

18

Informação disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=-ydkGVNYhrM> Acesso em 29 ago. 2018.

---

19

MATHIASON, Garry e Chance, Bonne. *Robots, the Workplace and the Law*. Robotics Business Review, 3 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.roboticsbusinessreview.com/rbr/robots\\_the\\_workplace\\_and\\_the\\_law/](https://www.roboticsbusinessreview.com/rbr/robots_the_workplace_and_the_law/) Acesso em 4 set. 2018.

---

20

NICHOLSON, Christie. *Our rising robot overlords: What is driving the coming upheaval*. ZDNET, 24 de agosto de 2011. Disponível em <https://www.zdnet.com/article/our-rising-robot-overlords-what-is-driving-the-coming-upheaval/> Acesso em 4 set. 2018.

---

21

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Trabalhador versus Automação*. Curitiba, 2015, Juruá Editora, p. 146.

---

22

SAKO, Emília Simão Albino. *Trabalho e novas tecnologias - direitos on-line ou direitos de 4ª geração*. São Paulo, 2014, LTR, pp. 28 e passim.

---

23

AGUIAR, Antonio Carlos. *Direito do Trabalho 2.0 - digital e disruptivo*. São Paulo, 2018, LTR, pp. 77-78.

---

24

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. op. cit., pp. 99-100.

---

25

VASCONCELOS, Antonio Gomes de, Valentini, Rômulo Soares e Nunes, Talita Camila Gonçalves. "Tecnologia da Informação e seus impactos nas relações capital-trabalho", in *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humanos*, Paes Leme, Ana Carolina Reis et al. São Paulo, 2017, LTR, pp. 89-90.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

## 1. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y ROBÓTICA

## 7. ROBOTIQUE ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE. REFLEXIONS SUR QUELQUES ENJEUX JURIDIQUES ET ANTHROPOLOGIQUES

**7. Robotique et Intelligence Artificielle. Reflexions sur Quelques Enjeux Juridiques et Anthropologiques****Robotics and Artificial Intelligence. Enlightenments on Legal and Anthropological Issues****(Autor)****NICOLE MAGGI-GERMAIN**

*Maître de conférences HDR en droit social. Directrice de l'Institut des Sciences Sociales du Travail (Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne). Membre du laboratoire Droit et changement social (UMR CNRS 6297) /MSH Ange Guépin, Nantes  
Nicole.Maggi-Germain@univ-paris1.fr*

**Sumário:**I.IntroductionII.Le statut juridique du robot : un enjeu anthropologique1.L'incomplétude du droit de la responsabilité civile2.Le robot est-il une personne juridique ?III.La détermination d'un cadre normatif1.La part du droit dans un environnement de techniciens2.L'organisation et le contrôle du secteur : un enjeu de pouvoirIV.Conclusion**Área do Direito:** Trabalho**Résumé:**

La robotisation des activités humaines constitue une source de transformations des rapports de l'homme à la machine. Sa dimension anthropologique représente un enjeu d'autant plus essentiel pour le Droit que la mise en récit de la grande transformation « disruptive » que constituerait l'industrie 4.0 estompe les frontières entre l'homme et la machine.

**Abstract:**

The robotisation of human activities is a source of transformations of the relationship between man and machine. Its anthropological dimension represents an issue that is more essential for the law, since the narrative of the great "disruptive" transformation that Industry 4.0 would constitute blurs the boundaries between man and machine.

**Mots-clés:** Robot, robotisation, intelligence artificielle, cobotique, transhumanisme, voiture autonome, économie digitale, responsabilité, droit civil, personnalité juridique, Droit, normes ISO, éthique, machine, humain

**Keywords:** Robot, robotics, artificial intelligence, cobotics, transhumanism, autonomous car, digital economy, liability, civil law, legal personality, Law, ISO standards, ethic, machine, human

« Être informé de tout et condamné ainsi à ne rien comprendre, tel est le sort des imbéciles ».

Georges Bernanos (1947), *La France contre les robots*, le Castor astral, 2017, 263 p., p. 119

## I. Introduction

Pendant que journal le Figaro annonce qu'en Chine « Le fabricant de l'iPhone remplace 60 000 ouvriers par des robots »<sup>1</sup>, en Allemagne, le groupe « Bosch multiplie les accords d'entreprises pour se préparer à la numérisation »<sup>2</sup> et « Siemens lance un "Fonds du futur" où les salariés choisiront leur formation »<sup>3</sup>. Dans le même temps, les chiffres communiqués dans différentes études internationales concernant la part des emplois automatisables apparaissent contradictoires<sup>4</sup>, alimentant ainsi, pour une large part, les fantasmes autour de la généralisation des robots.

Robot, robotique, robotisation : comment définir des termes proches mais porteurs de sens et de significations bien distincts ?

Le terme robot apparaît en 1921 sous la plume de l'écrivain tchèque Karel Capek dans une pièce de théâtre de science-fiction, R.U.R. *Rossum's Universal Robots*, dans laquelle une créature artificielle est créée pour soulager l'homme. Le mot signifie « travail » (*rabota*), mais son sens premier est « esclavage » (ce qui donnera, par extension, activité laborieuse)<sup>5</sup>. Le robot est un artefact, c'est-à-dire un objet construit par l'homme, possédant des caractéristiques particulières lui permettant, par la collecte de données, d'interagir avec son environnement. C'est en cela qu'il se distingue de l'automate, qui obéit un programme préétabli, ou encore de l'avatar qui n'existe que dans le monde virtuel<sup>6</sup>. Un usage plus large de la définition permet d'y inclure « les bots (les robots sur Internet), agent conversationnel, et les biens connectés. Ce sont tous des programmes qui détectent nos réactions, s'adaptent à nous, et parfois même orientent nos choix à notre insu. Cela avec de plus en plus d'autonomie, et de plus en plus rapidement »<sup>7</sup>. Les chatbots sont des robots capables de conduire une conversation en ligne.

La notion de robotique se réfère aux activités qui utilisent cette technologie : la robotique industrielle<sup>8</sup> se distingue ainsi de la robotique de service. La première utilisait, en 2015 dans le monde, 1,5 million de robots, principalement dans les secteurs de l'électronique et de l'automobile<sup>9</sup>. La robotique de service représente un marché qui a été multiplié par trente en dix ans<sup>10</sup>. Les robots non autonomes ou semi-autonomes télé-opérés sont aujourd'hui plus répandus dans le secteur industriel<sup>11</sup>, domestique et militaire et dans le domaine de la santé<sup>12</sup>. Si la robotique est ancienne, on pense en particulier à son utilisation massive par l'industrie automobile<sup>13</sup>, deux phénomènes doivent cependant retenir notre attention : la robotisation, c'est-à-dire l'expansion de la robotique aux activités humaines auxquelles elle se substitue grâce à l'« intelligence artificielle »<sup>14</sup>, mais également l'association plus étroite entre le robot et l'homme, que l'on retrouve formulée dans le terme cobotique, « robotique collaborative », « applicable soit à la robotique mobile (par exemple, une boîte à outils robotisée capable de suivre son utilisateur, ou permettant le transport collaboratif de pièces encombrantes), soit à la robotique à poste fixe, avec coaction, le partage des tâches, entre l'homme et le robot »<sup>15</sup>. Au-delà du « travail partagé »<sup>16</sup> dans le cadre d'une « collaboration » entre l'homme et la machine, la cobotique suppose aussi, tant pour le robot que pour l'homme, de partager un même univers de travail. L'attention est aujourd'hui portée sur l'utilisation, par le robot, de « connaissances [...] représentées par un réseau sémantique de concepts liés les uns aux autres par des relations hiérarchiques et sémantiques »<sup>17</sup> pour permettre un travail en amont sur la perception de l'homme par les cobots afin d'éviter tout danger et « rendre l'environnement plus intelligent »<sup>18</sup>. Mais comment ne pas s'interroger sur la capacité de l'homme et, plus spécialement du travailleur, à partager cet univers de travail avec le robot dans des conditions et selon des modalités qui ne remettent pas en cause la santé au travail, entendue dans son sens le plus large (physique et mentale) ? S'il est clair que la généralisation ou l'extension de la robotique dépend de plusieurs facteurs dont la capacité de la société à accepter cette transformation<sup>19</sup>, la dimension anthropologique de la robotisation des activités humaines doit être un objet d'étude à part entière. L'approche anthropomorphique généralisée dans laquelle s'insère aujourd'hui la robotique appréhendée dans sa dimension technologique – déconflictualisée et désidéologisée – ne peut manquer d'interpeller. Les « discours » autour du robot mobilisent des catégories de pensée que l'on réserve habituellement à l'être humain, parfois à l'animal : autonomie, capacité, intelligence [artificielle], apprentissage, neurones artificiels<sup>20</sup>, réalité [virtuelle<sup>21</sup>, augmentée<sup>22</sup>] etc., autant de dénominations qui procèdent par analogie avec le monde des hommes, contribuant à en brouiller les frontières. Or, ce discours anthropomorphe est loin d'être neutre, comme le souligne très justement Serge Tisseron<sup>23</sup>. « Il vaudrait mieux parler de machine automatique plutôt qu'autonome, d'apprentissage automatique plutôt que d'intelligence artificielle, de simulation d'empathie plutôt que d'empathie artificielle et de réseaux de composants électroniques plutôt que de réseaux de neurones »<sup>24</sup>. L'exemple peut être donné des exosquelettes qui permettent une réduction de la pénibilité<sup>25</sup>. Est-ce l'homme qui se rapproche de la machine par une « interchangeabilité des pièces » caractéristiques de la machine<sup>26</sup>, ou bien la machine qui emprunte à l'homme certaines de ses qualités dans le cadre d'une « anthropomorphisation à outrance » (Supra) que certains chercheurs relevaient déjà, voilà près de quarante ans, à propos des ordinateurs<sup>27</sup> ? La référence contemporaine à « l'homme augmenté », c'est-à-dire utilisant des parties mécaniques comme un prolongement de son être<sup>28</sup> ou bien ayant reçu des greffes de parties mécaniques, voire, dans l'approche la plus délirante que nous donne à voir le courant transhumaniste<sup>29</sup>, accédant, à terme, à l'immortalité, contribuent à une hybridation de l'homme et de la machine qui dépossède l'homme de sa subjectivité en le ramenant à l'état de machine tout en octroyant à la machine des caractéristiques humaines. Or, c'est oublier une distinction essentielle rappelée par Canguilhem : « Dans un organisme, on observe – et ceci est trop connu pour que l'on insiste – des phénomènes d'auto-construction, d'auto-conservation, d'auto-régulation, d'auto-réparation. Dans le cas de la machine, la construction lui est étrangère et suppose l'ingéniosité du mécanicien. [...]. Le tout est rigoureusement la somme des parties. L'effet est dépendant de l'ordre des causes »<sup>30</sup>. La machine demeure une œuvre de l'homme, elle est un « fait de culture »<sup>31</sup>.

Dans un environnement accaparé par les techniciens (les « roboticiens », notamment), quelle peut-être la part du Droit ? Quelle place lui donner dans un environnement mouvant porté par le credo de la mutation permanente – que l'on

retrouve dans les « théories » managériales développées autour l'entreprise « agile » (pensée sur le modèle des « méthodes agiles » des réseaux informatiques, c'est-à-dire adaptables en permanence), voire du « contrat de travail agile »<sup>32</sup> ? La question très débattue du statut juridique du robot devrait être posée en tenant compte de sa dimension anthropologique (I) afin d'éclairer la question de l'élaboration d'un cadre normatif (II).

## II. Le statut juridique du robot : un enjeu anthropologique

La première question qui peut être posée est celle du régime juridique applicable aux dommages causés par un robot doté d'une « intelligence artificielle », c'est-à-dire par une machine en interaction, voire en relation avec son environnement. Faut-il instituer un droit de la robotique, c'est-à-dire soumis au régime juridique général des biens ou un droit des robots, c'est-à-dire reconnaître l'existence d'un régime spécial de responsabilité ? L'incomplétude du droit de la responsabilité civile (A) conduit à poser la question d'une possible reconnaissance de la personnalité juridique au robot (B).

### 1. L'incomplétude du droit de la responsabilité civile

De manière tout à fait classique en Droit de la responsabilité civile, deux fondements juridiques peuvent, en l'état actuel, être mobilisés afin de déterminer l'allocation des responsabilités en cas de dommages causés par l'utilisation d'un robot.

La responsabilité peut être contractuelle, c'est-à-dire résulter de la mauvaise exécution d'un contrat (on pense en premier lieu au contrat de vente). Deux régimes juridiques peuvent être mobilisés : celui applicable aux vices cachés, codifié aux articles 1641 et suivants du Code civil, ou la garantie légale de conformité, codifiée aux articles L217-4 et suivants du code de la consommation. Conformément aux articles 1641 et suivants du Code civil, la chose vendue doit être exempte de défauts. Il s'agit d'une obligation à laquelle est tenu le vendeur. La découverte d'un vice permet d'obtenir le remboursement de la somme engagée en échange de la restitution du robot ou sa conservation moyennant une réduction du prix payé. Le problème qui risque de se poser ici, et que l'on ne retrouve pas (encore) dans les quelques décisions rendues par la Cour de cassation<sup>33</sup>, est lié à la diversité des tâches accomplies par le robot dont la capacité d'interaction avec son environnement autorise de nouveaux « apprentissages » qui rendent difficile la détermination du caractère propre de l'usage auquel le robot est destiné. Ce constat risque tout particulièrement de se poser s'agissant des robots « humanoïdes »<sup>34</sup> ou des robots sociaux<sup>35</sup>. « Comment la notion de vice caché peut-elle trouver à s'appliquer en ce qui concerne la gestion des émotions, dont les robots seront prochainement capables ?<sup>36</sup> Une réaction non-attendue, une expression d'émotion jugée inadéquate peuvent-elles être considérées comme un défaut caché du robot, le rendant ainsi impropre à l'usage auquel on le destine ? »<sup>37</sup>. L'utilisation de la garantie légale de conformité prévue par le code de la consommation dans les relations entre les professionnels au consommateur risque de se heurter aux mêmes écueils.

L'application du droit de la responsabilité extracontractuelle n'apporte pas non plus de réponse complètement satisfaisante, qu'il s'agisse de la responsabilité du fait des produits défectueux (Cod. civ. art. 1245 et s. - Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985), qui « *n'offrent pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* » (Cod. civ. art. 1245-3), ou encore de la responsabilité du fait d'autrui (des personnes dont on doit répondre) ou des choses dont on a la garde (art. 1242 et 1243 Code civ.).

Si la responsabilité des producteurs et fournisseurs de produits est une responsabilité de plein droit, c'est-à-dire sans faute, c'est sous réserve, notamment, « que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut » ou « que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement » (Cod. civ. art. 1245-10, 4° et 2°). La capacité du robot à adapter son comportement à l'environnement dans lequel il interagit ne devrait pas nécessairement et automatiquement engager la responsabilité sans faute du producteur. Par ailleurs, la mise en œuvre de la responsabilité du fait des produits défectueux a de fortes chances de se heurter à l'exonération pour risque de développement prévu à l'article 1245-10, 4°<sup>38</sup>.

L'application du régime de responsabilité du fait des choses dont on a la garde - le robot entrant dans cette catégorie - pose plus largement la question de sa mise en œuvre au regard de « l'autonomie » dont dispose le robot grâce à sa « capacité d'apprentissage » qui lui permet d'interagir avec son environnement. Le responsable du dommage causé est-il le gardien matériel de la chose ou le gardien immatériel qui maîtrise son autonomie ? A priori, le droit devrait privilégier un partage de responsabilités entre les deux gardiens, l'allocation des responsabilités dépendant du degré d'autonomie du robot. L'illustration peut être très donnée par l'exemple des voitures autonomes<sup>39</sup> et de l'arbitrage que la machine doit réaliser en cas de survenance d'un accident. N'ayant ni conscience ni libre arbitre, sera-t-elle programmée pour sauver les passagers au détriment des piétons, des cyclistes ou encore des passagers d'une autre voiture ? Le premier accident mortel causé par un véhicule autonome ayant renversé un piéton serait dû à un « réglage trop souple » du logiciel qui avait été programmé pour que la voiture évite les freinages intempestifs<sup>40</sup>. Les capteurs qui équipaient la voiture autonome n'ont pas transmis une information permettant à la voiture de réaliser une manœuvre l'éloignant du piéton ou d'informer dans les temps le « superviseur » (on ne parle plus de conducteurs dans ce cadre-là) qui aurait ainsi pu intervenir manuellement. La loi française d'habilitation autorisant le gouvernement « à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de permettre la circulation sur la voie publique de véhicules à délégation partielle ou totale de conduite, qu'il s'agisse de voitures particulières, de véhicules de transport de marchandises ou de véhicules de transport de personnes, à des fins expérimentales », introduit l'idée de la mise en

place, « le cas échéant », d' « un régime de responsabilité approprié ».<sup>41</sup> Le décret du 28 mars 2018 relatif à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques<sup>42</sup> complète ces dispositions en identifiant les différents intervenants. « L'expérimentateur » est ainsi placé au centre du dispositif : c'est lui qui « met en œuvre les mesures nécessaires pour remédier aux événements susceptibles de porter atteinte à la sécurité » (art. 10). Il est également prévu un certain nombre de dispositions telles que l'enregistrement des données, la présence d'une personne intervenant « en qualité de conducteur » (art. 12) qui assure un certain nombre de fonctions et se trouve soumise à certaines obligations (« une formation préalable adéquate aux fonctions de délégation de conduite mises en œuvre pendant l'expérimentation » (art. 12, III), par exemple) devant lui permettre d'être « à tout instant en capacité de prendre le contrôle du véhicule, notamment en cas d'urgence ou lorsque le véhicule sort des conditions d'utilisation définies pour l'expérimentation » (art. 12, II).

Dans un contexte dans lequel l'évolution des technologies représente un enjeu scientifique mais également économique, la question de la responsabilité devient centrale. La crainte exprimée, notamment par les groupes industriels et autres lobbyistes, est que le régime juridique entrave le développement des technologies de l'intelligence artificielle. Quelle solution privilégier ? Créer un régime spécifique de responsabilité qui puisse tenir compte des spécificités du contexte dans lequel s'exerce cette activité ? La question reste ouverte même si, d'ores et déjà, certains principes pourraient être établis, comme la mise en place d'un régime d'assurance obligatoire, adapté à ce type d'activité, ou encore la prise en compte de l'ensemble des responsabilités des différents intervenants. « Une fois les parties responsables en dernier ressort identifiées, leur responsabilité devrait être proportionnelle au niveau réel d'instructions données au robot et à l'autonomie de celui-ci ; dès lors, plus un robot est autonome, plus sa capacité d'apprentissage est grande, et plus la période de formation a été longue, plus grande devrait être la responsabilité de la personne qui l'a formé ».<sup>43</sup> L'identification d'une chaîne de responsabilités ne doit pas conduire à leur dilution, ce que pourrait finalement laisser présager la création d'un fonds de compensation permettant de compléter le régime assurantiel afin de garantir un dédommagement. De la même manière, la reconnaissance d'une personnalité juridique aux robots ne doit pas conduire à une déresponsabilisation.

## 2. Le robot est-il une personne juridique ?

Le Code civil et la *summa divisio* héritée du droit romain divise le monde entre les personnes et les biens. Jusqu'à la loi du 16 février 2015, les animaux étaient assimilés à des biens meubles<sup>44</sup>. L'évolution a été possible grâce à la définition de l'animal comme un « être sensible »<sup>45</sup> puis par la mise en place d'un statut juridique protecteur interdisant les mauvais traitements, sévices graves ou acte de cruauté<sup>46</sup>, jusqu'à la loi du 16 février 2015 qui lui confère un statut juridique particulier, alors même que le régime juridique applicable reste celui des biens (Cod. civ. art. 515-14). Convient-il d'appliquer ce régime juridique au robot ? Bien que les distinguant, le père de la cybernétique<sup>47</sup>, Norbert Wiener (1894-1964) pensait qu'il existait plus de proximité entre l'homme et la machine qu'entre l'homme et l'animal : « l'animal est certes capable d'apprentissage mais il est très vite limité par la pauvreté de son langage. Par contre, l'homme comme la machine, chacun conservant ses spécificités propres, se rejoignent sur des potentiels apprentissages très ouverts. L'homme met en valeur un potentiel différent de celui de la machine car sa sensibilité intervient dans cette action, ainsi que sa curiosité et surtout la morale dont la machine est totalement dénuée »<sup>48</sup>.

Le robot doit-il être appréhendé par le Droit comme un bien ou une personne<sup>49</sup> ? Plusieurs propositions visent à lui reconnaître la qualité de « personnes » juridiques spécifiques : « personne électronique » pour la députée européenne Mady Delvaux, auteur d'un rapport sur le sujet<sup>50</sup> dès lors que la machine disposerait d'une certaine autonomie et pourrait être reconnue responsable à l'égard des tiers. Le cabinet d'avocats Bensoussan, dont l'activité dans le domaine est particulièrement soutenue<sup>51</sup>, propose d'instituer une « personnalité robot »<sup>52</sup> et de créer un « état civil robot » afin de « rétablir un lien entre le robot intelligent et son responsable »<sup>53</sup>. Le robot disposerait d'un nom, d'un numéro d'identification, d'un représentant légal pouvant être une personne physique ou une personne morale et surtout d'un capital qui lui permettrait de réparer les dommages qu'il causerait. Car c'est bien là le nerf de la guerre économique : instituer un régime de responsabilité suffisamment souple pour ne pas constituer un frein au développement de la technologie de l'intelligence artificielle. La même idée est développée par le professeur Choné-Grimaldi et l'avocat Philippe Glaser : « la personnalité juridique permettrait essentiellement au robot, d'une part de conclure des contrats, au premier rang desquels on trouve naturellement le contrat d'assurance et, d'autre part, de disposer d'un patrimoine grâce auquel il pourra par exemple payer ses primes d'assurance. Ce patrimoine pourrait être constitué de sommes versées par le propriétaire au moment de l'achat ou perçues en rémunération de services rendus. »<sup>54</sup> Le Comité économique et social européen (CESE) s'oppose, pour sa part, « à l'octroi d'une forme de personnalité juridique aux robots ou à l'IA et aux systèmes d'IA, en raison du risque moral inacceptable inhérent à une telle démarche. Si cette proposition se concrétise, les effets correctifs préventifs découlant du droit de la responsabilité civile disparaîtront dès lors que le fabricant n'assumera plus le risque de responsabilité, celui-ci ayant été transféré au robot (ou au système d'IA). En outre, le risque d'utilisation impropre et d'abus d'une telle forme juridique existe »<sup>55</sup>.

Octroyer la personnalité juridique au robot implique, à ce titre, la capacité à être titulaire de droits et d'obligations. Il se rapprocherait, de ce point de vue, de la personne humaine. Il est vrai que la personnalité morale a été donnée aux entreprises ayant le statut de sociétés, et que la responsabilité pénale des personnes morales, à l'exclusion de l'État, peut également être engagée à l'occasion des infractions commises pour leurs organes ou leurs représentants (Cod. pén. art.121-2). C'est, en soi, un argument que mettent en avant le professeur Choné-Grimaldi et l'avocat Philippe Glaser pour écarter les critiques, notamment celle du CESE, concernant l'octroi de la personnalité morale au robot<sup>56</sup>. C'est, cependant, méconnaître les fonctions anthropologiques du Droit. Comment comparer la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés avec celle qui pourrait être octroyée au robot, en particulier aux robots sociaux ?



Derrière la société personne morale, il existe bien une pluralité de personnes physiques qui constituent l'entreprise au sens institutionnel du terme<sup>57</sup>. La capacité donnée au robot d'entrer en interaction, grâce aux algorithmes, avec son environnement et les hommes qui en font partie, renouvelle complètement les termes du débat, rendant la comparaison vaine. Elle participe à cette « montée de l'insignifiance » déplorée par Cornelius Castoriadis<sup>58</sup>. Conférer une personnalité juridique aux robots conduirait à réduire l'espace parfois ténu qui sépare le robot de l'homme<sup>59</sup>, contribuant indubitablement à transformer nos représentations du vivant. Quelle que soit l'« intelligence » dont pourrait disposer un robot, elle n'en demeure pas moins artificielle : elle a pour origine l'homme. Le robot est un artefact<sup>60</sup>. La distinction entre l'homme et la machine se situe dans un rapport de causalité : « Dans la machine, il y a vérification stricte des règles d'une comptabilité rationnelle. Le tout est rigoureusement la somme des parties. L'effet est dépendant de l'ordre des causes ». <sup>61</sup> La machine se contente d'imiter le vivant et « l'autonomie » qui lui est accordée ne peut se substituer au critère de la conscience de la réalisation du dommage. La machine est réductible à un système de calculs. Elle est dotée d'une capacité de décision là où l'homme exerce son libre arbitre<sup>62</sup>.

### III. La détermination d'un cadre normatif

Parallèlement au débat autour du statut juridique du robot, se pose la question de la part du Droit dans un environnement de techniciens (A), c'est-à-dire de la détermination d'un cadre juridique contraignant. Ce sujet apparaît d'autant plus prégnant que le contrôle de la robotique et des secteurs qui y sont rattachés constitue, notamment au plan économique, un enjeu de pouvoir important qui dépasse les frontières nationales (B).

#### 1. La part du droit dans un environnement de techniciens

En présence d'une technologie émergente et en constante évolution du fait de la succession des apports scientifiques, le risque existe de voir le terrain occupé par les seuls techniciens, voire par les designers<sup>63</sup>. Le Droit céderait alors devant la rationalité technique tirée du savoir scientifique.

Cette tension est perceptible dans la place accordée à la normalisation. Une norme est, au sens du règlement européen du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne<sup>64</sup>, « une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire ». Elle a un « cycle de vie rythmé par le retour d'expérience des utilisateurs ».

Le robot fait l'objet d'une norme Internationale ISO 8373<sup>65</sup> élaborée en 2012, qui « spécifie le vocabulaire relatif aux robots et composants robotiques fonctionnant dans des environnements industriels et non industriels ». Le robot y est défini comme un « mécanisme programmable actionné sur au moins deux axes avec un degré d'autonomie, se déplaçant dans son environnement, pour exécuter des tâches prévues » (art. 2.6). La norme différencie et définit les robots suivant leur usage (robot industriel, robot de service, robot de service personnel, robot de services professionnels, robot mobile)<sup>66</sup>. D'autres normes ISO ont été élaborées, essentiellement dans le secteur de la robotique industrielle<sup>67</sup>, participant à l'institution d'un marché de la normalisation (les normes ISO sont payantes, tout comme la certification, c'est-à-dire la reconnaissance de conformité donnée à une entreprise dans le champ de son activité couvert par la norme ISO)<sup>68</sup>. Le système est autopoïétique ; il s'auto-alimente en partant du présupposé du caractère universel et transférable - car appréhendées sous leur seul volet technique - de normes qui font pourtant système. Aux antipodes du processus démocratique, la normalisation échappe également au Droit<sup>69</sup>, à moins que les normes en question n'aient été rendues obligatoires par leur intégration dans un acte juridique<sup>70</sup>. Leur élaboration relève du lobbying (le financement de l'ISO provient des cotisations des groupes et entreprises qui en sont membres) et de la capacité des « parties prenantes » à peser, notamment au travers des experts<sup>71</sup>, dans un processus basé sur le consensus. L'utilisation de la normalisation dans le champ de la robotique risque fort de réduire considérablement la part du Droit et d'assécher un débat limité aux conditions de mise sur le marché de produits dépendants de technologies évolutives.

La référence faite, par la rapporteure de la commission des affaires juridiques du Parlement européen, Mady Delvaux, à des codes de conduite, pose la question de la nature du cadre normatif qui serait mis en place<sup>72</sup>. Elle propose de définir un « socle minimal de normes de sécurité sur le lieu de travail », d'élaborer une charte sur la robotique intégrant un code de conduite éthique « qui jettera les bases de l'identification, de la surveillance du respect des principes éthiques fondamentaux dès la phase de conception et de développement » et demande à la commission de présenter une proposition de directive sur des règles de droit civil sur la robotique<sup>73</sup>.

S'agit-il de définir un cadre juridique ou un cadre éthique non contraignant ? La question interpelle d'autant plus que la députée fait également référence aux « lois d'Asimov » comme s'appliquant aux concepteurs, aux fabricants et aux opérateurs de robots, y compris de robots dotés d'autonomie et de capacités d'auto-apprentissage, étant donné que lesdites lois ne peuvent être traduites en langage de programmation »<sup>74</sup> (point U). Or ces « lois »<sup>75</sup> ne sont que le fruit de l'imagination d'un écrivain russo-américain spécialiste de science-fiction<sup>76</sup>.

La robotique doit-elle faire l'objet d'une réglementation ou d'une simple normalisation ? Faut-il régler les conditions d'exercice de l'activité dans le Code civil ? Dans une Charte constitutionnelle de la robotique et des nouvelles technologies<sup>77</sup> ? Se limiter à une Charte des robots<sup>78</sup> ? Harmoniser les normes techniques aux niveaux international, européen et national (ISO, CEN<sup>79</sup>, Afnor<sup>80</sup>)<sup>81</sup> ?

La voie de la normalisation a été jusqu'à présent utilisée et pensée essentiellement pour la robotique industrielle, c'est-à-dire dans un cadre d'exercice qui sollicite surtout les questions liées aux conditions de travail et au respect de la santé des travailleurs. Le développement de la robotique de service transforme les termes du débat s'agissant, par exemple,

de la protection des données personnelles ou encore du risque de déshumanisation des soins à la personne du fait de l'utilisation de robots dans le champ médical<sup>82</sup>. Un groupe « d'experts »<sup>83</sup> d'origine professionnelle et de nationalités diverses a été missionné par la Commission européenne pour élaborer des lignes directrices « en matière d'éthique pour une IA digne de confiance ». Un premier projet a été communiqué, dans une version synthétique, le 18 décembre 2018<sup>84</sup> ; le projet définitif devrait être transmis à la Commission européenne en avril 2019.

La question du cadre normatif doit être mise en perspective avec la question du contrôle du secteur, qui représente également un enjeu de pouvoir essentiel.

## 2. L'organisation et le contrôle du secteur : un enjeu de pouvoir

L'expansion de la robotique hors de l'industrie et la progression des technologies d'intelligence artificielle doivent être replacées dans le contexte plus global d'une évolution économique annoncée comme la quatrième révolution industrielle<sup>85</sup>. Ce nouveau « monde digital » possède ses propres références issues de l'informatique et une sémantique particulière qui lui permettent de mettre en récit la grande transformation et la rupture<sup>86</sup> qu'elle implique avec l'ancien monde. Survalorisation d'un nouveau monde construit sur l'idée de mobilité, discours sur la « désindustrialisation » et la « servicification » de l'économie<sup>87</sup> participent à l'avènement de l'industrie 4.0.

Cette mise en récit est, de manière concomitante, portée par un discours managérial qui survalorise l'engagement personnel (dont la rhétorique sur les talents constitue l'une des expressions). Ce discours individualisant n'épargne pas la fonction publique, comme le montre le programme « Action publique 2022 »<sup>88</sup>. Les nouveaux usages du numérique – l'évaluation des salariés ; le travail sur les plateformes numériques, par exemple – rendus possibles par la généralisation de l'utilisation des algorithmes facilitent l'émergence de nouvelles formes de domination qui passent par le contrôle des personnes en général – et des travailleurs en particulier. Le contrôle du secteur d'activité représente également un enjeu de premier ordre. Contrôler le secteur de la robotique, c'est participer à sa structuration et, à court terme, obtenir un avantage concurrentiel permettant de capter des marchés<sup>89</sup>.

Si le Parlement européen a proposé que soit créée une agence européenne spécifique chargée de la robotique et de l'intelligence artificielle, « à même de fournir l'expertise technique, éthique et réglementaire nécessaire pour soutenir les acteurs publics concernés »<sup>90</sup>, le secteur s'est également structuré, tant aux niveaux national qu'international, autour d'institutions privées comme la Fédération internationale de la robotique (IFR), qui se présente comme « la voix de la robotique dans le monde »<sup>91</sup>. Elle a été créée en 1987 sous le statut d'organisme à but non lucratif (non-profit organization) afin de promouvoir la robotique. Les membres qui la composent sont, suivant l'information diffusée sur son site Internet, soit issus de l'industrie de la robotique, soit des associations patronales nationales ou internationales du secteur industriel ou encore des instituts de recherche et de développement. La fédération, dont le siège est à Francfort, représenterait plus de 50 membres issus d'une vingtaine de pays. Son action contribue à la structuration du secteur en accompagnant son développement. Elle fournit des données (certaines payantes<sup>92</sup>) sur l'état du marché mondial, diffuse l'information, favorise les liens entre la science et l'industrie (notamment grâce à un prix qu'elle décerne), finance le symposium international sur la robotique et aide les fabricants et les intégrateurs du secteur de la robotique à entrer dans de nouveaux marchés<sup>93</sup>. Les personnes – tous des hommes – dirigeant cette organisation et présentées comme clés sur le site internet sont issues de l'industrie de la robotique et appartiennent à des entreprises ou des groupes comme Yaskawa (Japon), Estun Robotics (Chine) ; Kuka Roboter GmbH (Allemagne) ; Kuka Robotics Corporation) mais sont également issues de l'université (Stuttgart en Allemagne ; université nationale de Chonnam, en Corée du Sud). L'IFR est présidée par le président du conseil d'administration du groupe japonais Yaskawa Electric Corporation. Le site ne comporte aucune information sur ses ressources et son mode de financement.

Le membre français de l'IFR est le Symop, Syndicat des Entreprises de Technologies de Production. Membre de la Fédération des Industries Mécaniques (FIM)<sup>94</sup> et fondateur de l'Alliance Industrie du Futur (AIF)<sup>95</sup>, le Symop se présente comme « l'organisation professionnelle des créateurs de solutions industrielles, fabricants de machines, technologies et équipements pour la production industrielle »<sup>96</sup>. Le Symop est né de la fusion, en 2005, des deux instances nationales représentatives du secteur de la machine-outil, le Symap, syndicat de la machine-outil, du soudage, de l'assemblage et de la productique, et le Symo, syndicat des entreprises de commerce international de machine-outil, de la métrologie et de l'outillage mécanique. En l'état actuel, le Symop n'est pas signataire de conventions ou d'accords collectifs de branche dès lors que l'activité qu'il couvre (la fabrication de machines-outils) est incluse dans le champ de la négociation de la branche de la métallurgie<sup>97</sup>. L'adhésion du Symop à la FIM, membre de l'IUMM (Union des Industries et Métiers de la Métallurgie), elle-même adhérente au Medef (Mouvement des entreprises de France), lui permet de peser indirectement sur les orientations politiques générales du secteur de la métallurgie. Son rôle n'est donc pas de négocier les conditions de travail dans son secteur d'activité mais de peser dans les différents réseaux décisionnaires, tant publics que privés, nationales, européennes ou internationales, et de participer à certains projets comme l'usine du futur<sup>98</sup>, élaboré par la FIM et l'Alliance Industrie du Futur dont le Symop est l'un des fondateurs. En l'état actuel, le Symop comme la FIM n'ont pas vocation à être reconnu représentatifs au sens du Code du travail ; ils représentent un secteur d'activité auprès différentes instances et exercent des actions de lobbying<sup>99</sup>.

La structuration de la représentation du secteur de la robotique pose la question plus large de son éclatement entre plusieurs branches (mécanique, automobile, aéronautique, plasturgie, informatique, hospitalisation privée...) et secteurs d'activité (secteur médical). Cet éclatement peut expliquer l'émergence de structures qui n'ont pas vocation à représenter un ou plusieurs secteurs d'activité mais à coordonner l'action des différents acteurs.

L'AIF est une association créée le 20 juillet 2015 afin « d'accompagner les entreprises françaises et notamment les PMI

dans la modernisation de leurs outils industriels et la transformation de leurs modèles économiques par les technologies nouvelles, digitales et non digitales. Son parti pris : intégrer le salarié avec son savoir-faire, ses compétences et son savoir être comme élément majeur de la réussite de cette modernisation et transformation »<sup>100</sup>. Sept groupes de travail<sup>101</sup> et de deux actions transverses<sup>102</sup> ont été mis en place. L'organisation compte 35 membres répartis dans quatre collèges : organisations académiques (Arts et Métiers ParisTech, Institut Mines-Télécom, CentraleSupélec, par exemple), organisations de recherches technologiques (le réseau de transport d'électricité, le CEA - Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives, par exemple), organisations professionnelles (l'IUMM, le Symop, la fédération de la plasturgie et des composites, la fédération des industries mécaniques, Syntec ingénierie, Syntec numérique, l'Union des industries chimiques, notamment) et organisations de financement des entreprises (la banque publique d'investissement bpifrance et France Invest). Le financement de l'AIF est assuré par les cotisations de ses membres et par une « subvention de la Direction Générale des Entreprises dont le montant est fixé par l'atteinte d'objectifs définis par des indicateurs de performance »<sup>103</sup>. La direction « repose sur une représentation [uniquement masculine]<sup>104</sup> de ses membres aux différents échelons de l'organisation ».

Le Cigref, association de grandes entreprises et d'administrations publiques françaises créé en 1970, regroupe, en 2018, près de 150 membres « dans tous les secteurs d'activité, utilisateurs de solutions et services numériques »<sup>105</sup>. « Le Cigref s'est donné pour mission de « développer la capacité des grandes entreprises à intégrer et maîtriser le numérique ». Le conseil d'administration comprend des représentants des groupes SEB, Euro Disney, AG2R La Mondiale (représentée par une femme), Elior Group (Président), Groupe Lagardère, Air France KLM, Enedis, Engie, Gpt des Mousquetaires, Groupe ADP (Aéroports de Paris), France télévisions, Eiffage. L'association finance et/ou participe à des travaux de recherche<sup>106</sup>, diffuse sur son site ses publications en libre accès<sup>107</sup>.

Parallèlement à cette représentation institutionnalisée du secteur de la robotique et du numérique, certaines initiatives plus informelles ont vu le jour : les GAFAM, Google, Amazon, Facebook, Microsoft, rejoints plus tard par Apple se sont mis d'accord, le 28 septembre 2016, pour un partenariat au travers d'une organisation à but non lucratif dont l'objectif sera de définir des « bonnes pratiques », notamment en termes d'éthique, autour de l'intelligence artificielle. Le « Partnership on Artificial Intelligence to Benefit People and Society »<sup>108</sup> ne se présente pas comme un lobbyiste à destination des organismes gouvernementaux<sup>109</sup> mais se donne pour objectif de constituer une ressource pour les politiques publiques en menant des recherches, en diffusant des travaux en accès libre dans des domaines comme « l'éthique, l'équité, l'inclusion, la transparence, la vie privée et l'interopérabilité ; la collaboration entre les peuples et entre les systèmes d'intelligence artificielle ; et la loyauté, la fiabilité et la robustesse de la technologie »<sup>110</sup>. Le Partenariat autour de l'intelligence artificielle se présente aujourd'hui comme une organisation rassemblant de multiples parties prenantes issues du monde scientifique, de la recherche, de la société civile, d'entreprises utilisant les technologies de l'intelligence artificielle et de groupes travaillant à une meilleure compréhension des effets de l'intelligence artificielle<sup>111</sup>. En 2017, six organisations sans but lucratif rejoignent les membres fondateurs. Le Partenariat, basé à San Francisco, revendique aujourd'hui sur son site Internet plus de 50 membres appartenant à 13 pays<sup>112</sup> ; les activités du Partenariat sont financées sur la base de dons d'organismes caritatifs et des contributions des membres. Sept principes (tenets) sont présentés comme structurant l'action de Partnership on IA<sup>113</sup>. La limite de ce type initiative réside dans le caractère non contraignant des dispositions énoncées qui peuvent ensuite être utilisées comme un outil de communication.

Plus globalement, ces différentes formes de structuration de secteurs utilisant des technologies évoluant très rapidement se rejoignent autour de l'idée de valorisation et d'accompagnement des transformations auprès d'un public - les utilisateurs actuels ou potentiels - qui demeure, malgré tout, très éloigné de ces « avancées » technologiques.

#### IV. Conclusion

La généralisation et la banalisation du recours aux robots et aux algorithmes, dans l'industrie et dans les services ainsi que pour un usage domestique, constituent très certainement une source de transformations des rapports de l'homme à la machine. Ce constat se vérifie, notamment, par l'utilisation de termes spécifiques qui participent à l'évolution de nos représentations des rapports de l'homme à la machine. Comme cela a été souligné précédemment, la mobilisation, concernant les machines, d'une sémantique réservée à l'homme ne peut manquer d'interpeller dans un contexte d'exaltation de ces technologies. Il est, de ce point de vue, assez emblématique que l'intitulé du document de travail pour la consultation des parties prenantes remis en 2018 à la Commission européenne par le Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle s'intitule : Projet de lignes directrices en matière d'éthique pour une intelligence artificielle digne de confiance<sup>114</sup>. Seules les personnes sont dignes de confiance, pas les machines. La dignité est le propre de l'homme. Le même document se réfère à l'idée qu'« une IA digne de confiance sera notre étoile polaire car les êtres humains ne seront en mesure de tirer pleinement parti des avantages de l'IA en toute sérénité que s'ils peuvent se fier à la technologie » (p. 3). Pour la Commission européenne, « Il est essentiel que les êtres humains comprennent comment l'IA prend ses décisions »<sup>115</sup>. Pareillement, l'article 3 du projet de Charte rédigé par le cabinet d'avocats Bensoussan fait référence à la « Dignité numérique » : « un robot a le droit au respect de sa dignité limitée aux données à caractère personnel conservées ». Cette dérive anthropomorphique pose plus largement la question des limites. Comme le souligne fort justement Jean-Pierre Lebrun « la place centrale donnée à la science promet une société où tout se vaut »<sup>116</sup>. La référence récurrente à l'humain, en lieu et place de la personne, du travailleur, du salarié, etc. est caractéristique de la perte de la subjectivité et d'une incapacité des sociétés à tenir compte, au travers du cadre normatif posé, de l'irréductibilité de l'homme à la machine. Dans le nouvel « écosystème » qui nous est proposé, « l'humain » devient une « ressource »<sup>117</sup>, au même titre que les machines, les matériaux et les données<sup>118</sup>, ou encore une « valeur ajoutée »<sup>119</sup>. La mise en récit de la grande transformation « disruptive » estompe les frontières entre l'homme

et la machine. L'humanisation des robots – c'est-à-dire de notre propension à prêter à la machine des attributs qui sont le propre de l'Homme - ne peut conduire qu'à une déshumanisation des êtres humains.

La normalisation est, de ce point de vue, un outil particulièrement bien adapté pour que prévale une « éthique » plutôt que des principes inscrits dans le Droit. Ce terme revient de manière récurrente dans les différents textes, rapport et autres projets<sup>120</sup>. Se pose ainsi la question de la part du Droit en tant que conservatoire de certaines valeurs<sup>121</sup> permettant de « faire Société ». La normalisation est, en effet, un système extrêmement souple, tant au niveau de l'élaboration que de la modification des normes<sup>122</sup>, peu contraignant et, de ce fait, adapté aux mutations technologiques. Son utilisation faciliterait l'harmonisation du marché du numérique en particulier<sup>123</sup> et des marchés en général dès lors que les technologies de l'information et des communications ont acquis le statut de « base de tous les systèmes économiques innovants et des sociétés modernes. »<sup>124</sup>

« *L'organisation économique du monde est admirablement logique et cohérente, dès qu'on raisonne en économiste, c'est-à-dire sans tenir compte des valeurs morales impossibles à chiffrer* »,

Georges Bernanos (1947), *La France contre les robots*, le Castor astral, 2017, 263 p., p. 142.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Le Figaro, 26/05/2016 (<http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2016/05/26/32001-20160526ARTFIG00142-le-fabricant-de-l-iphone-remplace-60000-ouvriers-par-des-robots.php>)

2

Planet Labor, 5 février 2019, n°10994- [www.planetlabor.com](http://www.planetlabor.com)

3

Planet Labor, 27 février 2019, n°11023- [www.planetlabor.com](http://www.planetlabor.com)

4

Cf. Le Ru N. (2016), « L'effet de l'automatisation sur l'emploi : ce qu'on sait et ce qu'on ignore », France stratégie, *la Note d'analyse* n° 49, 7 p., p. 2.

5

Alain REY (1995), *Dictionnaire historique de la langue française*, éditions le Robert.

6

Devillers L. (2017), *Des robots et des hommes. Mythes, fantasmes et réalité*, Plon, 237 p., p. 116.

7

Idem, p. 123-124.

8

Le premier traité consacré à la robotique industrielle est publié aux Etats-Unis en 1980 par Joseph F. Engelberger (*Robotics in Practice : Management and Applications of Industrial Robots*, New York, Amacom).

---

World Robotics, 2016 [www.ifr.org](http://www.ifr.org).

Devillers L. (2017), *Des robots et des hommes. Mythes, fantasmes et réalité*, Plon, 237 p., p. 130.

Maestro : utilisé par le Commissariat à l'énergie atomique pour le démantèlement des centrales nucléaires ; télé-opéré à distance, utilisé dans le démantèlement des centrales nucléaires, par exemple. Cf. Loïc Chauveau (2016), « Un Maestro pour Fukushima, le robot capable d'affronter la radioactivité », Sciences et Avenir, 04.04.2016 à 13h00, mis à jour le 12.04.2016 à 13h52 - [https://www.sciencesetavenir.fr/nature-environnement/nucleaire/un-maestro-pour-fukushima-le-robot-capable-d-affronter-la-radioactivite\\_102694](https://www.sciencesetavenir.fr/nature-environnement/nucleaire/un-maestro-pour-fukushima-le-robot-capable-d-affronter-la-radioactivite_102694)

Le robot chirurgical Da Vinci offre une assistance à la chirurgie sans autonomie de décision.

Pour une mise en perspective sur le moyen terme, cf. Jean-Paul Laumond (2016), « La robotique », *Annales des mines-Réalités industrielles*, 2016/4, novembre, 43-46.

Issue de l'informatique et de l'ingénierie, l'intelligence artificielle vise à « *fabriquer des machines qui font des choses qui, accomplies par l'homme, demanderaient de l'intelligence* », Marvin Minsky, *Semantic Information Processing*, Cambridge, The M.I.T. Press, 1968, p. V, cité par Joëlle Proust (1987), « L'intelligence artificielle comme philosophie », *Débat*, nov.-déc., n° 47, p. 88-102, p. 88. « L'intelligence artificielle - entendue comme l'ensemble des technologies visant à réaliser par l'informatique des tâches cognitives traditionnellement effectuées par l'humain », Salima Benhamou et Lionel Janin (2018), *Intelligence artificielle et travail*, France stratégie, mars, 85 p., p. 7

Devy M. (2012), « La cobotique : des robots industriels aux robots assistants, coopérants et co-opérateurs », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, février, p. 76-85, p. 78. Pour quelques illustrations de la cobotique appliquée à l'industrie : G. Lecompte-Boinet (2014), « Robots industriels : ils savent (presque) tout faire », *Production et robotique*, 01/10.

Suivant l'étymologie latine *cum laborare*.

Idem, p. 83.

Devy M. (2012), « La cobotique : des robots industriels aux robots assistants, coopérants et co-opérateurs », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, février, p. 76-85, p. 81.

Le Ru N. (2016), « L'effet de l'automatisation sur l'emploi : ce qu'on sait et ce qu'on ignore », France stratégie, *la Note d'analyse* n° 49, 7 p.

---

20

Cf. ce que l'on nomme le *deep learning*. Des « neurones » sont repartis sur différentes couches. Le signal envoyé à la première couche « [...] lui fait subir une transformation et transmet le résultat aux neurones de la deuxième couche. Chacun d'entre eux récupère les résultats de plusieurs neurones de la première couche, les combine grâce à une opération simple et transmet une information unique aux neurones de la troisième couche, etc. Un tel système permet d'identifier un son, par exemple. Le signal sonore est transmis au nouveau de la première couche... et sur la dernière couche, un neurone s'active si le son de départ est une sonnerie de téléphone, un autre s'il s'agit d'une alarme incendie, un autre encore pour un applaudissement... », Gelin R. et Guilhem O. (2016), *Le robot est-il l'avenir de l'homme*, La Documentation française, Doc en poche, 156 p., p. 52-53. Également Yann Le Cun, *L'apprentissage profond en pratique*, cours au Collèges de France, 26/02/2016, 11h00-12h00

<http://www.college-de-france.fr/site/yann-lecun/course-2016-02-26-11h00.htm>

---

21

« Par réalité virtuelle, on désigne les dispositifs multimédias permettant de s'immerger au sein d'un environnement en 3D généré par ordinateur, projeté sur écran ou au moyen de casques dédiés du type de l'Oculus Rift - bien connu du grand public », <http://usinedufutur.safran-group.com/realite-virtuelle/>, site consulté le 20 mars 2019.

---

22

« Les technologies de réalité augmentée consistent à superposer en temps réel des données et informations sur une image de l'existant transmise à l'utilisateur par un écran, voire des lunettes connectées », <http://usinedufutur.safran-group.com/realite-augmentee/>, site consulté le 20 mars 2019.

---

23

Tisseron S. (2017), « Le robot : ceci n'est pas un humain ! », *Nectart* 2017/2 (N° 5), p. 117-125, p. 121.

---

24

Idem.

---

25

Point P travaux publics, par exemple, étudie la mise en place d'équipements élaborés par la société RD3B qui réduiraient à néant la sensation de portage de charges lourdes jusqu'à 40 kg. CF. Anne Fairise, *Liaisons Sociales Magazine*, 31/03/2016

---

26

Canguilhem G. (1945-1950), *La connaissance de la vie*, Vrin, bibliothèque des textes philosophiques, 2015, p. 149

---

27

Weizenbaum J. (1981), *Puissance de l'ordinateur et raison de l'homme*, Ed. d'Informatique, MLI-Diffusion, 195 p., p. 136

---

28

Lire, par exemple, les passionnants travaux de Gérard Dubey sur l'évolution de certains pilotes d'avions militaires vers le métier d'opérateur de drones intervenant à distance dans le cadre d'opérations militaires, en particulier concernant - contre toute attente - la perte d'autonomie liée à la robotisation et l'apparition de nouvelles formes de pénibilité (« Grandeur et misère de l'humain augmenté. Le cas du pilote sans avion », l'Harmattan, *L'Homme & la Société*, 1018/2, n°207, 75-97.

Miguel Benayag (2016), *Cerveau augmenté, homme diminué*, 2016, éd. la découverte, 200 p. Le courant a été porté par le philosophe suédois Nick Bostrom, Professeur à l'université d'Oxford, qui a créé et la première association transhumaniste mondiale en 1998 (avec laquelle il a depuis pris ses distances). Le transhumanisme soutient l'idée d'achèvement du travail commencé par Dieu, finalisation de l'œuvre de perfection de l'homme.

Canguilhem G., précité, p. 149.

Idem, p. 155.

Cf. la lettre ouverte des grands patrons adressée à François Hollande, Président de la république, par le président du Medef, Pierre Gattaz, Pierre Pringuet (Afp), Stanislas de Bentzmann (Croissance Plus), Philippe d'Ornano et Elisabeth Ducottet (Meti), Sophie de Menthon (Ethic), Philippe Varin (Cercle de l'Industrie) et Laurent Bataille (EDC), qui en appellent à « une sécurisation pour contrat de travail agile, prévoyant un plafonnement des indemnités patronales lié à l'ancienneté du salarié et des motifs de rupture liés à la situation de l'entreprise ou la réalisation d'un projet », *le Journal du dimanche*, 10 janvier 2016. Cité par Isabelle Moreau (2016), *AEF*, dépêche n° 513878, 11/01/2016.

Cass. civ. 1ère 8 fév. 2005, n° 02-12347, non publié ; Cass. com. 28 juin 1994, n° 92-19275, non publié.

Pour Serge Tisseron, mieux vaudrait se référer aux robots humanisants ; cf. Tisseron S. (2017), « Le robot : ceci n'est pas un humain ! », *Nectart* 2017/2 (N° 5), p. 117-125, p. 121, p. 124.

Le robot poussin Keepon, petit robot poussin créé à Tokyo pour aider les enfants autistes à fixer leur attention et qui peut répondre aux gestes tactiles de l'enfant avec des émotions, des sons ou encore Nao, robot de 60 cm, testé en pédopsychiatrie au CHU de Nantes pendant 6 mois (<http://www.chu-nantes.fr/cp-rob-autisme-l-experimentation-inedite-d-interaction-entre-un-robot-et-de-jeunes-autistes-60806.kjsp?RH=1211270949758> ; page consultée le 21 mars 2019).

Grâce à une modélisation des émotions rendue possible par un « apprentissage » des différentes expressions du visage, de la gestuelle, certains robots sont programmés pour s'adapter à leur interlocuteur en fonction des émotions perçues. Pas plus que d'empathie, il ne s'agit d'émotions au sens que lui donne l'homme.

Gelin R. et Guilhem O. (2016), *Le robot est-il l'avenir de l'homme*, La Documentation française, Doc en poche, 156 p., p. 129.

Sur ce point, cf. Anne-Sophie Choné-Grimaldi et Philippe Glaser (2018), « responsabilité civile du fait du robot doués d'intelligence artificielle : faut-il créer une personnalité robotique ? », *Contrats-Concurrence-Consommation*, n° 1, janvier, p. 1-

---

39

Ce que le droit français nomme « véhicule à délégation de conduite » (ordonnance n° 2016-1057 du 3 août 2016 relative à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques - qui ne comporte que quatre articles - pris en application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (art. 37, IX), JO du 18 août 2015 et décret n° 2018-211 du 28 mars 2018 relatif à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques, JO du 30 mars 2018).

---

40

Florent Maussion (2018), « Accident mortel en Arizona : le véhicule autonome a détecté le piéton, sans l'éviter », *les Échos.fr*, 9 mai 2018.

---

41

loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, précitée.

---

42

Précité.

---

43

Parlement européen, Commission des affaires juridiques, M. Delvaux (2017), Rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, (2015/2103(INL)), 27 janvier 2017, 71 p., p. 19

---

44

Ancien article 528 du Code civil. Certains animaux (les animaux attachés à la culture, les pigeons d'un colombier, les abeilles des ruches à miel, les poissons de certains plans d'eau, par exemple) étaient classés dans la catégorie des immeubles par destination (ancien article 524 du Code civil : « les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination »).

---

45

Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature - art. L214-1 du code rural et de la pêche maritime.

---

46

La loi a d'abord reconnu l'animal comme un être sensible (Loi du 6 janvier 1999. Dispositions codifiées dans le code rural et de la pêche maritime (L214-3 et dans le Code pénal (art. 521-1).

---

47

Science des systèmes, du contrôle et des communications.

---

48

Cité sur <http://www.reseau-canope.fr/savoirscdi/?id=430>, site consulté le 22 mars 2019.

---

49



50

« Il serait envisageable de considérer comme une personne électronique tout robot qui prend des décisions autonomes ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers », Parlement européen, Commission des affaires juridiques, M. Delvaux (2017), *Rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique*, (2015/2103(INL)), 27 janvier 2017, 71 p., § 59, point f, p. 21

---

51

Alain Bensoussan est président de l'association du droit des robots - <https://www.alain-bensoussan.com/association-du-droit-des-robots/>, site consulté le 22 mars 2019.

---

52

Bensoussan Alain et Bensoussan Jérémie (2015), *Droit des robots*, Larcier, 152 p., p. 46

---

53

Idem, p. 47, n° 207

---

54

Anne-Sophie Choné-Grimaldi et Philippe Glaser (2018), article précité, p. 2.

---

55

CESE (2017), *Les retombées de l'intelligence artificielle pour le marché unique (numérique), la production, la consommation, l'emploi et la société*, Avis d'initiative publié le 31 mai par la rapporteure Catelijne Muller, point 3.33.

---

56

Contre cette reconnaissance : André Gattolin, Claude Kern, Cyril Pellevat et Pierre Ouzoulis (2019), *La stratégie européenne pour l'intelligence artificielle*, Sénat, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes, n° 279, 56 p., p. 29.

---

57

Cf. Nicole Maggi-Germain (2015), « L'idée de solidarité dans l'économie sociale », in *Des liens et des droits*, Mélanges en l'honneur du professeur Laborde, Dalloz, 951 p., p. 421-432.

---

58

Cornelius Castoriadis (1998), « Stopper la montée de l'insignifiance. Contre le conformisme généralisé », *le Monde diplomatique*, août, p. 22-23.

---

59

Nous renverrons fort utilement aux travaux sur la robotique militaire et « l'empathie » que peuvent développer certains soldats à l'égard de la machine qui le protège. Cf. Serge Tisseron (2015), *Le jour où mon robot m'aimera. Vers l'empathie artificielle*, Albin Michel, 199 p., p. 37 et s.

---

60

Lire les développements de Denis Vidal (2012), « Vers un nouveau pacte anthropomorphique ! Les enjeux anthropologiques de la nouvelle robotique », *Gradhiva*, [En ligne], 15 | 2012, mis en ligne le 16 mai 2015, consulté le 30 septembre 2016. URL : <http://gradhiva.revues.org/2319> ; DOI : 10.4000/gradhiva.2319, p. 62.

---

61

G. Canguilhem, op. cit., p. 149.

---

62

C'est-à-dire d'exercer son *liberum arbitrium*, au sens que lui donne l'historien romain Tite-Live (*Ab Urbe Condita*, Livre VIII - première guerre Punique) c'est-à-dire son pouvoir de décider qu'il possède la faculté de se déterminer librement, au sens d'exercer sa propre volonté. Cf. les travaux des philosophes du libre arbitre comme René Descartes ou encore Emmanuel Kant. cf. R. Descartes (1641), *Méditations métaphysiques*, GF Flammarion, 2009, 223 p. E. Kant, (1792), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Traduit de l'Allemand en français par Victor Delbos (1862-1916) <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.kae.fon>

---

63

« Si le robot doit peupler demain l'espace de nos vies, il doit donc devenir plus qu'un objet utile et fonctionnel, il doit devenir un compagnon. Mais pour qu'il puisse avoir un jour ce statut, il faudra amorcer une nouvelle révolution copernicienne qui pensera une nouvelle espèce d'objets en éveil et capables de prise d'initiative, connectés au monde, connectés entre eux, connectés à nos vies.

[...] Parce qu'ils sont naturellement les artisans d'un vivre ensemble sans cesse amélioré, les designers seront les artisans de ce monde partagé. », Dominique Sciamma, « Vivre avec des robots : designer la relation », *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2012/1 (Février 2012), p. 103-108. p. 108.

---

64

Règlement (UE) n° 1025/2012 du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, JOUE du 14 nov. 2012, L316/12.

---

65

*International standard Organization*. Organisation non gouvernementale représentant un réseau d'instituts nationaux de 164 pays, selon le principe d'un membre par pays. <https://www.iso.org/fr/about-us.html> (site consulté le 22 mars 2019).

---

66

<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:fr:term:2.2> (site consulté le 22 mars 2019).

---

67

ISO 9283, Robots manipulateurs industriels – Critères de performance et méthodes d'essai correspondantes ; ISO de 10 218-1, robots et dispositifs robotiques – Exigences de sécurité pour les robots industriels.

---

68

« La certification est un instrument utile qui, en démontrant que votre produit ou service répond aux attentes de vos clients, renforce votre crédibilité. Dans certains secteurs, elle est même une obligation légale ou contractuelle. »

<https://www.iso.org/fr/certification.html>(site consulté le 22 mars 2019).

---

Par exemple, Conseil d'État 16 juin 2003, n° 232694, mentionné dans les tables du recueil Lebon : « si ces normes peuvent constituer un élément utile de référence permettant au juge d'apprécier le respect des dispositions d'un plan d'occupation des sols en matière de stationnement, leur méconnaissance ne peut par elle-même être invoquée pour contester la légalité d'un permis de construire ».

Par exemple dans un contrat d'entreprise (Cour de cassation chambre civile 3, 23 mai 2012, n° de pourvoi : 11-13011. Publié au bulletin.

« Nos normes sont élaborées par ceux qui en ont besoin, à travers un processus consensuel. Des experts du monde entier préparent les normes requises par leur secteur. » <https://www.iso.org/fr/about-us.html> (site consulté le 22 mars 2019).

« Considérant que l'Union pourrait jouer un rôle essentiel dans la définition de principes éthiques fondamentaux à respecter lors de la conception, la programmation et l'utilisation de robots et d'intelligences artificielles et dans l'intégration de ces principes dans les règlements et codes de conduite de l'Union, dans le but de façonner la révolution technologique pour qu'elle soit au service de l'humanité et afin que le plus grand nombre tire parti de la robotique et de l'intelligence artificielle de pointe, tout en évitant, autant que faire se peut, les écueils potentiels », Parlement européen, Commission des affaires juridiques, M. Delvaux (2017), Rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, (2015/2103(INL)), 27 janvier 2017, 71 p., principes généraux, point W.

Rapport précité, p. 24 et 25, annexes à la proposition de résolution : « recommandations détaillées concernant le contenu de la proposition demandée ».

Idem, point U.

Loi numéro 1 : un robot ne peut porter atteinte à un être humain ni, restant passif, permettre qu'un être humain soit exposé au danger, sauf contradiction avec la loi Zéro ;

Loinuméro 2 : un robot doit obéir aux ordres que lui donne un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec la première loi ou la loi Zéro ;

Loinuméro 3 : un robot doit protéger son existence tant que cette protection n'entre pas en conflit avec la première ou la deuxième loi ou la Loi Zéro.

LoiZéro : un robot ne peut pas porter atteinte à l'humanité, ni, par son inaction, permettre que l'humanité soit exposée au danger

Adoptéplus tard, la loi Zéro permet au robot de tuer s'il protège l'humanité.

Isaac Asimov (1942), « Cycle fermé », in, *Le cycle des robots* (Runaround) », série de nouvelles traduites en français en 1967, éd. J'ai lu, 2001.

Comme le propose Th. Daups, article précité, p. 7. Il s'agit, pour cet auteur, d'éviter une « dénaturation de l'être humain » ; « Le but de celle-ci viserait à penser à un usage raisonnable et durable de la science et des nouvelles technologies pour que les choix politiques en la matière ne compromettent pas l'État de droit, la démocratie, et l'origine naturelle de l'être humain pour les générations futures ».

Proposition du cabinet Bensoussan, ouvrage précité.

Comité européen de normalisation (établi à Bruxelles). C'est l'une des trois associations, avec CENELEC (Comité européen de normalisation électrotechnique établi à Bruxelles) et ETSI (European Telecommunications Standards Institute - Institut européen de normalisation des télécommunications établi à Sophia-Antipolis), qui a été officiellement reconnue par l'union européenne et par l'association européenne pour le marché libre comme étant responsable, au niveau européen, de la définition est du développement de normes non contraignantes, appliquées sur la base d'une démarche volontaire. Son statut est celui d'une association. <https://www.cen.eu/about/Pages/default.aspx> (site consulté le 24 mars 2019).

Pour de plus amples développements sur la place de la normalisation, lire l'ouvrage très complets de Nathalie Nevejans (2017), *Traité de droit et d'éthique de la robotique civile*, LEH Éditions, Science, éthique et société, 1230 p., chapitre 3, n° 399 et s.

Association française de normalisation qui représente la France auprès de l'Organisation internationale de normalisation et du Comité européen de normalisation.

Cf. Sur ce point, le rapport du Parlement européen (M. Delvaux).

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

Document de travail pour la consultation des parties prenantes, 5 p.

Par exemple, European Parliament (2015), *Industry 4.0, "Digitalisation for productivity and growth"*, *Briefing*, September, 10 p., p. 3.

Que traduit l'usage systématique du terme « disruptif ». Par exemple la commission européenne qui se réfère au « caractère disruptif de nombreuses avancées technologiques » dans sa communication de 2018 « Un plan coordonné dans le domaine de l'intelligence artificielle », précitée, point 2.4, p. 6.

Lire, par exemple, Miroudot, S. (2019), *Services and Manufacturing in Global Value Chains: Is the Distinction Obsolete?* ADBI Working Paper 927. Tokyo: Asian Development Bank Institute ; <https://www.adb.org/publications/services-and-manufacturing-global-value-chains>

---

88

Circulaire du premier ministre n° 5968/SG du 26 septembre 2017. Sa mise en œuvre s'appuie, entre autres, sur un « Lab IA » interministériel constitué en 2019 pour « accompagner les administrations dans le déploiement de leur projet d'IA » (Action publique 2022, deuxième comité interministériel de la transformation publique, 29 octobre 2018, dossier de presse, p. 22).

---

89

« De nombreux industriels ont bien compris que la normalisation constitue une arme économique. Les normes servent à tous, mais ceux qui prennent l'initiative de participer à leur élaboration, bénéficient « d'un plus » à intégrer dans leur savoir-faire et leur politique d'entreprise », Alliance industrie du futur (AIF), Priorités de l'Alliance industrie du futur en matière de normalisation et de standardisation, octobre 2016, 24 p., art. 1.1, p. 3. Pour de plus amples développements sur l'AIF, infra.

---

90

Parlement européen, rapport de M. Delvaux (2017), précité, p. 13.

---

91

<https://ifr.org/association> (site consulté le 24 mars 2019).

---

92

Le rapport 2018 sur la robotique industrielle mondiale est vendu au prix de 1200 € la version électronique auquel s'ajoute 200 € pour une version papier. Le package (robotique industrielle et robotique de service ; version numérique et version papier coûte 2350 €.

---

93

Idem.

---

94

<https://www.fim.net/fr/sites-fim/accueil> (site consulté le 25 mars 2019).

---

95

<http://www.industrie-dufutur.org/> (site consulté le 25 mars 2019).

---

96

<https://www.symop.com/presentation-symop/> (site consulté le 25 mars 2019).

---

97

Accord national du 16 janvier 1979 relatif au champ d'application des accords nationaux conclus dans la branche de la métallurgie. Étendu par arrêté du 1er août 1979 JONC 18 août 1979

---

98

Cf. le guide pratique, édition mai 2016, qui propose, notamment, des fiches thématiques (<http://industriedufutur.fim.net/#consulter> – site consulté le 25 mars 2019). « La FIM souhaite en effet vulgariser et promouvoir le concept, faire de la pédagogie autour des axes d'application, tant auprès des industriels mécaniciens qui doivent s'approprier ces concepts que des autres acteurs publics ou privés » (p. 4) ; « Il constitue également une contribution aux programmes publics de soutien des entreprises dans le cadre de l'Usine du Futur » (p. 5). « L'Usine du Futur est une réponse à plusieurs transitions simultanées : énergétique, écologique, numérique, organisationnelle et sociétale. Chacune de ces transitions fait appel à de nombreuses nouvelles technologies ou modes d'organisation arrivant à maturité, en cours de développement ou à concevoir.

Ils'agit de poursuivre la modernisation de l'outil de production et d'accompagner les entreprises dans la transformation de leurs modèles d'affaires, de leurs organisations, de leurs modes de conception et de commercialisation, dans un monde où les outils numériques font tomber la cloison entre industrie et services » (p. 6).

---

99

Cf. Extrait du guide de l'adhérent Symop, p. 8. Consultez le 25 mars 2010 : « AGIR POUR VOTRE PROFESSION, LA FAIRE CONNAÎTRE ET FAIRE ÉVOLUER SON IMAGE ET SON RAYONNEMENT

• En participant à des actions fortes de lobbying, au niveau national et européen ».

Pour de plus en plus de développement, Nicole Maggi-Germain (2012), "Fonctions et usages de la représentativité patronale", *Travail et emploi* n° 131, juillet-septembre n° sp. *Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales*, p. 25-45 ; également Nicole Maggi-Germain, Michel Offerlé et Jean-Marie Pernot, "Réformer la représentativité pour refonder la représentation", *Droit social* n° 3, mars, p. 244-250

---

100

<http://www.industrie-dufutur.org/aif/> (site consulté le 25 mars 2019).

---

101

« GT 1 : Développement de l'offre technologique du futur ». Sept technologies clefs ont été identifiées : « digitalisation de la chaîne de valeur, automatisation/transitique/robotique de process, fabrication additive, monitoring et contrôle, composites et nouveaux matériaux/assemblages, place de l'homme dans l'usine, efficacité énergétique et empreinte environnementale des entreprises/intégration dans l'écosystème », <http://www.industrie-dufutur.org/nos-missions/developpement-de-loffre-technologique-du-futur/>. (GT 2 : Déploiement régional auprès des entreprises », <http://www.industrie-dufutur.org/nos-missions/deploiement-regional-aupres-des-entreprises/> « GT 4 : Normalisation à l'international », <http://www.industrie-dufutur.org/nos-missions/normalisation-a-linternational/> (sites consulté le 25 mars 2019).

---

102

« Filières » (déploiement de l'Industrie du Futur dans les filières industrielles) et action transverse « international », notamment « intégrer au mieux l'AIF dans les initiatives de la Commission Européenne pour la numérisation de l'industrie », <http://www.industrie-dufutur.org/nos-missions/actions-transverses-international/> (site consulté le 25 mars 2019).

---

103

Idem.

---

104

Note de l'auteur.

---

105

<https://www.cigref.fr/qui-sommes-nous> (site consulté le 25 mars 2019).

---

Cigref et Lexing Lawyers (Alain Bensoussan avocats) (2016), *Gouvernance de l'intelligence artificielle dans les grandes entreprises*, 67 p.

Par exemple, Blockchain : *Passer de la théorie à la pratique. Les enjeux de la transformation pour l'adoption de la blockchain par les grandes entreprises*, octobre 2018, publication du Cigref, 36 p. ; *Agile at scale. Mise en œuvre de l'agilité à l'échelle de l'entreprise*, publication du Cigref, 28 p.

Partenariat pour l'intelligence artificielle au bénéfice des citoyens et de la société. Cf. Morgane Tual (2016), « Intelligence artificielle : les géants du Web lancent un partenariat sur l'éthique », *Le Monde.fr* du 28 sept. 2016,

<https://www.partnershiponai.org/faq/>

Cité par Alex Hern (2016), "Partnership on AI' formed by Google, Facebook, Amazon, IBM and Microsoft", *The Guardian.com*, 28 sept., <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/28/google-facebook-amazon-ibm-microsoft-partnership-on-ai-tech-firms>

<https://www.partnershiponai.org/faq/>

Parmi lesquels Intel, Nvidia, Deutsche Telekom, Accenture, Baidu (moteur de recherche chinois) l'UNICEF, Amnesty international, IBM, le New York Times, la BBC, PayPal, Samsung, Zelando, l'université de Tokyo (Next Generation Artificial Intelligence Research Center), Santa Clara University (silicon Valley), Hong Kong University of Science and Technology), Australian National University (Autonomy, Berkeley Center for Law & Technology (BCLT), Oxford Internet Institute University of Oxford (oiio), Agency and Assurance - 3A), American Psychological Association, American Civil liberties Union (ACLU), Human Rights Watch, Center for Democracy & Technology, Allen Institute for Artificial Intelligence (AI2), la foundation Wikimedia., <https://www.partnershiponai.org/partners/> (site consulté le 26 mars 2019).

"1- We will seek to ensure that AI technologies benefit and empower as many people as possible.

2-We will educate and listen to the public and actively engage stakeholders to seek their feedback on our focus, inform them of our work, and address their questions.

3-We are committed to open research and dialogue on the ethical, social, economic, and legal implications of AI.

4-We believe that AI research and development efforts need to be actively engaged with and accountable to a broad range of stakeholders.

5-We will engage with and have representation from stakeholders in the business community to help ensure that domain-specific concerns and opportunities are understood and addressed.

6-We will work to maximize the benefits and address the potential challenges of AI technologies, by:

a)Working to protect the privacy and security of individuals.

- b) *Striving to understand and respect the interests of all parties that may be impacted by AI advances.*
- c) *Working to ensure that AI research and engineering communities remain socially responsible, sensitive, and engaged directly with the potential influences of AI technologies on wider society.*
- d) *Ensuring that AI research and technology is robust, reliable, trustworthy, and operates within secure constraints.*
- e) *Opposing development and use of AI technologies that would violate international conventions or human rights and promoting safeguards and technologies that do no harm.*
- 7- *We believe that it is important for the operation of AI systems to be understandable and interpretable by people, for purposes of explaining the technology.*" <https://www.partnershiponai.org/tenets/> (site consulté le 26 mars 2019).

---

114

Résumé, présenté le 18 décembre, 5 p. Il va servir de base de travail et d'échanges pour la consultation des « parties prenantes ». (Infra, notre première partie). <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai> (site consulté le 25 mars 2019).

---

115

Commission européenne (2018), *Un plan coordonné dans le domaine de l'intelligence artificielle*, communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions «», COM(2018) 795 final, art. 2.6.

---

116

Jean-Pierre Lebrun (2009), *Un monde sans limite, suivi de Malaise dans la subjectivation*, Éditions érès, 366 p., p. 185.

---

117

On n'ose se référer au « matériel humain » que réclament « la guerre totale » de l'État totalitaire (Georges Bernanos (1947), *La France contre les robots*, le Castor astral, 2017, 263 p., p. 70.

---

118

AIF, Alliance industrie du futur, *Digitalisation de la chaîne de valeur : chaîne de valeur*, Fiches pratiques, 1<sup>er</sup> septembre 2016, p. 2

---

119

Parmi les « enjeux transformationnels et sociétaux » identifiés dans la fiche pratique, élaborée par l'AIF, sur la digitalisation de la chaîne de valeur (précitée) figure la référence à l'« *apparition de nouveaux modèles de captation de valeur s'appuyant sur le numérique (notamment au travers de la définition des « Valeurs Ajoutées Digitales », économiques, organisationnelles, décisionnelles, cognitives, environnementales, sociales, humaines, ...)*, point 1.2, p. 2.

---

120

Par exemple : « 2.6. Développement de lignes directrices en matière d'éthique dans une perspective mondiale et mise en place d'un cadre juridique propice à l'innovation », Commission européenne (2018), *Un plan coordonné dans le domaine de l'intelligence artificielle*, communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions «», COM(2018) 795 final.

---

121

L'expression est empruntée à J. Caillousse (qui l'emploie, quant à lui, pour caractériser le Droit administratif), "La modernisation de l'Etat", *AJDA* 1991, p. 755 à 764, p. 760.



Cf. le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, art. 1<sup>er</sup>.

---

Grâce, notamment, à l'entrée en vigueur du règlement européen relatif à la libre circulation des données à caractère non personnelles (Parlement européen et Conseil (2018), *Cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, Règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018).

---

cf. l'article 3.2 de la communication de la Commission européenne (2018), *Le marché unique dans un monde qui change Un atout sans égal nécessitant une volonté politique renouvelée*, communication au parlement européen, au conseil européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, COM(2018) 772 final, 22.11.2018.

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

#### 1. UN TRABAJO SIN CONTRATO Y SIN FRENOS: UN TRABAJO POR CUENTA AJENA EN LA ECONOMÍA DIGITAL

## 1. Un Trabajo sin Contrato y sin Frenos: un Trabajo por Cuenta Ajena en la Economía Digital

### No Contract, no Brakes: Employment on Behalf of Others in the Digital Economy

(Autor)

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Autònoma de Barcelona (jubilado). Adscrito al Institut d'Estudis del Treball de la Universitat Autònoma de Barcelona. perez\_amoros@hotmail.com*

#### Sumário:

#### 1. Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: dos caras de una misma moneda

##### 1.1. De la revolución industrial clásica a la revolución industrial 4.0: la revolución digital y la empresa digital

##### 1.2. Plataforma digital: un nuevo protagonista en el ámbito de las relaciones laborales

##### 1.3. Derechos sociales digitales emergentes y globalizados

##### 1.4. Ciertos trabajos con plataforma: ¿un vaciamiento de trabajo precario?

#### 2. Ajenidad y subsiguiente dependencia laboral digital: los repartidores de plataforma

#### 3. Mensajeros 1984 versus repartidores de plataforma 2018

#### 4. Las primeras sentencias sobre repartidores con plataforma

##### 4.1. Sentencia del JS núm. 11 de Barcelona (núm. 213/2018) de 29 de mayo de 2018, asunto, TAKE EAT EASY SPAIN, S.L. y otros

##### 4.2. Sentencia del JS núm. 6 de Valencia (núm. 244/2018) de 1 de junio de 2018, asunto RD SPAIN S.L.U., ROOFOODS (DELIVEROO)

##### 4.3. Sentencia JS núm. 39 de Madrid (Refuerzo) de 3 de septiembre de 2018 (núm. 284/2018), asunto GLOVO APP 23, SL

##### 4.3.1. Un resumen de la sentencia: el repartidor es TRADE, no es trabajador por cuenta ajena

##### 4.3.2. Una rápida y provisional aproximación valorativa a la sentencia: ¿el repartidor es TRADE, no trabajador por cuenta ajena?

#### 5. Unas conclusiones. Nuevas tecnologías y nuevas manifestaciones de la ajenidad: nuevas formas de TRABAJAR POR CUENTA AJENA

#### Área do Direito: Trabalho

#### Resumen:

El personal de reparto de plataformas considerados en las tres sentencias -"TAKE EAT EASY" (2018), "DELIVEROO" (2018) y "GLOVO" (2018)- que protagonizan estas páginas son, salvo mejor opinión, trabajadores por cuenta ajena, no autónomos ni TRADE. La relación de trabajo capitalista, ex art. 1.1. LET, tiene su hábitat natural en el mercado porque es donde mejor vive y sobrevive (reproduce) la ajenidad; y hoy día, la plataforma digital es una nueva versión del mercado donde se sigue comprando y vendiendo trabajo por cuenta ajena. La economía 4.0 que va de la mano con la precariedad y fraude 4.0, sin procurar progreso ni tener responsabilidad social, repugna al Derecho del Trabajo.

#### Abstract:

The platform delivery staff considered in the three judgments -Take Eat Easy (2018), Deliveroo (2018) and Glovo (2018)- that focus this work is, to the author's mind, employees, not self-employed or the Spanish third category called "independent workers economically dependent". A capitalist working relationship, ex art. 1.1. of the Statute of Workers, has its natural habitat in the market because there it lives best and survives (reproduces itself). Today, the digital platform is a new version of the market where people continue to buy and sell work on behalf of someone else. The 4.0 economy, which goes hand in hand with precariousness and 4.0 fraud, not seeking progress or social responsibility, is repugnant to Labour Law.

**Palabras Clave:** Contrato de trabajo, Ajenidad y dependencia, Plataformas digitales, Falsos autónomos, Precariedad laboral

**Keywords:** labour contract, dependence conditions, digital platform, false entrepreneur, job insecurity

## 1. Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: dos caras de una misma moneda

### 1.1. De la revolución industrial clásica a la revolución industrial 4.0: la revolución digital y la empresa digital

<sup>1</sup>La relación entre el ordenamiento laboral y la incorporación de nuevas tecnologías al sistema de producción no se inicia con ocasión de la utilización de plataformas digitales en el mundo del trabajo: el Derecho del Trabajo tiene mucho aprendido al respecto. El origen de nuestro ordenamiento laboral ya estuvo estrechamente unido a la incorporación -masiva- de las por entonces nuevas tecnologías -*las nuevas máquinas*, al decir del autor de “El Capital”- al sistema de producción: la revolución industrial *histórica-tradicional* y la emergencia del Derecho del Trabajo fueron compañeros de viaje.

Desde entonces, -dicho sea, naturalmente, en una apretada síntesis-, la organización de los factores de producción del modelo capitalista ha venido sufriendo cambios al ritmo impuesto por las revoluciones industriales que se han sucedido en el tiempo: de la antes citada revolución industrial clásica, por histórica, se ha llegado hasta la actual “cuarta revolución industrial”<sup>2</sup>.

Para ilustración del objeto de reflexión, conviene precisar que la cuarta revolución también se denomina -precisa y significativamente- “revolución industrial 4.0”, expresión *muy digital* en sí misma, que ya pone de manifiesto el tipo de nuevas tecnologías -digitales- que incorpora a la producción<sup>3</sup>. El adjetivo “4.0” que versiona la actual revolución industrial, como resulta evidente, confirma que se caracteriza por incorporar masivamente la digitalización al proceso de producción dando cuerpo así a la denominada “economía digital” y sentido a la “empresa digitalizada”<sup>4</sup> que dan lugar a un nuevo escenario jurídico laboral<sup>5</sup>. Se deben intercalar aquí dos apuntes para el debate: conviene denunciar<sup>6</sup> que, en ocasiones, se confunde, interesadamente, la economía digital con la economía colaborativa que es altruista por definición; y se recuerda que la empresa digital no pierde siempre todos los rasgos *tayloristas*.

### 1.2. Plataforma digital: un nuevo protagonista en el ámbito de las relaciones laborales

Una de las características de algunas de tales empresas digitales es que hacen de una plataforma digital el santo y seña de su *novedosa* organización productiva. Esta plataforma es, sin duda, una de las protagonistas de estas páginas porque lo es de una *novedosa forma de producir* que se consolida cada vez más<sup>7</sup>, y lo es con tal estrellato que ha merecido titulares varios que unen, sin más, “Plataforma” y “Capitalismo”<sup>8</sup>.

La plataforma digital -un medio de producción tan novedoso como se quiera, que siempre es propiedad de una u otra *persona* que se debe tener bien identificada a todos los efectos- es un punto de encuentro de varias personas (o colectivos) que se caracteriza por las tres siguientes circunstancias: sirve también para que alguno de los reunidos externalice actividades ofertándolas a otros generando relaciones más complejas -incluso- que las derivadas de una tercerización originada por la interposición de empresas de trabajo temporal o de las enigmáticas empresas de servicios; pretende cohonestar pretensiones diversas en el tiempo más breve posible (sincronización instantánea) de la mejor manera posible (*costos* bajos, buenos *ingresos*); y, asimismo, la plataforma se caracteriza porque es un punto de encuentro de acceso voluntario, pero cuya organización productiva no es compartida por todos sus usuarios, sino reservada esencialmente a su propietario-gestor (ajenidad *versus* dependencia): todos están *horizontalmente* en una plataforma, pero debidamente jerarquizados, todos participan en algo, pero sólo uno -el propietario- dispone de la decisión. La plataforma es la clave por lo que hace, y, atención, lo hace al dictado de su propietario, que como tal la administra, la gestiona, es decir, la dirige y la organiza.

La plataforma en cuestión genera y gestiona variadas relaciones que respondiendo a intereses distintos se entrecruzan entre sí, y que se pueden resumir así. Quienes producen un producto para venderlo a domicilio (*v.gr.*, algunos restauradores) y quienes deciden consumirlo en el suyo (*comensales* a domicilio), requieren que unos repartidores -con bici o motocicleta y un (soporte) móvil, pero sin necesidad alguna de organización propia- transporten el producto (comida a domicilio), y, a su vez, los *tres* -restaurador, comensal y repartidor- necesitan que un propietario de una plataforma digital, con una organización propia, intermedie para casar de forma sincronizada todas sus pretensiones obteniendo a cambio un lucro propio. Entre las relaciones que organiza la plataforma al dictado de su propietario, unas son nucleares: cuánto, cuándo, cómo y quién decide lo que los usuarios de la plataforma *pagan* y *cobran* de su titular, y en especial cuánto, cuándo, cómo y quién decide lo que lo que *paga* y *cobra* el repartidor del propietario de la plataforma; hechos todos decisivos porque predeterminan las condiciones en que se efectuará el reparto.

En este escenario, en el que casi todos *trabajan* de una forma u otra y en el que unos ingresan y otros satisfacen dinero (y, en ocasiones, uno *paga* y *cobra* a la vez: expectativas de lucro), y en el que todos pretenden obtener *su propio beneficio*, se genera tal haz variopinto y complejo de relaciones jurídicas que bien se podría llegar a confundir *quien es quien*, pero no cabe duda que uno queda sujeto económicamente porque otro domina. Para resolver tal dilema, se tendría que responder a muchos interrogantes, uno, quizás, compendia varios: ¿qué naturaleza tiene la relación establecida entre el referido propietario-gestor de la plataforma y quien transporta el producto desde el fabricante hasta al domicilio del consumidor; ¿es una relación de trabajo por cuenta ajena? ¿es una relación de trabajo autónomo puro y duro o económicamente dependiente?, o ¿es una relación mercantil, cooperativista o no? Una cuestión que mejor se puede debatir si además nos preguntamos: ¿la empresa-plataforma es sólo intermediaria-tecnológica en un ámbito mercantil o también organiza y oferta otros servicios subyacentes *laboralizables*?<sup>9</sup>.

Las sentencias que se citarán -incluidas las del TJUE- versan sobre estas preguntas, anticipando así que, en el debate, además de normativa estatal, está implicada la supraestatal como, por ejemplo, la de la UE<sup>10</sup>, dando cuenta así de la relación que existe entre la digitalización en el trabajo y la globalización económica y social.

Somos de la opinión que el dilema de fondo, planteado de manera teórica, no es totalmente novedoso ni tiene porque resultar especialmente difícil solventarlo: se trata de volver -una vez más- a recorrer la tantas veces transitada senda de la ajenidad y subsiguiente dependencia, pero hacerlo con una *mirada más digital*<sup>11</sup>, no sin antes intercalar en el discurso ciertas observaciones.

Sea más o menos novedoso el panorama laboral que *genera* la plataforma, existen también elementos antiguos: el trabajo con plataforma alimenta el manido debate sobre la flexibilidad laboral, y es un ejemplo más de prácticas *externalizadoras*<sup>12</sup>.

### 1.3. Derechos sociales digitales emergentes y globalizados

La revolución industrial 4.0 o la revolución digital conforma el contexto amplio en el que se ubica el trabajo laboral de los repartidores con plataforma que se debate en estas páginas, bueno será pues formular las siguientes afirmaciones reflexivas. En primer lugar, se debe reiterar que la economía digital no siempre es economía colaborativa: el trabajo con plataforma -*v.gr.*, el de los referidos repartidores- no es un trabajo por altruismo o por benevolencia, es un trabajo por cuenta ajena, y en casos, precario como se dirá. Cuestión muy distinta es que se pretenda presentarlo como un trabajo más horizontal o colaborativo bajo el paraguas de una plataforma que reúne varias personas. En segundo lugar, se comenta que la incorporación de nuevas tecnologías -digitales, como una plataforma, por ejemplo- al sistema de

producción de la empresa, puede cambiar el modelo de relaciones laborales, siendo así necesario adecuar la normativa que las regula para que, entre otras novedades, regule y proteja los derechos laborales digitales, como derechos emergentes que son hoy día. Y abriendo el foco geográfico, cabe recordar en tercer y último término que la naturaleza y esencia del trabajo de la economía digital fácilmente podría y debería formar parte del discurso de la manida globalización económica, resultando así necesario que los derechos sociales digitales también deban globalizarse.

#### 1.4. Ciertos trabajos con plataforma: ¿un yacimiento de trabajo precario?

Y para concluir las reflexiones generales que ayudan a contextualizar el tema objeto de atención, vale publicitar un temor<sup>13</sup>: ¿no será que el trabajo de plataforma -flexible y *externalizador*- se podría convertir, en algún caso (peonaje digital), en un yacimiento, más que de empleo, de trabajo precario?<sup>14</sup>.

De todos es sabido que la intensificación del uso de nuevas tecnologías ha reabierto el debate de su incidencia en el empleo y en el paro<sup>15</sup>: son constantes las opiniones sobre si el paro que pueden generar las mismas se compensa con nuevos puestos de trabajo, pero también conviene preguntarse sobre si las plataformas digitales pueden abonar la precariedad: “si la ventaja competitiva reside sobre todo en la elusión de derechos laborales, la pretendida Revolución industrial 4.0 amenazaría con devenir pura *Economía sumergida 3.0*”<sup>16</sup>. Tal discurso sobre tal precariedad también se constata y denuncia en sede internacional<sup>17</sup>, hecho que se apunta por la importancia que tiene presentar el trabajo con plataformas digitales como un aspecto de la globalización económica y social.

## 2. Ajenidad y subsiguiente dependencia laboral digital: los repartidores de plataforma

Para dar respuesta a la pregunta que nos ocupa - ¿es laboral por cuenta ajena la relación entre el referido propietario gestor de la plataforma y el mencionado repartidor? -, se parte de la idea general que así será si existe ajenidad en la prestación del trabajo en cuestión, y al respecto se formulan las tres consideraciones generales siguientes a modo de recordatorio:

1º) La configuración del trabajo por cuenta ajena, diferenciándolo del trabajo autónomo, resulta de una fórmula legal dialécticamente así dispuesta: [(artículo 1.1 LET - Disposición Final LET) - (artículo 1.2 LET + artículo 1.3 LET y Ley 20/2007 LETA)]<sup>18</sup>: más que relacionar o recordar la normativa básica aplicable, esta fórmula -¿algoritmo?- revela cómo actúa cada uno de los presupuestos legales que definen el trabajo por cuenta ajena -voluntariedad (y trabajo personal), ajenidad, dependencia y retribución salarial: cuatro y por este orden- y muestra cómo interactúan entre sí a tal fin, y es una fórmula, que demuestra por qué la ajenidad tiene un protagonismo determinante en la operación.

Se recuerda que la ajenidad tiene distintas y sucesivas manifestaciones (en los medios de producción, frutos, riesgos, utilidad patrimonial, y la última en el tiempo que no en la importancia, la ajenidad en mercado); la primera -ajenidad de los medios de producción- es “la que explica otras dos manifestaciones de la ajenidad del trabajador como concepto genérico. Una, que tiene lugar en el propio proceso de producción y que define su propia esencia: la ajenidad en la disposición sobre la fuerza de trabajo desplegada en dicho proceso, lo que parte de la doctrina conoce como dependencia o subordinación. Y la otra se refiere al resultado del proceso de producción, esto es, al producto, cuya propiedad no pertenecerá en ningún momento al productor directo, sino al capitalista”<sup>19</sup>; y, la última, la ajenidad en el mercado es una manifestación que según opinión cualificada es la que mejor la explica, y más puede coadyuvar a determinar la laboralidad de un servicio o trabajo. Al respecto de la ajenidad en el mercado se ha escrito que: “lo que caracteriza la producción capitalista, lo que constituye la “diferencia específica” es que, por primera vez en la historia, se trata de una producción para el mercado, para un mercado anónimo y cada vez más amplio, y que solamente se conecta con los productores directos de bienes y servicios a través de un intermediario (el capitalista). Y ello es así jurídicamente. Quiero decir que “físicamente”, puede que quienes aparezcan directamente conectados -y así ocurre siempre en los casos en que la mercancía producida es un servicio- sean el productor directo y el consumidor; mientras que el intermediario capitalista queda en la sombra: pero cuando el productor directo, al concluir su servicio, extiende la mano para cobrarlo, no es su mano, sino la *longa manu* del capitalista la que está recibiendo el pago del consumidor cliente”<sup>20</sup>; ajenidad del trabajador respecto al mercado, que también se explica apuntando que “...entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio del bien o de un servicio, que habrá pagado al trabajador un salario y que procura realzar un beneficio”<sup>21</sup>.

Las anteriores apreciaciones, releídas al son del trabajo organizado por plataformas digitales, gana enteros.

Si se repasan los hechos indiciarios que explican la dependencia o subordinación y los de la ajenidad, resulta viable afirmar que la ajenidad del trabajador respecto al mercado es, posiblemente, la manifestación de la ajenidad que mejor la puede explicar, entre otras razones, porque -a diferencia de la ajenidad en los medios de producción, la ajenidad en los frutos y la ajenidad en los riesgos- es en el que el trabajador menos puede incidir ni que fuera con el hipotético asentimiento del empresario: la ajenidad económica en el mercado hace del trabajador más un *sofometido* que un *comprometido*. Que la dependencia es deudora de la ajenidad se desprende también del orden en que el ordinal 1.1 TRLET cita los presupuestos que delimitan el trabajo laboral ex artículo 33 de la Constitución Española, completado con pasaje al artículo 348 Código Civil, los tres tratando de la propiedad privada desde sus propias ópticas.

2º) La *laboralidad* de la relación en cuestión no depende de la intención -simplemente equivocada o fraudulenta- de las partes, sino la referida realidad de los hechos y de la conocida “teoría de los indicios”, resultando así que no es factible establecer apriorísticamente una pauta general. Resulta posible, pues, organizar una tarea de reparto a modo y manera del arrendamiento de servicios, soslayando, legalmente, el ordenamiento laboral, pero puede ser fraudulento intentar disfrutar de las *ventajas* del contrato de trabajo, eludiendo a la vez, las obligaciones que comporta.

3º) Y aunque, en parte, pueda resultar reiterativo -la realidad y actualidad más viva obliga-, se debe subrayar que el nombre (*nomen iuris*) que las partes dan al contrato no es referente decisivo para dilucidar la auténtica naturaleza de la relación, pues habrá que estar a su contenido real deducido de “un juego de indicios” basado en que los *principales* predominan sobre los secundarios para declarar o negar la condición de laboral de la relación objeto de litigio.

4º) Según las previsiones legales, “se presumirá existente -el contrato de trabajo- entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel” (art. 8.1 TRLET), dicho sea, sin mayores precisiones.

Y aproximando tales apreciaciones generales al caso de los repartidores o recaderos de plataforma digital, se formulan las siguientes observaciones.

En principio, tal operación de aproximación *poco* de nuevo añade en el fondo del tema que no sea evidenciar un hecho real muy significativo: en algunas ocasiones, bajo la figura de trabajadores mercantiles o de trabajadores autónomos (falsos autónomos: ordinarios o TRADE), se intentan ocultar trabajadores por cuenta ajena, reabriendo así, una vez más, el fenómeno ya acuñado como de *huida del ordenamiento laboral*<sup>22</sup>.

Interesa recordar aquí que “la ajenidad ha sido desde siempre un referente graduable, tal y como demuestra la doctrina y el foro, y así lo seguirá siendo porque al mismo ritmo que cambian las formas de prestar servicios se suceden los debates sobre la posible laboralidad de las mismas como demuestran las manifestaciones de servicios o trabajos colaborativos - ¿una nueva dimensión de la subordinación y/o

ajenidad?- que se ponen en práctica en estos últimos tiempos”<sup>23</sup>.

La realidad de los hechos y el juego de los indicios -y las sentencias que se comentarán- permiten anticipar que el bien que recoge y entrega el repartidor digital en ningún momento le pertenece (ajenidad), y que lo transporta con una subordinación -digital<sup>24</sup>- indudable, aunque sea más difusa que la del trabajador *industrial tradicional*<sup>25</sup>.

En este supuesto -repartidores de plataforma-, como en otras zonas grises, se debe tener presente que: en la medida que existan visos de ajenidad, es improbable que desaparezca plenamente la subordinación; y, que el presupuesto de la dependencia se ha ampliado -*relativizado: no suprimido*- doctrinal y jurisprudencialmente durante los últimos años, en todo caso, hechos e indicios, confirmarán o negarán *la laboralidad*.

### 3. Mensajeros 1984 versus repartidores de plataforma 2018

En tiempos anteriores ya se había judicializado la polémica sobre la *laboralidad* de los, por entonces denominados, “mensajeros”, que han resultado ser los cuasi-precusores de los actuales “recaderos o repartidores digitales”, una circunstancia que pone de relieve un hecho relevante para nuestro debate: a pesar de que los intentos de huir del ordenamiento laboral se suceden con parecida frecuencia que las nuevas tecnologías se incorporan a la producción, la ajenidad y la dependencia continúan siendo presupuestos legales que definen el trabajo laboral, aunque sea en una versión -digital- actualizada a las exigencias actuales.

Aunque no parece que la plataforma digital de los actuales repartidores -por sí misma y aunque sea mucho más que un simple reciclaje- introduzca novedades profundas para valorar la *laboralidad* de los repartidores, el planteamiento apriorístico no es aconsejable, porque siempre habrá que estar y pasar por los hechos concurrentes, como tampoco es de recibo la *intención (nomen iuris)* de las partes. En todo caso, la experiencia y la solución judicial sobre los mensajeros es un antecedente para tener presente hoy día para tratar de los repartidores en cuestión, pues ha marcado el terreno y señalado ciertas pautas en punto a una realidad litigiosa -que constantemente- se adapta y (re)adapta camaleónicamente a todas las circunstancias que se suceden en el tiempo, incluidas las legales y judiciales.

Es por ello que, aquí y ahora, conviene repasar la STS de 26 de febrero de 1986 (Ar. 560, RJ 1986/834<sup>26</sup>), que desestimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la empresa XXX, contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número 15 de Barcelona con fecha 21 de diciembre de 1984 (Magistrado Fernando Salinas) que, previo reconocimiento de la condición de trabajadores de los mensajeros, y la subsiguiente competencia del orden social, declaró nulo el despido de unos trabajadores (“mensajeros”).

A los efectos del objeto de debate en estas páginas, conviene subrayar dos aspectos de la referida STS de 1986:

1º) Los hechos probados en la sentencia recurrida (según Antecedente de Hecho, Cuarto STS 1986) y los coincidentemente asumidos y resumidos en la STS 1986 (FJ, Segundo STS 1986 *cit.*), que se dan por reproducidos literalmente, resultan muy clarificadores a los efectos de tratar de la ajenidad y dependencia laboral, y de calificar de laboral la relación objeto de litigio.

2º) Por la rotundidad de los términos, cabe reproducir algunos párrafos de la repetida STS 1986. Se explicita que “...en la relación examinada concurren todas las notas que según el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores permiten identificarla como laboral” (FJ, Segundo STS 1986).

La pieza judicial de referencia afirma que “la Sala ha de examinar en cada caso, con independencia de la calificación que las partes otorguen a su relación, la verdadera naturaleza de las prestaciones que integran realmente su contenido, con el fin de que las causas esenciales que dan lugar al Derecho de Trabajo como regulador y protector de una especial relación de servicio, no queden burladas, que es lo que en este caso sucedería de atenerse a la denominación dada por las partes” (FJ, Tercero, 3, in fine). Un planteamiento este -realidad de los hechos- que tiene clara proyección en el debate de la *laboralidad* los repartidores en cuestión, pues, como se ha comentado, es un supuesto dado al error y/o al fraude.

Al respecto, y por lo que se dirá, merece mencionarse que, la sentencia glosada, tras acreditar la existencia de la voluntariedad y la consiguiente ejecución personal, hace lo propio, con la ajenidad y dependencia -y lo hace en este preciso y expreso- orden. Al referirse a la ajenidad laboral -clave nuclear de la polémica-, previene que “la ajenidad es también patente, el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores...”. Y, después, en punto a la subsiguiente dependencia y subordinación, aprecia que “la dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene transcendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso periodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte, la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato...” (FJ, Segundo, puntos 3 y 4).

Somos de la opinión que las transcripciones anteriores cumplen por sí mismas -sin mayor comentario- los objetivos clarificadores que se persiguen: la *laboralidad* de los *antiguos mensajeros* es manifiesta, y, a la vez, es un antecedente a tener en cuenta al tratar de la de los actuales *repartidores* de plataforma. Pensando en la *laboralidad* de tales *repartidores*, se debe acentuar que la *laboralidad* de los mensajeros se fundamenta en la STS, principalmente, vía ajenidad, por la “ajenidad de los riesgos”, pues el mensajero es ajeno a la fijación del precio del contrato suscrito entre empresa y su cliente, y porque su retribución no depende de su resultado; una ajenidad, que para nada queda afectada porque el medio de transporte del mensajero pudiera ser, incluso, de su propiedad y porque éste sea -el lógico- responsable del transporte por negligencia. Y en la misma línea discursiva, la STS de referencia, enfatiza que la *laboralidad* de los mensajeros también se fundamenta en su dependencia y subordinación, que, derivada directamente de la ajenidad, se manifiesta por la concurrencia de varios hechos, *v. gr.*: la empresa facilita uniforme de trabajo, el mensajero “llama cada día para recibir instrucciones” (por telefonía móvil porque no tiene la aplicación digital de que dispondrán los futuros “repartidores de plataformas”), las jornadas y los horarios de trabajo no son “rigurosos” (son flexibles); y, es factible el pluriempleo.

En atención a la temática objeto de consideración en estas páginas, conviene puntualizar que ya los primeros comentaristas de la precitada sentencia STS 1986 subrayaron, con pleno acierto, que “realizando una lectura espiritualista, y no meramente formalista, de una de las cláusulas del contrato suscrito entre las partes, que permitía realizar el trabajo personalmente al mensajero o por medio de otras personas

por él retribuidas, y tras quedar probado que el trabajo había sido siempre prestado por los mensajeros de forma directa y personal, la Magistratura de Trabajo y el Tribunal Supremo indican que tal posibilidad no utilizada “más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio”. La utilización de un vehículo propio de transporte no es, en la relación examinada, sino un elemento auxiliar y secundario de la actividad personal que desarrolla el trabajador, ya que en modo alguno el trabajador tiene como fin la explotación económica de su vehículo, a diferencia de otros supuestos en donde sí ha sido reconocida por la jurisprudencia la existencia de un contrato de transporte<sup>27</sup>. Y asimismo, y como antesala del debate objeto de estas páginas, se puede resaltar que el planteamiento de la citada STS de 1986 promovió una “ampliación de la concepción clásica tradicional del ámbito del contrato de trabajo [...], acogiéndose, en el ámbito doctrinal, aquellas tesis que defienden criterios definitorios del contrato de trabajo fundados en tal realidad, como la “ajenidad en el mercado”, que permiten con gran amplitud, y con especial debilitación de la nota de dependencia, que el empresario pueda llegar a ser concebido como un *coordinador de resultados concretos*”<sup>28</sup>, un planteamiento doctrinal este, especialmente significativo por la relación de su autor con la citada sentencia de la Magistratura de Trabajo número 15 de Barcelona con fecha 21 de diciembre de 1984 recurrida y confirmada por la glosada STS de 26 de febrero de 1986; un planteamiento judicial y de autor-, que por lo demás, es -como resulta de manifiesto- deudor de la doctrina que defendía que “la ajenidad en el mercado” era el referente definitorio para decidir sobre si un trabajo era o no laboral<sup>29</sup>, un enfoque -siempre de actualidad- sobre el que se volverá líneas abajo al tratar de las sentencias sobre el trabajo de los repetidos repartidores con aplicaciones digitales.

Se puede aprovechar la ocasión que brinda recordar la *histórica* problemática de las “mensajeros” para constatar que los intentos de “huida del Derecho del Trabajo” se siguieron reproduciendo en tiempos anteriores próximos, y añadir que es una pugna que se explicaba y explica mejor si, a la vez, se tiene presente que el Derecho del Trabajo se caracteriza por su afán expansionista debido a la función tuitiva -*pro operario*- que cumple (STC 25 de enero de 1983).

Ampliar el sentido que tiene la ajenidad y la consiguiente dependencia laboral, comporta superar el concepto clásico del contrato de trabajo, y expandir el ámbito subjetivo del ordenamiento laboral, facilitando así que su función tuitiva tenga mayor radio de acción dando cabida a nuevas realidades<sup>30</sup>. La idea que la ajenidad es algo más que trabajar para otro, porque genera una *alienación*, continúa siendo aceptable, sin necesidad de desconocer que la dependencia se relativice, no que se suprima sin más.

Por todo ello, resulta oportuno traer a colación aquí que la reciente la Sentencia JS núm. 1 Santa Cruz de Tenerife de 7 de septiembre de 2018 (más reciente que las tres que se comentan en los siguientes apartados sobre repartidores de plataforma), declarando laboral el contrato de prestación servicios de Capitán-piloto de avión, RYANAIR, S.A.), da cuenta, una vez más, de cómo ciertos intentos de “huir del Derecho del Trabajo” pueden fracasar entendiendo que existe *laboralidad* mientras exista ajenidad, a pesar de que “la dependencia no es una subordinación absoluta” (FD Quinto); una sentencia que, por lo demás, es de agradecer porque su estructura argumental es exquisitamente didáctica, se comparta o no su fallo.

#### 4.Las primeras sentencias sobre repartidores con plataforma

Antes de considerarlas se aportan dos referencias para mejor contextualizarlas:

1<sup>º</sup>) La relevancia y el abasto de la ajenidad ha sido objeto desde siempre de un debate judicial, siempre vivo y más o menos sinuoso, y en los últimos años ha sufrido un nuevo vaivén. Se ha producido una progresiva ampliación de la ajenidad y subordinación o dependencia laboral, especialmente vía ajenidad en el mercado, que ha dado lugar a cierta extensión de la concepción clásica tradicional del ámbito del contrato de trabajo, sin desconocer que persisten ciertas opciones más restrictivas<sup>31</sup>. Estos últimos *flujos y reflujo*-, marcan una tendencia que, lógicamente, se ha de tener en cuenta para debatir sobre la posible *laboralidad* de los repartidores digitales en cuestión. Respecto de todo ello -y siempre pensando en el trabajo con plataformas- merece mención propia la citada STS 16 noviembre 2017 que resuelve un recurso de unificación de doctrina<sup>32</sup>, apreciando la naturaleza jurídica laboral de los servicios de traductores contactados y preseleccionados a través de una aplicación informática más que realmente digital<sup>33</sup>, expandiendo así el ámbito del ordenamiento laboral a partir de hacer lo propio con la ajenidad-dependencia, dicho sea sin desconocer que el -generoso- planteamiento de tal sentencia ha podido suscitar también dudas y opiniones más o menos contrarias<sup>34</sup>.

Aprovechando que la STS de 16 de noviembre 2017 lo hace *inextenso* (en su FJ Tercero 2), se anota aquí que la STS de 20 julio de 2010<sup>35</sup> puede ayudar a debatir el tema que nos ocupa por el planteamiento que hace sobre la ajenidad y subsiguiente subordinación o dependencia laboral, especialmente, en su FJ Segundo 1 y 2<sup>36</sup>.

2<sup>º</sup>) A mayor abundamiento, se apunta que algunas instancias judiciales de otros y distintos países<sup>37</sup>, e, incluso, el TJUE<sup>38</sup>, también han dictado sentencias sobre trabajadores con plataformas digitales tratando aspectos puntuales que pueden también colaborar a reflexionar sobre la problemática en nuestra jurisdicción.

##### 4.1.Sentencia del JS núm. 11 de Barcelona (núm. 213/2018) de 29 de mayo de 2018, asunto, TAKE EAT EASY SPAIN, S.L. y otros<sup>39,39</sup>

Dictada por demanda de “repartidores de comida a domicilio contra la empresa por despido, previa determinación de la naturaleza contractual -laboral- de la relación entre las partes (Magistrado Pedro Tuset del Pino).

En el texto de la sentencia constan los hechos probados que se dan por reproducidos aquí por lo significativos que resultan ser para el tema debatido<sup>40</sup>. Literal que aporta razones para considerar que existen cantidades en juego -entre los usuarios de la plataforma y su propietario: y decididas sólo por éste- que configuran un salario -con partidas fijas y variables y mínimos fijos asegurados- que evidencian la dependencia del trabajo contratado (*ex* dependencia económica); literal que confirma también que el reparto se hace en lugar, tiempo y forma (jornada, turnos y un horario laboral) propuestos y solicitados por los repartidores, pero decididos por *la plataforma* a base de algoritmos que introduce su gestor, resultando así evidente la dependencia y subordinación del repartidor. La sentencia comprueba que la plataforma digital desempeña un gran protagonismo tanto en fase de casar la oferta y demanda como, posteriormente, a la hora de organizar recogida-entrega del producto, porque, precisamente, decide, gestiona y controla todas las operaciones -incluidas las dinerarias- de recogida y entrega de la comida a modo y manera de una auténtica organización, en la que los repartidores -una auténtica flota contratada en las condiciones relatadas- desempeñan un papel de primer orden, una organización y unos repartidores sin los que la actividad de la demandada quedaría desvirtuada: no parece, pues, que la actividad empresarial sea de “intermediación”, ni que los repartidores desempeñen un quehacer básico para el buen fin del objetivo comercial sin que tengan autonomía, más bien parece que se trata de una actividad empresarial de transporte que pivota sobre un trabajo por cuenta ajena y subordinado. A mayor abundamiento, se añaden las siguientes precisiones. La demandada facilitaba uniforme y otro material (mochila térmica a modo de auténtico uniforme) con publicidad ostensible (también móvil con aplicación a la que se debe conectar en las horas señaladas), hechos que confirman la ajenidad y dependencia, pues confirman que los repartidores no tienen auto-organización alguna, una capacidad que sólo tiene la plataforma: quien traslada la mercancía es un *entidad* -una *marca* comercial-, la persona física concreta que lo hace queda en el más puro anonimato para el cliente final, quien ante un imprevisto contactaría con dicha *marca* publicitada. Que el contrato califique y recalifique el contrato en conflicto de “mercantil”, es accidental en los términos relatados. Que en el relato fáctico se indique que los trabajadores prestaban sus servicios bajo tres modalidades (trabajadores de alta en una cooperativa instrumental -falsa- interpuesta irregularmente; de alta como falsos- autónomos; y, otros trabajadores sin alta alguna en la Seguridad Social, hecho Probado segundo, *in fine*) es un hecho más, que no es



decisivo a efectos de calificación, pero alimenta las dudas legales sobre el caso sentenciado. Y, por último, se apunta que los repartidores tengan exclusividad con la empresa (Hecho Probado, Tercero), circunstancia que, por sí misma, no desvirtúa la referida ajenidad y/o la dependencia laboral de referencia, más bien, todo lo contrario.

A la vista de tales hechos probados y fundamentos formulados, no se requiere un largo discurso para coincidir con la sentencia y concluir que los hechos probados conducen a la *laboralidad* del supuesto en términos claros y contundentes<sup>41</sup>.

En atención a este caso y a todos los similares, se formulan las siguientes observaciones. Ciertamente es que la plataforma confiere a la actividad que desempeña su propietario y gestor unas características muy particulares y distintas de la actividad empresarial *clásica* o *tradicional*, pero intentar que la misma sólo pueda ser calificada de simple intermediación digital no parece ser lo más correcto, pues -como se ha argumentado- también podría tratarse de una actividad de transporte organizada laboralmente como ocurre en la práctica. Viene a colación añadir que la pre-citada STJUE de 20 de diciembre de 2017, de acuerdo con la normativa comunitaria aplicable, diferencia entre un simple “servicio de la sociedad de la información y un “servicio en el ámbito del transporte”, y concluye que cuando un “servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte resulta que “no responde a la calificación de *servicio de la sociedad de la información*, sino a un “servicio en el ámbito del transporte”, cuya ordenación -recuerda la citada sentencia comunitaria- corresponde a la legislación de los estados miembros que pueden hacerlo vía laboral o no, según la misma y los hechos concurrentes. No parece correcto, pues, deducir, sin más y apriorísticamente, que la intermediación digital es siempre un servicio de información que se materializa civil o mercantilmente y que no es posible organizarlo laboralmente.

#### 4.2.Sentencia del JS núm. 6 de Valencia (núm. 244/2018) de 1 de junio de 2018, asunto RD SPAIN S.L.U., ROOFOODS (DELIVEROO)<sup>4242</sup>

Por demanda de un “repartidor-rider por despido contra la empresa -con una plataforma digital denominada, comercialmente, “DELIVEROO” -dedicada a la comercialización, venta y entrega de comida preparada de restaurantes a domicilio, previa determinación naturaleza contractual laboral entre las partes (Magistrada Ana Belén Díez Farto).

La sentencia relaciona unos hechos probados y formula unos fundamentos que se dan por reproducidos literalmente por las evidencias que aportan para el debate, aunque, a continuación, se transcriben algunos párrafos a mayor abundamiento. Un caso y una sentencia con más contenido que la anterior.

Entre los hechos que se declaran probados, se incluyen los siguientes, todos son elocuentes, y algunos *atrevidos*, dicho sea, a efectos de debate.

“La demandada, RD SPAIN S.L.U (RD SPAIN S.L.U., ROOFOODS), dedicada a la actividad de comercialización, venta y entrega de comida preparada de restaurantes a domicilio o en oficinas de trabajo, es titular de una plataforma virtual, denominada con el nombre comercial “DELIVEROO en la que, a través de una aplicación informática -APP-, los clientes, previo registro en la misma, pueden solicitar comida o bebida a cualquiera de los restaurantes adheridos a la plataforma, que es transportada por un repartidor desde el restaurante al domicilio o lugar de trabajo solicitado, y pagada por el cliente a través de la plataforma”.

“El demandante XXX ha venido prestando servicios para la empresa RD SPAIN S.L.U., ROOFOODS... desde el 25/10/16, como transportista para el reparto y distribución de comida preparada de restaurantes -en adelante, repartidor-, “rider”, percibiendo una retribución media diaria, con exclusión de impuestos, de 28,49 euros”. “La relación entre las partes se inició en virtud de contrato de prestación de servicios, suscrito entre las partes en fecha 25/10/16, en el que tras exponer que la empresa se dedica, entre otras actividades de lícito comercio, a la comercialización, venta y entrega de comida preparada de restaurantes a domicilio o en la oficina de trabajo del cliente, y que el proveedor se dedica a la prestación a terceros de servicios de reparto en general, establece las siguientes cláusulas... (que se dan por reproducidas aquí, literal e íntegramente), y entre las que constan que: “(Objeto del contrato [...]) El presente Contrato y los Servicios que componen su objeto tendrán naturaleza mercantil.- El proveedor actuará en todo momento como contratista independiente y no será considerado ni se presentará como, agente, empleado o socio de la Empresa”; “(precio del servicio) [...] la Empresa abonará al Proveedor la cantidad bruta de 3.38 euros por cada entrega efectivamente realizada. Los importes considerados en el párrafo anterior serán abonados por la Empresa en dos pagos cada mes... El proveedor deberá aportar las debidas facturas referidas a los importes correspondientes a cada periodo”; (Operativa de funcionamiento) [...] Semanalmente, cada proveedor realizará una oferta de servicios en la que se determinarán los días y las franjas de tiempo en las que la empresa puede solicitarle repartos. La solicitud de repartos por parte de la empresa se realizará a través de una aplicación móvil, que el proveedor puede descargarse gratuitamente. Una vez solicitado un servicio, el proveedor podrá aceptarlo o rechazarlo, entendiendo la empresa que la no aceptación del encargo en un tiempo de 3 minutos implica el rechazo del mismo”; (Herramientas de trabajo) [...] El Proveedor prestará los Servicios utilizando sus propias herramientas y materiales: x bici x teléfono móvil x conexión de datos”; (Subcontratación) [...] El Proveedor podrá transmitir los derechos y obligaciones derivados del presente contrato, o subcontratar con terceros la ejecución de sus obligaciones derivadas del mismo. La empresa podrá transmitir sus derechos y obligaciones a terceros, siempre que el Proveedor y estos terceros acepten por escrito la vinculación al presente Contrato”.

La relación de hechos probados de la sentencia en cuestión se completa con los siguientes. “Firmado el contrato de prestación de servicios, los repartidores, que deben disponer de vehículo para su desplazamiento, se descargan la aplicación desarrollada y gestionada por la empresa en su teléfono móvil, recibiendo de la demandada una autorización y, con ella, un usuario y una contraseña personal para poder acceder a la misma. Todos los repartidores forman parte de la aplicación “telegram” - “riders Valencia” [...] cuyo creador y administrador es la empresa. Los repartidores proceden al visionado de un vídeo que lleva como título “formación teórica en Deliveroo (cuyo texto consta en contrato y se da por reproducido aquí).

A la vista del -elocuente- relato fáctico de la sentencia, resulta evidente que la actividad de la demandada permite distinguir con claridad dos operaciones: la fase de encargo de la comida y la fase del servicio reparto. Una valoración conjunta de los hechos y circunstancias concurrentes en cada una de las dos fases permite a la sentencia calificar de laboral la relación existente entre el titular y gestor de la plataforma digital y los repartidores en cuestión.

Por razones obvias, tal calificación descansa, principal, aunque no totalmente, sobre los hechos y circunstancias concurrentes en la segunda fase, es decir, en la del servicio de reparto (recogida y entrega), y entre los que la sentencia se refiere con más énfasis en los siguientes.

La demandada, contrata a los repartidores previa selección y los alecciona e instruye por varias vías que se citan (sesiones presenciales y vídeos) y con el detalle que se relata; la demandada satisface tanto los precios (convenidos) con los restaurantes como las retribuciones (fijadas unilateralmente: cómo, cuándo y cuánto) de repartidores con partidas fijas y variables, y las establece posibilitando el lucro propio pero no beneficios para el repartido (dependencia económica: riesgos y ajenidad) y, en todo ello, organizado por la plataforma que es propiedad y está gestionada por de la demandada. Y ya en términos de subordinación, se subraya que la demandada también fija jornadas, turnos y horarios -vacaciones y demás descansos- para el reparto, todo ello con la flexibilidad que se quiera pero ciertos y concretos, delimita las zonas de reparto, para mejor organizar entrega de pedidos recibidos; siempre teniendo presente que los encargos los asigna la plataforma entre los repartidores tomando también en cuenta la puntuación que tienen según las previas calificaciones de los clientes (un *suspense* puede acarrear la desconexión de hecho), y recordando que la demandada controla (geolocalización) a los repartidores y puede sancionarlos (régimen disciplinario). Es pues la demandada, no el repartidor, quien dispone de cierta organización que subordina, a pesar

de que bicicleta y móvil sean de éste (una aportación inapreciable): el móvil será propiedad del repartidor, pero la aplicación decisoria que maneja el móvil le es ajena. Y cierto es que, el repartidor, podría rechazar un encargo, pero lo problemático es que de hacerlo con reiteración podría rebajar su puntuación hasta provocar cierta desconexión de la plataforma rebajando o impidiendo así recibir nuevos encargos, posibilidad que no sólo condiciona -subordina- al repartidor, sino que incide sobre la voluntariedad de la relación. Al tratar de la dependencia y subordinación -estar dentro del ámbito de organización y dirección- siempre conviene tener en cuenta que -según jurisprudencia- se puede entender en sentido amplio, porque es una manifestación de la ajenidad: el repartidor además de poder descansar por motivos variados puede prestar sus servicios en otra empresa.

Resulta indudable el alto protagonismo de la plataforma para decidir y sincronizar al unísono los intereses de todos sus usuarios, incluidos los económicos canalizando ciertos pagos y cobros con restaurantes y repartidores, pero el tipo de servicios -trabajo- prestados por éstos es el que es según los hechos probados (realidad de los hechos), no el que las partes decidan en el contrato errónea o fraudulentamente. No favorece las pretensiones de la empresa, la insistencia en auto-calificar la relación objeto de conflicto de simples servicios y negar expresamente su condición laboral; llama la atención que, tras tantas “instrucciones que recibe el actor de la demandada - ¿Proveedor? -, se siga dudando de su subordinación.

Y ya en turno de Fundamentos de Derecho de la sentencia del JS núm. 6 de Valencia de 1 de julio de 2018, confirma hechos y los comenta de nuevo, y afirma lo siguiente: “En este caso, admitida la voluntariedad de los servicios prestados por el demandante, no puede sino concluirse que se dan en el concreto supuesto de hecho las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, ya que la prestación de servicios del demandante a favor de la demandada, presenta rasgos que sólo son concebibles en el trabajo dependiente y por cuenta ajena”. Y así la sentencia, aunque refiriéndose primero a la dependencia y, posteriormente, a la ajenidad (orden inverso pues del previsto en ordinal 1.1 LET *cit. supra*), concluye lo siguiente (FD, Segundo, penúltimo párrafo):

1º) “Se ha probado en cuanto a la dependencia, que el demandante trabajaba siguiendo las instrucciones de la demandada y bajo las condiciones fijadas unilateralmente por la misma. Así, consta que el trabajador, tras ingresar en la empresa debía descargarse la aplicación desarrollada y gestionada por ésta en su teléfono móvil, recibiendo una autorización y, con ella, un usuario y una contraseña personal para poder acceder a la misma, y debía formar parte de la aplicación “telegram” - “riders Valencia”, cuyo creador y administrador es la empresa. Además, era la empresa la que decidía la zona en la que el trabajador debía desempeñar sus funciones. En cuanto al horario, siendo cierto que el trabajador ofertaba a la empresa las franjas horarias en las que quería trabajar, también lo es que esas franjas tenían que estar dentro del horario previamente establecido por la demandada, y que era ésta quien finalmente decidía en qué horario iba a desempeñar sus funciones el trabajador cada semana, siendo que en ocasiones éste quedaba reducido a una parte del solicitado por el trabajador.

Respecto al servicio de reparto, la empresa daba instrucciones concretas a los repartidores sobre la forma en que éste se tenía que llevar a cabo, fijando tiempos y normas de comportamiento que éstos debían cumplir. Consta, asimismo, que al inicio del turno asignado los trabajadores debían acudir al lugar fijado por la empresa [...] para que ésta les asignara servicios a través de la plataforma, debiendo retornar a ésta cada vez que finalizaban un servicio. Además, la empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto, siendo la empresa la que decidía en cada momento sobre los repartos a realizar y la efectiva asignación de los mismos. Asimismo, se ha probado que una vez asignado a un repartidor un turno de reparto por la empresa, éste precisaba encontrar a otro trabajador que le sustituyera y la autorización de la empresa para poder cambiar éste. Por otra parte, el trabajador carecía de libertad, dentro de su horario, para rechazar pedidos, resultando de la documental aportada que es precisamente, según manifestaciones de la empresa, el rechazo de ofertas y falta de disponibilidad reiterados, lo que ha dado lugar a la extinción de la relación entre las partes. Además, el trabajador que quisiese dejar temporalmente de prestar servicios, debía comunicarlo a la empresa con dos semanas de antelación. Se ha probado, así mismo, que el trabajador, aun cuando aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa, la titular de la plataforma virtual, con el nombre comercial “DELIVEROO en la que, a través de una aplicación informática -APP-, se organizaba la actividad empresarial”. Se subraya que la sentencia exponga que “No obsta a la existencia de dependencia antes referida, el hecho alegado por la demandada de que el trabajador pudiera subcontratar el trabajo por cuanto, de la prueba practicada ha quedado acreditado que la subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito”: una subcontratación pues que no es, verdaderamente, tal, y que, no consta que se pusiera en práctica, un hecho, pues, que no puede desvirtuar la ejecución personalísima exigida por el trabajo laboral en los términos previstos en el repetido ordinal 1.1 LET y concordantes.

2º) Y, “en cuanto a la ajenidad, es un hecho no controvertido que era la empresa la que decidía el precio de los servicios realizados por el trabajador, que éste percibía con independencia del cobro por parte de la empresa, y tras la elaboración por parte de ésta de la factura correspondiente. Así, se ha probado que el demandante, además de propinas, recibía una retribución fija por servicio realizado -3.38 euros brutos- y, hasta agosto de 2017, una suma en concepto de disponibilidad que aseguraba el percibo del importe de dos pedidos a la hora, no participando en modo alguno de los beneficios que, en su caso, pudiera obtener la demandada. Además, la empresa establecía las condiciones de los restaurantes adheridos y de los clientes a los que prestaba sus servicios, desconociendo el trabajador cuales eran los restaurantes que en cada momento estaban adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes que solicitaban sus servicios. También era la empresa la que fijaba el precio del servicio a los clientes y cobraba éste a través de la aplicación, no estando permitida al trabajador la percepción de cantidad alguna en metálico, a salvo la propina. Señalar, por último, que, según manifestaciones de la propia empresa, los trabajadores eran “la imagen de la compañía de cara al cliente”. Así pues, “Concurrentes las notas de dependencia y ajenidad que caracterizan la relación laboral, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.1 y 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dado que el trabajo del demandante se incardina dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, debe concluirse la existencia de una relación laboral entre las partes y la consiguiente competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión ejercitada en las presentes actuaciones”.

Resaltado de nuevo el mencionado protagonismo de la plataforma, la sentencia centraliza otra vez su atención en las condiciones en las que se presta el servicio de transporte para deducir su *laboralidad*. Insiste en apreciar la ajenidad, insistiendo que quedan probados ciertos pagos y cobros de “precios retribuciones, algunas “fijas”, y la no participación del repartidor en “beneficios”, hechos todos impuestos por el titular de la plataforma que como tal es quien gestiona y mantiene (gastos) la plataforma y las consiguientes aplicaciones tal como se ha comentado. Que la demandada sea la propietaria de la plataforma es clave (ajenidad), porque es la plataforma la que decide y gestiona (subordinación y dependencia) por algoritmos de acuerdo con unos parámetros predeterminados por su propietario.

A mayor detalle, se apunta que en este caso -como en otros varios- ya había actuado la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), suceso que aconseja formular el siguiente y simple apunte. Por ejemplo, la pormenorizada y *pedagógica* “Acta de Infracción de 11 febrero de 2018, resultante de las actuaciones de comprobación realizadas por la ITSS practicadas a partir de junio 2018 tras visita al centro de trabajo de la sociedad ROOFOODS SPAIN, S.L.U. (nombre comercial DELIVEROO), pone en evidencia una multiplicidad abrumadora de hechos, circunstancias y fundamentos que permiten calificar -como se hace en dicha Acta- de laboral la relación objeto de conflicto y comentario. Varias son las actuaciones de la ITSS en empresas con plataformas: una labor encomiable al respecto, y, por lo demás, documentada con una *didáctica* digna de cita.



Es una sentencia sobre un procedimiento por despido de un repartidor contratado por GLOVO como TRADE (tras haberlo sido, inmediatamente antes, como autónomo: una muestra de *adaptabilidad*), que previamente reconoce que la relación no es laboral sino TRADE (Magistrada Beatriz Victoria Prada Rodríguez). Una sentencia de viva actualidad a pesar de su recentísima publicación -en el preciso momento de finiquitar estas páginas- que, seguro tendrá futuro vía doctrina y, muy posiblemente, vía recurso; las observaciones que siguen son pues, simplemente, unas primeras y urgentes notas para colaborar en la medida de lo posible en el inicio de un debate que ya estaba candente.

Pueden favorecer la glosa de esta sentencia, las actuaciones de la ITSS (Zaragoza) en la empresa GLOVO, que estiman que los repartidores son falsos autónomos por ser trabajadores por cuenta ajena y obliga a que se proceda a formalizar alta correcta en la Seguridad Social; la sentencia del Tribunal de Milán de Trabajo núm. 1853/2018, publicada el 10 de septiembre de 2018<sup>44</sup>, que, contrariamente estima que no son falsos autónomos; y recordar con carácter general, el Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto, modificado el Reglamento General de Cotización a la Seguridad Social, endureciendo medidas para la lucha contra el uso de falsos autónomos.

#### 4.3.1. Un resumen de la sentencia: el repartidor es TRADE, no es trabajador por cuenta ajena

De buen principio, se advierte que GLOVO, “es una “start-up” cuyo objeto social es “la explotación de aplicaciones con facultad de comprar bienes y es una “compañía tecnológica cuya “principal actividad es la gestión de plataformas a través de una aplicación móvil (HP Tercero)”, y a partir de tal cabecera, quedan de relieve las siguientes cuestiones previas, pero significativas, siempre pensando en la *laboralidad* (ajenidad y dependencia) o no del repartidor:

1<sup>º</sup>) Las operaciones que se realizan se pueden agrupar en dos fases distintas (compra/recogida y recogida/entrega), siendo la segunda fase, la que más interesa aquí; 2<sup>º</sup>) En tal escenario intervienen un total de cuatro actores, incluido el empresario titular de la plataforma; y, 3<sup>º</sup>) El personaje central es “La empresa” GLOVO cuyo empresario se caracteriza porque está *personificado* por la citada plataforma, porque, teóricamente, bien podría carecer de trabajadores por cuenta ajena; y, porque interviene en las dos fases de la operación: en la primera, como simple “intermediación”, pero “con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena” (sic); y, en la segunda, durante “su actividad en la contratación de transportes de mercancías”, como “intermediario, agencia de transportes, transitario, almacenista u operador logístico”.

De la primera fase (compra/recogida: una relación entre establecimiento de abasto y empresario-plataforma), se relata (HP Tercero) que la empresa GLOVO compra o simplemente dispone la recogida de un producto para su transporte por recadero o repartidor respectivamente, que para ello “GLOVO pone a su disposición -del cliente final- un repartidor que acude al establecimiento, adquiere -o recoge- el producto, y lo lleva hasta su destino”, que “la Empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierne con establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados”; y, reiterando que “el consumidor final -vía plataforma- abona a GLOVO el coste del producto y el transporte” (HP Tercero). Y ya en el HP Noveno, se relata que “si -el recadero- tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por GLOVO APP”. Al respecto, se advierte que la plataforma gestionada por el empresario “asigna pedidos” de forma automática, pero en función (“algoritmo de GLOVO”) de “coste-beneficio” (HP Cuarto).

Entre los hechos de la segunda fase (recogida y transporte), basada en una relación del empresario -plataforma- con el repartidor gestionada por “la app de la empresa” (HP Cuarto *in prius*), se subrayan los siguientes hechos:

1<sup>º</sup>) En cuanto a la *organización* de la actividad. El repartidor efectúa una “previa reserva de la franja horaria en la que desea trabajar”, quedando a la espera de “pedidos acordes con su franja horaria y zona geográfica” que puede aceptar o rechazar en los términos previstos, negativa que también es posible de “un pedido previamente aceptado a media ejecución sin penalización alguna”. “Una vez aceptado el pedido, el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas” (HP Cuarto). El (HP Sexto) añade o reitera que: el “trabajador” fija inicio y final de su jornada y su actividad (selección, aceptación y rechazo pedidos), operando con la “posición *auto-asignación*”, todo sin límites mínimos, y “sin sufrir penalización alguna”. Y en materia de jornada, se relata (HP Octavo) que el trabajador “tenía derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el periodo de su disfrute”, y que “no estaba obligado a justificar sus ausencias del servicio ante la demandada, debiendo sólo comunicárselas con antelación”. Quedan, pues, fijados unos hechos que, a efectos organizativos de la actividad, inciden, no sólo en materia de jornada-horario, sino también, en el lugar (zona) dónde está el repartidor (siempre geolocalizado) esperando o no un encargo.

A todo ello se añade que “existe pacto de exclusividad, teniendo el trabajador libertad para contratar con terceros” (HP Noveno), disponibilidad que sólo queda limitada por su condición de TRADE (ex. arts. 11 y ss. Ley 20/2007, de 11 julio, *cit. supra*), y que no consta en los HP que se haya utilizado. Y se relata que el repartidor “Mientras realizaba su actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS con el que se registraban los Kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino” (HP Décimo). Y se añade que el repartidor “utilizaba una moto y un teléfono móvil de su propiedad, asumiendo todos los gastos inherentes a su uso” (HP Undécimo). Como se detallará, cuando la actividad no tenía un buen fin, el repartidor podía asumir ciertos riesgos (HP Cuarto y Noveno *infra*), sin que conste si existían seguros y/o reaseguros al respecto.

2<sup>º</sup>) En cuanto a la puntuación de la actividad del repartidor, el “sistema de puntuación” de los repartidores que tiene establecido la empresa (HP Séptimo) tiene algunos aspectos dignos de cita: clasifica a los repartidores en tres grupos; opera teniendo en cuenta que “si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la Empresa puede decidir bajarle de categoría (Cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios)”; y, establece “tres factores” que sirven para baremar la puntuación, tales como “la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa ‘horas diamante’. La puntuación máxima que se puede obtener es de 5 puntos”. A todo ello se añade que “existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador”. Y, por último, en este HP Séptimo, se reconoce que “los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando”.

3<sup>º</sup>) En orden a la remuneración de la actividad del repartidor. Del “sistema de retribución” del repartidor (HP Quinto, que se da por reproducido) se relata el quién, cuánto, cómo y dónde se materializa, precisando que el titular de la plataforma fija las cantidades de los “precios y tarifas” fijas (por “pedido”, “kilometraje” y por “tiempo de espera”), precisándose que una parte del “precio” cobrado por la empresa al cliente final se queda en su “poder”, en “concepto de comisión por la intermediación realizada”, no constando intervención alguna del repartidor en momento alguno de ninguna de las dos fases de la operación, es más, se relata que las facturas que presenta el repartidor a la empresa (GLOVO) para cobrar su retribución “eran confeccionadas -por la misma- GLOVO”. Se debe recordar un hecho ya relatado: si -el recadero- tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por GLOVO APP” (HP Noveno); y, “la empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierne con establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados” (HP Tercero *in fine*). Esta retribución incide en el mencionado “algoritmo GLOVO” que decide la asignación de pedidos “siguiendo una función de coste-beneficio” (HP Cuarto *cit.*). La retribución del repartidor estaba condicionada porque “asumía la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo sólo si lo terminaba a satisfacción del cliente), y asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte” (HP Noveno).

Los Fundamentos de Derecho -en alguno de los que se incluyen algunas referencias fácticas que no parecen estar total y precisamente recogidas en los hechos probados de la sentencia- dedicados al objeto de debate en estas páginas (especialmente FD Cuarto a Séptimo), formulan dos conclusiones: 1<sup>ª</sup>) La naturaleza contractual dirimida “no puede calificarse como relación laboral, por no concurrir en la misma las notas definitorias de tal relación (salvo la de voluntariedad) y, singularmente, las de ajenidad y dependencia”, “en el caso

presente no se ha demostrado que la realidad material de la relación fuera diferente a la realidad” (FD Quinto); y, la 2ª) “la realidad material de la relación demostrada difiere considerablemente de una relación laboral, sin que concurren sus principales características, y por otra parte se ajusta perfectamente a las condiciones definitorias del trabajo en régimen de TRADE” (FD Séptimo). La primera conclusión -que no es laboral (FD Cuarto)- se deduce de negar que se cumplen los caracteres de una relación laboral ex art. 1.1 ET, citando al efecto jurisprudencia, especialmente, la STS 26/11/2012 (y otras anteriores), la STS 07/06/86 (y otras posteriores hasta 2010), la STS 11/03/05 (y otras posteriores hasta 2012), y transcribiendo parte de la precitada STS de 20 de julio de 2010, negativa en la que se insiste (FD Quinto) tras advertir -con cierto detalle, entendemos- que los hechos no se pueden subsumir en tal normativa laboral (FD Quinto a partir de su punto “2”, que se da por reproducido aquí)<sup>45</sup>, operación de subsunción que *explica* que, en ocasiones, los hechos se describan con una generosidad digna de consideración. La segunda de las conclusiones -es TRADE- (FD Sexto) se deduce tras advertir -con cierta rapidez, entendemos- que los hechos del relato fáctico probado se pueden subsumir en la actividad de figura del TRADE prevista en la citada Ley 20/2007, de 11 de julio, LETA *cit. supra*, especialmente en sus ordinales 11 y siguientes (FD Sexto y Séptimo).

#### 4.3.2. Una rápida y provisional aproximación valorativa a la sentencia: ¿el repartidor es TRADE, no trabajador por cuenta ajena?

La calificación de no laboral de la relación litigiosa no resulta pacífica, ni aun teniendo en cuenta que en este caso el contrato considerado es de TRADE, no de -falso- autónomo simplemente como ocurría en las dos sentencias anteriormente citadas y comentadas también sobre naturaleza del trabajo de repartidores. Tal diferencia -formalmente, importante- ya pone de relieve un dato: es un ejemplo más de los intentos de adaptación -acción/reacción: huida/adaptación- del tipo de trabajo comentado a un marco determinado.

Habrà que esperar a que se resuelva el -seguro- recurso contra tal sentencia para disponer de una opinión más *definitiva*. A efectos de simple debate y sometidas a mejor opinión, se resumen algunas de las razones que podrían abonar la laboralidad -ajenidad y subordinación- del repartidor GLOVO y que se formulan con la *rapidez y concisión* a que obligan las circunstancias comentadas.

Somos de la opinión que el repartidor de GLOVO -reclutado vía página web citada: ¿un *vademécum* contractual? - trabaja por cuenta ajena. Si se enumeran y estudian todos los aspectos de todos y cada uno de los referentes dinerario-económicos que, directa e indirectamente, entran en juego en la relación establecida entre el empresario y el repartidor, fácil es convenir que el empresario, potencialmente, tiene mucho más que *ganar* y mucho más que *perder* que el repartidor, y así es porque aquél tiene más -e importantes- elementos del negocio *propios* y, consiguientemente éste tiene muchos ajenos y pocos -importantes- propios (*ex* propiedad *privada*). Es clave que los medios de producción *principales* de la empresa por su elevado costo -entre otros: la plataforma y sus aplicaciones, y los geolocalizadores- sean de titularidad del empresario (ajenidad), que como tal los adquiere y mantiene (ajenidad en inversión inicial y derivada), y es clave también porque -como propietario que es- los gestiona, organizando así el negocio, y programando así también la actividad del repartidor (dependencia, *infra*) sin su intervención. Que la bicicleta -¿cualquier bicicleta es aceptada?- y móvil -¿*ídem*?- sea de propiedad del repartidor, y que como tal asuma ciertas cargas -*menores* por comparativa- es un hecho que no desvirtúa por sí mismo la ajenidad tal (ya en STS 26 enero 1986 *cit. supra*): son medios imprescindibles para el repartidor, pero la propiedad de los mismos no es tema -herramienta- *principal* para el negocio (¿qué hacer de la bici y el móvil propio sin la aplicación ajena?). Si se listan y valoran las cantidades que el empresario debe pagar por la plataforma, las que liquida y/o percibe del comerciante que le abastece y las que recibe del cliente final o consumidor, y se advierte que las fija sin intervención alguna del repartidor, se puede concluir que el repartidor o recadero es ajeno a los dos mercados, y mucho más que lo es en el caso de que el recadero utilice la tarjeta bancaria del empresario -*sic*- para adquirir el producto en los términos relatados. La retribución que percibe el repartidor (contra presentación de factura que -sintomáticamente- elabora la propia empresa pagadora como ocurre cuando se trata de un salario documentado con su recibo), por su estructura (conceptos ordinarios y extraordinarios -“hora diamante”, y, sábados/domingos con retribución mejorada), por las partidas salariales que la componen (entregas, esperas y kilometraje), y, por quien las fija como cantidades fijas o variables, pero ni beneficios ni pérdidas, incide mucho en los costes-beneficios empresariales: hechos y circunstancias todas ellas que abonan la ajenidad de la relación, y, consiguientemente, la naturaleza salarial de la retribución en cuestión, incluso, en el caso de que se entienda que sólo cobra por encargo recibido (por horas de trabajo, en definitiva), es decir, “por obra”, una modalidad de salario posible (art. 29 LET). Y también sobre la ajenidad, se debe apuntar que la responsabilidad del buen fin del servicio referida en la relación fáctica siempre habrá que limitarla a un ámbito muy limitado, y saber qué tipo de seguros entran en juego, todo ello pensando en los derechos un cliente final que pactó con la plataforma las condiciones principales y que su relación -contactos- con el repartidor no deja de ser meramente secundaria o instrumental como se ha comentado.

Todos estos referentes dinerario-económicos presentes en el caso sentenciado ya rezuman ajenidad por sí mismos, pero más que puede ser así cuando se tiene presente que todos, sin excepción, dan cuerpo al mencionado “*algoritmo GLOVO*” que, según los hechos probados, decide la asignación de pedidos y lo hace “siguiendo una función de coste-beneficio”: “costes” y “beneficios” (lucro especial) *versus* ajenidad. No parece que el producto que transporta el repartidor sea suyo en ningún momento del transporte.

Por lo que se comentará a renglón seguido, aquí y ahora se postula que, en la medida que existan algunos visos de ajenidad, es altamente improbable que desaparezca plenamente la subordinación dependencia.

Defendemos que el repartidor de GLOVO presta su trabajo en régimen de subordinación y dependencia. Resulta conveniente tener presente que el presupuesto de la dependencia se ha ampliado -*relativizado*: aunque no *suprimido*- doctrinal y jurisprudencialmente durante los últimos años, especialmente cuando se trata de trabajos “digitales” (“dependencia digital”), sin olvidar que los hechos concretos de cada caso confirmarán o negarán su existencia: recordar, entre otras, las aportaciones y valoraciones efectuadas en punto a la STS 16/11/2017 *cit.*, sobre recurso de unificación de doctrina sobre naturaleza jurídica de servicios de traductores contactados y preseleccionados a través de una aplicación informática más que realmente digital. En la empresa del supuesto sentenciado, la plataforma (antes ya *principal* por su coste) es funcionalmente el medio de producción más importante porque programa u organiza el negocio, lo hace siguiendo las pautas que decide su propietario, *concretando* -en la práctica (por algoritmos)- automáticamente el repartidor y condicionando su actividad laboral, e incluso, su propia persona (que hasta luce un peculiar “uniforme” publicitando la empresa que se lo facilita e impone por muchos kilómetros de la vía pública). Es cierto que el repartidor GLOVO de la sentencia tiene posibilidades para fijar aspectos de su “jornada” y su “horario”, pero es discutible que actúe “sin sujeción ninguna a jornada practicando su trabajo con entera libertad o realizando su trabajo con independencia” (STS 20/07/2010) si se tienen presentes las siguientes circunstancias. Desde que activa su disponibilidad a recibir encargos (horas de trabajo), y especialmente, cuando recibidos los comienza a ejecutar -y así, una y otra vez sucesivamente encadenando tiempos de espera y transporte- resulta difícil deducir que no queda sujeto ni a “ninguna” jornada ni a horario; una jornada “flexible”, pero “previa reserva de franja horaria” obligatoria sin saber cuántos y cuándo encargos deberá hacer (está a la expectativa: ¿contrato *cero horas*?), y teniendo presente que sábados y domingos están *premiados* y que existen “horas diamante”, franja horaria *impuesta* que, por lo demás, si no se cumple podrá comportar una penalización. Un compromiso sobre jornada-horario que no se desvirtúa ni siquiera cuando -excepcionalmente en la práctica- rechaza una recogida -¿y una entrega de un encargo ya recogido?- previamente aceptada por razones económicas o un descanso que no está pre programado por la plataforma, y no desvirtúa la jornada-horario porque el repartidor no se ausenta en franja horaria de trabajo, sino que atiende otros encargos que mejoran sus condiciones haciendo las combinaciones que le están permitidas, asumidas y “auto controladas” de antemano como una variable más de la organización empresarial gestionada por la plataforma, siendo así que difícilmente resultaría de recibo hacer del *rechazo* en cuestión un

ejemplo válido de autogestión -*independencia o autonomía*- del negocio por parte de un repartidor.

Cierto es que el repartidor GLOVO no acude a un centro de trabajo entendido como uno más de los indicios que la jurisprudencia utiliza para contrastar la dependencia, pero, en cambio, tiene asignada su “zona geográfica”, a modo y manera de *lugar de trabajo* según los hechos, condicionamiento que, según jurisprudencia, puede dar lugar a una subordinación más o menos intensa. Y cierto es que el repartidor está en contacto con el cliente final -para resolver cuestiones instrumentales - “dudas”- de entrega del pedido, pero no para cuestiones principales que ya han sido convenidas previamente entre empresario y cliente final y repartidor. Algunas de las circunstancias del “sistema de puntuación” *versus* “sistema de retribución” también desdichan que el repartidor trabaje sin ninguna jornada y/o horario, pues de no hacerlo en algunos días y/o unas horas, caben penalizaciones, se puede reducir la retribución considerablemente, o incluso, condicionar nuevos encargos vía plataforma que constantemente procesa datos. La plataforma decide el inicio y el final, aspectos claves del transporte, aunque el trayecto o la ruta la decida el repartidor (geolocalizado durante toda la ruta): es probable que el repartidor sepa mejor que la plataforma cuál es el camino más *rentable* para sus propios intereses, que serán también, los ajenos. El *geolocalizador* -operativo durante todos los tiempos de espera y de transporte- cierto es que calcula kilometraje a efectos salariales, pero, sin duda, también detecta “tiempos”, “ubicaciones”, “movimientos” varios, y otras *ratios* que la plataforma puede procesar a efectos salariales (contra presentación de factura que -sintomáticamente- elabora la propia empresa pagadora) y de asignación -o no- de nuevos encargos. Si el empresario dispone y utiliza la plataforma y el geolocalizador no sólo para programar u *organizar* el negocio, sino que también *controlar* a los repartidores, y, además, para *sancionarlos* -régimen disciplinario- combinando preferencias y penalizaciones con ocasión del reparto de encargos y/o su retribución, resulta que la dependencia y subordinación -económico organizativa-, una vez más, puede estar servida. En la medida que algunas de las penalizaciones -o *premios*- previstas no se tuvieran como “sanción” para poder deducir así la dependencia por existir un régimen disciplinario, se podría argumentar que la abona porque tales sanciones-premios condicionan la delimitación de la jornada y/o el horario de trabajo del repartidor.

Todas las consideraciones formuladas y los resultados de una valoración conjunta de los indicios y contra-indicios sobre ajenidad y subordinación (franja horaria, ruta, jornada y horario, por ejemplo) en el caso GLOVO también avalan -salvo mejor opinión- su *laboralidad*<sup>46</sup>: el empresario (personificado por su plataforma) no es un simple intermediario comisionista, ni los trabajadores son TRADE. Los indicios, según conocida jurisprudencia, prevalecen frente -v.gr- al nombre que las partes otorguen al contrato (civil, mercantil, TRADE), al alta en el régimen de autónomos (RETA), o frente a actos similares como IAE.

Se dan por citadas de nuevo aquí algunas de las más actuales sentencias del TS, que dan cuenta que la ajenidad continúa siendo la clave de la cuestión y que la subordinación se sigue requiriendo, pero siempre relativizada -según trabajo y según circunstancias- en los términos expuestos; de la misma manera, queda reiterada la doctrina de autor precitada al efecto. Jurisprudencia y doctrina que también recuerdan la viabilidad de la presunción de *laboralidad* prevista legalmente *cit. supra*, que resta posibilidad a la presunción de extra-laboralidad.

Si se conviene que el repartidor trabaja por cuenta ajena y en régimen de subordinación, sólo cabe concluir que es un trabajador por cuenta ajena, no autónomo sin más, ni tampoco TRADE a pesar de que su dependencia económica sea remarcable y remarcada en el supuesto GLOVO contemplado (LETA *cit.*, en especial, arts. 11 y ss. y complementarios): una propuesta para el debate, que se somete a otra mejor fundada. En todo caso, el tribunal -o los tribunales-, en fase de recurso (s) dará su opinión que, a buen seguro, no evitará nuevos intentos de huida del Derecho del Trabajo.

## 5.Unas conclusiones. Nuevas tecnologías y nuevas manifestaciones de la ajenidad: nuevas formas de TRABAJAR POR CUENTA AJENA

1<sup>º</sup>) Las actividades de ciertas empresas con plataforma, generalmente, permiten distinguir dos fases: la fase de encaje entre una oferta y una demanda de un servicio o producto, y la segunda el posterior servicio para su reparto-transporte. Ambas tienen sus propias características, pero el servicio de intermediación de la plataforma digital en el mundo del trabajo, integralmente considerado, es más un servicio de transporte que un servicio de la sociedad de la información porque la segunda predomina sobre la primera según la normativa aplicable, incluida la comunitaria; un servicio de transporte cuya naturaleza laboral o mercantil-civil depende de la legislación estatal, y en concreto y en nuestro caso, de si se ajusta o no a las previsiones del ordenamiento laboral (ex art. 1.1. LET).

2<sup>º</sup>) Compartiendo la opinión que la relación de trabajo capitalista, ex art. 1.1. LET, tiene su hábitat natural en el mercado porque es donde mejor vive y sobrevive (reproduce) la ajenidad, se puede apuntar hoy que, la plataforma digital -cuyo protagonismo se ha constado en estas páginas- es una nueva versión del mercado donde se sigue *comprando y vendiendo* trabajo por cuenta ajena. Este protagonismo de la plataforma para nada desdice que el trabajo digital pueda ser un trabajo por cuenta ajena, todo depende si se cumplen o no los sabidos presupuestos de *laboralidad* legalmente establecidos.

3<sup>º</sup>) Según sean los hechos, el repartidor no es un trabajador *con* plataforma como no lo son *con* empresa o auto organización, el repartidor o recadero, en el contexto GLOVO de referencia, es un trabajador *de* la plataforma como lo es *de* la empresa: es decir es un trabajador por cuenta ajena. El personal de reparto de las tres empresas consideradas en estas páginas, y que ha dado lugar a las tres sentencias pioneras sobre el tema, son, salvo mejor opinión, trabajadores por cuenta ajena, no autónomos ni TRADE: una propuesta para debate, que se somete a otra mejor fundada. Las sentencias que resuelvan los -seguros- recursos ofrecerán una opinión más definitiva: no obstante, los intentos de huida del Derecho del Trabajo persistirán, y los consiguientes para evitarlo, también.

4<sup>º</sup>) Algunas manifestaciones del trabajo con aplicaciones de plataformas digitales son potenciales “yacimientos” de empleo que, también, promociona el trabajo autónomo, pero otras lo son de “yacimientos” de trabajo precario (sin frenos) y de falsos autónomos (sin contrato). La economía 4.0 que va de la mano con la precariedad y fraude 4.0, sin procurar progreso ni tener responsabilidad social, repugna al Derecho del Trabajo.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Ponencia presentada en el 2º Congreso Mundial CIELO Laboral 2018 sobre “Cuarta Revolución Industrial y globalización: la protección del empleo, salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo (Uruguay), los días 12 y 13 octubre de 2018.

2

*Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 2017.

---

3

ARAGÓN, J., "Notas sobre ¿Una nueva revolución industrial? Economía digital y trabajo", *Gaceta Sindical (CCOO)*, núm. 27, 2016, pp. 11 a 22; y, VEGA RUIZ, M.L., "El futuro del trabajo: ¿revolución industrial tecnológica o crisis del estado social?". *IUSLabor*, núm. 1/2017.

---

4

CES: La digitalización de la economía (Informe, 3/2017. CES. Madrid, 2017; ARAGÓN, J., *op. cit.*, pp. 11 a 22; y, "La economía digital en España", *Revista de Economía (ICE)*, septiembre-octubre, núm. 898, 2017 (monográfico).

---

5

Por todos, v.gr.: ÁLVAREZ CUESTA, H., *El futuro del trabajo vs el trabajo del futuro*, Colex, Madrid, 2017; AUTHIER, G.; LEÓN ORDÓÑEZ, G.C., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018; CUADROS GARRIDO, M.E., *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018; MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.) y SERRANI, L. (Coord.), *Los actuales cambio sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Vol. I Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo*, Peter Lang, Suiza, 2017; RODRÍGUEZ MARÍN, S.; MUÑOZ GARCÍA, A. (Coord.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2018; ROJO TORRECILLA, E., *(Recopilación) Textos sobre economía colaborativa y relaciones laborales (31.8.15 a 30.1.2018)*, en Blog Eduardo Rojo, 30 enero 2018; TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; y, TODOLÍ SIGNES, A.; HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi. Madrid, 2018.

---

6

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE EUROPA, *Consumo colaborativo a participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*, CES (2014/C/177/01).

---

7

MIGUÉLEZ, F. (Coord.), *La revolución digital en España. Impacto y retos sobre el mercado de trabajo y el bienestar*, 2018, Depósito digital de Documentos de la UAB, en: <https://ddd.uab.cat/record/190329?ln=ca>

---

8

SRNICEK, N., *Platform Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 2017.

---

9

CAVAS MARTÍNEZ, F., "Prestaciones de servicios a través de plataformas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS. CEF)*, núm. 406, 2017; RODRÍGUEZ, L., "¿Trabajadores o 'freelancers'? Apuntes sobre el trabajo en las plataformas digitales". *Infolibre*, 6 de diciembre de 2017, accesible en: [https://www.infolibre.es/noticias/luces\\_rojas/2017/12/06/trabajadores\\_freelancers\\_apuntes\\_sobre\\_trabajo\\_las\\_plataformas\\_digitales\\_72746\\_1121.html](https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/12/06/trabajadores_freelancers_apuntes_sobre_trabajo_las_plataformas_digitales_72746_1121.html); ROJO, E., "Relación laboral y economía colaborativa. Impacto de la tecnología en las condiciones de trabajo y en el vínculo jurídico contractual. Dudas e interrogantes", Blog Eduardo Rojo, 2017 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/relacion-laboral-y-economia.html>; y, PÁRRAGA TRILLO, F., "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, pp. 59-82.

---

10

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque propositivo* (Lección presentada al Concurso para provisión de una Plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCE, julio 2017, 73 páginas), de consulta en <https://eprints.ucm.es/.../CONCEPTO%20DE%20TRABAJAD>

---

11

BELTRÁN, I., *Economía colaborativa y contrato de trabajo*, Ponencia presentada en "XX Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona 9 y 10 de marzo de 2018", en blog Ignasi BELTRÁN, 7 febrero de 2018 <https://ignasibeltran.com/2018/02/07/economia-de-las-plataformas-platform-economy-y-contrato-de-trabajo-ponencia/>

---

12

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Externalización y fraude: trabajo a demanda vía apss*, accesible en <http://docplayer.es/66286784-1-nuevas-formas-de-prestacion-de-servicios-en-la-era-digital.html>

---

CASAS BAAMONDE, M.E., "Precariedad en el trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 9, 2017, pp. 867 a 882.

ÁLVAREZ MONTERO, A., "Yacimientos de falsos autónomos" más allá de las plataformas digitales: ramificaciones de un arraigado problema", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 424, 2018, pp. 113 a 132; y, AUVERGNON, P., "Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pp. 1 a 18.

ROCHA SÁNCHEZ, F., "La digitalización y el empleo decente en España: retos y propuestas de actuación", en *El Futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita. Madrid, 2017, pp. 259 a 274.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Derecho y trabajo en la era digital: ¿"Revolución industrial 4.0" o "Economía sumergida 3.0", en *El Futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita. Madrid, 2017, vol. 2, 2017, pp. 403-424.

Ver OIT, *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world*, International Labour Office, Geneva, ILO, 2018.

El estudio del Parlamento Europeo *La protección social de los trabajadores en la economía de plataformas* de 2017 señala algunos de los efectos de dicho trabajo, entre los que no pocos resultan criticables, según su síntesis ocurre que "...cuanto mayor sea el nivel de dependencia económica del trabajo en plataformas, menor será el acceso de los trabajadores a las protecciones sociales [...] figuran como problemas fundamentales para los trabajadores de la economía de plataformas. También se señalaron retos en algunos países para los trabajadores situados en una zona ambigua entre la condición de trabajador y la actividad por cuenta propia"; y, se señala que "El acceso de los trabajadores de la economía de plataformas a sistemas de protección social es muy bajo"). En su síntesis, en castellano, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL\\_STU%282017%29614184](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL_STU%282017%29614184))

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 (LET, en adelante), a consultar en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA, en adelante, a consultar en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1986, p. 497.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., *op. cit.*, p. 499.

*Ibidem.*, p. 501.

SUÁREZ CORUJO, B., "El trabajo en las plataformas digitales: ¿Un cambio de paradigma?". *Economistas Frente a la Crisis*, 11 de abril de 2018, <https://economistasfrentealacrisis.com/el-trabajo-en-las-plataformas-digitales-un-cambio-de-paradigma/>

PÉREZ AMORÓS, F., "Derecho del Trabajo y trabajo por cuenta ajena", en CRUZ VILLALÓN, J.; GÓMEZ MUÑOZ, J.M.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., *Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la Protección social. Estudios en recuerdo del Profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 199.

---

24

SIERRA BENÍTEZ, E.M., "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, pp. 93 a 118.

---

25

ESTEVE-SEGARRA, A., "Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajador en la era digital", *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pp. 37 a 60.

---

26

<https://supremo.vlex.es/vid/-76889901>

---

27

ROJO TORRECILLA, E. "Relación laboral entre mensajeros y empresa". La Vanguardia de 18 de mayo de 1986, p. 59, en: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1986/05/18/pagina-59/32877355/pdf.html>

---

28

SALINAS MOLINA, F., "El fraude a los derechos de los trabajadores", *Jueces para la Democracia*, vol. 5, núm. 5, 1988, pp. 37 a 42.

---

29

ALARCÓN CARACUEL, M.R., *op. cit.*

---

30

ÁVAREZ MONTERO, A., *op. cit.*; GINÉS FABRELLAS, A., "Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (RTSS. CEF), núm. 425-426, 2018, pp. 89 a 111; MALDONADO MONTOYA, J.P., "Superación del concepto clásico del contrato de trabajo", en *El futuro del trabajo que queremos*, Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017. Madrid. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), vol. 2, 2017, pp. 367-384; y MOLINA NAVARETE, C., "A la caza del falso autónomo: mejora de la acción Inspectora contra el fraude y el *estrés financiero* de la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (RTSS. CEF), núm. 242, 2018.

---

31

V.gr: STS 20 julio 2010, siempre conocida y tan citada por su completo y didáctico planteamiento de los presupuestos que explican el trabajo objeto el ordenamiento laboral; la STS 6 octubre 2010, actores doblaje, citando antecedentes tales como STS de 16 y 19 julio 2010; STS 29 noviembre 2010, *laboralidad* sanitario médico ; STS 21 julio 2011; STS 22 diciembre 2011; STS 17 mayo 2012, *laboralidad* de perito tasador STS 26 noviembre 2012, no *laboralidad* de perito tasador; STS 19 febrero 2014, *laboralidad* tertuliano; STS 20 enero 2015, limpiadora laboral; 11 febrero 2015, psicólogos; STS 7 noviembre 2017, músicos ; STS 16 noviembre 2017, *laboralidad* traductores; y por último STS 22 enero 2018, Zardoya y STS 8 febrero 2018, Otis, todas estas últimas en la línea de ampliar el sentido de la ajenidad-dependencia laboral.

---

32

Recurso, 2086/2015; Id Cendoj: 2807914001201710087399.

---

33

Esta STS de 16 noviembre 2017 (unificación de doctrina), confirma la *laboralidad* de la relación apreciada en suplicación por la STSJ Andalucía-Sevilla de 18 diciembre 2014 (recurso 3049/13), que, a su vez, había casado la de instancia. Estas sentencias de casación y de suplicación -y la de contraste para casación (TSJ Madrid de 11 abril 2011, recurso 5966/10- contienen cuestiones que conviene tener en cuenta para debatir sobre el estado actual de la cuestión de la ajenidad-dependencia laboral en la jurisprudencia.

Alrespecto se tiene por transcrito el FJ Primero 2 de la repetida STS de 16 de noviembre 2017 en el que se resume el planteamiento argumental de la STSJ Andalucía-Sevilla de 18 diciembre de 2014 que da base a la *laboralidad* del trabajo objeto de litigio. (Id Cendoj: 28079140012017100873).

Yal respecto, se transcribe el FJ Primero 3 STS 16 noviembre 2017: "Aplicando los anteriores criterios al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, hemos de concluir, teniendo en cuenta la presunción de *laboralidad* establecida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, que la relación habida entre las partes es de naturaleza laboral ya que se dan las notas de ajenidad y dependencia, como se pasa a examinar. 1º.- El actor asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación para... Cuando es llamado por esta empresa... se le indica lugar, día y hora a la que debe acudir, acudiendo con sus propios medios, comunicando su presencia y poniéndose a disposición [...]



Terminada su intervención [...] se le expide una certificación en la que consta la fecha de la intervención, hora de inicio y fin de la misma, idioma empleado, órgano que ha precisado los servicios y número del procedimiento en el que ha precisado la asistencia. Si bien no tiene un horario fijo, éste viene impuesto por las necesidades de los organismos que solicitan a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir. El actor decide si acude o no a desarrollar sus servicios y, caso de que no acuda, se llama a otro. Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar. 2º.- Dicha actividad la desempeñaba a cambio de una retribución, percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada [...] presentación mensual de facturas [...] percibiendo una cantidad fija por hora trabajada -24 €/ hora-, habiendo percibido desde junio de 2011 a mayo de 2012 un promedio de 67,54€ diarios. 3º.- No consta que el actor tuviera algún tipo de estructura empresarial sino por el contrario se insertaba en la organización de trabajo de la entidad demandada. 4º.- No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad. 5º.-Tampoco impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales. 6º.- Como señala la doctrina de esta Sala -STS de 25 de enero de 2000, recurso 582/1999 - la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación”.

---

34

Ver, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Traductores e intérpretes judiciales y jurados. Existencia de relación contractual asalariada en una empresa que utiliza aplicación informática. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 902/2017, de 16 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS. CEF)*, núm. 420, 2018, pp. 117 a 124.

---

35

Recurso 3344/2009; Ponente Fernando Salinas.

---

36

“FJ SEGUNDO.- 1.- Como se sistematiza y proclama, entre otras, en la STS/IV 23-noviembre-2009 (recurso 170/2009 ), las notas características de “ajenidad” y “dependencia” que determinan que una relación jurídica deba configurarse como laboral (art. 1 ET ), han sido entendidas en sentido amplio en función del tipo de servicios prestados, al modo interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en la STS/Social 6-junio-1983 y 2-abril-1996 (recurso 2613/1995 ), afirmándose, en esta última, que “es que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”; o en la STS/IV 31-marzo-1997 (recurso 3555/1996), en la que se establece que “no nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico [...] incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos”; o en la STS/IV 10-julio-2000 (recurso 4121/1999) en la que se argumentaba que “no concurre ninguno de los más característicos indicadores inequívocos de que la prestación de los servicios profesionales se efectuara en régimen de autonomía, pues el perito tasador demandante no tenía la facultad de rechazar las peritaciones ofrecidas, no fijaba ni tenía participación trascendente en la determinación de sus honorarios, contaba con muy escaso margen en la realización de su actividad debiendo ceñirse esencialmente a las instrucciones recibidas, y realizaba directa y personalmente las peritaciones sin valerse de colaboradores a su servicio”. 2.- *A sensu contrario*, cuando esta Sala ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral ha exigido que la prestación del demandante se limitara a la práctica de actos profesionales concretos “sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad” (STS/Social 12-julio-1988) o que realizara “su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias” (STS/Social 1-marzo-1990)”.

---

37

Por ejemplo: Sentencia Central *London Employment Tribunal* de 5 de enero de 2017 (mensajeros contratados como autónomos, son trabajadores asalariados); Sentencia Tribunal Supremo del Estado de California, de 30 de abril de 2017 (Caso, *Dynamex operations West*; fallando la laboralidad de conductores para entrega de paquetes); *Cour d’Appel* de París, sentencia de 20 de abril de 2017 (no laboralidad, “Eurl Take Eat Easy”); Sentencia *Cour d’Appel* de París, de 9 de noviembre de 2017 (*Deliveroo*, sobre no laboralidad de los mensajeros); Sentencia del Tribunal del Distrito Norte de California de 8 de febrero de 2018 y del Tribunal Distrito Norte de Pensilvania de 11 de abril de 2018 (Caso “*Uberblack*”, drivers como trabajadores autónomos); y, Sentencia del Tribunal de Trabajo de Turín de 7 de mayo de 2018 (no *laboralidad* de riders). Ver, ROJO, E., “Tecnología y relaciones laborales. La respuesta del Derecho del Trabajo a los cambios económicos y sociales (especial atención a la economía de las plataformas”, ponencia presentada en las Jornadas de estudio de la Unión Progresista de Trabajo (UPIT) sobre *La Inspección ante las nuevas formas de huida del Derecho del Trabajo* (Santiago de Compostela los días 24 y 25 de mayo 2018), de consulta en blog Eduardo ROJO, 22 de mayo de 2018, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/05/tecnologia-y-relaciones-laborales-la.html>; ; y “Trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación”, GOVUP y Adigital, 2017.

---

38

STJUE de 20 diciembre de 2017 (Asunto C 434/15, “Asociación Profesional Élite Taxi” contra “Uber Systems Spain, S.L”), texto en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=172505>, responde a una cuestión prejudicial

planteada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona. La Sentencia falla que “ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de *servicio en el ámbito de los transportes* [...]”. No se trata pues de una actividad de comercio electrónico que pudiera entenderse como una simple intermediación, sino que se oferta un servicio de transporte accesible mediante herramientas informáticas o todos los interesados que incumbe pues a los estados miembros regular las condiciones de prestación de estos servicios, y según como se haga, podría dar lugar a trabajos por cuenta ajena. Ver, GOERLICH PESET, J.M., “La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 43-44, 2018, pp. 69 a 75; y, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo”, accesible en <https://eprints.ucm.es/index.html>

Se aprovecha para subrayar que la citada STJUE de 20 de diciembre de 2017 muestra que la normativa UE aplicable -que cita, y a la que nos remitimos- aporta referentes para debatir si la empresa-plataforma sólo intermedia sin más, o bien, si también integra servicios subyacentes que pudieran ser calificables de laborales en los términos expresados, recordando al efecto que el concepto de trabajador por cuenta ajena en la UE, está regulado en la normativa comunitaria parcialmente citada en la sentencia TJUE (v.gr.: Directiva 2003/88, sobre tiempo de trabajo, y Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos). A tener en cuenta que, según la UE, si la relación entre titular de plataforma y el repartidor-recadero es laboral, corresponde regularla a los estados miembros, que, si lo estiman, pueden hacerlo de forma más amplia que lo hacen las pautas comunitarias.

Amayor abundamiento sobre la cuestión de la condición del trabajo con o de plataformas digitales, y siguiendo en el ámbito comunitario, ver: Comunicación de la Comisión, sobre “Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa” {SWD(2016) 172 final; Bruselas 25.5.2016 COM(2016) 288 final}; la Comunicación de la Comisión, sobre “Agenda Europea para la economía colaborativa” [Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final], de la que interesa subrayar su punto 2.4 pp. 12 a 14 sobre “Trabajadores por cuenta ajena y propia la economía colaborativa”, que por su interés, damos por transcrito aquí <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881>; la “Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa” (2016/2003(INI) [P8\_TA(2017)0271]; el estudio del Parlamento (“La protección social de los trabajadores en la economía de plataformas”, 2017); y por último, ver el posicionamiento del movimiento sindical (*Resolución de la CES sobre la digitalización: “hacia un trabajo digital justo”, 2016*).

---

39

<https://www.iberley.es/jurisprudencia/juzgado-social-barcelona>

---

40

No obstante, resulta conveniente transcribir los siguientes párrafos a modo y manera ejemplificativa: “Respecte del salari, en els contractes laborals (auto nomenats mercantils per empresa) cada comanda es cobra a 5€, i a 6,5 si és divendres, dissabte o diumenge nit. Si plou s’abonara un euro més per comanda. Malgrat tot, tenien un salari garantit de 18 euros en torn de migdia i de 20 euros en torn nocturn, si elstreballadors no realitzaven cap entrega o la suma de els realitzades era inferior al! lindar estipula! de 18 o 20 euros en funció del torn. En la oferta de treball, l’empresa garantia en tot cas una remuneració mínima de 200 € i una remuneració màxima de 1.600 €” (Siguen tablas salariales) (Hecho Probado Primero); que “L’empresa demandada una “start-up” que va iniciar un servei de repartiment de menjar a domicili. L’empresa contractava repartidors en bicicleta que, repartits per a la ciutat en torns de feina de 4 hores, esperen que l’aplicació de mòbil els hi assigni una comanda a recollir a un restaurant i entregar al lloc indica! escollit pel client. En tot cas, els llocs de feina desenvolupats pels treballadors com a conductors (“Repartidors”) eren absolutament essencials per al servei que prestava l’empresa als clients, doncs aquesta no es limitava a posar a disposició d’aquests una aplicació amb la qual es podia demanar menjar als establiments, sinó que posava a disposició una autèntica flota de repartidors en bicicleta que eren els encarregats de transportar les comandes des de l’origen a la seva destinació. Aquests llocs de feina estructural eren ocupats per reals treballadors amb les notes d’alienat, dependència, horaris i eines facilitades per l’empresa. El servei que presta l’empresa és, per tant, accessori a l’activitat de restauració dels locals (take away) i dins l’àmbit d’aplicació del Conveni Col·lectiu de restauració col·lectiva” (Hecho probado Segundo, in prius).

---

41

“Conforme els fets declarats provats, la relació mantinguda entre tots els actors i la demandada reuneix tots els requisits legals de l’art. 1.1 de l’ET i els que jurisprudencialment s’han vingut exigint. D’aquesta manera, els actors han realitzat la seva activitat de repartidor dins del cercle organitzatiu, directiu i disciplinari de l’ empresari, sotmesos a una jornada laboral, planificant-se el gaudi de les seves vacances i percebent uns imports que tan sols poden ser titllats de naturalesa salarial, fent ús de motxilles i terminals mòbils cedits per l’ empresa, sense que aquestes característiques quedin desvirtuades o atenuades perquè s’hagin celebrat contractes mercantils...o alguns dels treballadors hagin estat donats d’alta en el RETA, atès que escau estar a la realitat dels fets més que a la seva forma” (FD, Cuarto).

---

42

Su texto en Roj: SJSO 1482/2018 - ECLI: ES: JSO:2018:1482. Id Cendoj: 46250440062018100001.

---

43

<https://beta.glovoapp.com/es/bcn>. Su texto en, ROJ: SJSO 3042/2018 - ECLI:ES:JSO:2018:3042; Id Cendoj: 28079440392018100001).



RG n. 6719/2017.

---

Resultados, que, a título meramente orientativo, se pueden resumir así: no existía “jornada ni horario”; ni “poder disciplinario” (ni auto-organización” del trabajador); “el repartidor asume el riesgo y ventura de cada pedido”; las “principales herramientas de trabajo -moto y teléfono móvil- son propiedad del trabajador”; “la retribución” que percibe el repartidores “depende directamente de la cantidad de recados”; “el trabajador no tenía que justificar sus ausencias, sólo comunicarlas” podía elegir y disfrutar de “días de descanso” e “interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año”; y, finalmente, “no existía pacto de exclusividad”.

---

A mayor abundamiento para el debate, se deja anotado que “se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel” (art. 8.1 LET), dicho sin más, aunque reconociendo la polémica que comporta.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO****2. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE LOS TRABAJADORES Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES****2. Aproximación a la Naturaleza Jurídica de la Relación entre los Trabajadores y las Plataformas Digitales****Approach to the Legal Nature in the Relationship Between Workers and Digital Platforms****(Autor)****HENRY PILLAJO***Universidad de la Fuerzas Armadas ESPE (Ecuador) hpillajo@espe.edu.ec***Sumário:**[1. Las plataformas digitales de trabajo: nuevo espacio para el empleo](#)[2. Análisis jurídico-laboral de la relación que se establece entre las nuevas empresas tecnológicas de servicios y los proveedores de servicios](#)[2.1. El concepto de trabajador en la nueva era digital](#)[2.2. Ajenidad y subordinación: la actualización de un debate clásico en torno a los elementos que caracterizan al trabajo por cuenta ajena y lo diferencian del trabajo por cuenta propia](#)[2.2.1. El debilitamiento del concepto de ajenidad](#)[2.2.2 La subordinación o dependencia jurídica de los trabajadores digitales](#)[2.3. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y de los Tribunales españoles relacionada con el trabajo físico en la era digital](#)[3. Un nuevo esquema para el tratamiento jurídico y la gestión del trabajo en las plataformas digitales](#)[4. Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

La presente investigación tiene como objeto de estudio las relaciones laborales en el ámbito de la denominada economía de demanda, en particular, las plataformas digitales de trabajo. La consecuencia inmediata de este nuevo entorno digital es la alteración de las relaciones laborales tal y como se han concebido tradicionalmente. Por ello, resulta de gran interés analizar en estos casos si existe una relación laboral subordinada entre el trabajador digital y las plataformas virtuales o, por el contrario, estamos ante variantes del trabajo autónomo. El análisis jurídico-laboral de esta relación considerará los contratos de adhesión de cuatro plataformas digitales: InnoCentive, BeMyEye, Amazon Mechanical Turk y Uber. Adicionalmente, se considera la más reciente doctrina tanto del Tribunal Supremo español como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Jurisprudencia que, en uno y otro caso, apunta a la necesidad de ser muy precisos a la hora de valorar las características de cada una de las plataformas, pues ello tiene un carácter fundamental a la hora de apreciar la naturaleza de las relaciones que en su seno se establecen. Se busca abrir un espacio de reflexión sobre la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores digitales y las plataformas virtuales, en aras de establecer una regulación que no limite el auge de la economía digital a la par que salvaguarde los derechos de los trabajadores.

**Abstract:**

The new digital environments have caused changes in the labor relationships; that is why it is very interesting to analyze, if there is a subordinate labor relationship between the digital workers and the virtual platforms or if, however, this digital environment is a variation of autonomous work. The legal-labor analysis of this relationship will consider the contracts of adhesion of four digital platforms: InnoCentive, BeMyEye, Amazon Mechanical Turk and Uber. Additionally, this study will take in account the most recent doctrine of the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union. This research seeks to open a space of reflection about the legal nature of the relationship between the digital workers and virtual platforms, in order to establish a regulation that does not limit the boom of the digital economy but that also respects the workers' rights.

**Palabras Clave:** economía de demanda, plataformas digitales de trabajo, trabajador dependiente, trabajador autónomo, contratos de adhesión

**Keywords:** demand economy, digital work platforms, dependent worker, self-employed, adhesion contracts

**1. Las plataformas digitales de trabajo: nuevo espacio para el empleo**

Las plataformas digitales basaron su nacimiento y continuo crecimiento en el *crowdsourcing*, expresión que fue acuñada en su origen por Jeff Howe<sup>4</sup>. El crowdsourcing es una herramienta que las empresas utilizan para externalizar sus tareas a una red de trabajadores ajenos a la organización empresarial. El desarrollo de las nuevas tecnologías ha supuesto la actualización del *crowdsourcing*, donde las plataformas digitales contratan la mano de obra en línea y la ponen al servicio de un tercero con el objetivo de realizar una determinada actividad<sup>2</sup>.

A nivel mundial, el número de plataformas digitales ha crecido exponencialmente, cuya principal causa es la progresiva digitalización del trabajo físico y cognitivo<sup>3</sup>. La heterogeneidad del objeto social de las plataformas digitales obliga a los investigadores a establecer una clasificación de esta compleja realidad. Fijar de manera clara la taxonomía de las plataformas digitales y el perfil profesional de los trabajadores influirá decisivamente a la hora de realizar una aproximación a la naturaleza jurídica de la relación entre la plataforma digital y el trabajador. Tras analizar la bibliografía que sustenta este estudio se puede concluir que existen tres categorías de plataformas digitales: a) plataformas de trabajo independiente b) plataformas de micro-trabajo, y c) las plataformas de servicios físicos<sup>4</sup>.

Los perfiles profesionales necesarios para ocupar estos nuevos espacios de empleo dependerán del tipo de plataforma digital. Así, InnoCentive busca trabajadores con una alta cualificación, en tanto las plataformas que tienen como objeto la realización de micro-trabajos (BeMyEye y Amazon Mechanical Turk) contratarán trabajadores con una formación media, y las plataformas digitales de servicios físicos (Uber, Deliveroo) recurrirán a la contratación de trabajadores sin experiencia previa y baja formación.

No cabe duda de que las plataformas digitales incentivan el desarrollo de nuevos espacios de empleo. Así, entre las actividades digitales en auge destacan: el desarrollo de proyectos de investigación, desarrollo de software, trabajos de diseño gráfico, edición de fotos, servicios de transporte y entrega, etc. Sin embargo, la utilización del capital humano por parte de las plataformas digitales requiere establecer los mecanismos necesarios para promover su uso responsable. El dictamen del Comité de las Regiones Europeo enfatiza que “no debería permitirse que las iniciativas de economía colaborativa utilicen el paradigma colaborativo únicamente para falsear los mercados preexistentes solo con miras a una estrategia de reducción de costes basada en evitar los costes reglamentarios”<sup>5</sup>. De tal forma que, la política social y de empleo de los Estados deberá encontrar el punto de equilibrio entre una regulación que no limite el desarrollo de la economía digital<sup>6</sup> y la protección de los derechos de los trabajadores<sup>7</sup>.

El nuevo empleo que ofrecen las plataformas digitales se caracteriza por suponer una ruptura con la organización y condiciones de trabajo habituales. El modelo de negocio que se pretende implantar puede estandarizarse de la siguiente manera: los intermediarios digitales se encargan de diseñar las tareas y los criterios que se aplicarán para evaluar el trabajo según la necesidad del cliente, una vez que la tarea haya adoptado la forma requerida se publicará en la red mundial o local de trabajadores a través de los medios tecnológicos disponibles. Publicada la actividad a realizar, el trabajador tendrá la libertad de aceptar o no la tarea publicada, finalmente se procederá al pago del servicio prestado.

El modelo que se acaba de describir altera radicalmente la forma de organizar el trabajo, instaurando una red compleja “a cuatro bandas”<sup>8</sup> donde intervienen los siguientes actores: a) los proveedores de servicios en línea a nivel mundial o local, b) las empresas que externalizan determinadas tareas, c) los clientes directos o indirectos, d) las plataformas de intermediación digital que permite la conexión entre las empresas y la fuerza de trabajo”<sup>9</sup>.

La forma de organizar el empleo por las plataformas virtuales plantea variedad de interrogantes: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las plataformas digitales? ¿Cuál es el contenido contractual suscrito por los trabajadores digitales? ¿Estamos ante una relación mercantil o por el contrario es laboral? ¿Se está vulnerando la protección social de los trabajadores digitales? En la medida de lo posible trataré de dar respuesta a las cuestiones planteadas.

## **2. Análisis jurídico-laboral de la relación que se establece entre las nuevas empresas tecnológicas de servicios y los proveedores de servicios**

### **2.1. El concepto de trabajador en la nueva era digital**

Las plataformas digitales son contrarias a utilizar la palabra trabajador, haciendo referencia a estos en los siguientes términos: “contratistas independientes” (Amazon Mechanical Turk), “solucionadores” (InnoCentive), “eye” (BeMyEye). Esta circunstancia ha generado una oleada de críticas, argumentándose, por ejemplo, que “la opción terminológica elegida es el signo de una marca ideológica que persigue por un lado la mercantilización del trabajo, que viene totalmente despojado de su valor político, y, por el otro lado, la invisibilidad de la persona del trabajador”<sup>10</sup>. El eludir el concepto de trabajador busca prescindir de derechos tan esenciales como es el salario mínimo, el derecho a la seguridad social, la estabilidad laboral, etc., pretensión que tiene como finalidad maximizar beneficios y minimizar costos laborales.

La estructura organizativa de las plataformas digitales proveedoras de servicios gira entorno a la libertad que tiene el trabajador de aceptar o no la tarea publicada, tal libertad se ha convertido en el estandarte que las plataformas digitales utilizan para considerar que su relación con el trabajador tiene su origen en un contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, el principio de la primacía de la realidad<sup>11</sup> obliga a repensar el concepto de trabajador, adoptando un concepto amplio y no restrictivo de trabajador. Un claro ejemplo de esta línea de pensamiento es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que establece que “el trabajador vinculado por un contrato que no ofrezca ninguna garantía en cuanto al número de horas que debe trabajar, de manera que el interesado sólo trabaje durante un número muy escaso de días por semana o de horas por día, que sólo obligue al empresario a retribuir al trabajador y a proporcionarle prestaciones sociales en la medida en que efectivamente haya trabajado y no impliquen la obligación del trabajador de acudir al llamamiento del empresario, no impide calificar al mencionado trabajador por cuenta ajena como trabajador”<sup>12</sup>.

A la vista de este concepto de trabajador, se puede establecer una equiparación de éste con quien realiza el trabajo digital, si atendemos a las características de este último, entre la que se destaca la inexistencia de una jornada de trabajo, la contraprestación se paga por la ejecución del servicio. La adopción de un concepto amplio y no restrictivo del trabajo brinda la posibilidad de considerar a un trabajador digital, no solo como trabajador autónomo, sino también como trabajador dependiente.

### **2.2. Ajenidad y subordinación: la actualización de un debate clásico en torno a los elementos que caracterizan al trabajo por cuenta ajena y lo diferencian del trabajo por cuenta propia**

#### **2.2.1. El debilitamiento del concepto de ajenidad**

La compleja red de relaciones que aquí se analiza ha puesto en tela de juicio importantes instituciones del Derecho del Trabajo, alentando con ello el debate en torno a la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y las plataformas digitales. De un análisis superficial se podría deducir que el prestador de servicios es un trabajador autónomo, sin embargo, en interés de visibilizar la naturaleza de esta relación, procedo a analizar los indicios comunes de ajenidad, que permitirá argumentar de mejor manera la existencia o no de una

relación laboral. Estos indicios son: a) la entrega o puesta a disposición del bien o servicio realizados, b) el poder del empresario dirigido a establecer los precios o tarifas, así como la selección de la clientela, c) el carácter de la remuneración, y d) la ajenidad en el riesgo<sup>13</sup>.

La entrega o puesta disposición de los bienes o servicios en la *gig economy* es evidente en los trabajos digitales físicos, mayor complejidad se da en los trabajos intelectuales, donde el trabajador cede los derechos de autor. En cualquier caso, el fruto del trabajo pasa al patrimonio del empresario sin ningún tipo de limitación<sup>14</sup>. El poder de dirección de las plataformas digitales en cuanto a la fijación del precio o tarifa es una característica que tiene en común las plataformas digitales, un ejemplo de ello es Amazon Mechanical Turk, quien se reserva el derecho a aplicar a sus servicios una comisión del 20%, sobre la cantidad que se paga al prestador de servicios<sup>15</sup>. Adicionalmente, las plataformas virtuales no solo se limitan a fijar el precio de los servicios del trabajador sino también a la gestión del pago, específicamente Mechanical Turk tiene un servicio de procesamiento de pagos<sup>16</sup> que es obligatorio tanto para los clientes como para los trabajadores.

Finalmente, del examen de los contratos de adhesión de las distintas plataformas de servicios se puede deducir como prácticamente se obliga a los trabajadores asumir todo tipo de riesgos, al señalar que “no tenemos control sobre la calidad, seguridad o legalidad de las Tareas (...), o la capacidad de los solicitantes para pagar tareas (...) debido a que no somos parte de las transacciones entre los Trabajadores y los Solicitantes”<sup>17</sup>. De esta forma, las plataformas distribuyen el riesgo entre los clientes y los prestadores de servicios. Sin embargo, son ellas las que diseñan las tareas, las que establecen un ranking para calificar si un trabajo es bueno o malo, las que establecen las tarifas y las formas de pago a los trabajadores.

La debilidad del concepto de ajenidad se agudiza aún más cuando las plataformas no asumen los riesgos de la transacción. Sin embargo, el poder del empresario digital a la hora de fijar el precio del trabajo induce a compararlo con el empleador tradicional, hecho que provoca que la balanza no se incline a favor de catalogar esta relación como de trabajo autónomo.

### 2.2.2. La subordinación o dependencia jurídica de los trabajadores digitales

El empleo en las plataformas digitales se caracteriza por la “autonomía, coordinación y participación”<sup>18</sup>; autonomía que tiene su razón de ser en la alta cualificación de los trabajadores y los medios tecnológicos que disponen las plataformas. Por ello, la subordinación o dependencia jurídica del trabajador presenta un elevado nivel de indeterminación<sup>19</sup>.

Tradicionalmente, la subordinación o dependencia ha radicado en la asistencia del empleado al centro de trabajo y al cumplimiento de un horario previamente establecido, incorporándose de esta manera en la organización empresarial. Sin embargo, tal subordinación o dependencia no está presente de forma clara en el ámbito de las plataformas digitales, pues no existe ni un horario fijo, ni un lugar de trabajo asignado, los trabajadores pueden estar en cualquier parte del mundo.

Del estudio de los contratos de adhesión suscritos entre las plataformas objeto de estudio (InnoCentive, BeMyEye, Amazon Mechanical Turk, Uber) y los prestadores de servicios se puede observar que en sus cláusulas están presentes rasgos semejantes de la relación subordinada o dependiente. En efecto, a pesar de no existir un lugar físico al cual los trabajadores asistan de manera obligatoria, sí existe un centro de trabajo virtual, la web de la plataforma, a través de la cual los trabajadores digitales recibirán las indicaciones, sin el cual no sería posible el contacto entre los distintos actores implicados<sup>20</sup>.

El tiempo en el trabajo digital es para varios investigadores uno de los conceptos que impide analizar esta relación desde una perspectiva laboral<sup>21</sup>. El tiempo de trabajo en las plataformas digitales se caracteriza por ser bajo demanda, a tiempo parcial<sup>22</sup> y poco previsible, alterando el concepto tradicional de tiempo de trabajo: “período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o funciones”<sup>23</sup>. El empresario digital no recurre al concepto de tiempo de trabajo para cuantificar el precio de la tarea o servicio realizado. A pesar de ello, el tiempo también es importante para las plataformas, pues las tareas publicadas en la web tienen un plazo para su ejecución, y el servicio de transporte, ya sea de personas o bienes, también debe ejecutarse en el menor tiempo posible. El tiempo se convertirá, así, en medio para fidelizar a sus clientes.

Otro de los indicios de laboralidad señalados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hace referencia a la inserción del trabajador en la organización del empleador. La inserción del trabajador en la organización empresarial supone que la plataforma programe su actividad y que el trabajador carezca de una organización propia<sup>24</sup>. El planteamiento del problema o la tarea a resolver es una de las facultades más importantes de las plataformas digitales, y su relevancia se denota en la siguiente expresión: “las respuestas que recibe de trabajadores sólo son tan buenas como las instrucciones suministrados por el usuario”<sup>25</sup>. En esta fase la interacción entre la plataforma digital y los clientes es de vital importancia, ya que conjuntamente diseñan de manera detallada la tarea que deberán ejecutar los trabajadores.

La inserción del trabajador en la organización digital se puede constatar de una manera clara en la medida que las plataformas digitales han instituido distintos mecanismos para evaluar el rendimiento de los trabajadores. La intensidad de la evaluación dependerá de la actividad que desarrolle la plataforma. Así, las plataformas que ofrecen servicios digitales físicos establecen en sus contratos unos niveles mínimos de rendimiento y en caso de no cumplirlos las plataformas unilateralmente tienen la facultad de desactivar la cuenta del trabajador digital<sup>26</sup>. Por otro lado, están las plataformas digitales donde el trabajador cede su propiedad intelectual, en estos casos la evaluación del rendimiento se dirige a cuantificar la reputación de trabajador, que será determinante a la hora de fijar el valor de su remuneración, un ejemplo de ello sería Amazon Mechanical Turk, esta plataforma manifiesta en su web que “ha desarrollado una tecnología que analiza el rendimiento de los trabajadores, identifica a los trabajadores de alto rendimiento (...). Los trabajadores que han demostrado excelencia en una amplia gama de HIT reciben la calificación de Maestría”<sup>27</sup>.

Indistintamente de la forma en que se evalúe el rendimiento de los trabajadores por parte de las nuevas empresas tecnológicas, su categorización puede generar en éstos estrés por alcanzar la máxima reputación en la organización a fin mejorar sus ingresos<sup>28</sup>, y en caso de no conseguirlo su frustración.

En este contexto, es acertada la reflexión de Todolí Signes: “un autónomo para considerarlo empresario debe prestar servicios en una actividad donde pueda existir un desarrollo profesional, obteniendo sus propios clientes, a través de una buena prestación del servicio, que le permitan desarrollarse como empresa”<sup>29</sup>. El que el trabajador digital únicamente ponga a disposición su fuerza de trabajo, sin una proyección de crecimiento empresarial, supone que este carece de una organización empresarial propia. Es más, el trabajo digital está orientado a aquellas personas que buscan en sus horas de descanso otras fuentes de ingresos, o a aquellos jóvenes desempleados que no pueden acceder a su primer empleo. Serán, por tanto, las plataformas digitales las que ostenten el poder conductor de esta relación laboral como propietarias de los medios tecnológicos.

### 2.3. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y de los Tribunales españoles relacionada con el trabajo físico en la era digital

La jurisprudencia tiene un papel imprescindible en el estudio de las relaciones laborales que nacen en consonancia con la revolución digital. A nivel mundial, se ha observado como el sector del transporte se ha puesto en pie de guerra contra las plataformas digitales específicamente contra UBER. El malestar que ha generado la irrupción de esta plataforma ha provocado que los Tribunales de Justicia se pronuncien sobre su naturaleza jurídica. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, SL, sentencia del 20 de diciembre de 2017, tuvo la oportunidad de dilucidar si la actividad económica de UBER se enmarca en los servicios de la sociedad de la información<sup>30</sup>, o, por el contrario, es un servicio de transporte. Una de las premisas que estableció el Tribunal es que el servicio ofrecido por UBER no es el de un simple intermediario que conecta a través de una aplicación al prestador de servicio y cliente, sino que “UBER ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores”<sup>31</sup>, condiciones que van desde establecer el precio del servicio, las características del vehículo, los criterios de calidad del servicio, y el comportamiento de los conductores. Al juzgar que UBER no es una mera aplicación informática, sino que es una prestadora de servicios de transporte, quedará en mano de los Estados regular la prestación de estos servicios de transporte, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio y los derechos que puedan estar en juego.

Con relación a esta cuestión, nos parece oportuno en estos momentos considerar dos sentencias de los Tribunales españoles que analizan la naturaleza de la relación entre los trabajadores y la plataforma digital, de reciente conocimiento. La primera es la sentencia núm. 244/2018 del Juzgado de lo Social número 6 de Valencia. El actor venía prestando sus servicios como repartidor de alimentos para DELIVEROO desde el 25 de octubre de 2016, vínculo que inició en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, la plataforma de manera unilateral decidió inactivar su cuenta tras haber comprobado que el actor rechazó sus ofertas de manera reiterada, por tal razón el trabajador digital solicitó al Tribunal que se declarara la improcedencia del despido. El contrato de adhesión suscrito por la parte actora describe minuciosamente aspectos tales como: el precio por cada reparto, la forma de pago, la manera cómo ha de ejecutarse la tarea, los criterios de calidad, etc.

La línea de defensa de DELIVEROO fue argumentar que el actor es un trabajador independiente, en cuanto no tiene un salario fijo, aporta los instrumentos necesarios para ejecutar su servicio, y no es un trabajo personal, puesto que la empresa puede hacer uso de un remplazo. El Juzgado Social de Valencia dio respuesta a lo planteado por DELIVEROO a partir de la doctrina del Tribunal Supremo, que en distintos pronunciamientos ha señalado que el “no establecimiento de retribución o salario fijo no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo” (STS de 29/12/1999). Además, “la naturaleza laboral de la relación no se desvirtúa ni desaparece por el hecho de que el trabajador aporte su vehículo propio, siempre que (...) tal aportación no tenga la relevancia económica necesaria para convertir su explotación en elemento fundamental de dicha relación” (STS de 19/11/1992). También se destaca el hecho de que la plataforma pueda remplazar al trabajador que por cualquier razón deja de prestar sus servicios (vacaciones, estudios). En fin, el Tribunal entiende que los “elementos introducidos en una relación sustancialmente laboral para descalificarla no la desnaturalizan cuando carecen de una efectiva relevancia en la ejecución del contrato” (STS de 31/07/1992). Tras la argumentación que aquí se ha citado, el Tribunal concluye que el vínculo entre DELIVEROO y el trabajo digital es una relación laboral y ordena la indemnización o readmisión del trabajador.

En segundo lugar, citaremos la Sentencia núm. 284/2018 del Juzgado de lo Social de Madrid de 3 de septiembre de 2018. El actor suscribió inicialmente con la demandada GLOVO un contrato como trabajador autónomo obligándose a la ejecución de solicitudes de reparto. El 20 de julio de 2016, las partes realizaron un nuevo contrato por el cual el actor realizó sus actividades en calidad de trabajador autónomo económicamente dependiente. El trabajador pide al Tribunal, previo reconocimiento de la laboralidad de la relación, la existencia de un despido tácito alegando que la empresa tecnológica dejó de proporcionales solicitudes de reparto que obedece a la enfermedad padecida por el acto. El órgano jurisdiccional en su sentencia hizo alusión a varias razones para considerar que no existe una relación laboral. Sin embargo, su principal razonamiento fue afirmar que existe una coincidencia entre la realidad material y la realidad formal, es decir las partes establecen recíprocas obligaciones que se enmarcan en el trabajo autónomo dependiente<sup>32</sup>.

En síntesis, la influencia decisiva en el contenido y desarrollo de las tareas o servicios es una característica presente en las plataformas digitales, circunstancia que impide hablar de una simple aplicación informática. Partiendo de esta premisa se observa cómo en las sentencias señaladas *ut supra* se establecen conclusiones dispares sobre la naturaleza del trabajo digital: en tanto la primera observa que existen indicios suficientes para considerar a esta relación como laboral, la segunda estima que no existe la nota de ajenidad y subordinación, por lo que termina considerando al trabajador como autónomo dependiente.

### 3. Un nuevo esquema para el tratamiento jurídico y la gestión del trabajo en las plataformas digitales

La economía inmaterial<sup>33</sup> es uno de los desafíos que deben enfrentar los países desarrollados y más aún los países en vías de desarrollo, una globalización equitativa continúa siendo una utopía difícil de conseguir. En este sentido, consideramos que la política laboral de los Estados se deberá encaminar a eliminar la incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicada<sup>34</sup>.

Ante la complejidad del tema que aquí se estudia, consideramos necesario proponer un esquema teórico que permita realizar una aproximación más apegada a la realidad, a esta nueva frontera laboral que es el ámbito del trabajo digital. Un buen punto de partida, desde la perspectiva de la transparencia del mercado laboral, sería el registro ante la Autoridad Laboral de las empresas digitales, tanto nacionales como internacionales. En esta fase, las empresas tendrían la opción de calificarse como: a) Plataformas de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, PSSI); o b) Plataformas Digitales de Intermediación Laboral (en adelante, PDIL). Se define como PSSI aquellas personas físicas o jurídicas que suministran un servicio a cambio de un precio, por vía electrónica, y a petición de personas físicas o jurídicas<sup>35</sup> que utilizan un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo<sup>36</sup>.

La naturaleza de las PSSI deberá circunscribirse a ofrecer un servicio en línea, “meramente técnica, automática y pasiva”<sup>37</sup>, por lo que no influirá en el desarrollo y ejecución de la actividad económica del destinatario del servicio. A pesar de que su ámbito de actuación sea heterogéneo<sup>38</sup>, su utilidad y amplia difusión en la sociedad puede convertirlas en instrumentos de peso de cara a la promoción del trabajo autónomo, permitiendo por un lado el contacto directo entre el cliente y el trabajador autónomo sin la participación de un intermediario digital, y más importante el trabajador autónomo recuperará la libertad de establecer el precio de su servicio y la forma de ejecutar su tarea.

Por otra parte, las empresas tecnológicas se calificarán como PDIL cuando su objeto social presente los siguientes criterios: a) la actividad económica esté asociada a la intermediación de la fuerza de trabajo a través de las nuevas tecnologías, b) se ejerza una influencia decisiva sobre el servicio, fijando los factores de organización y ejecución del servicio<sup>39</sup>. El núcleo central de esta última clasificación societaria es “reconocer el trabajo más allá del empleo”<sup>40</sup>. La plataforma calificada como de intermediación laboral se definirá, por tanto, desde una perspectiva contractual, como empleador digital. Dicho empleador digital tendrá la posibilidad de contratar a los trabajadores en régimen de dependencia, o como trabajador autónomo dependiente. Esta última modalidad es una institución propia del derecho español que permite limitar la zona gris<sup>41</sup> que puede surgir del incremento de la externalización del trabajo.

El esquema teórico que se ha propuesto busca limitar la falta de previsibilidad del trabajo y la desvalorización de la disponibilidad del

trabajador, sin limitar el fomento de formas de trabajo innovadoras que mejoren la competitividad del mercado laboral.

#### 4. Conclusiones

La naturaleza del vínculo que une al trabajador y a la plataforma digital puede argumentarse, ya sea como una relación dependiente, o como una relación autónoma, y esto es así porque el contrato de arrendamiento al igual que los contratos de trabajo regulan recíprocas obligaciones entre las partes. No obstante, ante la necesidad de evitar una errónea clasificación del trabajador y preservar el auge de la economía inmaterial, consideramos importante que, de cara al futuro, se realice una labor de agrupación de las plataformas digitales en dos grandes bloques, a saber: a) plataformas digitales que no ejercen el control sobre las tareas ejecutadas por los destinatarios de sus servicios (PSSI); b) plataformas que tiene como objeto intermediar de manera decisiva en la utilización de la fuerza de trabajo (PDIL).

En todo caso, y a la vista de la globalización de las nuevas tecnologías, quedaría para posteriores estudios analizar el papel que deberá desempeñar el Derecho Internacional Privado en materia laboral a fin de alcanzar un acuerdo a nivel mundial respecto de los trabajadores digitales.

---

#### NOTAS DE RODAPÉ

---

<sup>1</sup>

SCHENK, E.; GUITTARD, C., "Towards a characterization of crowdsourcing practices", *Journal of Innovation Economics & Management*, vol. 1, núm.7, 2011, p. 3.

<sup>2</sup>

BEHREND, T.; SHAREK, D., MEADE, A., WIEBE, E., "The viability of crowdsourcing for survey research", *Psychonomic Society*, 2015, p. 801.

<sup>3</sup>

BORZAGA, C.; SALVATORI, G.; BODINI, R., "Social and solidarity Economy and the future of work", International Labour Organization, 2017, p. 7.

<sup>4</sup>

PESOLE, A.; URZI BRANCATI, M.C.; FERNÁNDEZ-MACÍAS, E.; BIAGI, F.; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, I., "Los trabajadores de la plataforma en Europa: la evidencia de la Encuesta COLLEEM", Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2018, p. 39.

<sup>5</sup>

Unión Europea. Dictamen del Comité de las Regiones Europeo, de 4 de diciembre de 2015, sobre la dimensión local y regional de la economía colaborativa (2016/C 051/06), p. 4.

<sup>6</sup>

MUÑOZ, L.; ANTÓN, P.; SAN AGUSTÍN GARCÍA, A., "El estudio e Informe Anual del sector TIC y de los Contenidos en España 2017", *ONTSI*, 2017, p. 120.

<sup>7</sup>

SÁNCHEZ-URÁN, M. Y., "Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L.", Editorial Wolters Kluwer, La Ley Unión Europea, núm. 57, 2018, p. 1.

<sup>8</sup>

España. Juzgado de Madrid (Sala de lo Social núm. 39). Sentencia núm. 284/2018 de 3 de septiembre.

<sup>9</sup>

SCHENK, E.; GUITTARD, C., *op. cit.*, p. 4.

<sup>10</sup>

BIRGILLITO, M. L., "El trabajo en la era de la gig-economy: Una aproximación desde una perspectiva internacional", Editorial Wolters Kluwer, 2017, p. 11.

---

11

DE STEFANO, V., "The rise of the just in time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig economy", *Conditions of Work and Employment Series*, núm. 71, 2016, p. 19.

---

12

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Caso V. J.M. Raulin contra Minister van Onderwijs en Wetenschappen. Sentencia de 26 febrero 1992 (TJCE 1992\32).

---

13

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia 902/2017, de 16 noviembre, p.11.

---

14

Acuerdo número 2 suscrito entre Innocentive y los trabajadores. Disponible en <https://www.innocentive.com/ar/contract/view>.

---

15

P. de precios de Amazon Mechanical Turk, disponible: <https://www.mturk.com/pricing>.

---

16

Acuerdo de participación número 4 suscrito entre Amazon Mechanical Turk, 2017, disponible: <https://www.mturk.com/participation-agreement>.

---

17

*Ibidem.*, acuerdo núm. 2.

---

18

MERCADER UGUINA, J., "El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales", Editorial Wolters Kluwer, Sección Ciberderecho, núm. 9, 2017, p. 8

---

19

MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA J., "Derecho del Trabajo", Tecnos, 2007, p. 179.

---

20

Condiciones generales de contrato entre BME y EYE disponible en: <https://www.bemyeye.com/es-terms-and-privacy>.

---

21

SÁNCHEZ-URÁN, M.Y., *op. cit.*, p. 4.

---

22

PESOLE, A.; URZI BRANCATI, M C.; FERNÁNDEZ-MACÍAS, E.; BIAGI, F.; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, I., *op. cit.*, p. 50.

---

23

Unión Europea. Directiva 2003/88/ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de noviembre de 2013, núm. 299, p. 2.

---

24

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 902/2017 de 16 noviembre de 2017.

---

25

Guía de Buenas Prácticas solicitante de Amazon Mechanical Turk, disponible en: <https://docs.aws.amazon.com/AWSMechTurk/latest/RequesterUI/Welcome.html>

---

26

GINÈS I FABRELLAS, A.; GÁLVEZ DURAN, S., "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *Indret*, 2016, p. 24.

---

27

Web de Amazon Mechanical Turk, disponible: <https://www.mturk.com/worker/help>, consultado, 05.11.2018

---

28

GANDINI, A., "Trabajo digital Marca propia y capital social en la economía del conocimiento independiente", *SAGE Journals*, 2015, p. 123.

---

29

TODOLÍ SIGNES, A., "La calificación legal de trabajador en la economía de las plataformas virtuales", *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 51.

---

30

Unión Europea. Directiva 98/34 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentos técnicos y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, p. 9.

---

31

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Sytems Spain, SL. Sentencia de 20 de diciembre de 2017. (TJCE\2017\217), p. 9.

---

32

La naturaleza de la relación se regirá por las notas características de un Trabajador Autónomo Dependiente: aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Art. 11.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

---

33

COLIN, W.; FRÉDÉRIC, L., "Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU", *Employment Policy Department*, núm. 228, 2017, p. 50.

---

34

Unión Europea. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de diciembre de 2017, relativas a condiciones laborales transparentes o previsibles de la Unión Europea, Comisión Europea, p. 21

---

35

Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 17 julio 2017, núm. L 178/2, p. 9.

---

36

Unión Europea. Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 05 agosto 1998, núm. L 217/18, p. 4.

---



37

*Ibidem.*, p. 6.

---

38

Entre las actividades que puede desempeñar las plataformas digitales esta: venta de mercancías en línea, la entrega de mercancías, ofrecer información en línea, comunicaciones comerciales, instrumentos de búsqueda, etc.

---

39

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Sytems Spain, SL. Sentencia de 20 de diciembre de 2017. (TJCE\2017\217), p. 5.

---

40

COLIN, W.; FRÉDÉRIC, L., *op. cit.*, p. 44.

---

41

*Ibidem*, p. 15.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

3. CAPACITAÇÕES PROFISSIONAIS DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES DINÂMICAS DO MERCADO DE TRABALHO

**3. Capacitações Profissionais diante das Transformações Dinâmicas do Mercado de Trabalho****Professional Qualification Facing the Dynamic Changes in the Labor Market****(Autor)****GUSTAVO BARBY PAVANI**

*PUC/PR – Advogado, Graduado em Direito pela UNICURITIBA, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região, Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC-PR. E-gustavobarbypavani@gmail.com*

**Sumário:**[1.Introdução](#)[2.Alterações estruturais no mercado de trabalho](#)[3.Conflito de gerações](#)[4.OUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS E O INDIVÍDUO COMO PRODUTO](#)[5.Conclusões](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumo:**

O mercado de trabalho sofre mudanças estruturais cada vez mais velozes diante das novas tecnologias disponíveis e empregadas nas relações laborais. Utilizando-se do método dedutivo, com pesquisas bibliográficas, busca-se expor os efeitos destas mudanças nos trabalhadores e nas qualificações demandadas pelo mercado. As variadas gerações atualmente no setor produtivo expõem situações antagônicas relacionadas à forma de trabalho: num mesmo setor pode se verificar desde pessoas nascidas nos anos 1960, pacientes e com grande capacidade técnica num assunto específico, mas com dificuldades de aprendizado e interação tecnológica, até jovens nascidos nos anos 2000, com capacitações básicas em diversas áreas e ávidos por mudanças constantes. Estes opostos levam ao questionamento de quais profissionais possuiriam as qualificações almejadas pelo mercado de trabalho e como seria a convivência destes em um mesmo ambiente. Diante da substituição de trabalhadores por sistemas tecnológicos, verifica-se uma necessidade de busca constante de melhor qualificação profissional pelo indivíduo, aquém da colaboração empresária, para as reduzidas vagas no mercado. O indivíduo, ao invés de vender sua força de trabalho, transforma-se num produto em si mesmo, sendo necessário investimento constante em qualificações pessoais para aumentar suas chances no mercado laboral, em razão do número cada vez mais reduzido de postos de trabalho. Conclui-se que as capacitações profissionais para os trabalhadores serão aquelas que versem sobre flexibilidade, adaptação e aceitação de sua condição como produto em si.

**Abstract:**

The labor market is suffering faster structural changes in face of new technologies available and employed in labor relations. The research, based on the deductive method, has by objective to analyze part of the literature about the subject, aims to point the effects of those changes on workers and on the qualifications demanded by the market. The various generations on the productive sector nowadays exhibit antagonist situations related to working habits: in the same productive sector can be seen people born in the 1960's – patients and with great technical capability in a specific subject, but with difficulties with technological interaction – until young people born in the 2000's – with basic capabilities in several areas and avid for constant changes. Those opposites lead to the questioning of which professional has the qualifications desired by the market and how is the coexistence of those in the same labor environment. Given the substitution of workers by technological systems, a constant pursue for professional qualification by the individual is demanded, besides corporate collaboration, due to reduced labor positions on the market. The individual, instead of selling his labor force, transforms in a product himself, needing to constantly invest in personal qualifications to enhance his chances in the labor market, because of those reduced number of jobs. Concluding that professional qualifications for workers are those that includes flexibility, adaptation and acceptance of his condition as a product himself.

**Palavras-Chave:** Capacitação profissional, mercado de trabalho, futuro do trabalho, transformações**Keywords:** Professional capacitation, labor market, future of work, transformations**1.Introdução**

A estrutura estática e definida do mercado de trabalho, característica da primeira metade do século XX, há muito deixou de ser a regra na sociedade moderna. As evoluções tecnológicas e modernização dos meios de produção impactaram diretamente na organização e características laborais, que, em ritmo cada vez mais acelerado, vêm passando por drásticas mudanças e adaptações. Ocupações que há poucas décadas possuíam um papel central no mercado se tornaram obsoletas e até extintas. As razões que acarretam essa rápida

mutabilidade do cenário laboral são muitas, entretanto, todas estão ligadas por alguns pontos centrais, como as já citadas evoluções tecnológicas (na sociedade e na produção) e o mundo globalizado tanto do ponto de vista social e, principalmente, comercial, facilitaram o rápido intercâmbio de informações e alocação de recursos<sup>1</sup>.

Diante deste cenário, o trabalho chama atenção ao aparente conflito de gerações dentro do mercado de trabalho atual, que emprega indivíduos próximo à aposentadoria ou que não podem se dar ao luxo do jubileamento, lado a lado, com jovens buscando seu primeiro emprego, recém saído dos bancos escolares ou universitários, já acostumados e nascidos dentro da nova sociedade tecnológica do Século XXI.

Quais seriam as qualificações profissionais buscadas pelos empregadores dentro de um grupo tão heterogêneo de profissionais, por vezes demasiadamente qualificados em determinados aspectos e com falta de conhecimentos básicos em outros. Dentro de um mercado laboral cada vez menos dependente de mão de obra humana, decorrente da robotização e evoluções tecnológicas, principalmente em setores industriais, há um claro excedente de trabalhadores desempregados, o que por si só eleva a concorrência e qualificação necessária para as poucas vagas disponíveis no mercado. Assim, o indivíduo é instado a buscar um constante aperfeiçoamento profissional, retirando dos empregadores o incentivo em investir na qualificação de seus empregados, tornando-os facilmente substituíveis em razão do já mencionado excedente de mão de obra qualificada.

Assim, a hipótese levantada e que se busca discutir no presente trabalho, com base no referencial de Zygmunt Bauman, seria de que o indivíduo ao invés de vender sua força de trabalho em troca de retorno financeiro, passa a ser um produto em si mesmo, necessitando do constante investimento e busca por aperfeiçoamento profissional para a própria sobrevivência.

## 2. Alterações estruturais no mercado de trabalho

As preocupações acerca do desemprego e das mudanças estruturais no mercado de trabalho devido às novas tecnologias sempre existiram. Desde antes da Revolução Industrial, já se verificavam preocupações dos trabalhadores com novas tecnologias disruptivas e que afetavam diretamente os meios de produção estabelecidos<sup>2</sup>.

O modo de produção capitalista teve como seu modelo e pressuposto clássico a subordinação do trabalhador ao detentor dos meios de produção e, decorrente da subordinação, a luta por garantias mínimas à coletividade dos trabalhadores, que também serviu ao Estado como meio de regulação social. Com o advento de novas tecnologias, como a eletricidade e a utilização do petróleo como fonte energética, houve um impulso em direção a constantes mudanças nas estruturas de produção e aumento na industrialização, paralelamente a uma crescente construção dos direitos laborais, especialmente durante e após a Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>.

Na segunda metade do Século XX, a globalização da economia e dos meios de produção, com destaque ao advento de tecnologias disruptivas e robotização dos postos de trabalho, especialmente no setor industrial, levaram a política de flexibilização dos direitos trabalhistas, com uma “acentuada desregulação, informalização e desorganização do mercado de trabalho”<sup>4</sup>. Verifica-se também uma alteração na própria matriz produtiva, nascendo uma sociedade pós-industrial, que tem como características a redução dos empregos na indústria e redistribuição destes para outras áreas, especialmente a de serviços, bem como o surgimento de novas profissões que sequer poderiam ser imaginadas anteriormente, além da mudança da própria estrutura empresarial<sup>5</sup>. Rifkin indica que esta fase é marcada pela entrada das máquinas nas áreas que antes eram dominadas apenas pela mente humana, como atividades administrativas, de coordenação, trabalhos eminentemente intelectuais, afetando diretamente a disponibilidade de trabalho para os indivíduos, o que não ocorria anteriormente, quando a robotização afetava apenas trabalhos braçais ou manuais<sup>6</sup>.

Por outro lado, conforme destacam Frey e Osborne, estes equipamentos computacionais dependem de uma programação específica, até o presente momento, de programações específicas desenvolvidas por humanos, que necessitam de especificações e previsibilidades, o que demonstra que nem todas as atividades humanas de ordem intelectual podem ser substituídas por máquinas. Igualmente, também expõe um aumento exponencial em postos de trabalho relacionado a áreas que há poucos anos atrás eram pouco exploradas, como programação e engenharia computacional<sup>7</sup>.

Nos últimos dez anos, ocorreram grandes alterações na própria sociedade, com o advento de tecnologias que viraram parte do dia-a-dia dos indivíduos. Esta inserção da tecnologia no cotidiano, obviamente foi introduzida na atividade econômica, ao ponto de ser denominada quarta revolução industrial, mudando de forma drástica e rápida também as relações de trabalho<sup>8</sup>. Pela primeira vez na história, as máquinas deixaram de ser uma ferramenta de trabalho que aumentava a produtividade dos humanos, transformando-se elas próprias em “trabalhadores” e diretamente tomando os postos de trabalho e atividades que antes demandavam a atuação de um indivíduo.

Neste sentido, a capacidade de adaptação dos indivíduos relacionado às exigências das empresas com relação às capacitações profissionais dos profissionais que com elas se relacionam, sejam empregados ou outras formas de prestadores de serviços, é essencial, não somente com foco nas próprias estruturas, mas sim nos indivíduos inseridos nestas relações e os efeitos sobre os mesmos.

## 3. Conflito de gerações

O crescente envelhecimento da população, aliado ao aumento da expectativa de vida, é característica das sociedades modernas. No ano de 2000, a população idosa no Brasil era de pouco mais de 5%, crescendo para aproximadamente 8,2% no ano de 2015 e com projeções de, no mínimo 13,4% no ano de 2030<sup>9</sup>. Estes dados, aliados à necessárias e sucessivas reformas previdenciárias para equilíbrio do sistema, acarreta em uma inevitável necessidade de permanência prolongada de pessoas de maior idade no mercado de trabalho.

Boa parte da geração *baby boomer*, nascidos no período pós Segunda Guerra até meados dos anos 60, continuam economicamente ativas e fazendo parte do mercado laboral. Ao mesmo tempo, em que pese a redução nas taxas de natalidade a partir dos anos 1970, novas gerações foram surgindo e com elas, a evidente necessidade de adentrar ao mundo do trabalho. No cenário brasileiro, a taxa de participação de jovens no mercado de trabalho entre os anos 1980-2000 foi crescente, em razão de fatores como o elevado ritmo de crescimento populacional e da população economicamente ativa, somente iniciando um processo de redução a partir dos anos 2000, o que ocorreu de forma simultânea à já citada elevação da participação de pessoas com mais de 60 anos neste mercado<sup>10</sup>. As estruturas organizacionais das empresas também passaram por grandes mudanças nos últimos anos, com gerenciamento descentralizado, terceirização de diversas atividades, fluxo muito mais rápido de informações e utilização cada vez maior de novas tecnologias, que impactam diretamente os trabalhadores a elas vinculados.

É inegável que cada uma destas gerações ativas no mercado, por muitas vezes dividindo os mesmos postos de trabalho, possui características e qualificações próprias, diferentes formas de agir e visões de mundo também distintas e, por vezes, antagônicas. Este conflito entre as gerações ficou mais evidente com a entrada da Geração Y, nascida a partir dos anos 1990 e que, antes mesmo de ingressar ao mercado de trabalho, já possuem uma vantagem com relação às demais gerações, especificamente relacionada à facilidade e

naturalidade na utilização de novas tecnologias<sup>11</sup>.

A geração *baby boomer* possui como características a crença no pleno emprego, a vinculação da pessoa com a própria empresa, orgulhando-se em fazer parte e contribuir para uma estrutura empresarial. Busca crescimento profissional dentro da própria organização, passou por poucas trocas de emprego ou trabalho, são extremamente competitivos e comprometidos com o trabalho. Em razão de sua experiência, normalmente ocupam cargos e posições superiores na hierarquia das empresas. Em contrapartida, como características negativas, os indivíduos desta geração possuem dificuldades em sofrer perdas, especialmente de posição hierárquica, além de possuírem dificuldades de comunicação e com *feedbacks*. Por fim, são os que mais sofrem na adaptação com novas tecnologias<sup>12</sup>.

A geração seguinte, chamada de geração X, engloba os indivíduos nascidos após 1965 até o início dos anos 1980. É marcada por uma mentalidade mais empreendedora, teve adaptação mais rápida às novas tecnologias, bem como sabem equilibrar de forma mais saudável a relação entre a vida pessoal e profissional, e também possui maior interesse no aprendizado, na busca por conhecimento. Por outro lado, são pessoas mais individualistas, que se preocupam menos com o coletivo e mais com a sua própria posição, buscando receber constantes elogios por seu trabalho<sup>13</sup>.

Por fim, a geração Y é a dos nativos digitais, nascidos entre o início dos anos 1980 até o final dos anos 1990. São os trabalhadores mais jovens no mercado de trabalho. Importante destacar que já existe a geração Z, dos nascidos a partir dos anos 2000, mas que somente agora estão iniciando sua trajetória profissional, motivo pelo qual não serão abordados no presente estudo.

A geração Y é a que provavelmente traz e trará maiores mudanças nas estruturas das empresas. São indivíduos que possuem uma incrível facilidade com a tecnologia, trazem uma bagagem de valores que são indissociáveis da vida profissional, ou seja, o discurso e pensamento deve coincidir com as práticas empresariais. Entretanto, possuem sua própria forma de trabalhar, buscam fazer as coisas como melhor entendem e, conseqüentemente, têm dificuldade em respeitar hierarquias e controle sobre suas atividades, bem como não suportam atividades repetitivas e rotinas operacionais, buscando um crescimento profissional rápido e por vezes colocando maior valor do que suas atividades realmente merecem. Os indivíduos da geração Y podem ser indicados como os grandes geradores de conflitos entre as gerações dentro do ambiente laboral, não exclusivamente por suas características, mas também pela forma com que afetam os indivíduos das gerações anteriores.

O primeiro ponto de conflito é que, desde que entram no mercado de trabalho, os trabalhadores Y já iniciam com um maior conhecimento e facilidade com novas tecnologias, fato jamais ocorrido anteriormente, tendo em vista que sempre os trabalhadores mais experientes possuíam maiores conhecimentos, e, assim, uma vantagem sobre os mais jovens<sup>14</sup>.

A forma de trabalhar dos indivíduos da geração Y também é muito distinta das gerações anteriores, o que acaba por gerar conflitos, principalmente em trabalhos que demandem projetos em grupo, tendo em vista que possuem dificuldade em focar em uma única atividade, trabalhando em várias atividades ao mesmo tempo. Ainda, estes trabalhadores Y são vistos de forma negativa pelos trabalhadores das gerações anteriores, tendo em vista que são pouco comprometidos com a organização em que trabalham, muitas vezes mudando de emprego ou trabalho em curtos espaços de tempo, o que faz os demais questionarem sua capacidade de sucesso no longo prazo<sup>15</sup>.

Assim, resta verificado que cada geração inserida no mercado de trabalho atual possui características diversas, positivas e negativas, bem como a convivência dentro de um mesmo ambiente tão heterogêneo certamente acaba por resultar em alguns conflitos entre as mesmas. Neste sentido, é importante verificar do ponto de vista empresarial, quais seriam as características e qualificações profissionais almejadas pelas empresas e qual ou quais gerações se sobressaem no mercado de trabalho atual, diante de tais exigências.

#### 4. QUALIFICAÇÕES PROFISSIONAIS E O INDIVÍDUO COMO PRODUTO

Conforme brevemente indicado, as recentes transformações tecnológicas vêm acarretando uma transferência dos postos de trabalho da indústria para outros setores, especialmente o de serviços, nos quais a robotização e os adventos tecnológicos ainda não foram capazes de substituir o capital humano.

Entretanto, tais atividades, ao contrário do setor industrial, demandam maior contato com clientes, capacidade de relacionamento com colegas de trabalho, além de conhecimentos básicos em diversas áreas, como línguas, tecnologias, práticas gerenciais, entre outras. No mesmo sentido, as novas profissões nascidas nos últimos anos também demandam um conhecimento e qualidades específicas de seus candidatos.

O termo quarta revolução industrial foi popularizado por Klaus Schwab, quem, muito resumidamente, defende que esta revolução se iniciou junto com o Século XXI, sendo baseada na revolução digital, “que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”<sup>16</sup>. Schwab também indica que estas mudanças nas formas de trabalho como conhecemos hoje, poderão ser até menos bruscas do que mudanças já ocorridas anteriormente, como, por exemplo, à época da Revolução Industrial, entretanto, terão como principal característica uma velocidade muito maior no desaparecimento e surgimento de novas profissões<sup>17</sup>.

O receio de que novas tecnologias substituíssem diversos postos de trabalho, acarretando em altos índices de desemprego, sempre existiu, sendo levantado em diversas oportunidades no século XX. Entretanto, em que pese algumas ocorrências de desemprego em curto prazo, esta situação nunca foi permanente, sendo que novos empregos eram rapidamente criados, abrindo espaço para os trabalhadores substituídos<sup>18</sup>.

Ocorre que, mais recentemente vêm ocorrendo sucessivas mudanças nas formas de como se darão as relações de trabalho, com precarização e flexibilização de direitos, que já vem ocorrendo nos últimos anos, com a pulverização dos postos de trabalho para empresas terceirizadas e descentralizadas da atividade principal. O modelo rompe com a unidade de produção, deixando trabalhadores antes numerosos e próximos, agora dispersos e em pequenos nichos sem a mesma representatividade, acarretando em uma rápida redução de direitos. Este fenômeno é agravado pelas tecnologias que permitem o trabalho remoto e sem vinculação a um empregador específico.

De qualquer forma, o objeto do presente estudo é a análise das qualificações profissionais e das colocações dos trabalhadores neste novo modelo de organização produtiva, independentemente da vinculação ou formalização empregatícia que possuem.

Em uma primeira análise, pesquisas demonstram que o cenário é preocupante. Estudos recentes evidenciam que trabalhadores com alta qualificação profissional vêm descendo na escala produtiva, para ocupar funções e trabalhos originalmente ocupados por pessoas com menor qualificação profissional, conseqüentemente, profissionais menos capacitados passam a ocupar posições que demandam ainda menor qualificação, ou pior, ficando sem qualquer possibilidade de colocação no mercado de trabalho<sup>19</sup>. Os computadores estão cada vez melhores em aprender habilidades antes exclusivas de humanos, especialmente em trabalhos rotineiros e previsíveis. Estudos demonstram que principalmente os trabalhos mais simples, antes ocupados por jovens em primeiros empregos, vêm gradativamente sendo substituídos

por máquinas, fazendo com que estes jovens com diplomas de ensino superior tenham que buscar colocação no mercado de trabalho em atividades que sequer exijam curso superior, pela falta de opção no mercado desejado<sup>20</sup>.

As qualificações necessárias para os profissionais no mercado de trabalho atual estão constantemente sendo alteradas. Algumas qualificações anteriores podem se tornar totalmente obsoletas em um curto período de tempo, sendo necessário que os profissionais busquem a todo o tempo uma rápida adaptação e absorção de novos conhecimentos<sup>21</sup>. Recentes estudos demonstram que, no cenário atual, as qualificações mais buscadas nos profissionais desta quarta revolução industrial, são: criatividade, inovação, comunicação, solução de problemas e conhecimentos técnicos. Para a obtenção de tais qualificações, somente as formações acadêmicas tradicionais não são suficientes<sup>22</sup>.

Verifica-se que há uma clara mudança de característica das qualificações buscadas. Anteriormente, as empresas buscavam profissionais com maiores qualificações técnicas, entretanto, as qualificações ora buscadas demonstram uma clara prevalência de qualificações sociais sobre as qualificações técnicas, a exemplo de inteligência emocional, técnicas de persuasão e capacidade de ensinar outros profissionais<sup>23</sup>.

É importante verificar a quem cabe fornecer as qualificações necessárias a estes profissionais. Pesquisas sugerem que as próprias empresas deveriam investir na formação de seus trabalhadores, internalizando o processo de aprendizagem destas qualificações por elas requeridas, visando um melhor resultado para as companhias<sup>24</sup>.

Entretanto, diante de um cenário de redução nos postos de trabalho, alto desemprego, mão de obra qualificada assumindo postos de trabalho inferiores pela simples necessidade de um emprego, alta concorrência para as poucas vagas disponíveis, entre outras razões, aparentemente não haveria nenhum interesse das empresas em investir no aprimoramento de seus profissionais. A razão para tal constatação é que o próprio excedente de mão de obra já supriria a necessidade de treinamento, tendo em vista que os trabalhadores são instados a buscar constante aperfeiçoamento profissional, de acordo com os anseios do mercado, para conseguir permanecer dentro do próprio mercado.

Bauman aponta que os indivíduos, cada vez mais, são tratados como produtos, inclusive no que diz respeito ao trabalho, ao passo que há um claro incentivo para que os mesmos busquem adquirir habilidades profissionais, por conta própria, para garantir sua “vendabilidade” e a própria permanência no mercado de trabalho, sob pena de, assim como um produto qualquer, serem descartados por sua obsolescência<sup>25</sup>. O autor indica que esta realidade se verifica especialmente em meios de alta tecnologia, como nas empresas do Vale do Silício, que buscam por empregados: “(...) sem vínculos compromissos ou ligações emocionais anteriores, e que evite estabelecê-los agora; uma pessoa pronta a assumir qualquer tarefa que lhe apareça e preparada para se reajustar e refocalizar de imediato suas próprias inclinações, abraçando novas prioridades e abandonando as adquiridas anteriormente; uma pessoa acostumada a um ambiente em que “acostumar-se” em si – a um emprego, habilidade ou modo de fazer as coisas – é algo malvisto e, portanto, imprudente; além de tudo, uma pessoa que deixará a empresa quando não for mais necessária, sem queixa nem processo”<sup>26</sup>.

Verifica-se uma clara transferência da responsabilidade de buscar aperfeiçoamento profissional por parte dos trabalhadores, por conta própria, sob risco de ficarem excluídos do mercado por não acompanharem a rapidez das mudanças relacionadas às qualificações profissionais exigidas. Essa rápida obsolescência de capacidades e qualificações profissionais já é uma realidade e traz consigo inúmeros problemas. Entre eles, é o risco de trabalhadores que não busquem qualificações profissionais sejam discriminados por estarem há muito tempo fora do mercado de trabalho e desatualizados, consequentemente desencorajando-os a buscar novas áreas de trabalho<sup>27</sup>.

Inclusive no caso brasileiro já existe um índice governamental, chamado de taxa de desalento, que mede especificamente o número de trabalhadores que simplesmente desistiram de buscar recolocação profissional. Este índice atingiu seu maior nível no primeiro trimestre de 2018, com 4,6 milhões de pessoas que desistiram de buscar emprego, número que significa 4,1% da força de trabalho ampliada do Brasil<sup>28</sup>.

A automação e novas tecnologias, historicamente retiravam postos de trabalhos da parte mais baixa da pirâmide de trabalho, atividades que requeriam menor qualificação profissional e educação, o que desde já demonstra que a camada mais pobre e necessitada da população é sempre a mais afetada.

No cenário atual, com o desenvolvimento de tecnologias computacionais relacionadas à inteligência artificial, todos os níveis da pirâmide estão ameaçados e sofrem ameaçadas de encolhimento, e a busca por uma alternativa é mais do que urgente, sob pena de criação de uma sociedade de desempregados, gerando incalculáveis prejuízos sociais e econômicos<sup>29</sup>. A equalização de oportunidades para milhões de pessoas, diante da falta de emprego, pode ser o maior desafio social do Século XXI<sup>30</sup>.

## 5. Conclusões

As inovações tecnológicas disruptivas sempre se apresentaram como ameaça à estrutura vigente do mercado de trabalho. Desde a mecanização da agricultura, passando pela substituição dos trabalhadores por maquinário nas indústrias, entre diversos outros exemplos ocorridos ao longo da história, por curtos períodos de tempo havia um grande receio de altos níveis de desemprego. Entretanto, em tais situações o próprio mercado tratou de deslocar os desempregados para novos postos de trabalhos, muitas vezes em áreas distintas<sup>31</sup>.

Ocorre que as recentes mudanças, com a tecnologia assumindo cada vez mais os postos dos humanos em áreas nas quais antes sequer havia esse receio, como, por exemplo, no campo das ideias, da utilização da mente como ferramenta de trabalho, procuram-se alternativas ou soluções para um futuro com disponibilidade de postos de trabalhos para os indivíduos.

As características das presentes alterações convidam a uma análise mais crítica da questão, tendo em vista questões únicas como o conflito de gerações no mercado de trabalho. Em um cenário de alto desemprego, não somente os que buscam sua primeira oportunidade de emprego sofrem com a entrada no mundo do trabalho, mas igualmente os profissionais experientes, que se veem ultrapassados pelas inovações tecnológicas e fazendo que com profissionais qualificados busquem recolocação em posições inferiores às que anteriormente ocupavam. Consequentemente, acabam por pressionar os profissionais que estavam em tais postos, acarretando uma nova situação antes inimaginável em um mundo de constante expansão: o desalento e a desistência de busca por recolocação profissional.

A realidade em países como o Brasil é assustadora, inclusive chegando ao ponto de o próprio governo medir os índices de pessoas que acabaram por desistir de buscar um novo trabalho, como se a situação fosse apenas mais um índice econômico a ser considerado.

Os que ainda possuem uma chance no mercado laboral são pressionados a buscar constante atualização profissional, investir em si mesmo e no desenvolvimento de qualificações para acompanhar a exigência dos empregadores, que identificam neste cenário uma facilidade em encontrar profissionais cada vez mais qualificados, para cargos que não necessitariam de tanta qualificação.

Paralelamente a esta transferência dos custos de aprendizagem e desenvolvimento profissional, há uma crescente necessidade por buscas

de formas alternativas de trabalho, impulsionadas por novas tecnologias, reduzindo cada vez mais os postos formais de trabalho e a mínima segurança trazida pelos direitos e garantias inerentes à relação empregatícia.

Assim, o presente estudo buscou demonstrar a transformação do indivíduo como produto em si, visando adquirir qualificações profissionais suficientes para sua manutenção no mercado de trabalho, destacando as que versem sobre flexibilidade, adaptação e aceitação desta condição de produto. Por fim, evidenciou que também existe uma necessidade de discussão imediata acerca dos problemas que cercam a disrupção trazida pelas novas tecnologias no atual mercado de trabalho, sob pena de desenvolvimento de uma futura sociedade de trabalhadores em demasia para pouquíssimos postos de trabalho.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

<sup>1</sup>

WRIGHT, J. T. C.; SILVA, A. T.; SPERS, R. G., O mercado de trabalho no futuro: uma discussão sobre profissões inovadoras, empreendedorismo e tendências para 2020. *Rai: revista de administração e inovação*, v. 7, p. 174-197, 2010.

<sup>2</sup>

FREY, Carl B.; OSBORNE, Michael A., The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? *Technological Forecasting and Social Change*, Elsevier, vol. 114(C), pp. 254-280, 2017.

<sup>3</sup>

SILVA, Otavio Pinto e. A nova face do direito do trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal. *Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, v. 25, n. 82, p. 95-103, 2005.

<sup>4</sup>

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 99.

<sup>5</sup>

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. I. Trad. Roneide Venâncio Majer. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 267.

<sup>6</sup>

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. Trad. Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1996. p. 5.

<sup>7</sup>

FREY, Carl B.; OSBORNE, Michael A., *op. cit.*

<sup>8</sup>

AIRES, R. W.; KEMPNER-MOREIRA, F.; FREIRE, P. S. *Indústria 4.0: competências requeridas aos profissionais da quarta revolução industrial*. In: <http://proceeding.ciki.ufsc.br/index.php/ciki/article/view/314>, 2017, Foz do Iguaçu/PR. Anais do VII Congresso Internacional de Conhecimento e Inovação (ciKi), v. 1, 2017.

<sup>9</sup>

WONG Laura. L. R., CARVALHO, J. A. O Rápido Processo de Envelhecimento Populacional do Brasil: Sérios Desafios para as Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Estudos da População*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 5-26, jan./jun. 2006. p. 8.

<sup>10</sup>

SANTOS, A. L.; GIMENEZ, Denis Maracci. Inserção dos jovens no mercado de trabalho. *Estudos Avançados* (USP. Impresso), v. 29, p. 153-168, 2015.

<sup>11</sup>

COMAZZETTO, L. R.; VASCONCELLOS, S. J. L.; PERRONE, C. M.; GONÇALVES, J. A geração Y no mercado de trabalho: um estudo comparativo entre gerações. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 36(1): 145-157, 2016.

---

12

SANTOS, I. C.; CESTARO, H. J.; BARROS, R. B. Mitos e Conflitos de Liderança. n *Revista Científica Hermes*. 11, p. 26-46, jun.- dez., 2014.

---

13

*Ibidem.*

---

14

COMAZZETTO, L. R.; VASCONCELLOS, S. J. L.; PERRONE, C. M.; GONÇALVES, J. *op. cit.*

---

15

*Ibidem.*

---

16

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16.

---

17

*Ibidem* p. 58.

---

18

FORD, Martin. *Rise of the robots: technology and the threat of a jobless future*. New York: Basic Books, 2015. p. “x”.

---

19

FREY, Carl B.; OSBORNE, Michael A., *op. cit.*

---

20

FORD, Martin. *op. cit.*

---

21

WORLD ECONOMIC FORUM. The future of jobs: employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution. *Global Challenge Insight Report*. Geneva: World Economic Forum, 2016, 167 pp.

---

22

AIRES, R. W.; KEMPNER-MOREIRA, F.; FREIRE, P. S., *op. cit.*

---

23

WORLD ECONOMIC FORUM. *op. cit.*

---

24

AIRES, R. W.; KEMPNER-MOREIRA, F.; FREIRE, P. S., *op. cit.*

---

25

BAUMAN, Zigmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 17.

---

26

*Ibidem*, p. 18.

---

27

FORD, Martin. *op. cit.*, p. 45.

---

28

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - IBGE. *PNAD contínua tri*: taxa de subutilização da força de trabalho é de 24,7% no primeiro tri de 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21246-pnad-continua-tri-taxa-de-subutilizacao-da-forca-de-trabalho-e-de-24-7-no-primeiro-tri-de-2018>>. Acesso em: 11 set. 2018.

---

29

FORD, Martin. *op. cit.*, p. 252.

---

30

RIFKIN, Jeremy. *op. cit.*

---

31

FORD, Martin. *op. cit.*



**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO****4. EL OBRERO DEL FUTURO. FORMACIÓN Y COMPETENCIAS PARA LA INDUSTRIA 4.0****4. El obrero del futuro. Formación y competencias para la industria 4.0****“the worker of the future”. Professional training and skills for industry 4.0****(Autor)****NATALY RODRÍGUEZ BESSIO***Aspirante a Profesor de Derecho Laboral. Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay) iglesiasrodriguezbeccio@gmail.com***Sumário:**[1.Introducción](#)[2.Sociedad del conocimiento](#)[3.La educación en el presente para el trabajo del futuro](#)[4.¿En qué tenemos que educar?](#)[5.Papel de la oit y los organismos internacionales](#)[6.Directriz estratégica del ministerio de trabajo y seguridad social 2015-2020](#)[7.Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

El trabajador del futuro deberá adquirir nuevas habilidades y competencias para poder adaptarse a nuevo mundo laboral. Deberá desarrollar habilidades que van a ir cambiando a lo largo del tiempo, como la creatividad, el liderazgo, el trabajo en equipo, la resiliencia y la comunicación. La educación pasará a ocupar un rol fundamental, ya que determinadas habilidades se deben enseñar desde educación inicial y reafirmarse en la educación media. Por otra, las prácticas profesionales y pasantías pasarán a ocupar un lugar muy importante en el proceso formativo. Quedan muchos desafíos para enfrentar, pero tenemos que aunar esfuerzos desde todos los sectores de la sociedad para concientizar a los jóvenes que en el futuro el conocimiento y la capacidad de adaptación a los cambios que se avecinan van a tener un papel fundamental para la vida laboral.

**Abstract:**

The worker of the future must acquire new skills and competencies to be able to adapt to this world of work. You must develop skills that will change over time, such as creativity, leadership, teamwork, resilience and communication. Education will play a fundamental role, since certain skills must be taught from initial education and reaffirmed in secondary education. On the other hand, professional practices and internships will occupy a very important place in the training process. There are many challenges to face, but we must join efforts from all sectors of society to raise awareness among young people that in the future knowledge and the ability to adapt to the changes that are coming will have a fundamental role for working life.

**Palabras Clave:** habilidades, competencias, educación, formación profesional**Keywords:** skills, competences, education, professional training

“Si pretendemos lograr resultados nunca antes alcanzados, debemos usar métodos nunca antes intentados”. Sir. Francis Bacon (1561-1626).

**1.Introducción**

El trabajador del futuro deberá adquirir nuevas habilidades y competencias para poder adaptarse al nuevo mundo laboral. En este sentido, Cobo, investigador de nuevas tecnologías en Oxford, señala que resulta más estratégico “aprender como aprender más que retener simplemente los contenidos que se enseñan”<sup>1</sup>. En el futuro se deberán desarrollar habilidades que van a ir cambiando a lo largo del tiempo, como la creatividad, el liderazgo, el trabajo en equipo, la resiliencia y la comunicación. Mantener un mismo empleo durante toda la vida va a ser la excepción, no la regla. Es por eso que las personas deben estar preparadas para esos cambios, fundamentalmente pensando en que en el futuro existirán trabajos que hoy aún no conocemos.

En este sentido, la educación pasa a ocupar un rol fundamental, ya que determinadas habilidades se deben enseñar desde la educación inicial y ser reforzadas en la educación media. Por otra parte, las prácticas profesionales y pasantías pasarán a ocupar un lugar muy importante en el proceso formativo.

Quedan muchos desafíos por enfrentar y es por eso por lo que tenemos que aunar esfuerzos desde todos los sectores de la sociedad para concientizar, principalmente a los jóvenes, que en el futuro el conocimiento y la capacidad de adaptación a los cambios que se avecinan van a tener un papel fundamental para la vida laboral. Hoy en día, esos trabajadores del futuro están creciendo y nuestra tarea es ayudarlos a

transitar ese camino tan incierto.

## 2. Sociedad del conocimiento

Nos dirigimos hacia la “sociedad del conocimiento”, por lo tanto, es oportuno detenernos a definir este concepto. Burch<sup>2</sup>, en su artículo denominado “Sociedad de la Información/ Sociedad del Conocimiento”, reflexiona acerca del mismo, entendiendo que “cualquier término que usemos, en el fondo, es un atajo que nos permite hacer referencia a un fenómeno -actual o futuro-, sin tener que describirlo cada vez; pero el término escogido no define, de por sí, un contenido. El contenido emerge de los usos en un contexto social dado, que, a su vez, influyen en las percepciones y expectativas, ya que cada término lleva consigo un pasado y un sentido (o sentidos), con su respectivo bagaje ideológico”. Sostiene, además, que “la noción de “sociedad del conocimiento” (*knowledge society*) surgió hacia finales de los años 90, y es empleada, particularmente, en medios académicos, como alternativa de algunos a “sociedad de la información”. Además, nos recuerda que la UNESCO ha adoptado el término “sociedad del conocimiento”, o su variante “sociedades del saber”, dentro de sus políticas institucionales, desarrollando una reflexión en torno al tema que busca incorporar una concepción más integral que vaya más allá de la dimensión económica<sup>3</sup>.

Para la UNESCO, el concepto pluralista de sociedades del conocimiento va más allá de la sociedad de la información, ya que apunta a transformaciones sociales, culturales y económicas en apoyo al desarrollo sustentable, ya que los pilares de las sociedades del conocimiento son el acceso a la información para todos, la libertad de expresión y la diversidad lingüística<sup>4</sup>.

Recientemente, Zamora Bonilla, Profesor de pensamiento político de la Universidad Complutense de Madrid, destaca que la “clave de una sociedad del conocimiento es el capital humano y las tecnologías que, bien utilizadas, garanticen una alta productividad en manufacturas y servicios de calidad”<sup>5</sup>.

Por otra parte, desde un punto de vista sociológico, Krüger entiende que “el concepto actual de “sociedad del conocimiento” no se centra en el progreso tecnológico, sino que la expansión en educación se considera como un factor del cambio social. Para este enfoque, el conocimiento será, cada vez más, la base de los procesos sociales en diversos ámbitos funcionales de la sociedad”<sup>6</sup>. Es por eso que, más allá de cómo se defina el concepto, lo central en la sociedad del conocimiento será la educación. Conviene, entonces, repensar la educación, tal como la concebimos hoy en día y plantearnos qué tipo de cambios será necesario incorporar en los planes de estudio.

## 3. La educación en el presente para el trabajo del futuro

“Saber es poder. Informar es liberar. La educación es una condición de progreso en todas las sociedades, en todas las familias”.

Kofi Annan.

La educación es esencial para ubicar a las personas en su rol en esa sociedad a la que nos dirigimos. Entendiendo la educación como transporte que nos conduce hacia la sociedad del conocimiento, tal y como ya lo destacábamos, es imprescindible analizar los cambios en la formación para los trabajadores del futuro, que van a formar parte de una economía y de una época distintas.

Como señala el sociólogo y antropólogo Edgar Morín, posición que compartimos, el reto de la educación del futuro será “enseñar a afrontar las incertidumbres”. Por contrapartida, debemos “rechazar la tentación de dar certezas”<sup>7</sup>. En este sentido, los esfuerzos y las miradas tendientes a formar a los trabajadores del futuro comienzan a ir en otra dirección.

## 4. ¿En qué tenemos que educar?

Los términos innovación, competencias, habilidades, formación profesional y empleabilidad empiezan a aparecer como centrales en las discusiones respecto a la formación, en particular de los jóvenes, para el trabajo en el futuro.

La OCDE, en su libro denominado “Mejores competencias, mejores empleos, mejores condiciones de vida”, brinda un enfoque estratégico de políticas de competencias, donde se señala “que el desarrollo de las competencias es más eficaz si se vincula al mundo de la educación y de la formación”. A su vez, se indica que “es necesario invertir en una educación de calidad para la primera infancia y preescolar, ya que es una manera eficiente de asegurar que las primeras competencias generan competencias futuras”. Plantean, además, que “una educación básica sólida, combinada con orientación vocacional y programas de formación pertinentes para el mercado laboral, tienden a suavizar la transición de la escuela al trabajo...”. También señalan que “una orientación vocacional de buena calidad es una parte crítica de toda estrategia de competencias”<sup>8</sup>.

La cuarta revolución industrial, sin duda, debe traer un cambio en los modelos de educación para que se adapten a estas nuevas realidades. Esto impacta significativamente en los modelos actuales que deberán repensarse a partir de estos cambios disruptivos<sup>9</sup>.

Asimismo, “se espera que, cada vez más, la educación desarrolle nuevas formas de pensar, que incluya creatividad, pensamiento crítico, solución de problemas y toma de decisiones; nuevas formas de trabajo, entre ellas la comunicación y colaboración; nuevas herramientas de trabajo, incluida la capacidad de reconocer y aprovechar el potencial de las nuevas tecnologías; y la capacidad de vivir en un mundo complejo como ciudadanos activos y responsables. Para cualquier programa de educación y capacitación se deben tomar decisiones sobre la combinación correcta de conocimientos, competencias e, incluso, conductas, actitudes y valores que se deben tener para conseguir los resultados sociales y económicos deseados. Dado que los requisitos de competencias cambian y la gente tiene que adaptarse y aprender nuevas competencias en su vida profesional, a fin de garantizar la movilidad laboral, la educación obligatoria es dónde la gente debe dominar competencias básicas y debe desarrollar el deseo y la capacidad general de continuar aprendiendo durante toda su vida”<sup>10</sup>. A su vez, se ha señalado que “la educación y las competencias son factores decisivos para apoyar la transición de los jóvenes de la escuela al trabajo y el desarrollo incluyente. La educación es fundamental para elevar la débil productividad actual de ALC y encontrar nuevos mecanismos a fin de fomentar el crecimiento a largo plazo, reducir la pobreza, eliminar las desigualdades y construir estabilidad y cohesión social. De hecho, la educación y las competencias son ámbitos de inversión que pueden mejorar la productividad y la inclusión a la vez, y reforzar las sinergias entre una y otra”<sup>11</sup>.

En el futuro, ocho de cada diez nuevos empleos en países desarrollados serán para trabajadores del conocimiento (profesionales con capacidades técnicas, formación práctica, habilidades directivas y espíritu emprendedor). De esta manera, cada persona tiene que seguir invirtiendo en educación y en formación continua. La educación ya no termina cuando acaba la escuela, sino que los trabajadores van a necesitar actualizarse permanentemente para poder afrontar los cambios constantes del mundo laboral<sup>12</sup>.

El profesor Deming de la Universidad de Harvard señala “que las competencias sociales, como compartir y negociar, serán fundamentales. El lugar de trabajo moderno, donde las personas cambian entre diferentes funciones y proyectos, se asemeja en gran medida a las aulas de

preescolar, donde aprendemos habilidades sociales como la empatía y la colaboración”. Es por eso que entiende que “el desafío lo afrontan los educadores que deben complementar su enseñanza de habilidades técnicas, como las matemáticas y las ciencias informáticas, con un enfoque que permita garantizar a los trabajadores del futuro poseer habilidades sociales necesarias para competir en el nuevo mercado laboral”<sup>13</sup>.

En el año 2014, la Asociación Alemana de Ingeniería y la Sociedad Americana de Mecánica realizaron un estudio sobre el impacto de la innovación y sobre el papel de los trabajadores en las fábricas del futuro, analizando las calificaciones y habilidades necesarias. En dicho estudio advierten que el obrero del futuro será más un generalista que un especialista, donde además de manejar su área específica, deberá poseer ciertas habilidades como las sociales, de comunicación, así como la capacidad de trabajo en equipo, etc.<sup>14</sup>. Los programas educativos tendrían que mirar hacia ese futuro.

La discusión respecto de si el trabajador del futuro debe ser un generalista o un especialista ya está planteada. Según la definición de la Real Academia Española, un generalista es “una persona que en su profesión domina un amplio campo de conocimientos”, siendo el especialista “una persona que cultiva o practica una rama determinada de arte o ciencia”<sup>15</sup>. Como los generalistas se destacan por su adaptabilidad a nuevos ambientes y poseen una habilidad para conectar conocimientos sobre varios campos diferentes, algunos entienden que tienen un futuro más prometedor que los especialistas<sup>16</sup>.

En este sentido, las miradas apuntan no solo a revisar los sistemas educativos actuales, sino también a analizar la necesidad de incorporar disciplinas distintas a los modelos educativos para darles más herramientas a los trabajadores del futuro. Yiannouka señala que “uno de los objetivos claves de la educación debería ser convertir a los jóvenes en aprendices autosuficientes durante toda la vida”<sup>17</sup>.

Mirando hacia el futuro de la educación y su relación con el trabajo, debemos mencionar la “Cumbre Internacional de Innovación Educativa” (*World Innovation Summit for Education*) que se llevó a cabo en Doha (Qatar), en 2017. El foco de este encuentro son los desafíos a los que se enfrenta un mundo global y diverso con la finalidad de construir sociedades prósperas y seguras a través de la educación. La Cumbre se centró en tres ejes temáticos: 1) aprender a aprender: nuevas perspectivas y prácticas de enseñanza y aprendizaje, 2) coexistir en un mundo en constante cambio: desarrollo de habilidades, actitudes y valores para construir el futuro, 3) cocrear sociedades del conocimiento: la transición de las economías del conocimiento a las sociedades del conocimiento<sup>18</sup>. Sin lugar a duda, encuentros con miradas globales como este son fundamentales a la hora de analizar estos temas desde distintas ópticas.

Compartimos la opinión de Zamora cuando afirma que “prepararse para estos cambios no será posible sin una gran inversión en educación. El conocimiento y el uso de las nuevas tecnologías es muy relevante y, además, lo será en todos los sectores, al igual que el conocimiento de idiomas, pero no por eso se tendrá que renunciar a una buena formación humanística y científica. En el fondo, una buena base en humanidades y en ciencia es lo que permite captar cualquier avance en el conocimiento”<sup>19</sup>.

Como puede observarse, parece urgente seguir planteando estos temas preocupándonos fundamentalmente en establecer ¿en qué educamos? o ¿hacia dónde educamos?, atendiendo a los cambios que se van a producir en el futuro en el mundo del trabajo. Además, tenemos que pensar en cómo serán las fábricas o los lugares de trabajo modernos o si existirán las fábricas tal y como hoy las conocemos y si a los trabajadores se les pedirán las mismas competencias y habilidades. Todo parece indicar que los cambios para insertarse en ese nuevo mundo laboral deberán comenzar con los cambios en la educación, siendo este un tema que se advierte por los Organismos Internacionales y las grandes potencias del mundo.

## 5. Papel de la OIT y los organismos internacionales

La OIT, junto a otros organismos internacionales, hace varios años que se vienen ocupando del tema de la formación de los trabajadores para los cambios que se avecinan. Desde 1963, el Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional (OIT/CINTERFOR)<sup>20</sup> es pionero en la gestión, la construcción colectiva del conocimiento y la promoción de la cooperación Sur-Sur en temas relacionados con el desarrollo de los recursos humanos. Siendo su misión desarrollar una comunidad permanente de aprendizaje y cooperación horizontal entre los organismos nacionales encargados de la formación profesional, con el propósito de difundir conocimientos, experiencias y buenas prácticas en materia de capacitación<sup>21</sup>. De manera conjunta con otras herramientas, la OIT ha creado una “Plataforma Global Público-Privada de Intercambio de Conocimientos sobre Competencias para el Empleo” que cuenta con el apoyo y la colaboración de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial. En la plataforma se pueden encontrar normativas internacionales y una serie de documentos de estrategia, sin duda instrumentos que sirven de guía a los países miembros y a distintos actores sociales a la hora de plantear la discusión respecto de las necesidades de formación de los trabajadores del futuro para poder enfrentarse a esos desafíos<sup>22</sup>.

La OIT/CINTERFOR, en el documento núm. 2 del año 2016, denominado “Estrategias de anticipación de las necesidades formativas frente a las brechas de competencias”, señala que “la generación de habilidades emprendedoras, innovadoras, capaces de aprovechar las nuevas tendencias, productivas mundiales, es un desafío aún muy grande en América Latina y el Caribe. Esto no solo implica la conexión entre educación y mercados de trabajo, sino la posibilidad de articulación entre ambas dimensiones a partir de la identificación de nuevos nichos productivos”. Asimismo, se entiende que “en un contexto en el que los cambios que introduce la tecnología en las formas de organizar el trabajo, y en las demandas por competencias, son cada vez más rápidos, hay consenso generalizado en la necesidad de disponer de mecanismos de anticipación de las demandas como medio para facilitar la adaptación de los programas de formación y capacitación laboral”<sup>23</sup>.

Concluye el informe, opinión que compartimos, “que el futuro laboral pasa por una mayor movilidad y flexibilidad de la fuerza de trabajo y demanda y, por tanto, de políticas de desarrollo de las competencias profesionales con suficiente capacidad de anticipación de escenarios y demandas futuras”<sup>24</sup>.

A su vez, en el informe técnico de la OIT denominado “El futuro del trabajo que queremos -La voz de los jóvenes y las diferentes miradas desde América Latina y el Caribe”, Quesada afirma, con gran acierto, que “en plena era del conocimiento, una de las claves está en la educación integral de calidad, dando una atención especial a la educación y formación técnica y profesional, pero acompañándola de formación para el desarrollo de las habilidades socioemocionales y psicológicas que requieren las personas para su mejor desempeño. La formación profesional debe ser humanista e ideológica para la disputa al modelo neoliberal, al tiempo que acorde a las necesidades y exigencias del mercado de trabajo, procurando la especialización de la clase trabajadora en todas las nuevas ramas que están desarrollándose, y adaptando los contenidos tradicionales, no solo a la época actual, sino para estar preparadas a los cambios que le va a exigir el futuro”<sup>25</sup>.

Por otra parte, la OIT, a través de la “Iniciativa Mundial sobre Empleo Decente para los Jóvenes”, estimula la acción a nivel mundial, amplía esfuerzos existentes y aumenta el impacto a través de la creación del conocimiento y la innovación en intervenciones basadas en la

evidencia. La Iniciativa presenta una cooperación única para abordar el problema del empleo juvenil y ayudar a los estados miembros en el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>26</sup>.

Recientemente, en la decimonovena Reunión Regional Americana, que se llevó a cabo en Panamá, se abordó el tema de la formación profesional y se estableció que la Oficina ha trabajado en el fortalecimiento de las competencias en varias líneas. Se ha colaborado para la mejora de los marcos institucionales, certificación y reconocimiento de las competencias, identificación de metodologías y enfoques pedagógicos más eficaces, diseño de metodologías de prospectiva tecnológica, fortalecimiento del diálogo social en la formación e impulso de aprendizaje de calidad. El “aprendizaje de calidad” se define como una forma única de formación profesional que combina la formación en el puesto de trabajo y el aprendizaje basado en el aula para el desarrollo de competencias y procesos de trabajo específicamente definidos. En materia de certificación de competencias y desarrollo de Marcos Nacionales de Cualificación (MNC), la OIT ha apoyado, a través de CINTERFOR, procesos en Argentina, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Colombia y Paraguay. Además, también está impulsando el aprendizaje de calidad en varios países de la región que se encuentran en proceso de apostar por esta modalidad para enfrentar el desempleo juvenil, la baja productividad y las competencias laborales insuficientes<sup>27</sup>.

A nivel regional, la OEA, a través de su Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI), celebró su XX Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo (CIMIT), en 2017, en Barbados, la cual tuvo como corolario la aprobación de la Declaración de Bridgetown 2017 “Construyendo sobre nuestros logros y avanzando hacia la Justicia Social, el Trabajo Decente y el Desarrollo Sostenible en las Américas”. La Declaración, en su artículo 7, establece: “reconocemos la relación que existe entre trabajo decente, el empleo productivo y la educación, y celebramos el diálogo y la cooperación que hemos sostenido con los Ministerios de Educación desde la XIX CITMT, por medio de la Comisión Interamericana de Educación (CIE). Por ello, impulsaremos una mayor coordinación interministerial a fin de proveer una educación, capacitación de calidad, inclusiva y con equidad, que responda mejor a los nuevos desafíos y oportunidades en el mundo del trabajo, a los cambios tecnológicos, así como a las nuevas exigencias de los diversos sectores productivos”<sup>28</sup>.

En la doctrina uruguaya, Ermida Uriarte sostiene que “no hay trabajo decente posible sin formación adecuada. Y del mismo modo que esta es condición y componente de aquél, un trabajo decente es también un ámbito en el cual se desarrolla la formación continua, la actualización y la recalcificación”<sup>29</sup>. En el mismo sentido, Andrade, siguiendo a De La Riva, quién señala “que la formación profesional guarda una estrecha relación con el concepto de trabajo decente; término que se refiere tanto a la calidad como a la cantidad de empleo, ya que las condiciones de empleabilidad de un trabajador están determinadas por su formación”<sup>30</sup>. Asimismo, Barretto señala que “a mayor nivel de formación con la que cuente el trabajador, mayor responsabilidad y tecnificación de la tarea; a mayor competencia relacional y comunicativa, mayores niveles de interacción, trabajo en equipo y, eventualmente, participación”<sup>31</sup>.

## 6. Directriz estratégica del ministerio de trabajo y seguridad social 2015-2020

En Uruguay, se viene desarrollando una Directriz Estratégica por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 2015-2020, denominada “Cultura del Trabajo para el Desarrollo”, cuyo objetivo general es “incrementar las competencias, capacidades y habilidades, la calidad del trabajo, con más educación, formación y capacitación permanentes, de trabajadores y futuros trabajadores (obreros, empleados, empresarios, trabajadores por la cuenta, públicos y privados) con la finalidad de aportar a la profundización de una cultura del trabajo en consonancia con el desarrollo integral e integrador del Uruguay. Esta Directriz Estratégica busca así, contribuir junto a otras medidas, a reducir y eliminar desigualdades y brechas: laborales, educativas, territoriales, de edad, de género, de colectivos. Busca enseñar a aprender y a ser creativos en las organizaciones públicas y privadas; a aprender a escuchar; a respetar el trabajo y estudio del otro con prescindencia del lugar que ocupe; a generar climas laborales y familiares que promuevan el compañerismo y la solidaridad.

Un proceso con descentralización y participación social efectivas que permitan avanzar en los hechos en los objetivos planteados, corregir errores y mejorar dialécticamente durante el proceso, con ejecutividad y diálogo en todo el territorio y con toda la sociedad. Articulando con la necesaria racionalización y unificación de oficinas y centros relacionados del MTSS, INEFOP, Centros Públicos de Empleo, Comités Departamentales y Sectoriales, oficinas compartidas con otros organismos públicos y municipales, Centros de Atención Ciudadana, Centros MEC, oficinas del BPS, etc. Y también del uso de nuevas tecnologías aplicadas a los objetivos de esta Estrategia”<sup>32</sup>. La Directriz Estratégica es una herramienta que propone el Gobierno que busca acompañar los cambios que estamos transitando. Por otra parte, se debe destacar la actuación del Instituto de Formación y Empleo en Uruguay (INEFOP), siendo una de sus misiones desarrollar, en articulación con instituciones públicas y privadas, políticas públicas de empleo y acciones de formación profesional en el ámbito del sector privado<sup>33</sup>.

## 7. Conclusiones

El futuro se caracteriza por lo desconocido, es por eso que debemos detenernos a pensar en cómo nos preparamos para lo desconocido, cómo se preparan las personas para un mundo donde van a cambiar determinados modelos de lo que conocemos hoy como educación, trabajo y relaciones laborales, qué es lo que deberían perfeccionar los trabajadores para afrontar ese mundo, cómo estamos educando o hacia donde estamos educando a los jóvenes, a los trabajadores del futuro.

Algunos de estos interrogantes parecerían difíciles de responder. En esa dirección, intentamos compartir algunas de las respuestas que se construyen en el presente, pensando siempre en buscar herramientas para que las personas puedan prepararse para esos cambios y así poder alcanzar su desarrollo laboral y profesional, siendo el norte acortar las brechas o desigualdades existentes entre las personas y la búsqueda constante de trabajo decente. Quedan muchos desafíos por enfrentar, pero tenemos que aunar esfuerzos desde todos los sectores de la sociedad para concientizar a los jóvenes de que, en el futuro, el conocimiento y la capacidad de adaptación a los cambios que se avecinan van a tener un papel fundamental para la vida laboral. De la misma manera en la que el hombre ha sido capaz de producir un desarrollo tecnológico inimaginable en otras épocas históricas, tenemos que ser capaces de convivir con él y ponerlo al servicio del desarrollo humano.

Para concluir, compartimos la reflexión de un vecino de una villa argentina recordado por Malena Fama en un informe técnico de la OIT: “y entonces afronto otro día, creyendo que el futuro del trabajo tal vez se trate un poco de eso: de abocar todos nuestros esfuerzos a crear posibilidades”. Lo que me suena muy parecido a aportar a la creación de otras realidades posibles<sup>34</sup>.

PLAYA MASET, J., *Educación para las incertidumbres*, 08 de marzo de 2016, 09:5. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20160226/4023169016/formacion-educacion.html>, visitado el 18/09/2018.

---

2

Directora Ejecutiva de la Agencia Latinoamericana de Información.

---

3

BURCH, S., *Sociedad de la información/ Sociedad del Conocimiento*. Fecha de consulta: 30 de mayo de 2018. Disponible en: <https://vecam.org/archives/article518.html>

---

4

UNESCO, *Hacia las Sociedades del Conocimiento*, 2005. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>

---

5

ZAMORA BONILLA, J., "Construir una sociedad del conocimiento", 25 de junio de 2014. Fecha de consulta 30 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.elimparcial.es/noticia/44295/opinion/construir-una-sociedad-del-conocimiento.html>

---

6

KRÜGER, K., "El concepto de sociedad de conocimiento", *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XI, núm. 683, 25 de octubre de 2006, Universidad de Barcelona. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-683.htm>

---

7

CAMPOS, P., "El sociólogo Edgar Morín cree que la cultura clásica está destinada al desgaste y a la anemia", (Este artículo apareció en la edición impresa del viernes 20 de enero de 1984). Fecha de consulta: 28 de mayo de 2018. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1984/01/20/cultura/443401202\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1984/01/20/cultura/443401202_850215.html)

---

8

Resumen en español del libro: OECD, *Better Skills, Better Jobs, Better Lives: A Strategic Approach to Skills Policies*, 2012. Disponible en: [http://www.skillsforemployment.org/edmsp1/groups/skills/documents/skpcontent/ddrf/nduw/~edisp/wc\\_mstest4\\_050446.pdf](http://www.skillsforemployment.org/edmsp1/groups/skills/documents/skpcontent/ddrf/nduw/~edisp/wc_mstest4_050446.pdf)

---

9

Gauthier sostiene "en las postrimerías del siglo XX se inició un debate teórico sobre los cambios disruptivos que empezaron a producirse en el campo económico, en los modelos económicos y con la tecnología, para referir a aquellas innovaciones que producen una ruptura brusca con lo que había antes. También suele considerarse disruptivo aquello nuevo que genera nuevos negocios, nuevos mercados y nuevos horizontes". GAUTHIER, G., *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*, 1era. Ed. FCU, 2016, p. 11.

---

10

OECD, *Better Skills, Better Jobs, Better Lives: A Strategic Approach to Skills Policies*, OECD Publishing, 2012 <http://dx.doi.org/10.1787/9789264177338-en>

---

11

OCDE/CEPAL/CAF, *Perspectivas económicas de América Latina 2017, Juventud, competencias y emprendimiento*, OECD Publishing, Paris, 2016, p. 31 <http://dx.doi.org/leo/2017-es>

---

12

RIPANI, L., "Los empleos del futuro y los que ya están desapareciendo", septiembre 2014. Disponible en: <https://www.cronista.com/negocios/Los-empleos-del-futuro-y-los-que-ya-estan-desapareciendo-20140917-0103.html>

---

13

DEVIS, C., agosto 2017. Disponible en <https://www.carlosdevis.com/blog/los-trabajos-del-futuro-y-dos-habilidades-que-necesita-para-obtenerlos/>

---

14

GEHRKE, L. *et. al.*, *Industria 4.0, A Discussion of Qualifications and Skills in the Factory of the Future: A German and American Perspective*, Abril 2015. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/279201790>

---

15

Real Academia Española. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=UkbUarn>

---

16

PEREZ, M., *¿Eres un especialista o un generalista?*, Julio 2017, disponible en: <https://www.about espanol.com/eres-un-generalista-o-un-especialista-3257259>. Sostiene el autor que cuando se plantea esta discusión aparece el famoso ensayo del Isaiah Berlin “El erizo y la zorra”, 1953, en el que uno puede diferenciar los dos tipos de pensadores, generalistas (zorros o zorras) y especialistas (erizo) donde en un extracto afirma: “Muchas cosas sabe la zorra, pero el erizo sabe una sola y grande”. La fórmula, según Isaiah Berlin, puede servir para diferenciar a dos clases de pensadores, de artistas, de seres humanos en general: aquellos que poseen una visión central, sistematizada, de la vida, un principio ordenador en función del cual tienen sentido y se ensamblan los acontecimientos históricos y los menudos sucesos individuales, la persona y la sociedad, y aquellos que tienen una visión dispersa y múltiple de la realidad y de los hombres, que no integran lo que existe en una explicación u orden coherente pues perciben el mundo como una compleja diversidad en la que, aunque los hechos o fenómenos particulares gocen de sentido y coherencia, el todo es tumultuoso, contradictorio, inapresable”. Fórmula que parece oportuna revivir en estos debates.

---

17

YIANNOUKA, S. N., *Avanzar hacia una economía basada en la especialización exige revolucionar la educación*, junio 2017. Disponible en [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/23/companias/1498229733\\_553412.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/23/companias/1498229733_553412.html)

---

18

ÁLVAREZ JIMÉNEZ, D., *WISE17: Cumbre Internacional de Innovación Educativa*, fecha de consulta 19 de septiembre de 2018. Disponible en [http://conecta13.com/se\\_habla\\_de/wise17-cumbre-internacional-de-innovacion-educativa/](http://conecta13.com/se_habla_de/wise17-cumbre-internacional-de-innovacion-educativa/)

---

19

ZAMORA BONILLA, J., *op. cit.*

---

20

OIT/CINTERFOR “es un Centro especializado de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- que articula y coordina la red más grande y prestigiosa de entidades e instituciones, públicas y privadas, dedicadas al fortalecimiento de las competencias laborales. Esta red, formada por más de 65 entidades de 27 países de América Latina, el Caribe, España y África, colabora activamente en la actualización permanente de la plataforma de gestión del conocimiento que está a disposición del mundo de la formación profesional”. <http://www.ilo.org/cinterfor/sobre-cinterfor/qué-es/lang-es/index.htm>

---

21

<http://www.ilo.org/cinterfor/sobre-cinterfor/misión/lang-es/index.htm>

---

22

Visitar: <http://www.skillsforemployment.org/KSP/es/index.htm>

---

23

OIT/ CINTERFOR, *Estrategias de anticipación de las necesidades formativas frente a las brechas de competencias*, núm. 2, enero de 2016. Disponible en: [http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file\\_publicacion/nota2-oitcinterfor.pdf](http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/nota2-oitcinterfor.pdf). Se establece en el informe además que “entre las experiencias más significativas en la región de Latinoamérica, España, y Portugal se encuentran los estudios basados en la experiencia OIT/CINTERFOR de transferencia y aplicación del modelo SENAI (Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial Brasil) de prospectiva, como así también los observatorios sobre el mercado de trabajo en la región y fuentes privadas, que brindan pistas para el desarrollo de acciones formativas en el contexto de políticas orientadas al mercado laboral y al entorno productivo de los países de la región”.

---

24

---

25

QUESADA Gómez, M., “La juventud y el futuro del trabajo”, en Informe Técnico *El futuro del trabajo que queremos – La voz de los jóvenes y las diferentes miradas desde América Latina y el Caribe*, núm. 7, 2017, OIT, p. 77, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_561498.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_561498.pdf)

---

26

Disponible en: [http://www.ilo.org/global/topics/youth-employment/databases-platforms/global-initiative-decent-jobs/WCMS\\_488797/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/youth-employment/databases-platforms/global-initiative-decent-jobs/WCMS_488797/lang-es/index.htm). La iniciativa global está diseñada sobre cuatro pilares. I) Conocimiento: una plataforma global de intercambio de conocimientos captura, analiza y difunde las mejores prácticas y enfoques innovadores, mejora el desarrollo de las capacidades, y facilita el aprendizaje entre pares sobre lo que funciona para mejorar los resultados de mujeres y hombres en el mercado de trabajo. II) Acción: la iniciativa es un catalizador para la acción basada en la evidencia, nacional y regional, que corresponde a las prioridades nacionales de desarrollo. III) Alianza: reúne a gobiernos, interlocutores sociales, el sector privado, el sistema de la ONU.

---

27

OIT, *19ª Reunión Regional Americana, Preparando el futuro del trabajo que queremos en las Américas a través del diálogo social*, Panamá, 1era. Ed. p. 77.

---

28

[http://www.oas.org/es/sedi/dhdee/trabajo\\_empleo/paginas/cpo\\_anuncio\\_XX\\_cimt.asp#DOCUMENTOS0](http://www.oas.org/es/sedi/dhdee/trabajo_empleo/paginas/cpo_anuncio_XX_cimt.asp#DOCUMENTOS0)

---

29

ERMIDA URIARTE, O., *Trabajo Decente y Formación profesional*, CINTERFOR/ OIT, 2001, p. 13.

---

30

DE LA RIVA, A., “El derecho a la formación profesional”, en *Formación profesional, productividad y derecho del trabajo*, CINTERFOR, Montevideo, 2015, p. 62. Citada por ANDRADE SOSA, D., “Formación profesional, contrato de trabajo y obligación de permanencia en la empresa”, *Rev. Der. Lab. T. LXI*, núm. 269, 2018, p.147.

---

31

BARRETTO GHIONE, H., *La obligación de formar a cargo del empleador. Una relectura del derecho del trabajo en clave de formación*, Ed. FCU, Montevideo, 2001, p. 65.

---

32

*Directriz estratégica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 2015-2020, Cultura del Trabajo para el Desarrollo*, disponible en: [https://www.mtss.gub.uy/c/document\\_library/get\\_file?uuid=fdbd5eeb-9ec3-499a-bf72-73828be9ac36&groupId=11515](https://www.mtss.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=fdbd5eeb-9ec3-499a-bf72-73828be9ac36&groupId=11515)

---

33

Visitar: <http://www.inefop.org.uy/Institucional/Mision-y-Vision-uc37>

---

34

FAMA, M., “El futuro del trabajo, su presente y algunas historias relevantes”, en Informe Técnico *El futuro del trabajo que queremos –La voz de los jóvenes y las diferentes miradas desde América Latina y el Caribe*, núm. 7, 2017, OIT, p. 82, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_561498.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_561498.pdf)



**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO****5. BUSCANDO LA FLEXISEGURIDAD: EMPLEO MUY ATÍPICO Y EMPLEADOS COMPARTIDOS****5. Buscando la Flexiseguridad: Empleo Muy Atípico y Empleados Compartidos****Looking for Flexicurity: Very Atypical Employment and Shared Employee****(Autor)****MAIEDAH JALIL NAJI***Personal Investigador en Formación Universidad Pablo de Olavide msamjal@gmail.com***Sumário:**[1.Introducción](#)[2.Sobre la evolución de las formas de empleo](#)[2.1.La intervención jurídica sobre el trabajo muy atípico desde el derecho europeo](#)[2.2.Tipos específicos de trabajos muy atípicos: las nuevas formas de empleo en la UE](#)[3.La protección del empleo muy atípico en España: hacia prácticas de gestión de RRHH flexiseguras](#)[3.1.El intercambio estratégico de empleados](#)[3.2.Algunos ejemplos de su configuración jurídica en la UE](#)[4.Consideraciones sobre su posible articulación en el ordenamiento jurídico-laboral español](#)[4.1.La imputación común de la condición de empleador](#)[4.2.La idoneidad de un régimen específico de “empleado compartido” garantista](#)[5.Conclusiones](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

La proliferación del empleo “muy atípico” requiere de una respuesta desde el ordenamiento-jurídico laboral encaminada principalmente a garantizar un estándar suficiente y universal de seguridad, que extienda la protección a todos los trabajadores, independientemente de la forma en que estén empleados. No obstante, otra vía de lograr la seguridad de los trabajadores especialmente flexibles es mediante la innovación e incentivación en prácticas de RRHH flexiseguras, a ello dedicamos el presente estudio.

**Abstract:**

The proliferation of “very atypical” employment requires a response from the labor law system aimed mainly at secure a enough and universal security level that extends protection to all workers, regardless of the way they are employed. However, another way to achieve the safety of especially flexible workers is through innovation and incentive flexicurity HR practices, it’s what we dedicate this study.

**Palabras Clave:** trabajo muy atípico, flexiseguridad, empleador plural, empleado compartido**Keywords:** very atypical employment, flexicurity, plural employer, shared employee**1.Introducción**

Con carácter general, el contexto actual caracterizado por el impacto de la globalización, la crisis, la tercerización del modelo productivo, la automatización, la robotización, etc., exige a las empresas para su supervivencia una racionalización de sus recursos y reestructuración permanente, lo que en cuanto a la Gestión de los Recursos Humanos (RRHH) se traduce en una recomposición constante de la mano de obra. Este cambio de paradigma en las relaciones laborales da como resultado un mercado de trabajo cada vez más polarizado y fragmentado, donde predominan las formas de empleo atípicas, esto es, distintas del trabajo por cuenta ajena, indefinido y a tiempo completo<sup>1</sup>.

Es tal la incidencia de estas modalidades de contratación más flexibles en el mercado de trabajo europeo, que por formas de empleo atípicas debemos entender una categoría que a su vez puede dividirse en dos sub-categorías, que son: formas de empleo “atípicas” y formas de empleo “muy atípicas”<sup>2</sup>. Las primeras hacen referencia a los tipos de trabajo considerados atípicos y bajo los que se ejecutan “nuevas” formas de empleo con las que llevamos conviviendo hace ya unos años y de las que existe cierto reconocimiento jurídico y, por ende, normativa jurídico laboral aplicable. Son los contratos de duración determinada, el empleo a tiempo parcial y el trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT).

En cuanto a las segundas, esto es, las formas de empleo “muy atípicas”, designan distintas formas de empleo que surgen y proliferan más recientemente, como consecuencia de la evolución económica y tecnológica global. Estas se refieren a contratos laborales muy volátiles en el tiempo (de menos de seis meses de duración), al trabajo a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana, a los contratos verbales y al



trabajo “cero horas” o puntual. Por ejemplo, en España, puede verse que el aumento de los contratos de corta duración, lo protagonizan los de duración inferior a una semana. El incremento de esta modalidad de contratación, unido a la temporalidad general, hacen al mercado laboral español el líder absoluto en temporalidad de la Unión Europea (UE), ya que tiene la peor combinación de estas dos variables<sup>3</sup>. Por otra parte, el peso del subempleo dentro del trabajo a tiempo parcial ha crecido del 36,1% en 2007 hasta el 61,7% en 2017. Este cambio de tendencia y el aumento de la contratación a jornada parcial hacen que el 10% de los asalariados sufran subempleo, lo que supone 1.564.000 trabajadores, más del doble (721.000) que en 2007<sup>4</sup>.

Los trabajadores que desempeñan su trabajo bajo estas modalidades de empleo muy atípicas se caracterizan por disfrutar de un menor nivel de seguridad en el trabajo, la falta de un plan de carrera establecido, la escasez de oportunidades de formación y promoción profesional, así como una mayor dificultad para la conciliación de la vida laboral y personal. Respecto a los ingresos, estas modalidades de empleo normalmente se asocian con ingresos bajos. Además, el empleo muy atípico produce un impacto negativo en la percepción de prestaciones o en la cobertura social del trabajador, así como en sus derechos laborales en general. Respecto a la seguridad y salud de estos trabajadores, algunos datos indican que los trabajadores sujetos a contratos muy atípicos suelen trabajar en empleos con un nivel de riesgo mayor o en condiciones más peligrosas que aquellos que se rigen por contratos más estándar. Al mismo tiempo, las características específicas de los contratos laborales muy atípicos (como la brevedad de los contratos y la sensación de mayor inseguridad) podrían tener consecuencias adversas para la salud de los trabajadores<sup>5</sup>.

Pese a los esfuerzos dirigidos a incentivar la contratación indefinida y a tiempo completo, los datos siguen mostrando una tendencia al alza de los niveles de rotación laboral y del trabajo atípico y, concretamente, de las formas de empleo muy atípicas, y no es previsible que en un contexto dominado por la digitalización de la empresa, y de la organización del trabajo esta tendencia cambie, puesto que la relación causa-efecto entre revolución tecnológica en la empresa y flexibilidad laboral es inequívoca<sup>6</sup>. Frente a ello, consideramos que el camino a seguir es identificar cuáles son las nuevas formas de empleo muy atípicas que se están poniendo en marcha a nivel de la UE para, por un lado, incentivar aquellas que vayan en consonancia con las necesidades de flexibilidad de las empresas y a su vez permitan a los trabajadores muy atípicos obtener unos estándares suficientes de protección y estabilidad laboral, y, por otro, empezar a reconocer jurídicamente dentro del Derecho del Trabajo aquellas otras que por su forma y características escapan de su acción normativa<sup>7</sup>.

## 2. Sobre la evolución de las formas de empleo

Las formas de trabajo atípicas encuentran su materialización concreta en las distintas formas de empleo que han surgido en los últimos años. De manera que, la evolución apuntada al inicio, en el ámbito del atipismo de los contratos, se refleja en el cambio de las prácticas de Gestión de RRHH que las empresas ponen en marcha, es decir, en las nuevas formas de empleo.

En un primer estadio existía una cierta correspondencia entre trabajo atípico y nuevas formas de empleo. El “empleo atípico” en general, constituye una categoría que designa todas las formas de empleo que se apartan de lo que es el “empleo típico”. Es decir, se construye por oposición y sirve para referirse a las diferentes formas de prestar servicios que no se ajustan al prototipo objeto-sujeto sobre el que despliega su eficacia como disciplina jurídica autónoma, el Derecho del Trabajo<sup>8</sup>. Esto es, la típica relación laboral del modelo fordista-taylorista del trabajo se construye junto a la categoría subjetiva de un trabajador de baja formación, normalmente hombre, que es empleado de forma subordinada y dependiente a través de jornadas regulares y preestablecidas, y con una duración indefinida en el tiempo<sup>9</sup>. Desde esta perspectiva, debíamos entender como nuevas formas de empleo atípicas: el empleo de duración determinada; el empleo a tiempo parcial; el empleo a través de ETT; el establecimiento de una relación laboral no basada en una relación salarial sino regulada a partir de un contrato mercantil (trabajadores por cuenta propia o parasubordinados); el teletrabajo y el trabajo a domicilio. Su implantación y desarrollo, en los últimos 20 años, ha supuesto una importante reestructuración del mercado de trabajo y a su amparo se ha implantado el cambio de paradigma en las relaciones laborales<sup>10</sup>.

Estas formas de empleo se han definido como “atípicas”, ya que se concibieron como una adaptación de la forma de trabajo “típica” original. En la medida en que las regulaciones estaban diseñadas para incidir sobre el empleo típico, estos contratos no otorgaban a los trabajadores el mismo nivel de derechos y protección que los de los trabajadores con contratos de trabajo típicos. Sin embargo, con el tiempo, se han intentado equiparar las condiciones de trabajo entre ambos tipos de trabajadores a través de diversos instrumentos legislativos nacionales que han venido a transponer los Acuerdos Marco Europeos firmados por los interlocutores sociales europeos y directivas europeas posteriores. Por ejemplo, la Directiva 97/81/CE (relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial) y la Directiva 99/70/CE (relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada), y cuyo objetivo principal ha sido la aplicación del principio de no discriminación y de igualdad de trato entre los trabajadores “típicos” y “atípicos”.

De la misma forma, el Acuerdo Marco sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, entre la CES, la UNICE/UEAPME y la CEEP, establece que, en lo que afecta a las condiciones de empleo, 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.

También en el ámbito del empleo a través de ETT, el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, establece que las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto<sup>11</sup>.

Por otra parte, entre las formas de trabajo atípicas están surgiendo y se están desarrollando nuevas formas de empleo más atípicas aún, en la medida en que difieren en mayor medida del empleo “típico”. Se trata del empleo “muy atípico”, realidad que incluye el trabajo temporal de muy corta duración (de menos de seis meses); el trabajo a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana; el trabajo no contractual; o los contratos de cero horas (trabajo de guardia).

Las formas de empleo “muy atípicas” no solo son particularmente flexibles sino también, por su naturaleza, extremadamente precarias. En primer lugar, la mayoría de los trabajadores muy atípicos viven con unos ingresos muy bajos, como resultado de la cantidad de horas trabajadas y/o la corta duración del trabajo. En segundo lugar, estas formas de trabajo se caracterizan por crear altas dosis de incertidumbre e inestabilidad a los trabajadores, especialmente en términos de empleo y empleabilidad. Finalmente, todo ello tiene un impacto en los subsidios de desempleo, las pensiones y los derechos de los trabajadores. En definitiva, los rápidos cambios en las formas de empleo hacen tambalear el buen funcionamiento de los Estados de Bienestar en la UE.

### 2.1. La intervención jurídica sobre el trabajo muy atípico desde el derecho europeo

Ante esta realidad, y con objeto de salvaguardar y reforzar los derechos sociales en el ámbito comunitario, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, proclaman, el pasado 17 de noviembre de 2017, el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS). Cuyo objetivo es reafirmar e incidir en mejorar la eficacia de algunos de los derechos ya reconocidos en el ámbito europeo, pero también, añadir nuevos principios con los que se busca abordar los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos y sociales. Siendo así, y en relación

con nuestro tema de estudio, nos interesa poner de relieve que, en cuanto a su ámbito de aplicación, se especifica que: “Cuando un principio hace referencia a los trabajadores, concierne a todas las personas con un empleo, independientemente de su situación laboral, y de la modalidad y duración del empleo”<sup>12</sup>.

En el contexto de adopción del PEDS se puso de relieve las divergencias entre el actual acervo social de la UE y la reciente evolución del mercado de trabajo<sup>13</sup>. Así, el Parlamento Europeo pidió ampliar las normas mínimas existentes a los nuevos tipos de relaciones laborales, mejorar la aplicación de la legislación de la Unión, ampliar la seguridad jurídica en todo el mercado interior y evitar la discriminación complementando la legislación vigente de la Unión y garantizando a todos los trabajadores un conjunto básico de derechos exigibles, independientemente del tipo de contrato o de relación laboral.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre las condiciones laborales y el empleo precario de julio de 2017 pide a la Comisión que revise la Directiva sobre la obligación de informar por escrito para tener en cuenta las nuevas formas de empleo<sup>14</sup>. En la misma línea, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, en sus dictámenes sobre el pilar, pusieron de relieve carencias en la protección de los trabajadores, así como la necesidad de actuar a nivel de la UE para proporcionar un marco para unas condiciones laborales justas y alcanzar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad<sup>15</sup>.

Ello ha culminado en que, como parte del seguimiento del PEDS, el Parlamento y el Consejo Europeo, hayan adoptado una propuesta de nueva Directiva para unas condiciones laborales más transparentes y previsibles en toda la UE<sup>16</sup>. Esta iniciativa tiene como objetivo reducir el riesgo de una protección insuficiente de los trabajadores (incidiendo en los empleados más atípicos) mediante las medidas siguientes:

- Alinear el concepto de trabajador con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En la medida en que, con las normas actuales en el ámbito nacional, las definiciones varían y provocan que los trabajadores que desempeñan su actividad en el marco de formas de empleo no convencionales (los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales o los trabajadores de las plataformas en línea), queden excluidos del ámbito de aplicación del derecho comunitario. Con la utilización de la definición de trabajador que deriva de la jurisprudencia del TJUE, la Directiva en cuestión garantizaría la aplicación del derecho comunitario a los empleados especialmente atípicos<sup>17</sup>.
- Incluir dentro del ámbito de aplicación de la Directiva formas de empleo que ahora están excluidas. Se incluyen en este caso a los trabajadores domésticos, a los que tienen empleos marginales a tiempo parcial o a los trabajadores con contratos de muy corta duración, y se amplía a nuevas formas de empleo, como los trabajadores según demanda, los trabajadores que realizan trabajos por vales y los trabajadores de las plataformas digitales<sup>18</sup>.
- Garantizar que los trabajadores reciban directamente un paquete de información actualizada y ampliada desde el primer día, en lugar de los dos meses siguientes a la fecha de inicio, como ocurre en la actualidad<sup>19</sup>. Además, se han modernizado los requisitos de información relacionados con el lugar de trabajo [artículo 3, apartado 2, letra b)] a fin de permitir formas como el trabajo a través de plataformas digitales, donde el empleador no determina el lugar de trabajo, y se ha incluido el procedimiento de terminación del empleo [artículo 3, apartado 2, letra i)].
- Crear nuevos derechos mínimos, como el derecho a una mayor previsibilidad del trabajo para las personas que trabajan fundamentalmente con un calendario variable, la posibilidad de solicitar la transición a una forma más estable de empleo y recibir una respuesta por escrito, o el derecho a una formación obligatoria sin ninguna retención en el salario<sup>20</sup>.
- Reforzar los medios de aplicación y las vías de recurso como última instancia para resolver posibles discrepancias, en caso de que el diálogo no sea suficiente<sup>21</sup>.

En definitiva, se prevé, a través de la adopción de esta Directiva, que todos los trabajadores, incluidos aquellos que desempeñan su actividad en el marco de relaciones laborales muy atípicas, se beneficien de la aplicación de determinadas condiciones de trabajo, así como de las nuevas normas mínimas. Los objetivos de la propuesta están en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular con el derecho establecido en su artículo 31, sobre unas condiciones de trabajo justas y equitativas, que estipula que “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”.

La tendencia que se extrae, en relación con el tratamiento jurídico en el ámbito comunitario del empleo atípico o muy atípico, es que con esta Directiva no se busca abordar un determinado tipo de empleo, como se ha hecho en las Directivas sobre Trabajo a Tiempo Parcial, de Duración Determinada o la relativa a las ETT, sino que la Directiva propuesta busca garantizar un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras. Se considera que un instrumento así resulta más eficaz que las iniciativas legislativas independientes dirigidas a formas de empleo específicas que pueden quedar obsoletas fácilmente por la rapidez de los cambios en el mercado laboral. Pues como veremos en el siguiente apartado, las formas de empleo bajo las que mayoritariamente se ejecutan actualmente los contratos de trabajo muy atípicos, se caracterizan por su heterogeneidad y mutación constante.

## 2.2. Tipos específicos de trabajos muy atípicos: las nuevas formas de empleo en la UE

Y es que, como consecuencia de la evolución social y económica, y concretamente, de la necesidad constante de una mayor flexibilidad por parte de los empleadores y los trabajadores, se ha constatado la aparición de nuevas formas de empleo en toda Europa, que, en su mayoría, se ejecutan bajo contratos de trabajo muy atípicos. Estas son el resultado de una flexibilidad empresarial extrema, del uso más amplio de las tecnologías avanzadas de información y comunicación (TIC) y de la mayor importancia de las actividades y ocupaciones comerciales específicas (en general, la creciente importancia en nuestras economías del sector servicios).

Al respecto, los criterios que definen estas nuevas formas de empleo son la continuación de las que definían, en un primer momento, las formas de empleo atípicas, pero se distinguen de estas en base a tres características específicas: el carácter multilateral (y no bilateral) de las relaciones laborales; el carácter volátil en el tiempo; y que se dan principalmente, como consecuencia directa de la digitalización del trabajo<sup>22</sup>.

Así, debemos considerar nuevas formas de empleo, en primer lugar, aquellas que se desarrollan bajo nuevos parámetros de relación laboral entre empleador y empleado (o, en su caso, entre cliente y trabajador en la medida en que pueden intervenir indistintamente el empleo en régimen autónomo y subordinado). Concretamente, aquellas relaciones que involucran a múltiples empleadores frente a un empleado, o a un empleador para diferentes empleados, o incluso relaciones en las que intervienen más de un empleador con distintos empleados (no obstante, pese a que el empleo a través de ETT entraría en el ámbito de esta definición, para distinguirlo de los supuestos de empleo muy “atípicos” y a los efectos que aquí nos interesa no debemos considerarlo nueva forma de empleo).

En segundo lugar, aquellas formas de empleo que se caracterizan por la asignación del trabajo en forma discontinua o intermitente, o en

periodos de tiempo muy limitados y que hay que distinguir del trabajo a tiempo parcial y el trabajo estacional habitual.

Por otra parte, también constituyen nuevas formas de empleo aquellas en donde intervienen nuevos patrones de trabajo, esto es, nuevas formas de realizar el trabajo. Por ejemplo, cuando el trabajo no se ejecuta exclusivamente en el local del empleador, sino que se trata de un empleado móvil que trabaja desde distintas ubicaciones (o en su caso, desde su propia oficina). Y aquellas formas de trabajo basadas en el uso de las TIC, incluidos los teléfonos móviles, las computadoras personales, iPads o similares (debemos tener en cuenta que, a estos efectos el teletrabajo tradicional, pese a desarrollarse bajo estos parámetros, tampoco se considerará en el presente estudio, una nueva forma de empleo).

Siguiendo estas pautas a menudo interrelacionadas, (nuevos modelos de relación laboral entre el empleador y el empleado o el cliente y el trabajador; volatilidad en el tiempo, y nuevos patrones de trabajo), en el ámbito de la UE se han detectado nuevas formas de empleo que, o bien han surgido desde alrededor del año 2000, o bien ya existían, pero es en la actualidad cuando están proliferándose.

Por un lado, están aquellas nuevas formas de empleo que se considera no cumplen con los parámetros de flexiseguridad, ya que su carácter extremadamente flexible (a favor del lado empresarial) no encuentra correspondencia alguna con estándares de seguridad suficientes para los trabajadores. Y ello en la medida que aún escapan de la eficacia de las normas jurídico-laborales y de protección social. Son las siguientes:

- Trabajo casual: se produce cuando un empleador no está obligado a proveer trabajo a un empleado de forma regular, sino que tiene la flexibilidad de solicitar sus servicios cuando le convenga.
- Trabajo móvil basado en las TIC: el trabajador puede realizar su labor desde cualquier lugar y a cualquier hora, sirviéndose de las tecnologías modernas.
- Programas de vales a cambio de trabajo: la relación laboral se basa en el pago de servicios mediante vales comprados a una organización autorizada que cubre las aportaciones a la seguridad social y la retribución;
- Trabajo en cartera: trabajador autónomo que presta servicios a numerosos clientes, con trabajos de pequeña escala para cada uno de ellos.
- Trabajo repartido entre numerosas personas: plataforma en línea que pone en contacto a empresas y trabajadores; los proyectos grandes suelen dividirse entre una “nube virtual” de trabajadores.
- Empleo colaborativo: profesionales independientes, trabajadores autónomos o microempresas que cooperan de alguna manera para superar sus límites de tamaño y aislamiento profesional.
- Por otra parte, estarían aquellas que se considera que sí cumplen con los parámetros del trabajo flexiseguro, ya que combinan altas dosis flexibilidad para empresas y trabajadores con un nivel satisfactorio de seguridad del empleo, y que son las siguientes:
  - Empleados compartidos: un grupo de empresarios contrata a un trabajador para que cubra las necesidades de recursos humanos de varias empresas, lo que permite que el trabajador tenga un empleo fijo y a jornada completa.
  - Trabajos compartidos: un empresario contrata a dos o más trabajadores para que desempeñen conjuntamente un trabajo específico, lo que convierte dos o más empleos a tiempo parcial en un puesto a jornada completa.
  - Dirección interina: se contrata temporalmente a expertos muy cualificados para la realización de un proyecto específico o para resolver un problema concreto en una empresa, de manera que la empleadora está integrando interinamente capacidades externas en su propia organización<sup>23</sup>.

Para afrontar los desafíos que surgen de estas nuevas formas de empleo resulta indispensable la intervención normativa desde el ámbito comunitario que hemos señalado, esto es, la propuesta de Directiva Europea sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles, que intenta establecer una serie de obligaciones y derechos para cualquier trabajador, definido como “cualquier persona que trabaje para y bajo la dirección de otra a cambio de una remuneración”, con independencia de la fórmula de contratación de empleo que se utilice. Pero ello no es incompatible, y de hecho resulta necesario, una regulación (legal o convencional) de estas nuevas realidades, de manera detallada y específica<sup>24</sup>.

### 3.La protección del empleo muy atípico en España: hacia prácticas de gestión de RRHH flexiseguras

A nivel nacional, la discusión legal entorno a las formas de empleo atípicas o muy atípicas se produce en torno a dos temas claves: la flexiseguridad, y las transiciones desde formas de empleo atípicas hacia el empleo típico. Y dependiendo del país en cuestión, las políticas se han encaminado al logro de la primera, o, en cambio, se han dirigido mayoritariamente a la desincentivación del empleo atípico mediante medidas o incentivos para la contratación laboral típica.

En España, a diferencia de otros EM, el debate sobre las formas atípicas de empleo se ha llevado a cabo principalmente dentro de la promoción de la transición de contratos atípicos a contratos típicos<sup>25</sup>. La norma de referencia es la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que vino a promover el empleo estable y los contratos permanentes con el objetivo de reducir la tasa de empleo temporal. Además, incluye iniciativas encaminadas a la incorporación en el mercado laboral de algunos grupos sociales como las mujeres, las personas con discapacidad y los grupos en riesgo de exclusión social a través del fomento del trabajo a tiempo parcial<sup>26</sup>.

Por lo demás, nuestro marco legal de referencia en cuanto a las formas de empleo atípicas se enmarca en 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 (LET). Concretamente su Sección 4ª “Modalidades del contrato de trabajo” contiene: Trabajo en común y contrato de grupo (artículo 10 LET); Contratos formativos (artículo 11 LET); Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo (artículo 12); y trabajo a distancia (artículo 13). Por otra parte, el artículo 16 de LET recoge la figura del empleado fijo-discontinuo.

Por otra parte, el artículo 15 de la LET establece los supuestos legales de contratos de duración determinada: “a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa; b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la

actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima; c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución”.

En relación a otras formas de empleo muy atípicas, nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce las relaciones laborales de carácter especial (artículo 2 LET), entre las que se encuentra, por ejemplo, la del servicio del hogar familiar; la de los deportistas profesionales; la de los artistas en espectáculos públicos; la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas; la de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud; y la de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

Por último, en España se ha creado la figura de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE). Son aquellos trabajadores autónomos que realizan una actividad económica o profesional de forma habitual y directa para un cliente del que dependen económicamente al recibir de él, al menos, el 75% de los ingresos; su régimen profesional se regula en el Capítulo III en Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA).

Todas estas relaciones o formas de trabajo se caracterizan porque si bien, como consecuencia de su regulación específica, y diferenciada del trabajo típico, se ajustan, en menor o mayor medida, a los niveles de flexibilidad que demanda el mercado actual, adolecen de niveles suficientes y equiparables a los de las formas típicas de empleo, en términos de seguridad y protección social y laboral. Por ello consideramos oportuno fomentar nuevas fórmulas que se han demostrado en el ámbito de la UE contribuyen a lograr el tan importante equilibrio entre flexibilidad y seguridad. En este sentido, el principio 5.c. del PEDS establece que “deberán promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad”.

Las nuevas formas de empleo identificadas en el ámbito europeo, señaladas en el apartado anterior, cumplen los parámetros de la flexiseguridad, y, pese que a su implantación es marginal y es exclusiva de algunos EM, desde las instituciones europeas se llama la atención sobre su potencial. Se busca fomentar su implantación con objeto de mejorar los niveles de eficiencia de los mercados de trabajo nacionales, sobre todo, en aquellos donde existan problemas estructurales derivados de la utilización de las formas de empleo muy atípicas (utilización masiva de contratos de muy corta duración y en régimen subempleo). En este sentido, nos centraremos en analizar el modelo que consiste en el Intercambio Estratégico de Empleados (IEE) con objeto de resaltar la idoneidad de su progresiva implantación nuestro país.

### 3.1.El intercambio estratégico de empleados

Existen dos tipos diferentes de intercambio de empleados: el Intercambio Estratégico de Empleados (IEE) y el Intercambio de Empleados ad-hoc. Este último se produce cuando un empleador que temporalmente no puede proporcionar trabajo a su personal, lo envía a trabajar a otra empresa.

Aquí nos centraremos en el IEE, que se trata de una forma de gestión cooperativa de RRHH a nivel local o regional. Las empresas con necesidades de RRHH que no justifican la creación de un puesto de trabajo indefinido y a tiempo completo, sino que son tareas específicas que se repiten de vez en cuando y que pueden preverse de antemano, pueden contratar conjuntamente a uno o varios trabajadores a los que se les asignan las distintas tareas reiteradas en las empresas participantes. La estructura es similar al empleo a través de ETT, con dos diferencias: en primer lugar, que los trabajadores rotan regularmente entre los empleadores participantes y trabajan exclusivamente para estos empleadores; y, en segundo lugar, que la red en sí misma no busca obtener beneficios a través de la gestión de los RRHH.

Los riesgos derivados de emplear a los trabajadores se deben asumir conjuntamente por las empresas del grupo siguiendo el principio de responsabilidad solidaria, puesto que los trabajadores trabajan formalmente bajo la dirección de un único empresario, esto es, el grupo de empleadores, mientras que las empresas participantes son individualmente responsables de la organización del trabajo, incluidas cuestiones como las medidas preventivas de seguridad y salud.

El IEE surge ante la necesidad económica y social de crear una relación sostenible entre las empresas y los trabajadores en aquellos casos donde un empleador individual no puede proporcionar un trabajo sostenible<sup>27</sup>. Si bien, en un principio la intención era brindar seguridad contractual a los trabajadores involuntariamente móviles (como los trabajadores fijos discontinuos), se considera que tiene mucho potencial como fórmula sostenible frente a diversos tipos de necesidades de RRHH, entre las que destacan: los supuestos de trabajo estacional, característicos de sectores como la agricultura, la construcción, el turismo (todos ellos de destacada importancia en España); también resulta idóneo en los supuestos de trabajo a tiempo parcial que emana de empresas donde las tareas fluctúan diaria o semanalmente (por ejemplo, en sectores como la limpieza o seguridad); por otra parte, puede resultar viable compartir empleados cuando se da una demanda de especialidades no suficiente para justificar el empleo a tiempo completo (supuesto que surge especialmente en las PYMES). La aportación que esta práctica de RRHH puede suponer para las microempresas y PYMES debe ser considerada seriamente, puesto que este tipo de empresas a menudo carecen de los recursos necesarios para desarrollar nuevas vías estratégicas de crecimiento y, en este sentido, el IEE facilita la reducción del riesgo en la medida en que disminuye los costes derivados de personal<sup>28</sup>.

El grupo es responsable de la evaluación de las necesidades y la gestión de los RRHH, esto es, de la formalización y finalización de los contratos de trabajo, del cumplimiento de todas las obligaciones administrativas y sociales de los trabajadores, de la facturación por los servicios prestados a las empresas participantes, así como de la formación de los trabajadores. La gerencia del grupo también define los términos y condiciones del acuerdo de participación de los empleados, incluidos los códigos de conducta y los derechos y deberes de las empresas y los trabajadores, aunque en la práctica esto se hace en estrecha colaboración con las empresas participantes. La gerencia del grupo también se encarga de gestionar las situaciones tales como la forma en que nuevas empresas pueden unirse al grupo, o en su caso, los supuestos de transición de un trabajador compartido a la fuerza de trabajo principal de una de las empresas participantes.

El IEE implica para su implantación un enfoque estructurado, incluso en las fases previas a su puesta en marcha y diseño. Los pasos que han de seguirse para implementar el IEE son los siguientes:

1) Fase de análisis: con antelación a su establecimiento es necesario realizar un estudio de viabilidad con objeto de determinar si existe una demanda suficiente de trabajadores estacionales o a tiempo parcial por parte de un grupo de empleadores de una misma área geográfica.

Así mismo, hay que estudiar si esta demanda se puede combinar con empleos a tiempo completo, tanto en términos de horario (para que no haya solapamientos, ni tiempo de trabajo fuera del horario), como en relación con los conocimientos y habilidades necesarios para desarrollar el trabajo. Además, es importante estudiar si la distancia geográfica entre las empresas participantes es un trayecto que los trabajadores quieran y estén en disposición de asumir.

2) Fase de implementación: incluye la elección de la forma jurídica bajo la que constituirse (especialmente en países en los que existe más de una opción), el diseño de los roles, así como la distribución de las tareas. Se establecen los estándares de calidad y los procedimientos de trabajo. En esta fase, los empleados son reclutados y empleados.

3) Fase de ejecución: se hace constar claramente los requisitos esenciales para su correcta aplicación y la delimitación de la implicación de todas las partes involucradas. En este sentido, la confianza mutua entre los empleadores, los trabajadores y la dirección del grupo es esencial para su correcto desenvolvimiento<sup>29</sup>.

En la práctica, su establecimiento es impulsado por un actor local (agencias o consultores de negocios locales, representantes de los empresarios locales como, por ejemplo, las Cámaras de Comercio, o más raramente, por empresas individuales) que detecta los beneficios de este modelo tanto para las empresas como para los trabajadores y toma la iniciativa de verificar su viabilidad e impulsar, en su caso, su realización<sup>30</sup>.

La principal ventaja del IEE para las empresas es que proporciona un acceso rentable y flexible en aquellos casos donde tienen la necesidad de RRHH específicos (ya sea porque necesita a trabajadores con ciertas destrezas y habilidades concretas, o porque se trata de una necesidad restringida en el tiempo). Además, esta forma de empleo (a diferencia del recurso al trabajo temporal, a tiempo parcial o en régimen de subcontratación), implica una gestión de los RRHH más eficiente que incide de forma favorable en la imagen que se proyecta de la empresa. Para los trabajadores, la principal ventaja es el acceso al trabajo indefinido y a tiempo completo, con las repercusiones que ello conlleva en términos de seguridad y estabilidad laboral y económica. Además, el trabajo desarrollado para un grupo de empleadores puede mejorar los niveles de empleabilidad a medida que los trabajadores adquieren una gran variedad de habilidades en el trabajo a medida que se mueven entre las empresas.

No obstante, como ya se ha adelantado, tiene especial relevancia para la sostenibilidad del modelo las características del marco normativo aplicable, puesto que se aprecia una estrecha relación entre las deficiencias en su configuración jurídica y las desventajas potenciales para empleadores y empleados. Así, las fórmulas que establecen la responsabilidad solidaria dentro del grupo empleador podrían obligar a las empresas a cubrir las deficiencias de otros miembros y ello, en la práctica, crea conflictos entre las empresas y termina por desincentivar su puesta en marcha. En relación con los trabajadores, la indefinición del marco jurídico aplicable puede conllevar situaciones de desigualdad en cuanto a las condiciones de trabajo y salario.

### 3.2. Algunos ejemplos de su configuración jurídica en la UE

No existe un concepto europeo común de IEE, en la medida en que el método de implementación difiere de un país a otro, debido principalmente a su marco legal. Es por ello y con objeto de señalar algunas pautas para su posible configuración jurídica en nuestro país, que repasaremos brevemente como se ha llevado a cabo su regulación en los distintos EM en los que se ha identificado esta nueva forma de empleo. Al respecto, podemos distinguir dos grupos: los países en donde el IEE ha sido objeto de regulación específica (Francia, Bélgica y Hungría); y países en los que, pese a ser una práctica más o menos presente en el mercado de trabajo, no se ha dotado al IEE de una normativa específica (Austria, Finlandia, y Alemania).

El modelo de referencia de IEE lo podemos encontrar en Francia (*groupement d'emplois*), y su antecedente se encuentra en una ley promulgada en 1985<sup>31</sup>. Actualmente hay tres tipos diferentes de grupos de empleadores en Francia: grupos de empleadores agrícolas; grupos de empleadores de un solo sector o multisectoriales (distintos de la agricultura); y grupos de empleadores para la integración y adquisición de cualificaciones (grupos de empleados para la inserción y la calificación, GEIQ)<sup>32</sup>.

En Francia, el grupo de empleadores a los efectos del IEE debe constituirse bajo la forma legal de una organización sin ánimo de lucro y no requiere autorización previa. Desde 2011, los requisitos legales establecen que la relación laboral entre el grupo y el trabajador ha de formalizarse mediante contrato escrito, donde se especificarán las condiciones de trabajo y la lista de posibles empresas en las que se puede ubicar al trabajador. También se establece por imperativo legal la aplicación estricta del principio de igualdad de trato (en materia de salario y condiciones de trabajo) entre los empleados compartidos y el personal básico de la empresa en que se desarrolla el trabajo.

Aunque rige el principio de responsabilidad solidaria entre los empleadores del grupo, desde 2011 se prevé la posibilidad de que cada grupo defina individualmente reglas sobre cómo se articularán las responsabilidades, utilizando para ello criterios objetivos, por ejemplo, la frecuencia con que utilizan empleados compartidos del grupo<sup>33</sup>.

Su puesta en marcha en Bélgica se reconoce legalmente en el año 2000 (*groupement d'emplois/ werkgeversgroeperingen*)<sup>34</sup>. No obstante, los requisitos legales sí establecen la necesidad de autorización previa para su constitución. El Ministerio, además de autorizar, decide bajo qué acuerdo colectivo sectorial cae el acuerdo de intercambio de empleados, por lo que está sujeto a condiciones laborales específicas, establecidas al efecto mediante convenios colectivos negociados entre los interlocutores sociales a nivel sectorial. Sin embargo, los trabajadores compartidos no están cubiertos por los comités de empresa de la empresa participante y no tienen órganos de representación específica. Ello supone que, pese a que la ley establece el principio de igualdad de trato, en la práctica, las condiciones de trabajo entre los trabajadores compartidos y los que no lo son, pueden diferir. Una restricción importante es que en Bélgica el grupo de empleadores solo puede emplear un máximo de 50 empleados<sup>35</sup>.

Por lo que hace a los países en los que no se ha dotado al IEE de una regulación jurídica concreta, el modelo francés de IEE fue “exportado” a Alemania en el año 2000 (*Arbeitgeberzusammenschluss, AGZ*). A diferencia de Francia, en Alemania no existe una base legal específica para su regulación, sino que se regula a través del régimen normativo de las ETT, con todo lo que implica en términos de legislación y aplicación de convenios colectivos. Si bien esto proporciona una buena protección para los empleados, no se establece el principio de responsabilidad solidaria entre los empleadores del grupo. Ello ha impedido su implantación ya que existe escepticismo por parte de los sindicatos para su puesta en marcha, en la medida en que el empleo a través de ETT causa cierto rechazo. Además, ha habido dificultades para crear un sentimiento de responsabilidad y compromiso conjunto entre las empresas participantes, ya que realmente están “simplemente” solicitando personal del grupo. Por otra parte, y en relación con las barreras económicas que supone su implantación, la autorización para las ETT en Alemania requiere un depósito de 2,000€ por trabajador, además, las ETT también tienen que cobrar el IVA por los servicios prestados a las compañías a las que ceden los trabajadores<sup>36</sup>.

Del estudio realizado se extrae que para la implantación sostenible del IEE es fundamental la existencia de un marco legal específico que permita su establecimiento directo y la igualación de condiciones de trabajo (salariales y laborales) entre los trabajadores principales y los



trabajadores compartidos para evitar, por un lado, el mal ambiente de trabajo, y, por otro, el dumping social. Finalmente, para que esta práctica se impulse en los mercados de trabajo en los que no existe, requiere de incentivos públicos, la creación de centros de recursos especializados que generen conciencia entre los actores sociales, las empresas y los trabajadores y que guíen su correcta implementación.

#### 4.Consideraciones sobre su posible articulación en el ordenamiento jurídico-laboral español

En España, atendiendo a nuestro marco normativo actual, la práctica de compartir empleados entre varias empresas es un fenómeno, *a priori*, prohibido, y solo permitido dentro del ámbito de actuación de las ETT. En este sentido, el art. 43 LET establece que “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”. Y que, por tanto, “se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”<sup>37</sup>.

No obstante, como hemos apuntado, para implementarlo de forma sostenible (adecuación a los parámetros del trabajo flexiseguro), es de especial relevancia que se dote al IEE de una regulación específica y que esta no se asimile legalmente al empleo a través de ETT. Al respecto, hay dos aspectos que consideramos irrenunciables: en primer lugar, la aplicación (aunque no estricta) del principio de responsabilidad solidaria entre las empresas que forman el grupo de empleadores; y, en segundo lugar, la obligación de observar el principio de igualdad de trato entre los empleados compartidos y los que no lo son.

En España encontramos una línea jurisprudencial de importancia a los efectos que consideramos: la imputación de responsabilidad solidaria a los “grupos de empresa” al identificar un único empleador, aunque grupal, aplicando el concepto laboral de empleador. En este sentido, el art.1.2. LET establece que “serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”. Por lo tanto, se admite la presencia de centros de imputación impersonales y plurales de la titularidad de los contratos de trabajo<sup>38</sup>.

##### 4.1.La imputación común de la condición de empleador

Aunque la utilización conjunta o compartida de los servicios de uno o varios trabajadores por dos o más empresarios, no esté reconocida y regulada específicamente dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico-laboral, no es un fenómeno inexistente, todo lo contrario, ha sido y en la actualidad es una práctica frecuente en las relaciones laborales que surgen dentro del paradigma de empresa-red<sup>39</sup>.

La empresa-red se caracteriza por ser un nuevo modelo de organización empresarial basado en la fragmentación de los procesos productivos y la creación de vínculos de colaboración tendencialmente estables entre sujetos formalmente autónomos para la atención de sus distintas etapas. Es decir, se produce la sustitución de la empresa vertical por fórmulas de colaboración empresarial horizontal, donde habitualmente se dan situaciones en que más de un empresario se beneficia de la prestación del trabajador y ejerce sobre él las prerrogativas inherentes a la condición de empleador. Ello, como consecuencia de la dinámica de colaboración instaurada entre los empresarios, de la titularidad compartida de la organización en la que se inserta la prestación del trabajador o de la existencia de un elevado grado de integración entre las organizaciones de varios empresarios, de la que pueda colegirse la posibilidad de una utilización indistinta o un intercambio de sus trabajadores<sup>40</sup>. No obstante, también puede surgir en los supuestos de encargo de un trabajo de interés común a uno o más trabajadores, de la ejecución de una obra poniendo en común varios empresarios sus organizaciones y personal, o finalmente, como consecuencia del supuesto que aquí estamos tratando, esto es, la decisión de estos de compartir los servicios de un trabajador que no están en condiciones de contratar por separado.

Así, tratándose del empleo en común de uno o más trabajadores, lo que resulta necesario establecer es si la posición de empleador puede ser ocupada simultáneamente por más de un sujeto, dando lugar a la configuración de un empleador plural o conjunto atendiendo a los instrumentos que existen dentro de nuestro derecho del trabajo.

Como ya hemos adelantado, la respuesta podemos encontrarla en la definición de empleador que contiene el artículo 1.2 de LET, en la medida en que, según este precepto, se ha considerar como empleador a quien “recibe” la prestación de servicios “de las personas referidas en el apartado anterior”. Es decir, si el matiz para imputar la condición de empleador se sitúa en la efectiva recepción de la prestación de los servicios, y, por tanto, en el ejercicio efectivo de los poderes a ella asociados, será empleador quien ejerza los poderes típicos de esta figura [independientemente de la calificación dada por las partes a su relación (artículo 8.1. LET)], o en virtud del supuesto que aquí examinamos, indiferentemente del posible carácter plural o conjunto de la posición empresarial. Existiendo sobre la cuestión múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo, que declararon la existencia de empleado múltiple tanto de origen contractual como fáctico<sup>41</sup>.

Y es que diferencia de lo que ocurre con el trabajador, que ostenta una posición jurídica ligada al desarrollo de una prestación personalísima (artículo 1.1. LET)<sup>42</sup>, la condición de empleador y los poderes a ella asociados no solo pueden ejercerse por sí o a través de terceros, sino ser compartidos. Así se reconoce por el propio artículo 1.2, que opta por considerar empresarios a “todas las personas” que reciben la prestación de servicios de un trabajador. Si esa titularidad es compartida la del contrato de trabajo deberá serlo también<sup>43</sup>.

La imputación en común de la condición de empleador a todos los sujetos que conformarían el grupo de empleadores derivaría en la activación dos de las técnicas de tutela más características de nuestra disciplina: la responsabilidad, que vendría solidaria, y el principio de igualdad de trato.

En este punto, conviene resaltar que la principal diferencia entre el grupo de empresas (fenómeno que existe con reconocimiento jurídico en España) y el grupo de empleadores que se constituye a los efectos del IEE, deriva de la forma jurídica concreta bajo la que se debe constituir cada uno. Esto es, el grupo de empleadores que surge con el objetivo de compartir empleados debería constituirse como una organización sin ánimo de lucro, para así distinguirlo de los supuestos de “empresas de grupo”, pero también de los fenómenos prohibidos de cesión de trabajadores. Por ello, y en concordancia con la forma en que se ha regulado en los países socios de la UE, la normativa específica que venga a introducir dicha práctica tendría que prever que quizás la figura jurídica más idónea para su constitución en España sea la asociación.

##### 4.2.La idoneidad de un régimen específico de “empleado compartido” garantista

Finalmente, para que el IEE se constituya como una forma de empleo sostenible, esto es, no precario y decente, su regulación específica debe incorporar la observación estricta del principio de igualdad entre los empleados compartidos y los que no lo son. De la misma forma que se prevé en nuestro ordenamiento jurídico para la mayor parte de las relaciones de trabajo que se ejecutan bajo tipos de contratos de

empleo atípicos.

En relación con el trabajo a distancia, el artículo 13.2. de la LET establece que: “Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones”.

De la misma forma, con respecto a los contratos de duración determinada, el artículo 15.6. de la LET establece que: “Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”.

También de la regulación del contrato de relevo se extrae indirectamente la obligación de observar el principio de igualdad de trato entre el trabajador relevista y el trabajador sustituido, como deriva de lo establecido en el artículo 12.7.d) de la LET, que establece: “El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.

En cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, aunque eso sí, de manera proporcional, en función del tiempo trabajado (artículo 12.4.d) LET). En nuestro ordenamiento jurídico también se recoge para los supuestos de empleo a través de ETT<sup>44</sup>, y de igual forma, se prevé su incorporación inminente para garantizar la igualdad de los trabajadores subcontratados<sup>45</sup>.

No obstante, y a modo de reflexión final, el IEE contribuiría específicamente al logro de la igualdad material en la medida en que facilita contratar a empleados con carácter indefinido y a tiempo completo. Esto es, bajo la fórmula de un contrato típico de trabajo con todo lo que ello implica en términos de garantías, derechos y estabilidad laboral.

## 5. Conclusiones

La globalización, los rápidos cambios, la creciente complejidad de la economía, la interdependencia de los mercados y la fuerte competitividad entre las empresas, han puesto de manifiesto que la gestión del capital humano reviste especial importancia y de su eficacia depende, en gran medida, la consecución de los objetivos de las empresas que en él actúan. Ello unido a que, en España, el empleo atípico y, en concreto el muy atípico, es una de las principales causas de pobreza laboral y de ineficiencia del mercado de trabajo, nos indica la necesidad de pasar de un esquema inicial centrado básicamente en políticas pasivas (basadas la mayoría en incentivos económicos a la contratación indefinida de excesiva complejidad y de impacto limitado), a implantar progresivamente políticas activas que refueren la empleabilidad de los trabajadores. A estos efectos, es fundamental atender las necesidades actuales de las empresas y adoptar soluciones específicas y concretas que tengan en cuenta las características en las que se desarrolla el trabajo en la actualidad.

Y es que, frente a los desafíos que se nos plantean como consecuencia de la evolución de las formas atípicas de empleo, y en concreto de las muy atípicas, dependiendo de la forma de empleo en cuestión, resultará oportuno o plantear aplicar las normas existentes (como se defiende por parte de la doctrina en los supuestos de empleados a través de plataformas digitales), en lugar de intentar regularlo como nueva actividad. En cambio, en determinadas formas de empleo que están surgiendo en la actualidad, puede resultar eficaz defender la regulación (legal o convencional) de manera detallada o específica, más allá de la importancia que tiene instaurar soluciones universales, que establezcan derechos y prestaciones con independencia de la forma de empleo (este enfoque es el que se extrae de la reciente propuesta de Directiva Europea sobre condiciones de trabajo transparentes y predecibles que, como hemos visto, intenta establecer una serie de obligaciones y derechos para cualquier trabajador, definido como “cualquier persona que trabaje para y bajo la dirección de otra a cambio de una remuneración”, con independencia de la fórmula de contratación de empleo que se utilice). Es decir, estos enfoques no son incompatibles y pueden combinarse según las situaciones concretas.

Partiendo de dicha hipótesis, hemos identificado las nuevas formas de empleo bajo las cuales se emplean a los trabajadores muy atípicos. Y hemos constatado que, en algunos EM, se han puesto en marcha algunas que permiten altos niveles de flexibilidad empresarial con estándares suficientes de protección social y laboral para los trabajadores. En concreto, apuntamos la idoneidad de importar el modelo de IEE, por considerarse una forma de empleo con mucho potencial en el mercado de trabajo español, sustentado por el sector servicios, y que, en general, se caracteriza por la inestabilidad en las necesidades de RRHH.

Hemos señalado que nada impide la aplicación de esta forma de empleo en el derecho español, teniendo en cuenta que nuestro Ordenamiento Jurídico-laboral reconoce explícitamente la posibilidad de imputar la condición a un sujeto empleador colectivo o plural. De dicha imputación común de la condición de empleador derivaría la activación dos de las técnicas de tutela más características de nuestra disciplina: la responsabilidad, que devendría solidaria, y el principio de igualdad de trato.

Finalmente, conviene resaltar que la principal diferencia entre el grupo de empresas (fenómeno que existe con reconocimiento jurídico en España) y el grupo de empleadores que se constituye a los efectos del IEE, deriva de la forma jurídica concreta bajo la que se debe constituir cada uno. Esto es, el grupo de empleadores que surge con el objetivo de compartir empleados debería constituirse como una organización sin ánimo de lucro, para así distinguirlo de los supuestos de “empresas de grupo”, pero también de los fenómenos prohibidos de cesión de trabajadores. Por ello, y en concordancia con la forma en que se ha regulado en los países socios de la UE, la normativa específica que venga a introducir dicha práctica tendría que prever que quizás la figura jurídica más idónea para su constitución en España sea la asociación.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

---

2

EurWORK, *Flexible forms of work: "very atypical" contractual arrangements*, Eurofound, 2010.

---

3

EU, *Labour Market and Wage Developments in Europe, Annual Review 2017*, Brussels, Belgium, 2017.

---

4

SEGARRA, M, E HIDALGO PÉREZ, M. A., "La amenaza de la precariedad: la involuntariedad en el empleo parcial", en *Contexto Económico*, Agenda Pública, enero 2018.

---

5

CESE, *La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral*, COM 2016/C 303/07.

---

6

JALIL NAJI, M., "Digitalization and decent work: beyond the standard employment", en CASTRO MARQUES, E.; CEREJEIRA NAMORA, N.; MELLA MÉNDEZ, L.; ABRUNHOSA E SOUSA, D., CEREJEIRA NAMORA, G., *Digital work and personal data protection: key issues for the labour of the 21st Century*, Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 161-179.

---

7

En este contexto, y en línea con la Comunicación de la Comisión Europea "Hacia una recuperación generadora de empleo", Comisión Europea, 2012 [COM (2012) 173 final], se estableció un proyecto para mapear nuevas formas de empleo en la Unión Europea y Noruega.

---

8

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO Y M. PÉREZ GUERRERO, M. L., "La armonización del trabajo atípico en la Comunidad Europea: De la Directiva 2008/104/CE a la reforma laboral en España", *Derecho de la Unión Europea y reformas del Ordenamiento Jurídico Español*, Universidad de Huelva, Servicios de publicaciones, 2011, p. 228.

---

9

CAAMAÑO ROJO, E., "Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico", *Rev. derecho (Valdivia)*, v. 18, 2005, p. 28.

---

10

ORTIZ, D., GILBERT, F. Y LOPE, A., "De la regulación local de las nuevas formas de empleo al centro de trabajo: una experiencia limitada en Catalunya", *Lan Harremanak*, n. 5, 2001, pp. 22-23.

---

11

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO Y M. PÉREZ GUERRERO, M. L., "La armonización del trabajo atípico...", *op. cit.*, pp. 227-261.

---

12

Concretamente, su principio nº 5. Apdo. a. establece que: "Con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación. Deberá fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido".

---

13

Vid. El Informe de la consulta pública que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulado "Establecimiento de un Pilar Europeo de Derechos Sociales", SWD (2017) 206 final; y Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales.

---



Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las Condiciones Laborales y el Empleo Precario.

Dictamen SOC/542 del Comité Económico y Social Europeo, de 25 de enero de 2017. Comité de las Regiones, Dictamen sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, 11 de octubre de 2017.

Hay otras iniciativas que contribuyen a la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales estrechamente relacionadas con esta Directiva propuesta y que la complementan. En particular, la Propuesta Legislativa relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional de los Progenitores y los Cuidadores [COM (2017) 253 final], una Consulta a los Interlocutores Sociales sobre el acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia [C (2017) 2610 final y C (2017) 7773 final], y una Comunicación Interpretativa sobre el Tiempo de Trabajo [C (2017) 2601 final].

El artículo 2 viene a fijar los criterios que definen la condición de trabajador a efectos de aplicación de dicha Directiva, basándose en la jurisprudencia que ha desarrollado el TJUE desde el asunto C-66/85 Lawrie-Blum, y aplicada recientemente en el asunto C-216/15 *Ruhrlandklinik*.

En este sentido el artículo 1, en su apartado 3, permite a los Estados miembros no aplicar las disposiciones de la Directiva a las relaciones laborales de menos de ocho horas al mes. Esta excepción sustituye las posibilidades existentes de exclusión del ámbito de aplicación personal del artículo 1 de la Directiva 91/533/CEE (relación laboral de carácter ocasional y/o especial, cuya duración no rebase un mes, o la duración del trabajo semanal de esta no sea de más de ocho horas), puesto que se ha demostrado que se aplicaban de forma incoherente y excluían a un número creciente de trabajadores. El apartado 4 prevé que, en caso de que las horas de trabajo no se hayan determinado de antemano, por ejemplo, en un empleo según demanda, esta excepción no se aplique porque se desconoce la duración del trabajo.

En el apartado 5, se complementa la definición de empleador establecida en el artículo 2, aclarando que, a los efectos de la Directiva propuesta, la función de empleador podrá estar desempeñada por más de una entidad. Por ejemplo, en el caso de un trabajador cedido por una ETT, pueden cumplir los requisitos de información contemplados en el artículo 3 en parte una empresa de trabajo temporal y en parte la empresa usuaria.

Vid. El Artículo 4, en su apartado 1 que sustituye el actual plazo máximo de dos meses para el suministro de una declaración por escrito que prevé el artículo 3 de la Directiva 91/533/CEE por el primer día de la relación laboral, en línea con el principio 7 del Pilar Europeo de Derechos Sociales. También determina que la declaración puede facilitarse por vía electrónica. Por otra parte, el artículo 5 actualiza el artículo 5: “Modificación de elementos del contrato o de la relación laboral” de la Directiva 91/533/CEE, a fin de exigir que todas las modificaciones de las condiciones de trabajo a las que se hace referencia en el artículo 3, o a la información facilitada de conformidad con el artículo 6 de la Directiva propuesta deben enviarse, como muy tarde, el día en que entren en vigor, y no en un plazo de hasta dos meses después, como está previsto en la normativa actual. El artículo 6, y en relación con la información adicional para los trabajadores o desplazados o enviados al extranjero, actualiza el artículo 4 “Trabajador expatriado” de la Directiva 91/533/CEE, a fin de adaptarlo a las disposiciones pertinentes de la Directiva 96/71/CE sobre los trabajadores desplazados y de la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento relacionada.

El artículo 7 establece una duración máxima de seis meses para todos los períodos de prueba, excepto si una duración superior está justificada por la naturaleza del empleo si es en interés del trabajador. Plasmando así el principio 5, letra d), del Pilar Europeo de Derechos Sociales: “5 d): Los períodos de prueba deben tener una duración razonable”. El artículo 8 establece que el empleador no puede prohibir a ningún trabajador aceptar otro empleo (las llamadas cláusulas de exclusividad o incompatibilidad), a menos que esté justificado por motivos legítimos, como la protección del secreto empresarial o la prevención de conflictos de interés. El artículo 9, titulado “Previsibilidad mínima del trabajo”, establece que si un trabajador tiene un calendario de trabajo variable en el que es el empleador y no el trabajador el que determina el calendario de las tareas asignadas: a) El empleador debe comunicar a estos trabajadores los períodos de días y horas en los que se les puede pedir trabajar. Los trabajadores pueden acordar trabajar fuera de las horas y días disponibles, pero no se les puede obligar, y no pueden ser objeto de perjuicio si rechazan hacerlo (vid. el artículo 16); b) No se puede obligar a los trabajadores a realizar una tarea si reciben un preaviso del empleador fuera del plazo considerado razonable, establecido de antemano en la declaración por escrito. Pueden aceptar el plazo de preaviso, pero no se les puede obligar, y no pueden ser objeto de perjuicio si rechazan hacerlo (vid. el artículo 16). Lo que se considera un plazo de preaviso razonable puede variar entre los distintos sectores. En cuanto a la posibilidad de solicitar la transición a una forma de empleo más estable el artículo 10 establece que, si está disponible, los trabajadores podrán pedir una forma de trabajo que ofrezca una seguridad y una previsibilidad mayores y que los empleadores deben responder por escrito en un plazo de tres meses para las personas físicas, las microempresas y las pymes, y de un mes para las empresas de mayor tamaño. Además, la respuesta a peticiones subsiguientes del mismo trabajador a un empleador que sea una persona física, una microempresa o una pyme podría ser de forma oral, si la justificación relativa a la petición permanece invariable. Esta disposición refleja el principio 5, letra a) del Pilar Europeo de Derechos Sociales: “Deberá fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido”.

---

21

Al respecto, el artículo 13 requiere que los Estados miembros garanticen que las modificaciones necesarias se aplican a los convenios colectivos o los acuerdos individuales, a los reglamentos internos de las empresas y a cualquier otro acuerdo, a fin de ajustarlos a las disposiciones de la Directiva propuesta. El artículo 15 recoge el principio de que los Estados miembros deben garantizar que los ordenamientos jurídicos nacionales prevean el acceso a una solución de diferencias eficaz e imparcial, así como derecho a reparación y, en su caso, indemnización, por incumplimiento de los derechos establecidos en la Directiva propuesta (esta disposición refleja el principio 7 del pilar europeo de derechos sociales). El artículo 16 exige a los Estados miembros que proporcionen a los trabajadores que se quejen del incumplimiento de las disposiciones adoptadas con arreglo a esta Directiva una protección judicial adecuada contra cualquier trato o consecuencia desfavorable por parte del empleador. Y finalmente, en el artículo 17, se reconoce la inversión de la carga de la prueba si un trabajador considera que ha sido despedido o ha sido objeto de un perjuicio equivalente por ejercer o disfrutar los derechos establecidos en la Directiva y puede alegar indicios que corroboren este argumento.

---

22

EUROFOUND, *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, pp. 7-11.

---

23

Un estudio en España sobre la fórmula considerada más precaria desde la perspectiva del trabajador (trabajo casual), y la más beneficiosa según el estudio de EUROFOUND (dirección interina) en: LOUSADA AROCHENA, J. F., “Nuevas formas de empleo: el trabajo causal y la dirección interina” *Revista Técnico Laboral*, ISSN 0210-8305, vol. 38, núm. 150, 2016, pp. 755-764.

---

24

MENÉNDEZ-VALDÉS, J. M., “Futuro y relaciones laborales”, *Temas para el debate*, n. 280 (marzo), (Ejemplar dedicado a: El trabajo decente), pp. 33-37.

---

25

A diferencia, por ejemplo, en Italia, se ha adoptado una legislación que abarca una amplia gama de formas de trabajo no estándar de una manera explícita, incluidas formas de trabajo “muy atípicas”, a través de la: *Legge 14 febbraio 2003, n. 30 “Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro” pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 47 del 26 Febbraio 2003*. Que introdujo, entre otros los siguientes contratos: contrato de arrendamiento de personal (*contratto di somministrazione di lavoro*); contrato de trabajo de guardia (*lavoro intermittente*), o el contrato de trabajo compartido (*lavoro ripartito*).

---

26

Para una visión acerca de la evolución de los incentivos a la contratación en España, vid. Por ejemplo: Molina Romo, O., “De racionalización a extensión: los incentivos al empleo en la crisis económica en España”, *Anuario IET*, vol. 3, 2016, pp.74-93.

---

27

CERGE (Centre Européen de Ressources des Groupements d’Employeurs), Response to the eight common principles of flexicurity approach of the European Commission, Brussels, 2008

---

28

WÖLFING, S.; WÜNSCHE, G.; HARTMANN, T., “Employer associations in Brandenburg – A contribution to the implementation of flexicurity”, *Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie Land Brandenburg*, Berlín, 2007.

---

29

DELALANDE, F.;BUANNIC, L., “Employer groups and how they work”, Eyrolles, Paris, 2006.

---

30

OSTHOFF, K., LANGBEIN, M., HARTMANN, T., “Combination of stability and flexibility: Employer associations as a regional instrument for securing skilled labour for SMEs”, *Working Papers: Economic Sociology Jena*, núm. 10/2011, Friedrich Schiller Universit.t, Jena, Germany.

---

31

Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985.

---

32

Se estima que, en enero de 2014, había en Francia cerca de 4.000 grupos de empleadores agrícolas, 100 GEIQ y 300 grupos de empleadores de sectores únicos o multisectoriales.

---

33

FADEUILHE, P., “Employer groups: Several liability and equality requirements”, *Droit social*, núm. 10, 2012, pp. 899-905.

---

34

Wet van 12 augustus 2000 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen en tot bepaling (2000-08-12/62).

---

35

En 2014 hubo un cambio en la legislación sobre el IEE para superar las principales limitaciones de la regulación anterior, que limitaban su uso para emplear trabajadores de grupos vulnerables específicos. No obstante, a pesar de las medidas adoptadas en 2014, el IEE no tuvo el éxito esperado. Para incentivarlo, recientemente el legislador belga ha introducido varios cambios (encaminados a agilizar el procedimiento de obtención de la autorización) en la ley del 5 de marzo de 2017 sobre el trabajo ágil y viable (wet van 5 maart 2017 inzake werkbaar en wendbaar werk). En Bélgica, actualmente existen alrededor de 20 grupos de empleadores oficialmente reconocidos, la mitad de los cuales se encuentran en la Región de Bruselas.

---

36

Hay siete en Alemania, con cerca de 110 firmas participantes y alrededor de 100 trabajadores.

---

37

Artículo 43 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 (LET).

---

38

SANGUINETI RAYMOND, W., “La identificación del empleador en las redes empresariales”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 5 extra, Wolters Kluwer, 2017.

---

39

De hecho, en Italia el fenómeno de compartir empleados se encuentra reconocido y permitido dentro del ámbito de regulación de la empresa-red (Artículo 30, párrafo 4 *ter*, Decreto Legislativo N° 276/2003; y el Artículo 6 *bis*, Ley 133/2008, Artículo 3, l 33/2009), que permite a las empresas en red ostentar la titularidad conjunta de los que prestan sus servicios en las empresas que conforman la red a través de un ejercicio generalizado de poder de gestión, de acuerdo con las actividades comunes establecidas en el contrato de conformación de la red. Además, también se permite la contratación conjunta de trabajadores por parte de varias empresas, en el caso de las redes de empresas agrícolas, (Artículo 31, párrafos 3 *bis* a *quinquies*, Decreto Legislativo No. 276/2003). En la medida en que se establece jurídicamente la posibilidad de que la propia red adquiera subjetividad legal propia (lo que se denomina sujeto de la red,*ex* l n 221/2012). Vid. Al respecto: CAROSIELLI G., MORICONI, A., “Dalla *sharing economy* allo *sharing employee model*: un altro tassello della Grande Trasformazione del Lavoro”, *bollettinoADAPT*, 19 dicembre 2016.

---

40

---

41

Vid. Por ejemplo la STS de 4 de febrero de 2015 (Rec. 96/2014).

---

42

No obstante, cabe apuntar que el carácter personal que define la relación de trabajo subordinada según establece el artículo 1.1. LET, también se puede poner en cuestión desde el reconocimiento en nuestro ordenamiento del trabajo en común y contrato de grupo (artículo 10 LET).

---

43

Sanguinetti Raymond, W., “Fragmentación de la empresa y empleador plural” *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 41, 2018, pp. 9-14.

En materia de igualdad, el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, incorpora a su redacción la normativa europea en cuanto a igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las ETT y las empresas usuarias.

---

Vid. la propuesta de modificación del art. 42 LET aprobada el pasado día 20/12/2016 por el Congreso de los Diputados, para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

6. INCIDÊNCIAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**6. Incidências das Novas Tecnologias nas Relações de Trabalho**

---

**The Impact of New Technologies Work Relationships****(Autor)****THEREZA CHRISTINA NAHAS***tnahas70@gmail.com***Sumário:**[1.Colocação do tema](#)[2.Um mundo em transformação](#)[3.Pequenas e medias empresas e empreendedorismo](#)[4.Economia colaborativa](#)[5.Características das plataformas digitais e seus trabalhadores](#)[6.Impactos da nova economia nas relações de trabalho fragmentadas](#)[7.'Conclusões](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumo:**

As mudanças trazidas pelas novas tecnologias não são as responsáveis pela precarização das relações de trabalho ou pelo desaparecimento dos postos de trabalho e fim do emprego, como preconizado pelos mais reticentes. O trabalho em que não se exige qualificação ou pode ser mecanizado será substituído por processos mecânicos e pela robotização, o que guarda pontos positivos e nada mais representa que uma consequência natural da evolução dos meios de produção e da sociedade. Vivemos em um mundo em transformação e devemos buscar respostas globais para conseguir solucionar questões locais. É necessário reinserir o contrato de trabalho no novo cenário tecnológico, preparar os trabalhadores que transitam do modelo velho para o novo e permitir a inserção da nova geração que já não se adequa ao sistema tradicional. Além disso, em países com grandes diferenças sociais e econômicas, faz-se necessário a inserção do trabalhador que sequer consegue ocupar um posto de trabalho. A tecnologia serviu para fortalecer o capital e deve servir também, na mesma proporção para unir a classe do precariado que por várias conveniências sociais e políticas foram olvidadas e só por meio da reinserção dela na sociedade e por uma ação concertada se poderá alcançar um futuro do trabalho decente.

## Abstract:

The changes brought by the new technologies are not responsible for the precariousness of labor relations or the disappearance of jobs and the end of employment, as advocated by the more reticent. Work that does not require qualification or can be mechanized will be replaced by mechanical processes and robotization, which holds good points and represents nothing more than a natural consequence of the evolution of the means of production and society. We live in a changing world and we must seek global responses to solve local issues. It is necessary to reinsert the work contract in the new technological scenario, to prepare the workers who move from the old to the new model and to allow the insertion of the new generation that Dno longer suits the traditional system. In addition, in countries with great social and economic differences, it is necessary to include the worker who cannot even occupy a job. Technology has served to strengthen capital and must also serve, in the same proportion, to unite the class of the precarious that by various social and political conveniences have been forgotten and only by the reinsertion of it in the society and by a concerted action will be possible to reach a future for decent work.

**Palavras-Chave:** precariado, economia colaborativa, robotização, trabalho em cadeia digital

**Keywords:** precarious, collaborative economy, robotization, digital chain work

## 1. Colocação do tema

<sup>1</sup>A tecnologia atua de modo a trazer mudanças profundas não só na vida das pessoas, empresas e Estados, mas também, na relação laboral. As chamadas plataformas digitais têm produzido uma verdadeira revolução na forma da prestação de serviços e no contrato de trabalho, seja no modelo subordinado ou autônomo, atingindo de forma crucial o conceito de subordinação e a forma tradicional da relação de trabalho.

Não há dúvida de que a relação que se estabelece tem natureza *trabalhista*, por permitir que se vinculem entre si aquele que realiza a prestação de serviços e aquele que organiza uma atividade empresarial. Todavia, há que reconhecer que os modelos de organização empresarial consequentes do uso da tecnologia incidem de maneira profunda no mercado de trabalho e permitem que escapem às formas tradicionais, tanto do trabalho autônomo como dependente. Importa dizer que os contratos tradicionais, na modalidade típica ou atípica, têm como característica a necessária retribuição pelo serviço prestado e uma maior ou menor subordinação a organização empresarial, o que não ocorre, necessariamente, nas chamadas *economias colaborativas* que deram origem ao que em pouco tempo se transformou numa das formas mais importantes dos novos modelos empresariais e que nasce, justamente, da colaboração ou intercâmbio de bens, serviços ou experiências entre pessoas que muitas vezes não possuem nada em comum.

A proposta inicial deste tipo de economia, tem um avanço importante a partir da crise de 2008. Para investidores mostrou-se como uma opção de negócio rentável e para muitos trabalhadores como uma opção de sobrevivência ante a dificuldade em encontrar uma ocupação. Assim surge uma economia baseada num compartilhamento de lucros e riscos, sem que se configure um típico contrato social ou de trabalho, cujas características também são distintas dos modelos tradicionais, aumentando o receio dos trabalhadores quando se ouvem os rumores que se espalharam de que seriam substituídos por robôs.

Na estrutura empresarial tradicional, ainda que configurada por um grupo de empresas seja na mesma linha de produção ou integradas economicamente, se tem conhecimento de quem forma parte dela. Fisicamente, se sabe onde está localizada a empresa, quem são seus gestores e beneficiários da produção e a quem será dirigida a prestação de serviços. A relação é *fisicamente palpável* e se pode identificar exatamente sua constituição e formação.

As novas tecnologias, ao contrário, têm viabilizado um ambiente empresarial desconhecido em que tudo se move no escuro e numa relação de confiança que para este século se mostra absolutamente surpreendente e contraditório, quando comparada aos vários mecanismos criados pela própria tecnologia e que nos roubam a privacidade ante sistemas de vigilância constantes em nossa vida privada.

As relações de toda natureza, no mundo tecnológico, se passam num plano virtual e se estabelecem numa relação de confiança onde as pessoas, mesmo não se conhecendo, firmam negócios jurídicos dos mais diversos e são impulsionadas pelo preço e pela comodidade. A tecnologia permite que os custos de transação e de produção sejam reduzidos e, muitas vezes, inexistentes. A ausência de intermediações nos negócios permite que se preste serviços por preços muito reduzidos, seduzindo o consumidor que está na outra ponta do negócio e que é a peça central do que impulsiona este mercado cada vez mais pungente e crescente.

A ideia central desta economia, é o oferecimento do produto ou serviço cada vez por um valor menor, dentro de uma margem de lucro razoável que, em tese, apresentará um resultado de satisfação para aquele que viabiliza a relação comercial ou financeira. Além disso, o objetivo é permitir ou aumentar a competitividade no mercado global e não necessariamente local, bem como criar facilidades para aqueles que (a) oferecem seu produto ou serviço, ou (b) aqueles que o consomem ou fazem uso dele como destinatário final, dentro de uma cadeia harmônica e secular existente: mercado - trabalho - consumo.

As novas formas do que podemos chamar de *organizações empresariais*, *filantrópicas* ou *economia colaborativa*, com ou sem finalidade lucrativa para que as organiza, chegam ao extremo da descentralização e se pode afirmar que é a forma aprimorada ou ápice daquilo que na década de 70 foi denominado de terceirização e chega ao século XXI na forma genuína da descentralização ou fragmentação extrema da atividade empresarial ou filantrópica. Este grande polvo estende seus tentáculos em todas as áreas da vida cotidiana desde o consumidor mais humilde ao mais exigente, facilitando sua vida, tornando-a mais econômica e seduzindo a todos para que consumam cada vez mais, movimentando o mercado de um modo eficiente, rápido e satisfatório, de modo que, aquele que utilizou o serviço ou comprou o produto em uma determinada oportunidade, certamente voltará a repetir a ação todas as vezes que necessitar.

As relações verificadas nos novos tipos negociais, por consequência, afetam as relações de trabalho tradicionais tanto no modelo autônomo como no subordinado. O trabalhador deixa de estar estritamente subordinado a estrutura empresarial, não obstante dependa dela para oferecer seus serviços, torna-se mais confiante em suas próprias habilidades, passa a responder pelos riscos do negócio não na qualidade de autônomo dependente ou independente mas com uma característica que mescla sua qualidade de prestador de serviços com o responsável pela organização empresarial, crescendo a figura daquilo que se vem nominando de empreendedores, categoria que surge, quicá, para designar este novo tipo de prestador de serviços.

## 2. Um mundo em transformação

O medo instalado no mundo do trabalho de que o trabalhador humano seja substituído por robôs ou por qualquer aparato tecnológico, nada mais representa que um mito. Convém lembrar o que pontuou Todd Hirsch: "It's an economic tale told time and time again. Camera film makers. Video stores. The music recording industry. Perhaps most famously, the Luddites - those textile labourers in 19<sup>th</sup> century England who protested against the introduction of mechanized looms by smashing them. Many of them failed to adapt to new, disruptive technologies and went extinct"<sup>2</sup>.

O que se está produzindo é uma nova economia no contexto de um novo mundo de organização empresarial e, até mesmo, estatal pública, não muito distinto dos movimentos que já ocorreram em outros séculos, mas na velocidade que os cabos de internet ou a rede wifi permite que elas

ocorram. O modelo tradicional das grandes empresas que concentravam a produção desde a aquisição da matéria prima até sua distribuição ao consumidor final, não tem mais espaço no século XXI, dando lugar a grandes núcleos multinacionais atuantes em grupos empresariais que acabam por utilizar as economias locais e suas pequenas e médias empresas para alimentar a gestão atual de atuação, produção e desenvolvimento do produto e serviço, fragmentando não só a relação de trabalho, mas a empresarial e, por consequência provocando uma descontinuidade no fluxo da prestação de serviços. Leva a máxima a doutrina de Toyota: *é necessário produzir-se a quantidade necessária no tempo necessário, buscando-se o controle na qualidade de serviço e na satisfação do cliente: o trabalhador é livre para fazer aquilo que o mercado (empresarial e consumidor) gostaria que fizesse.*

Esta máxima com a necessidade de se criar métodos alternativos de produção e inserção do trabalho (autônomo ou subordinado) no mercado de trabalho, reduzindo as estatísticas de desemprego e o custo estatal, desenvolve-se, principalmente por meio de plataformas que agregam principalmente, as médias, pequenas empresas e trabalhadores individuais, o que acaba por resolver, ainda que não de forma definitiva e muitas vezes extremamente precária, dois problemas: do desemprego e dos custos de produção e formação. Incentiva-se e prolifera-se o empreendedorismo. Os prejuízos americanos resultantes da crise de 2008 pareceriam ser reduzidos com a política protecionista de Barack Obama e a grande proliferação dos empreendedores, solução esta agasalhada pelas organizações internacionais como Banco Mundial e FMI.

Em paralelo, viabiliza a abertura desenfreada no mercado de trabalho das cadeias de produção digitais e a fratura do próprio direito do trabalho e do contrato de trabalho tradicional que já não se pode mais adequar aos modelos tradicionais.

### 3. Pequenas e médias empresas e empreendedorismo

Há que considerar que as empresas médias e pequenas (*pymes*) têm representado mais da metade dos postos de trabalho formais no mundo, o que não representa necessariamente que se comportem como empregadores formais e tradicionais. As *pymes* constituem a maioria dos negócios existentes nos países de ingressos baixos e, segundo estudo realizado pela Corporação Financeira Internacional (IFC), representam mais da metade dos postos de trabalho formais em todo o mundo já comparável com as grandes empresas<sup>3</sup>, apesar de ressaltar o informe que está excluindo desta estatística as microempresas e os trabalhadores independentes. Todavia, um exemplo que se pode dar é da plataforma Farmerline<sup>4</sup>, que promete transformar os pequenos agricultores em empreendedores de sucesso, possibilitando o acesso a informação e recursos necessários para aumentar sua produtividade. É evidente que este pequeno empreendedor ineludivelmente fará parte da grande cadeia de produção do agronegócio.

A Farmerline desenvolveu, por exemplo, o Mergdata<sup>5</sup> que é uma ferramenta de comunicação topográfica de gerenciamento de dados que fornece a análise instantânea de dados coletados em campo e permite a transmissão de mensagens de voz a textos para milhares de telefones de uma só vez.

A Moringa Connect é uma empresa social que assegura aos agricultores de moringa, um mercado garantido para seus produtos, processando as folhas nutritivas em produtos de saúde e beleza para este tipo de mercado. Gerencia mais de 2.500 agricultores de moringa.

É evidente a vantagem de sistemas integrados e as oportunidades econômicas que criam não somente no campo econômico mas também social, permitindo que muitos trabalhadores sem qualquer oportunidade e em uma situação absolutamente precária, possam ver com esperança uma possibilidade de colocação profissional. Tecnologia da informação e comunicação estão em crescimento acelerado nos países em desenvolvimento e a estimativa que as *pymes* possam representar um aproveitamento de US\$1,6 bilhões dos mercados na próxima década.



A questão que se coloca, no entanto, é saber como isso afetará o mercado de trabalho e as incidências que poderão refletir sobre ele, principalmente sobre os trabalhadores precarizados e os não qualificados, aos quais muitos países, especialmente em desenvolvimento, não tem reservado um respaldo jurídico de inserção e formação. E, alguns deles, o que se tem é um socorro provisório em forma de algum benefício social que pouco serve para alimentar-se.

É certo que todos estes movimentos causam uma ruptura entre o modelo de contrato de trabalho tradicional, seja subordinado ou independente em qualquer nível, criando novas relações jurídicas para uma sociedade que, também, é distinta daquele em que se formou o Direito do Trabalho que conhecemos.

A descentralização da prestação de serviços alcança níveis nunca imaginados e o principal objetivo é reduzir custos e tornar a atividade cada vez mais especializada, a ponto de reduzir-se ao mínimo a atividade empresarial ao mesmo passo que se pretende oferecer uma variedade de serviços. Barak Obama, na *Cumbre Mundial de Empreendedores*, realizada no Kenya em 2015, acenou para a importância do espírito empreender e na possibilidade que tem de criar “novos empregos e novos negócios, criar novas maneiras de prestar serviços básicos, criar nova maneiras de ver o mundo; é o fator que impulsiona a prosperidade”<sup>6</sup>.

É evidente que todas estas mudanças de organizações que impactam a sociedade, a econômica e o modo de vida de todas as pessoas, vai refletir nos negócios jurídicos de toda natureza, interferindo nos modelos de contrato de trabalho tradicionais que não estão preparados para a tutela do que se vem denominando de *novos tipos de trabalhadores*.

Como ensina Todolí Signes, “no obstante, conforme mejoran las tecnologías y los costes de transacción se reducen aún más, se está empezando a observar, en algunos sectores, que la descentralización no es suficiente. Por el contrario, las empresas están dando paso a una balcanización del mercado, donde las empresas no contratan trabajadores – excepto los más imprescindibles -, sino que su modelo de negocio consiste en poner el contacto el demandante del servicio con el proveedor del este. La novedad proviene en que el proveedor del servicio no será una empresa, como lo hubiera sido hasta ahora, sino que directamente será la persona individual que prestará el servicio – un autónomo independiente -. La descentralización, pues, lleva a extremo: a la atomización del mercado”<sup>7</sup>.

#### 4. Economia colaborativa

A economia colaborativa, para fins didáticos, pode ser dividida em situações em que não se fixam qualquer contribuição econômica desde a perspectiva do contrato de trabalho tradicional; e, também, naquelas em que a retribuição econômica é elemento do contrato de trabalho subordinado ou não. Está baseada em plataformas digitais que permitem que se possa intercambiar bens, serviços e direitos, mas nela não se vê necessariamente a existência de um empresário que dirige o negócio e seus riscos; tampouco um trabalhador que está disposto a subordinar-se na forma tradicional a estrutura das plataformas digitais que, em geral, sequer tem conhecimento de sua estrutura. Muito vezes se reveste da forma daquilo que se pode denominar de empreendedorismo, embora possa ser assim caracterizada ou não, inobstante tem a pretensão de ter esta natureza.

Há uma mudança radical nos elementos contratuais dos negócios jurídicos tradicionais e o objeto da relação jurídica que se realiza é absolutamente amplo e distinto das estruturas formais que estávamos habituados nos modelos tradicionais.

Ocupa espaço, ainda, num nicho em que se percebe a crescente inserção de robôs para realização de tarefas repetitivas e capazes de serem realizadas com o uso da tecnologia, o que se realiza desde tarefas simples como por exemplo, aquelas realizadas em residências com o uso de robôs aspiradoras, até aquelas que se mostram um pouco mais complexa, como uma cirurgia hospitalar.

Nas plataformas, os trabalhadores em *transição* - permita-me o uso da expressão que utilizo para referir-me ao trabalhador que transita no modelo tradicional do séculos passados a este século XXI e que, necessariamente, terá que adaptar-se a nova economia para manter-se ocupado - se caracterizam por se disporem a prestar um serviço em que demonstram suas habilidades, intenções e objetivos à disposição de um número ilimitado de pessoas que poderá ou não ter algum contato pessoal, através de centro de *bits* que se encarrega de fazer a aproximação entre este prestador de serviços e os seus consumidores. Muitos deles podem, inclusive, garantir cem por cem daquilo que se produz, como ocorre no exemplo já citado da MoringaConnect<sup>8</sup>. O fato é que a maior parte deles não teve oportunidade de entender a nova sistemática dos novos modelos empresariais: as escolas mantêm os métodos tradicionais e a formação que adquirem não se adapta as novas regras do mercado. Há um descompasso gritante entre a formação que adquirem e aquilo que se lhe é oferecido pelo mercado de trabalho.

Estima-se, ainda, que estes novos métodos de prestação de serviço e produção virtuais desenvolvidos através das novas tecnologias, serão responsáveis pelo desaparecimento até 50%<sup>9</sup> dos postos de trabalho criados no modelo da revolução industrial e do trabalho tradicional, métodos estes que não são mais adaptáveis as novidades introduzidas pela revolução tecnológica que já esta na sua quarta geração. A perspectiva é que isso ocorra nos postos de trabalho de menor qualificação e remuneração e que exigem menos estudos e conhecimentos<sup>10</sup>. Isso atinge de modo brutal os países em desenvolvimento ou aqueles que simplesmente ainda não adotaram um sistema que possa tutelar estas relações em todas as suas formas. Some-se a isso que não se vê, necessariamente, em concreto, novos *standards* de proteção global, capazes de agasalhar o novo mundo do trabalho em todas as suas formas.

Dai a consequência lógica de que os investimentos estrangeiros vêm sendo trasladados para países com maior conhecimento tecnológico, o que não parece uma mera coincidência, já que as empresas devem investir cada vez mais em zonas que lhes garantam o desenvolvimento tecnológico de sua produção. Guy Ryder, na conferência *Predecir lo impredecible: el futuro del trabajo*, em 2015<sup>11</sup>, acena para o fato de que as cadeias de montagem mundialmente formadas e virtuais tem a capacidade intrínseca das tecnologias futuras de transformar as relações entre os provedores da produção e aqueles que a buscam: produção mundial em linha virtual serão os pilares da economia mundial. Isso se dará, irremediavelmente, pelo uso cada vez maior e mais estendido das plataformas virtuais.

Há que se ter em mente, não somente a conjuntura econômica e de transformação das empresas, mas também a força natural trazida pelo mercado de consumo que impulsiona estas novas relações jurídicas. Assim como as empresas, os consumidores querem produtos e serviços com maior qualidade e menores custos. Não há intenção de que pessoas físicas e jurídicas com condições econômicas menos favorecidas possam arcar com os custos de uma atividade produtiva, o que leva que busquem soluções que sejam economicamente viáveis e com custos menores, muitas vezes executada por elas mesmas sem delegação da atividade a um trabalhador que possa mediar a prestação de serviços e a gerência do negócio.

Por outro lado, a nova geração digital de jovens, tem um perfil diferenciado dos antigos trabalhadores que deram nascimento ao Direito do Trabalho, tendo acesso à tecnologia em todas as suas formas. A chamada geração Y (nascidos depois de 1983), rotulada “Geração Ecológica”, “Nativos Digitais” ou os “Milênios”, “são incrivelmente confiantes, criativos e com uma visão mundial (...) é a maior geração a entrar na força do trabalho desde os Boomers (...), estão no mercado de trabalho há poucos anos e já ganharam a reputação de serem superconfiantes, desleais e volúveis. Indiscutivelmente, isso pode ser porque foram mal compreendidos e mal geridos pelos empregadores, que ainda os tratam no formato das perspectivas adotadas pelo Baby Boomers e integrantes da Geração X. Mais importante ainda, eles encaram o trabalho e o tratam de maneira diferente, em parte porque foram criados de maneira diferente”<sup>12</sup>.

Assim, atualmente, se vê no mercado de trabalho gerações muito diferentes compartilhando e competindo por vagas de trabalho em numero insuficiente para albergar a todos e, certamente, a geração tecnológica, terá mais condições de consegui-las do que aquela que entre o novo e o velho, ainda tem dificuldades de apreender aquilo que esta ultima geração já tem conhecimento desde a infância. Isso certamente acirra o problema quanto a colocação da mão de obra mão velha a viabiliza a maior precarização dos trabalhadores mais jovens, fato este que desencadeia vários outros conflitos para os países.

## 5. Características das plataformas digitais e seus trabalhadores

As plataformas digitais permitem maior mobilidade e disponibilidade de tempo, aquilo que o novo modelo de trabalhador tem como componente essencial na colocação profissional e que, ao contrário das gerações anteriores, não lhes importa que seja para toda a vida: a geração dos trabalhadores digitais tem um ritmo frenético de mudanças e nenhuma fidelidade com o empregador que, muitas vezes, não sabem quem é. Adaptam-se a tudo e o seu momento e agora<sup>13</sup>.

Paralelo a este cenário, ainda se vê um grande contingente de trabalhadores pobres ao extremo, sem qualquer qualificação ou oportunidade profissional ou social que, segundo aponta o relatório 2018 da OIT, em 2017 chegou ao extremo: mais de 300 milhões de lares de trabalhadores nos países emergentes e em desenvolvimento teve uma renda inferior a U\$1,90 ao dia<sup>14</sup>. Tal situação não é um privilégio dos países periféricos. Como observa Deborah Greenfield, o mundo do trabalho está em uma encruzilhada: “tras la Gran Recesión que elevó los niveles de desempleo a 200 millones y generó una inseguridad generalizada, los mercados laborales de todo el mundo están experimentando profundas transformaciones. Estos cambios nos obligan a reconsiderar lo que el trabajo significa e implica. También son un desafío para que nuestras sociedades encuentren la manera de garantizar que el trabajo ofrezca los empleos y los ingresos que las personas necesitan. Hoy en día, el mundo del trabajo está presenciando una erosión de la clásica relación empleado-empedor. Una proporción cada vez mayor de la población activa está empleada en lo que la OIT define formas atípicas de empleo. Éstas comprenden el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido, las relaciones de trabajo multipartitas como la cesión temporal, y el empleo encubierto y por cuenta propia económicamente dependiente”. En los últimos años, el incremento de la “economía de plataformas de Internet” o el “trabajo por encargo” donde el trabajo es mediado a través de plataformas Internet o aplicaciones por celular, ha renovado el interés hacia estas formas de trabajo<sup>15</sup>.

Todavia, a crise do emprego e as mudanças nos modelos contratuais não depende apenas dos fatores aqui já relatados. Há outras realidades em paralelo que devem ser consideradas: (i) a população mundial chegará a 9000 milhões em 2050 e este número cresce em ritmo mais acelerado do que o aumento de postos de trabalho; (ii) até 2020 estima-se que serão criados 900.000 postos de trabalho todos relacionados a internet, tecnologia e inteligência artificial que farão desaparecer outros tantos postos de trabalho que resultarão inadequados e obsoletos (processo de “virtualização laboral”<sup>16</sup>); (iii) os trabalhadores do futuro (*knowmads*) terão que mudar constantemente de emprego, ou por vontade própria ou pela atividade que desempenhem, não estando mais vinculados a um posto de trabalho ou a uma só empresa e cruamente trabalharão por projetos nos novos ecossistemas de trabalho corporativo; (iv) as empresas multinacionais voltarão a brigar por talentos, num momento em que as políticas anti-imigração se tornam mais severas<sup>17</sup>.

Por fim, um último elemento que gostaria de ponderar é o crescimento de um movimento que Guy Standing denomina como *precariado*, “un fenómeno nuevo, aunque tuviera precedentes en el pasado (...); es algo distinto de la “clase obrera” o del “proletariado”. Estos últimos términos sugieren una sociedad que consiste principalmente en trabajadores con un puesto relativamente duradero y estable, con jornadas de trabajo fijas y vías bastante claras de mejora, sindicados y

con convenios colectivos, cuyos puestos de trabajo tenían un nombre que sus padres y madres habrían entendido, frente a patronos locales cuyos nombres y rasgos les eran familiares. La mayoría de los trabajadores precarizados no conocían a su patrono ni sabían cuántos empleados tenía este o podría llegar a tener en el futuro. Tampoco eran de “clase media”, ya que no tenían un salario estable o predecible ni el estatus y ventajas que se supone que posee la gente de clase media. A medida que se aproximaba el final del milenio, cada vez más gente, y no solo en los países en desarrollo, se iba encontrando con un estatus que los antropólogos y economistas del desarrollo llaman “informal”. Probablemente, ellos mismos no habrían encontrado adecuado el término para sí mismos ni habrían pensado que describía una forma común de vivir y trabajar. Así pues, no pertenecían a la clase obrera ni a la clase media, ni se sentían “informales”. ¿Qué eran entonces? Lo que probablemente no habrían negado es que llevaban una existencia precaria”<sup>18</sup>.

É justamente nesta rachadura dos modelos tradicionais que se inserem estes novos tipos de trabalhadores que, apesar do grande número que representam, tem sido tratados à margem pelos diversos sistemas normativos que insistem em seguir presos a tradição dos tipos de relação subordinada ou autônoma que permitiu o desenho do direito do trabalho que hoje se aplica.

Em esta apertada síntese do cenário econômico e social e que impulsiona a economia moderna, é que se encontra o uso maciço da tecnologia em benefício de pessoas comuns, principalmente a esquecida classe precária, que utiliza as ferramentas virtuais a fim de desenvolver uma atividade que, se não fosse pelas facilidades trazidas pelos instrumentos tecnológicos de ponta, não poderiam fazê-lo e se manteriam à sombra dos sistemas normativos. Estas formas trazem, ainda, a ilusão do alcance de alguma segurança e muitas vezes de mostra como a única opção daqueles que não encontram outra ocupação que possa manter suas vidas.

O conflito entre tutela estatal e movimentação dos novos modelos de inclusão dos trabalhadores na sociedade só faz crescer a tensão entre capital e trabalho, com um amargo ingrediente que se traduz na inserção dos *antigos* trabalhadores subordinados em uma relação jurídica não prevista na maioria das legislações e que viabiliza que a precarização se acentue e, com isso, todos os problemas sociais que dela decorrem.

O *precariado*, em sua grande maioria, seguramente não consta das estatísticas oficiais, pois não ocupa postos de trabalho tradicionais e provavelmente é computado em alguma estatística, provavelmente, relacionada aos trabalhadores informais. Os trabalhadores em *transição*, que também constituem um tipo de trabalhador precário, não guardam sorte melhor, até mesmo porque gravitam numa zona absolutamente cinzenta e sem perspectiva: não tiveram formação adequada e estão com idade mais avançada para tentar opções variadas; tem contas para pagar e necessitam manter-se a si e sua família.

É inquestionável que os Estados não dispõem, na sua grande maioria, de políticas públicas, para inclusão social e no mercado de trabalho desta massa de trabalhadores que pertence às *novas formas de relações jurídicas* e que sofrem os impactos de todas estas mudanças. Certamente, numa crescente maioria vem ocupando as *vagas* de ocupação que lhes facilita as plataformas digitais e que vem sendo responsáveis por empregar 80% de contratos de trabalho submergidos.

Em estudo que analisa o mercado de trabalho dos BRIC's<sup>19</sup> se noticia que “o emprego informal representa 45% do emprego total no Brasil, 53% na China e mais de 90% na Índia. A persistência de elevada informalidade no mercado de trabalho, não obstante, o rápido crescimento econômico, indicaria barreiras estruturais à transição para o mercado de emprego formal. Na Rússia, as estimativas disponíveis indicam que a informalidade é muito menor do que a observada nos demais países do grupo e situa-se em nível semelhante ao dos países da Europa Central e do Leste”<sup>20</sup>.

Não há dados estatísticos seguros, mas certamente o mercado crescente de trabalhadores

informais está utilizando as plataformas digitais para oferecer serviços e como um local de trabalho único ou somado a outro para incrementar sua renda. A um pela comodidade e redução de custos que elas representam; a dois pelas necessidades comuns surgidas na sociedade o que leva a criação de uma solução, em geral realizada por meio de um software que permite criar uma rede onde se possa intercambiar bens e serviços. Foi nesta brecha que várias destas plataformas surgiram no seio da economia colaborativa, animada pela crescente onda de desemprego, escassez de empregos formais, flexibilização dos modelos tradicionais e necessidade que o ser humano tem de trabalhar para manter sua subsistência. Assim, muitas empresas encontraram oportunidade de negócios que, no seio da economia colaborativa teve início com o intento de realizar-se por uma perspectiva diversa, isto é, de integração e auxílio mútuo com ou sem ânimo comercial ou lucrativo.

Como lembra Tom Slee, o termo economia colaborativa já leva uma contradição em si mesmo, pois economia tem o sentido de transações comerciais com fins de lucros, enquanto colaborar é um termo que implica em auxiliar, ajudar e, no contexto do fenômeno que se apresenta, vai além de si mesmo, tendo sua origem em negócios de internet. Em consequência, acabam por representar negócios e investimento de riscos que se espalham com enorme rapidez por todo o mundo concentrando-se em uma pequena quantidade de empresas tecnológicas: “la economía colaborativa está constituída en una proporción abrumadora por organizaciones comerciales, en lugar de por entidades sin ánimo de lucro. De los setenta socios de Peers, más de sesenta son compañías con ánimo de lucro, y más del 85 por ciento de los fondos de los socios de Peers fue a parar a empresas californianas. Pese a que hay algunos socios dispersos por el mundo, el dinero demuestra que la Economía Colaborativa es predominantemente un fenómeno de Silicon Valley (...). Predominan tres clases de servicio: alojamiento (43 por ciento), transporte (28 por ciento) y educación (17 por ciento). En el mundo del alojamiento, la mayor parte de esos fondos ha ido a una compañía, Airbnb, que en el verano de 2014 había recaudado 800 millones de dólares desde 2009, procedentes en su mayoría de los doce meses anteriores. En el mundo del transporte, la mayor recaudación de fondos corrió a cargo de Lyft, que había obtenido algo más de 300 millones de dólares, la mayoría en abril de 2014. Pese a todo lo que se afirma sobre vecinos que comparten taladros, estas son el tipo de compañías que están agitando las aguas y liderando la economía colaborativa”<sup>21</sup>.

Não se pode ignorar que as plataformas digitais consequentes do sistema da economia colaborativa, revolucionam o mercado em todos os seus níveis e tem a capacidade de possibilitar a mais ampla gama de intercâmbios que vão desde aqueles negócios que seriam a razão de ser de sua origem, isto é, sem qualquer intenção de lucro ou interesse econômico direto, até o estabelecimento de um meio de trabalho produtivo e rentável tanto a quem o realiza como a seus gestores. Há que se ter em mente, ainda, que apresentam peculiaridades distintas e que não se poderá tratar todas as atividades desenvolvidas em plataformas como se fossem iguais, nota esta que se pode extrair, também, do Relatório Eurofound 2018.

No *blog Futuro do trabalho*, se identifica um elenco de diversidade de serviços que se pode encontrar através do que se tem classificado como capitalismo baseado em plataformas: “Upwork o Freelancer, en el mercado generalista de todo tipo de trabajo ‘freelance’ digital; Taskrabbitt, en el de las reparaciones domésticas; Deliveroo, para reparto de comida a domicilio; HourlyNerd, para la contratación de expertos; Quierocanguro, para cuidado de niños... e, incluso, un caso que he descubierto recientemente que no sé cómo clasificar: ConfesorGo, para localizar al sacerdote más cercano en caso de necesidad”<sup>22</sup>.

Há que considerar que, na atual conjuntura econômica, a forma como circula a capital transnacional somada a ineficiência dos países em darem uma resposta adequada às suas próprias crises internas, não se vê qualquer incentivo ou justificativa econômica para que as empresas mantenham as pesadas estruturas que foram desenvolvidas pela Revolução Industrial. Além disso, a rapidez com que os negócios se realizam e o modo como se desenvolvem as sociedades e as cidades, não condiz com os modelos clássicos de produção.



Poderia, assim, dividir o desenvolvimento social e econômico em dois grandes grupos: (a) de todos os fatores que convergem no sentido de provocar transformações que independem da vontade de um Estado ou grupo, como a globalização, a digitalização econômica, as grandes mudanças demográficas e fluxos migratórios por razões diversas; (b) a maneira como o mundo está conectado e o efeito irreversível dessa união; as novas tecnologias produzem uma maior comodidade e facilidade, e as pessoas não estão dispostas a abrir mão das conquistas que a modernidade colocou em benefício delas.

Os governos, também, não têm interesse em manter as estruturas e os pesados encargos que possuem os serviços públicos, o que tem levado as propostas de reformas na previdência e assistência social a promover cada vez mais recortes aos benefícios concedidos pelas estruturas públicas conquistadas até finais do século XX. Não obstante, os movimentos para recortar direitos, constata-se que 4.000 milhões de pessoas no mundo carecem de proteção social no mundo, segundo o informe da OIT sobre proteção social de 2017/2019. Como sustentar recortes e mudanças no *velho* modelo quando uma boa parte da população mundial não conhece o mínimo de proteção. Vivemos um verdadeiro contrassenso num mundo dividido de forma extremamente desigual: somente 45% da população mundial beneficia-se de ao menos uma prestação social, enquanto que 55% carece de qualquer proteção<sup>23</sup>.

A realidade do discurso sobre a necessidade de redução de custos de transação é de ordem pública e privada e, aí se proliferam as incertezas sobre o futuro do trabalho cuja natureza está fragmentada, deixando-nos a única certeza de que as mudanças estão ocorrendo e não temos soluções eficientes para tratar das novas realidades: desregulamentação a desigualdade são os pontos-chaves num mundo em que proliferam novas formas de negócio e mesclas de economia por subordinação e por conta própria.

Não se pode ignorar ainda que, os próprios movimentos sociais e econômicos impulsionam para as aberturas destes novos tipos de modelos que, guardadas as críticas que se poderá fazer quanto a precarização e vulnerabilidade da mão de obra, tem contribuído para viabilizar a concretização de um trabalho e a subsistência de vários trabalhadores que, a falta de qualquer perspectiva, valem-se das facilidades das plataformas que criam condições para a interação dos trabalhadores com os tomadores dos serviços prestados (diretamente). Há que lembrar que, o número de vagas de trabalho, não cresce no mesmo ritmo que o aumento da população e daqueles que ingressam no mercado de trabalho, bem como fato de que os investimentos estrangeiros diretos (IED) estão caindo cada ano mais nos países em desenvolvimento.

Em 2016, os fluxos de IED nos países em desenvolvimento foram de 37%, sendo 15% em Ásia e chegando a 3% em África. Os protagonistas das inversões passaram a ser os países desenvolvidos. Isso se deu principalmente por “las fusiones y adquisiciones transfronterizas tuvieron un papel relevante y se concentraron en las economías desarrolladas, impulsadas por la elevada liquidez internacional y por dinámicas sectoriales que llevaron a operaciones de gran envergadura. Por otra parte, con un aumento sostenido de sus inversiones en el exterior y en particular de las adquisiciones en la Unión Europea y los Estados Unidos, China fue el segundo origen de IED mundial (tras los Estados Unidos). La estrategia de salida al exterior iniciada hace más de un decenio ha consolidado a China como actor global que se inserta en las dinámicas de sectores cada vez más sofisticados, participando activamente en las nuevas tendencias tecnológicas de la cuarta revolución industrial”<sup>24</sup>.

As tendências apontadas pela OIT, quanto a perspectiva do emprego é assim alinhada:

	Desempleados (millones)			Tasa de desempleo (por ciento)		
	2016	2017	2018	2016	2017	2018
MUNDO	197.7	201.1	203.8	5.7	5.8	5.8
Países desarrollados	38.6	37.9	38.0	6.3	6.2	6.2
Países emergentes	143.4	147.0	149.2	5.6	5.7	5.7
Países en desarrollo	15.7	16.1	16.6	5.6	5.5	5.5
	Tasa de empleo vulnerable (por ciento)			Tasa de pobreza de los trabajadores (por ciento)		
	2016	2017	2018	2016	2017	2018
MUNDO*	42.9	42.8	42.7	29.4	28.7	28.1
Países desarrollados	10.1	10.1	10.0	--	--	--
Países emergentes	46.8	46.5	46.2	25.0	24.3	23.7
Países en desarrollo	78.9	78.7	78.5	69.0	67.9	66.7

*Nota: Las cifras para 2017 y 2018 son proyecciones. La tasa de pobreza de los trabajadores se define como la proporción de la población empleada que vive en pobreza extrema o moderada, por ejemplo con un ingreso per cápita de menos de 3,10 de dólares al día.*

*\* El agregado Mundo para los trabajadores pobres no incluye a los países desarrollados.*

*Fuente: OIT, Modelos econométricos de tendencias, Noviembre 2016.*

A economia colaborativa possibilita a criação de infraestruturas invisíveis através da economia sujeita a demanda (on demand economy), em que os prestadores de serviços estão à espera de que um consumidor solicite a sua atuação, o que é absolutamente incompatível com a figura do trabalhador da empresa individual e tradicional.

Todolí Signes compara o termo economia baseada em plataformas digitais a um “paraguas que recoge um conjunto de negócios bastante diferentes entre sí – aunque todos compartan la idea de la utilización de una plataforma virtual donde oferta y demanda se encuentran -. La tecnología puede utilizarse de muchas maneras, y dar como resultado diferentes modelos de negocio, donde las repercusiones – sociológicas, económicas y jurídicas – para el mercado de trabajo son distintas. De esta forma, en principio, por sus características, se puede observar al menos, cuatro tipos de negocio diferentes: (i) *Crowdsourcingonlinevs. Crowdsourcingoffline*; (ii) *Crowdsourcing genérico vs. Crowdsourcing específico*”<sup>25</sup>.

Importa citar para melhor ilustrar, o caso de duas grandes empresas que são referências mundiais, isto é, UBER e Airbnb. Ambas vem provocando debates apaixonados em torno de várias questões. Para o objeto do nosso estudo, especificamente, a empresa UBER pode ser usada para referência no que constitui um divisor de águas no direito do trabalho tradicional e atual. Dentro dos vários contextos normativos, doutrinários e jurisprudenciais de cada país, o que se vê é um movimento convexo em se tratar as relações entre os trabalhadores destas plataformas e novo tipo empresarial dentro dos modelos tradicionais de contratos o que, obviamente, não se vem mostrando adequado e eficiente.

Corroborando esta afirmação, a legislação italiana que, desde 1998, vem regulamentando a questão do trabalho com uso de tecnologia, sendo aprovado, neste ano, a Lei nº 191 e, no ano seguinte, o decreto presidencial nº 70 a regulou para prever o teletrabalho uma forma de trabalho realizada em locais distintos daquele em que se realiza a atividade empresarial/Estatual, mas conectando o trabalho por meio da tecnologia a estrutura do administrador público ou privado. Diante da evolução da matéria, o governo italiano promulgou em 2017 a Lei 87, que regulou o *smartworking*, forma de trabalho que se apresenta como consequência da expansão das

novas tecnologias e que, segundo o art. 18 da lei tem por fim “aumentar a competitividade e facilitar a conciliação dos tempos de vida e de trabalho”, constituindo uma forma de exercer o trabalho subordinado, com indiscutível redução de custos na organização empresarial e em que o trabalhador pode prestar o trabalho onde quiser e da maneira que lhe for mais conveniente. Os instrumentos jurídicos italianos servem de parâmetro para as negociações coletivas e intencionam garantir direitos mínimos, entre eles, o da desconexão.

Neste mesmo diapasão e com a pretensão de regular relações que se desenvolvem no âmbito virtual, Portugal promulgou, em agosto de 2018, a lei nº 45/2018, visando estabelecer o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrônica. A lei se aplica exclusivamente a atividade de transporte individual e remunerada de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrônica visando estabelecer o regime jurídico para as plataformas eletrônicas que organizam e disponibilizam aos interessados a modalidade de transporte em veículo descaracterizado a partir da plataforma eletrônica. Não se aplica a lei: as plataformas que sejam somente agregadoras de serviços e que não definam os termos e condições de um modelo de negócio próprio; as atividades de partilha de veículos sem fim lucrativo (*carpooling*) e o aluguel de veículo sem condutor de curta duração com características de partilha (*carsharing*), organizadas ou não mediante plataformas eletrônicas. Entre várias questões que a lei tenta organizar, o art. 20 prevê o dever dos operadores de plataformas eletrônicas de garantir tempo máximo de condição e repouso o que implicará, por óbvio, o controle do tempo de trabalho.

Portanto, estes dois exemplos que me refiro são no sentido de ratificar que vários países têm se preocupado com aspectos variados das relações que se estabelecem no âmbito das plataformas e em todas aquelas que vem se desenvolvendo com o uso da tecnologia. Todavia, as normas que vem surgindo de natureza interna provocarão entendimentos dos mais variados para uma situação fática que tem abrangência global. É certo que os Estados devem preservar seus ordenamentos e sua gente. Todavia, poderá ocorrer que os movimentos das organizações globais possam interferir de modo não previsto ou não querido pelas legislações internas, o que poderá refletir na economia e nas relações sociais.

Por outro lado, não se tem conhecimento que algum país em desenvolvimento esteja cuidando de inserir alguma regulamentação para tutelar relações de trabalho que fujam aos modelos tradicionais, o que poderá agravar, ainda mais, a proteção dos trabalhadores precários e em transição.

## **6. Impactos da nova economia nas relações de trabalho fragmentadas**

O que se deve plantear, no marco desta nova economia, é um novo pacto social que possa coordenar a proteção social e o mercado de trabalho, não no sentido de socorrer o trabalhador, mas sim de inseri-lo nas novas formas de negócios que se vem formando, permitindo que as normas da OIT possam ir além dos muros desta organização para extravasarem nos códigos de condutas empresariais e nos tratados de negócios entre países. Permite-se, de este modo, o fortalecimento do sindicato global, o que somente se torna possível alcançar pela forma de organizações de trabalhadores através das mesmas plataformas digitais, único meio possível de permitir a reunião das categorias tradicionais e da nova classe do precariado. Antes disso, faz-se necessário fortalecer, ainda, as entidades locais, responsáveis que deverão ser pelo diálogo entre empresas, governos e trabalhadores.

Trata-se de não ignorar que a economia colaborativa, apesar de várias críticas que se poderá traçar ao modo como vem se mostrando e que não caberá discutir neste âmbito, tem contribuído de forma positiva para a inclusão de trabalhadores no mercado em razão da omissão dos Estados em políticas que possam garantir postos de trabalhos estáveis. Graças as plataformas digitais, vários trabalhadores desempregados e sem opções de emprego, podem ocupar-se de uma atividade em um momento crítico de crise econômica e em que o emprego regular está cada vez mais escasso, por exemplo. Todavia, não se pode ignorar que, abre uma rachadura no que diz



respeito a exploração da mão de obra, principalmente a não especializada e marginalizada, criando empregos cada vez mais precários e vulneráveis.

A situação tende a agravar-se nos países em desenvolvimento ou com números elevados de pobreza e desigualdade, sem qualquer política pública que possa inserir trabalhadores no mercado de trabalho dando-lhes a esperança de uma vida digna.

Insistir em tratar estas relações surgidas em plataformas digitais como se fossem relações tradicionais sem considerar suas peculiaridades, poderá ser uma válvula para incrementar a viabilidade da fraude contribuindo para o aumento da pobreza e desigualdade.

Uma das dificuldades que vejo para subordinar tais relações às tradicionais está na figura do *dador do trabalho* que no âmbito da plataforma digital se materializa na figura de um *software*, responsável pela organização do trabalho daquele que voluntariamente a busca para fazer que sua força de trabalho chegue até aquele que diretamente irá consumi-la. Este consumidor, por sua vez, é atraído principalmente pela reputação que esta plataforma tenha no mercado e, para isso, o prestador de serviços é constantemente avaliado por aquele que é o destinatário final da sua força de trabalho. Por outras palavras, o poder de direção está desvinculado daquele que organiza a atividade produtiva, assim como a subordinação estrita também está. A relação tradicional se altera descaracterizando o contrato de trabalho tradicional e *desordenando* a base em que esteve assentado

Como se vê, as novas tecnologias estão revolucionando o mercado de trabalho, aumentando absurdamente a produtividade e criando uma concorrência cada vez mais acirrada não só entre empresas, mas também, entre os próprios trabalhadores. Esta revolução digital provoca de modo crescente a eliminação de postos de trabalhos tradicionais, provoca a substituição de trabalhos estáveis por instáveis e flexíveis sendo que alguns pelos movimentos naturais da nova onda, outros por necessariamente terem que se sujeitar as novas relações para poderem subsistir e outros, ainda, por se caracterizarem como o novo modelo de trabalhador.

Estudo realizado por Frey & Osborne dá conta de que a tecnologia e a robotização irão substituir a mão de obra que requer menos educação e com custos remuneratórios menos elevados. O estudo parte de duas frentes: (1) analisa a construção da literatura econômica do trabalho e como o mercado de trabalho foi impactado pela computadorização; (2) analisa os diferentes tipos de ocupação e características dos trabalhos prestados, através de sites de trabalho considerando as mudanças quanto a necessidade de se realizar o trabalho em um local específico; e, quando o trabalho exige que esteja o trabalhador cara a cara com aquele que se aproveita do resultado do trabalho<sup>26</sup>.

Todavia, não são os robôs ou a mecanização e digitalização que vem causando a precarização das relações ou as dificuldades que a classe trabalhadora vem enfrentando. A tecnologia permitiu a criação de novos postos de trabalho e a elevação de salários e nível de vida. O que destrói o trabalho e contribui para a precarização. Constitui aquilo que Vicenç Navarro chama de “contrarrevolução neoliberal (...) a debilidade do mundo do trabalho nos EUA deve-se ao tipo de intervenções públicas que o Estado — influenciado pelo mundo empresarial — realiza e impõe à população. Entre estas, estão as políticas públicas voltadas a debilitar os sindicatos, aplicadas desde os anos 1980. Elas afetaram muito negativamente a qualidade do mercado de trabalho, sua estabilidade e seus salários (...) Trabalhos realizados pelo CEPR tem demonstrado de forma clara que a tecnologia substituiu os trabalhadores no fim do século XIX e começo do século XX, gerando problemas graves, dado que isso provocou uma enorme queda dos salários e uma forte crise de demanda, que contribuiu com a Grande Depressão de 1929 (...) Porém, a causa dessa situação não foi a introdução de tecnologia, mas a inexistência de instrumentos para a defesa do mundo do trabalho. A fraqueza do mundo laboral permitiu a introdução de um tipo de tecnologia que, por sua vez, debilitou ainda mais os trabalhadores. Em contrapartida, entre o fim da II Guerra Mundial e 1973 vivemos o período conhecido como os “anos de ouro do capitalismo”<sup>27</sup>. O mundo trabalhista tinha instrumentos como os sindicatos e partidos políticos enraizados em si

mesmo ou próximos (casos dos partidos socialistas e democrata, respectivamente). Foi quando a introdução de tecnologia não resultou numa queda dos salários”<sup>28</sup>.

Portanto, sem que se possa compreender o contexto global e sem que se promova a integração das pessoas as novas tecnologias, revendo os métodos de educação e formação desde seu início, não seremos capazes de resolver as questões que a chamada 4ª revolução nos impõe. Temos que ser capazes de primeiro colocar quais as questões que devem ser tratadas sem deixar que tudo se realize pelas mãos das empresas, sob pena de não alcançarmos um futuro do trabalho decente. Culpar a robotização e a tecnologia por não ter o mundo do trabalho acompanhado a revolução organizacional empresarial é um discurso hipócrita que servirá tão somente para justificar nossa imaturidade e acomodação.

O mundo do trabalho foi praticamente engolido pelo poder do capital e a fragmentação da classe trabalhadora somente poderá ser recomposta com o uso eficiente da tecnologia. Somente pelo poder de instituições sólidas e organizadas, pela retomada do papel das organizações sociais e pela união do precariado é que se poderá alcançar uma contrarrevolução social adequada a fazer frente as mudanças que seguramente estão por vir.

Se o mundo está melhor conectado é um contrassenso ter respostas individuais e regionais para problemas que são globais. Somente a resposta conjunta, a ação concertada global é que poderá servir a gestões estatais mais equilibradas e eficientes, como poderá ocorrer com a inserção de cláusulas sociais nos acordos internacionais, ou empresariais; ou os programas de responsabilidade social das empresas. Somente este novo pacto social permitirá a construção de um futuro decente para o trabalho.

## 7. Conclusões

É inegável que a tecnologia é um importante instrumento de desenvolvimento social, político e econômico. Todavia, deve servir a facilitar as inclusões dos trabalhadores no mercado de trabalho, com a expansão do emprego produtivo e decente. Todavia faz-se urgente que os governos adotem políticas sociais de aperfeiçoamento e educação, permitindo que os jovens tenham uma formação que lhe possibilite ascender a um trabalho decente. Há que compreender o contexto que se inserem as empresas transnacionais e criar mecanismos que permitam aos trabalhadores gozar de uma tutela mínima para proteção de sua dignidade, pois os empregados vinculam “a las personas con la sociedad y la economía en las que viven. El acceso a un trabajo seguro, productivo y remunerado de manera justa – asalariado o por cuenta propia – es un factor fundamental para la autoestima de las personas y las familias, que les afirma su sentimiento de pertenencia a una comunidad, y les permite hacer una contribución productiva”<sup>29</sup>.

Deverá a tecnologia ser o instrumento adequado para permitir que as mudanças ocorridas nas sociedades e nas estruturas empresariais, possam permitir a inclusão, a requalificação do trabalhador, o que será essencial para a redução da pobreza e desigualdade social, bem como para o desenvolvimento econômico sustentável.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

id=K4267210T4.

---

2

HIRSCH, Todd, special to the Globe and Mail, disponível em <http://www.toddhirsch.com/commentary/taxi-trouble-disruptive-technology-claims-another-victim>, acesso em novembro de 2018.

---

3

Disponível em <http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/06/20/entrepreneurs-and-small-businesses-spur-economic-growth-and-create-jobs>, acesso em setembro de 2018.

---

4

Disponível em <https://farmerline.co/about/>, acesso em setembro de 2018.

---

5

Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=LCx8v1DBDtY> e <https://mergdata.com/>, acesso em novembro de 2018.

---

6

Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=MZxZ2FGmOrg>, acesso em novembro de 2018.

---

7

TODOLÍ SIGNES, Adrián, *El Trabajo en la era de la economía colaborativa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 19.

---

8

Disponível em <http://moringaconnect.com/>, acesso em novembro de 2018.

---

9

BENEDIKT FREY, Carl & A. OSBORNE, Michael, *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation* (September 17, 2013), disponível em [https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf) acesso em setembro de 2018.

---

10

NAVARRO, Vicenç, *Não culpem os robôs*, disponível em <https://outraspalavras.net/posts/nao-culpem-os-robos/>, acesso em janeiro de 2018.

---

11

Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=U3RSFeYFrFo>, acesso em novembro de 2018.

---

12

MATTEWAN Jim, *Os Novos Nômades Globais*, Editora La selva Negócios, São Paulo, 2012, p. 38.

---

13

*Ibidem.*

---

14

Informe OIT *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo*, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), acesso em janeiro de 2018.

---

15

GREENFIELD, Deborah, notas explicativas, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), acesso em janeiro de 2018.

---

16

DE LA TORRE, Carlos, *Contribución al Debate sobre el Futuro del Trabajo. Iniciativa del Centenario de la OIT*, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), acesso em janeiro de 2018.

---

17

DE LA TORRE, Carlos, *Contribución al Debate sobre el Futuro del Trabajo...*

---

18

STANDING, Guy, *El precariado (Ensayo (pasado Presente) (Spanish Edition) (Locais do Kindle 359-361), Pasado y Presente*, Edição do Kindle.

---

19

Grupo de países formados pelas maiores economias emergentes do mundo, Brasil, Rússia, Índia e China, que vem ampliando sua importância no cenário econômico mundial desde a década de 1990.

---

20

Disponível em [http://www.iedi.org.br/cartas/carta\\_iedi\\_n\\_274\\_o\\_mercado\\_de\\_trabalho\\_dos\\_brics.html](http://www.iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_274_o_mercado_de_trabalho_dos_brics.html), acesso em setembro de 2018.

---

21

Slee, Tom. *Lo tuyo es mío: Contra la economía colaborativa* (Spanish Edition) (Locais do Kindle 324-325). Penguin Random House Grupo Editorial España. Edição do Kindle.

---

22

Disponível em <http://blog.futurodeltrabajo.com/2017/07/la-economia-colaborativa-y-el-futuro.html>, acesso em setembro de 2018.

---

23

Disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), acesso em novembro de 2018.

---

24

*Informe CEPAL, La inversión extranjera directa en América Latina y Caribe - 2017, disponível em [www.cepal.org](http://www.cepal.org), acesso em outubro de 2017.*

---

25

TODOLÍ SIGNES, Adrián, *op. cit.*, pp. 21-22.

---

26

FREY, Carl Benedikt and OSBORNE, Michael, *op. cit.*.

---

27

NAVARRO, Vicenç, *op. cit.*

---

28

*Ibidem.*

---

29

*Nota Conceptual de la OIT sobre la agenda de desarrollo post 2015*, disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), acesso em outubro de 2018.

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO**

#### **7. O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ANTE A APLICAÇÃO DA NOVA LEI TRABALHISTA BRASILEIRA**

## **7. O Impacto das Novas Tecnologias nas Relações de Trabalho ante a Aplicação da Nova Lei Trabalhista Brasileira**

---

### **The Impact of New Technologies in Work Relations Under the Application of the New Brazilian Labor Law**

**(Autor)**

**JOÃO CARMELO ALONSO**

*Docente da área de Direito Individual do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade Metodista de Piracicaba/SP - UNIMEP. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - UNIMEP. Advogado. Membro de Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social - GETRAB/USP; Membro do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas - IPOJUR; Membro da Comunidade de Investigação e Estudos Laborais e Ocupacionais - CIELO. Mestre em Direito.  
joao.alonso@unimep.br*

#### **Sumário:**

[1.Introdução](#)

[2.Trabalho x tecnologia](#)

[3.Direitos fundamentais como garantia na relação de emprego: a dignidade humana](#)

[4.A nova era da tecnológica na relação de emprego ante as mudanças na atual legislação trabalhista brasileira](#)

[5.Conclusões](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumo:**

O presente artigo abordará as novas mudanças nas relações de trabalho, onde serão analisadas a inovação da tecnologia nas relações de trabalho, em que, o trabalhador atualmente está sendo substituído por máquinas, tendo grande impacto na economia mundial e no Brasil. Essa mudança vem ocorrendo de forma crescente e até certo modo com grande rapidez, voltando ao fenômeno da globalização, principalmente em relação a reforma trabalhista em que hoje alguns

direitos podem estar sendo alterados em decorrência da modernidade.

## **Abstract:**

The present article will deal with the new changes in labor relations, where the innovation of technology in labor relations will be analyzed, in which the worker is currently being replaced by machines, having a great impact on the world economy and in Brazil. This change has been occurring increasingly and to a certain extent, very rapidly, returning to the phenomenon of globalization, especially in relation to the labor reform in which today some rights may be changing as a result of modernity.

**Palavras-Chave:** tecnologia, trabalho, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, legislação trabalhista

**Keywords:** technology; work, fundamental rights, dignity of human person, labor legislation

## **1.Introdução**

As relações de trabalho estão se modernizando, o que pode ser facilmente observado pelos índices de desempregados no mercado de trabalho, além do que algumas categorias de trabalhadores estão em decadência, para não dizer desaparecendo, ou seja, as indústrias modernizando e otimizando os custos operacionais, enquanto os trabalhadores não estão acompanhando esses avanços.

Essa modernização do mercado de trabalho é o reflexo da implantação da tecnologia nos setores empresariais e com isso a mão de obra tende a ficar numa situação extremamente preocupante, dada as inovações tecnológicas.

Convém destacar que a tecnologia no mercado de trabalho torna as empresas competitivas, o que não pode ser negado, mas por outro lado enfraquece a mão de obra e em determinados setores precariza o trabalhador, algo que também não se pode desconhecer.

Analisando o lado empresarial, a implantação das tecnologias dentro dos setores de produção está voltada à competitividade do mercado de trabalho, tanto para importação quanto para exportação, ou seja, torna o mercado mais atraente e com baixo custo dos produtos.

Por sua vez, para os trabalhadores essas mudanças acarretam na precarização da mão de obra e no retrocesso social, pois não podem competir com a tecnologia; porém, em muitas ocasiões somente os trabalhadores conseguem resolver o problema.

Diante do atual contexto, as inovações tecnológicas tendem a crescer no cenário industrial e ainda há que infere a dominação laboral pela inteligência artificial num futuro próximo, hoje sendo chamada inteligência 4.0. É um fenômeno que vem crescendo dentro da área jurídica, onde muitos doutrinadores argumentam que fere o princípio da dignidade humana em decorrência do monitoramento dos trabalhadores.

A pesquisa procurou demonstrar a importância de se preservar o maior princípio estabelecido na Carta Magna, ou seja, a dignidade humana. Evidentemente que, não se pode deixar de destacar, que as empresas precisam se modernizar, bem como adequar seus custos, uma vez que a competitividade é algo natural para sua sobrevivência, principalmente as micros e pequenas empresas, pois são as que mais contratam e tentam manter em seus quadros os funcionários que estão a tempo com os empregadores. Nesse sentido, a Constituição Federal possibilita que essas empresas podem ser beneficiadas com programas de incentivo.

Assim, após uma pequena explanação do tema, necessário destacar que, no primeiro capítulo será abordado o trabalho e a tecnologia, com a substituição da mão de obra, lembrando-se das fases em que o setor industrial teve que se adequar e reestruturar para a manutenção dos

contratos. No segundo capítulo, promoveu-se a abordagem dos direitos fundamentais como garantia do direito constitucional, algo que talvez necessite de uma melhor análise dos defensores de ambos lados, pois esse princípio jamais poderá ser esquecido, e por último, a nova era da tecnológica na relação de emprego ante as mudanças na atual legislação trabalhista brasileira, com o destaque para o diálogo tripartite, onde entendemos que deverá ser o principal motivador para a continuidade do crescimento empresarial com a manutenção do pleno emprego.

## 2.Trabalho x tecnologia

O mercado de trabalho no Brasil atualmente está em baixa em decorrência da crise vivenciada em todos os setores produtivos, onde as empresas estão se reinventando para novas etapas que o mercado vem exigindo com a modernidade tecnológica.

Uma das inovações das empresas na busca de expansão do mercado de trabalho atribui-se o uso da tecnologia, a qual está se destacando nesse mercado, bem como alcançando espaço no ambiente de trabalho, principalmente em setores essenciais na economia na indústria, no comércio, entre outros.

Esse avanço tecnológico pode ser comparado à globalização nas décadas de 80/90, quando muitas empresas precisaram ser remodeladas no tocante a competitividade e modernização dos equipamentos de produção.

No decorrer dos anos, a tecnologia passou a ser essencial para as empresas, as quais buscam espaço no mercado concorrencial que, por sua vez, em decorrência da crise, em determinados países, onde se inclui o mercado brasileiro, saiu da linha de produção (maquinário) para entrar na mão de obra alcançando os trabalhadores.

Quando a globalização começou atingir o mercado brasileiro, os setores da agricultura e as indústrias têxteis foram os ramos mais atingidos, justamente pela modernização dos maquinários, por exemplo: no campo, os cortadores de cana foram substituídos pelas colheitadeiras; as indústrias por equipamentos modernos e, com isso, ocorreu o encerramento das atividades de muitas das empresas.

O efeito da globalização demonstrou uma situação na época de grande insatisfação e insegurança jurídica, além é claro, no aspecto econômico, pois as empresas tentando se reestruturar e os trabalhadores sendo demitidos diante do corte de custos; esse era o discurso das empresas, cortar custos e baratear os produtos.

Passado o impacto da globalização, se instalou uma nova era nas relações de trabalho, sendo a modernização da relação com a entrada da tecnologia praticamente em todos os setores empresariais; com isso, alguns doutrinadores que defendem a história do direito do trabalho entendem que os direitos estão sendo esquecidos quando se caminha para a precarização da mão de obra.

Maeda destaca que a propagação da globalização surgiu a necessidade de se repensar o direito do trabalho e, com isso, um rompimento nos direitos sociais diante da justificativa da competitividade no cenário global: A ideologia neoliberal tomou força no Brasil a partir dos anos 1990, trazendo consigo as propagandas da modernização e da flexibilização como fundamento para “repensar o direito do trabalho”, o que, no concreto, significava destruir a ideia de proteção do trabalhador como se fosse algo necessário ou até mesmo inevitável para o aumento da produtividade ou de competitividade no cenário global. O direito do trabalho passou a ser visto como o entrave à lógica do mercado mundial e vem sofrendo ataques desde então. Isso se reflete nas relações de trabalho, de modo que se tem verificado na reestruturação produtiva pós-fordista uma forte tendência à precarização do emprego e das condições de trabalho<sup>1</sup>.



Diante da colocação retro, pode-se observar que os direitos sociais dos trabalhadores sendo extirpados pela nova era do mercado de trabalho, justamente o avanço da tecnologia no mercado de trabalho atingindo o ambiente laboral em que os trabalhadores estão sendo atingidos por essa ferramenta tecnológica.

Evidente que os fatos relacionados com a nova situação empresarial, que desencadeia com a estrutura tecnológica do mercado, talvez não tenha sido inserido pelas empresas; o mercado avança de modo que se as empresas não acompanharem esse crescimento, pode ser que não consigam a sobrevivência necessária para sua expansão ou até mesmo pela manutenção do contrato de trabalho.

As empresas atualmente vêm adotando na sua gestão o discurso de redução de custo com a manutenção do emprego, além da diminuição da jornada de trabalho, aproveitando o impacto global, onde talvez, se assim pode-se colocar, preservar o emprego como uma possibilidade cabível, ainda que, como contrapartida, tenham-se direitos trabalhistas alterados e muitas vezes diminuídos e restringidos.

Atualmente, em meio a uma significativa crise econômica, política e institucional, o Governo brasileiro procura criar e instituir programas que garantam a manutenção do emprego, mas se esquece que as partes envolvidas (sindicatos, empregadores e trabalhadores) precisam estar na mesma linha de pensamento quanto a preservação do emprego, para que esses programas possam surtir o efeito desejado.

A busca de soluções para manutenção da empregabilidade que sejam satisfatórias e determinantes no contexto empresarial e trabalhista, visando a garantia de uma relação entre partes sem ser desgastante ou desproporcional, muitas vezes não atingem o ponto essencial, pois há necessidade de derrubar os paradigmas nessa relação, principalmente no sentido contrário de toda essa revolução, lembrando que o mais importante é a necessidade de uma regulamentação jurídica trabalhista de garantia do emprego.

Diante desse cenário conflituoso, o papel do Estado deve ser o de promover diálogos por meio de uma reestruturação jurídica, que deverá conter um posicionamento que possa abranger todos os setores para uma regulação do emprego, partindo da premissa a abertura do diálogo para manutenção do emprego.

Nesse sentido, Rua de Almeida destacou a importância do Estado na qualidade de regulador do desenvolvimento social ao entender que, “consequentemente, o papel do Estado não é mais o de regedor e promotor das forças socioeconômicas, mas de regulador do desenvolvimento, a ser promovido fundamentalmente pela atividade empresarial”<sup>2</sup>.

É de vital importância realizar uma reflexão sobre a colocação do doutrinador retro citado, pois o autor entende que o papel do Estado é o de editar leis que contribuam para com o desenvolvimento promovido pela entidade empresarial, do pleno emprego e das garantias trabalhistas, juntamente com o da proteção à propriedade privada; e dos princípios constitucionais estabelecidos na atual Carta Magna, intitulados como direitos sociais.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seus artigos 170 a 174, preserva a livre iniciativa, mas com cunho social ao considerar a valorização do trabalho, como fundamento da ordem econômica (arts. 170/174). Valorizar o trabalho significa privilegiar a sobrevivência. Daí a importância da leitura conjunta desses dois valores. Admite-se a livre iniciativa, mas não como valor absoluto. Havendo desigualdade nas relações econômicas, com o mais forte eliminando o exercício da atividade profissional do mais fraco, persiste o desemprego, que deve ser evitado pelo Estado para preservar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica.

Atualmente o papel do Estado-Nação vem sendo praticado pela sociedade de um modo geral, pois os sindicatos almejam regulamentar a relação de emprego através dos instrumentos

coletivos, os quais são instrumentos garantidores da manutenção do emprego, mesmo com a reforma trabalhista, os sindicatos ainda não se adequaram para a real mudança.

Nesta linha de regulamentação, Rua de Almeida novamente enfoca a importância do conteúdo da relação de emprego no contexto empresarial, onde disserta com clareza e objetividade seu ponto de vista ao acreditar que; “portanto, a importância da regulação do conteúdo da relação de emprego no contexto da empresa é dar-lhe, em última análise, maior efetividade, na medida em que estará mais próxima da vida da empresa, além de melhor promover a empregabilidade.”<sup>3</sup>

Diante da análise do autor é necessária uma relação entre as partes com maior efetividade da regulação, pois somente assim se estará promovendo a empregabilidade no contexto da empresa.

Dessa forma, é de fácil absorção que as empresas micro e pequenas deverão ser um núcleo organizacional que possa atrair a procura do emprego com a garantia de uma flexibilidade, ou seja, uma análise fundamentada juridicamente sobre as leis aplicadas no direito laboral. Por outro lado, há a necessidade de buscar alternativas concretas e lógicas para que a regulação do emprego dentro do contexto das empresas possa ser algo que garanta à todos os trabalhadores uma segurança com reflexos protetivos e garantidores dos direitos trabalhistas.

Além disso, o direito do trabalho integra a teoria das obrigações, da qual decorrem os deveres de confiança recíproca e da execução de boa fé no desenvolvimento da relação contratual.

Para Lopes de Andrade está surgindo um novo direito do trabalho; “verdadeiramente universal, cujo sentido protetor será irreversivelmente alargado, dever abrigar todos os que desejam viver de um trabalho ou de uma renda compatíveis com a dignidade humana”<sup>4</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal vigente prevê um tratamento diferenciado para as micros e pequenas empresas, mas a legislação infraconstitucional é insuficiente no atendimento desse importante comando constitucional.

Frente aos dados apresentados, o objetivo é abranger todos os atores envolvidos nessa triangulação (Estado, empresa e trabalhadores) para se chegar a um modelo que demonstre a regulação do emprego no contexto empresarial. Também é necessário destacar, que o Estado precisa e deve oferecer outros meios para uma maior flexibilização na economia e na área jurídica, para que as partes possam ter segurança e apoio jurídico em uma mudança organizacional que garanta à todos a estabilidade almejada, principalmente editando leis que garantam a manutenção do emprego.

O direito do trabalho deverá ter papel diferencial para todos, abrangendo o princípio protetor e, também, os interesses de gestão da empresa, mantendo-se a empregabilidade relacionada com o direito constitucional ao trabalho, sem se descuidar dos direitos da personalidade, ou seja, os direitos fundamentais e sociais.

Palma Ramalho esclarece que; “o direito do trabalho atual é compromissário, ou seja, contribuindo para a garantia da empregabilidade, sem descuidar dos direitos fundamentais constitucionais”<sup>5</sup>.

Os dizeres da doutrinadora acima definem claramente as questões da relação entre empregado e empregador, bem como uma necessidade da garantia do emprego, tendo em vista os princípios norteadores do direito do trabalho; evidente que desde o surgimento da relação entre as partes, independentemente do cumprimento da norma, não se pode deixar de mencionar que os princípios surgem com a característica envolvida nessa relação, e, um dos princípios norteadores do direito do trabalho é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana, algo que nos dias atuais pode estar sendo esquecido em decorrência do avanço da tecnologia nas relações laborais.

Dentro desse prisma empresarial, o qual inclui a questão da tecnologia, surge um modelo atual de organização empresarial de produção, uma nova visão da subordinação, abrindo as portas para as formas de prestação laboral, as quais aqui chama a atenção o novo modelo de legislação laboral no ordenamento jurídico brasileiro que engloba as nas normas de proteção do trabalho em que muitos doutrinadores, para não mencionar a grande maioria, entendem que essa nova tecnologia fere o princípio da dignidade humana justamente pela substituição da mão de obra operária.

Com a tecnologia na relação trabalhista surge talvez uma questão futura a se pensar, ou seja, a dispensa da ordem direta do empregador ao trabalhador, onde o controle é feito através do resultado do trabalho, em muitos casos à distância da empresa e do empregado (teletrabalho, por exemplo), quebrando-se o conceito de hierarquia funcional, cerne do sistema de produção fordista.

Hoje, há o binómio colaboração-dependência, de índole competitiva entre os trabalhadores e, nesse sentido, o fenómeno da subordinação necessita de um *volte-face* (mudança brusca de comportamento), pondo termo à insegurança, ou seja, adequar a legislação laboral com a realidade de gestão flexível, de forma a abranger no âmbito tutelar das normas laborais para aqueles trabalhadores que pelas razões aludidas, se encontram à margem da tutela do direito laboral.

Na verdade, apesar da sua importância relativa em muitas situações e conforme a natureza da prestação, essa nova forma de subordinação pode apresentar uma intensidade diversa. Num caso concreto, um indício pode ter uma absoluta relevância e noutro não ter importância nenhuma; daí que a subordinação não possa ser aferida da mesma forma para todos os casos, vindo a adaptar-se às novas conjunturas sociais e económicas, o que muitas vezes é insuficiente para resgatar os princípios do direito do trabalho.

A questão da subordinação típica no contrato de trabalho encontra-se muito bem definida por Jorge Neto e Cavalcante, doutrinadores destacam que a subordinação seria de cunho económico, pelo fato de o empregador ser detentor dos meios de produção com o poder económico. Nesse sentido, entendem que: A subordinação seria de cunho económico, pelo fato de ser o empregador o detentor dos meios de produção com o poder económico. Observa-se tal ênfase em alguns julgados trabalhistas, porém a colocação não pode ser acatada, pois há empregados que possuem condições económicas mais fortes que vários empregadores. A justificativa de subordinação também não pode ser técnica. Há situações nas quais o trabalhador já é contratado em função de suas amplas aptidões técnicas, sendo o conhecimento vital para o próprio empreendimento do empregador<sup>6</sup>.

A natureza da subordinação é jurídica. O empregador detém o poder de direção sobre a prestação pessoal de serviços de seus empregados. A subordinação e o respectivo poder de direção constituem os poderes atribuídos ao empregador, que envolvem as faculdades de comando: faculdades de direção, controle e punição<sup>7</sup>.

Quando se aborda a questão do trabalho *versus* tecnologia muitas questões podem ser levantadas, questionadas e interrogadas, ou seja, há um grande leque de aplicações e dúvidas, uma vez que os pilares de proteção aos princípios gerais do direito do trabalho podem ser alcançados ou até mesmo desprotegidos de aplicação da norma diante do novo quadro que se caminha para os novos rumos do direito laboral.

Evidentemente, num futuro não distante a tecnologia englobará quase a totalidade do setor industrial e hoje não se pode deixar de mencionar tal fenómeno, ainda mais se visto sob a ótica de que o avanço dessa ferramenta vem se tornando cada mais enraizada nas relações; basta notar o avanço dos maquinários modernos em todos os setores, inclusive no ambiente familiar, onde os equipamentos eletrónico são utilizados somente com o sistema *touch*. Isso não é contrário nas relações laborais, pois as máquinas estão substituindo o trabalhador justamente

pelo custo da folha de pagamento. Assim, pode-se entender que essa inclusão tecnológica na relação não pode ser entendida como uma forma de vigiar a produção de seus funcionários, contudo, perder o controle da subordinação jurídica, ou seja, mantendo-se o princípio da subordinação.

Ocorre que muitas vezes a busca pela proteção do direito fundamental à propriedade, configurada no poder diretivo do empregador, faz com que este mesmo monitoramento aconteça de forma excessiva, uma vez que a própria legislação não lhe impõe limites específicos; a consequência é a violação dos direitos da personalidade do trabalhador (intimidade e vida privada, por exemplo), ao ponto de ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais – a dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>.

A doutrina destaca que o avanço da tecnologia tem modificado radicalmente a sociedade em seus mais diversos segmentos: sociais, culturais, políticos, entre outros. Na esfera do trabalho forma diversa não ocorre, posto que as empresas, desde as de menor porte assim como as mais vultuosas, incorporam o uso da tecnologia de forma a facilitar a produção em massa dos seus produtos e, com isso, aumentam seu capital financeiro<sup>9</sup>.

Assim, em que pese os argumentos contrários a aplicação da tecnologia nas relações de trabalho, não há como negar que essa tendência está fazendo parte do *quantum* das empresas e com isso talvez possa ocorrer a precarização da mão de obra; por outro lado, pode ser que a tecnologia promova um aperfeiçoamento dos corpos laborais em suas especialidades, ante a competitividade do mercado de trabalho e da volta da globalização, fatores determinantes para uma nova realidade do direito do trabalho.

### **3. Direitos fundamentais como garantia na relação de emprego: a dignidade humana**

Como se constata, a modernidade vem alcançando todos os níveis que envolvem as relações de emprego, bem como na relação de trabalho em sua amplitude; diante disso, não há como deixar de mencionar que o direito social e a dignidade da pessoa humana também começam a ser ameaçados em decorrência da nova era da globalização.

É evidente que a relação envolvendo empregado e empregador vem se modificando nos últimos anos, sendo que em tempos anteriores essa relação tornou-se desgastante com a questão da flexibilização. Nos dias atuais, a tecnologia surge como parte integrante da modernidade empregatícia.

Essa modernidade pode causar situações preocupantes, tendo em vista a dimensão do território brasileiro, pois como é de conhecimento público, algumas regiões da federação são precárias para esse avanço e, ainda, muitos trabalhadores dessas regiões – especialmente Norte e Nordeste – desconhecem a tecnologia, algo que hoje faz parte de qualquer relacionamento comercial.

A globalização da economia não é fenômeno recente, mesmo porque advém antes da Primeira Guerra Mundial, quando já havia comércio internacional e investimentos privados entre os países; isso passou interessar ao direito do trabalho com o aumento da sua amplitude, a interligação entre os países, a maior facilidade de circulação de bens, mercadorias e trabalhadores sem fronteiras e o extraordinário progresso tecnológico e dos sistemas de comunicação, tudo facilitando o desenvolvimento de uma nova realidade que afetou as relações de trabalho<sup>10</sup>.

Verifica-se que Nascimento trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro em forma de doutrina, ou seja, a preocupação com as questões ventiladas nos dias atuais, ou seja, explanava que a modernidade poderia beneficiar alguns em detrimentos de outros, algo talvez inimaginável para muitos; porém, a relação trabalhista vem sentindo esses avanços que podem ser causadores do

dano ou divisores da crise.

Conforme ensinamento do mesmo autor, em 1977, na cidade de Denver, Colorado, nos Estados Unidos da América, os países desenvolvidos e com alto potencial econômico – também conhecidos como “Grupo dos Oito” – apontaram a globalização como principal fator responsável pelo crescimento da prosperidade mundial naquela década. Nem todos os especialistas em direito do trabalho concordaram com tal afirmação à época. Para alguns, a globalização é um fator perverso de imposição de imperativos da economia em detrimento do avanço social das populações, cada vez mais pobres<sup>11</sup>.

Diante dessa colocação, se houver uma comparação entre aos países alcançáveis pela modernidade, talvez o ordenamento jurídico brasileiro pudesse avaliar com cautela as questões do efeito da globalização; a flexibilização e agora o avanço tecnológico – tendo em vista que o Brasil é um país com enorme extensão geográfica – exige uma cautela maior, inclusive adaptando a modernidade para as micros e pequenas empresas, as quais sem sombra de dúvida, são essas empresas que mais estão sentindo os efeitos do fenômeno globalizante ante a tecnologia, a escassez da mão de obra especializada e a competitividade do mercado nacional e mundial.

Importante destacar que a história do trabalho sempre foi pautada pela proteção aos princípios basilares, que surgiram com a evolução da mão de obra. Talvez a história também pode estar sendo mudada em decorrência desse avanço, o que não é nenhum imprevisto pensar que pode ser hoje, amanhã ou futuramente; porém, alcança números que, por sua vez, assustam os defensores dos princípios laborais, algo que não há nenhuma garantia de manutenção do emprego com os novos rumos do direito laboral.

Atualmente a relação empregatícia vem sendo discutida de uma forma geral em todos os setores da economia, isso sem contar que os atores envolvidos estão buscando a proteção tutelar jurídica do direito do trabalho. De um lado, estão as empresas em expansão e desafiando o mercado consumidor com as inovações tecnológicas; de outro, os empregados tentando buscar apoio nos sindicatos das categorias, os quais, enfraquecidos com a reforma trabalhista onde não estão conseguindo se reinventar e atrair trabalhadores na busca do ideal, os quais estavam acostumados – com o formato da ideologia sindical não buscavam o diálogo com as empresas – antes da reforma trabalhista ocorrida no país. Assim, muitos debates estão sendo discutidos para amenizar o novo paradoxo da relação, mas os sindicatos precisam entender a necessidade de um novo sindicato.

Diante de todo esse cenário interno e externo, os direitos fundamentais no plano constitucional, de certo modo, começam a ficar abalados em decorrência da livre concorrência, onde a dignidade da pessoa humana encontra obstáculo para fixar novos parâmetros de garantia.

Evidente que muito pode ser discutido, desenhado ou até mesmo melhorado, pois essa situação emergente em que o avanço tecnológico vem derrubando paradigmas de direitos fundamentais pode futuramente estancar ou melhorar a qualificação da mão de obra. Mas como melhorar uma mão de obra em determinadas regiões brasileiras onde o trabalhador não conhece energia elétrica, internet e muitos ouviram falar da tecnologia. Talvez não seria o caso de chegar as informações até esses trabalhadores para melhor adaptação e preparação para enfrentando dos novos rumos do direito do trabalho?

Um novo direito do trabalho pode estar nascendo, com novos princípios, novos paradigmas e conceitos, mas como fica em tal contexto a dignidade humana. Esse princípio constitucional deve ser respaldo em qualquer relação estabelecida.

A posição da OIT – Organização Internacional do Trabalho – diante da questão é mostrada em três principais estudos: “O emprego no mundo” (1996/1997), “As políticas nacionais na era da globalização” (1996), e “A atividade normativa da OIT na era da globalização” (1997). Esses documentos revelam uma preocupação de que a atual e precária situação do emprego venha a

agravar-se em função de que os rápidos progressos técnicos trazem consigo um crescimento que não cria empregos e coloca-nos diante de um quadro de deterioração quase universal das condições de trabalho, com diminuição de pessoal, supressão de postos de trabalho e redução dos salários dos trabalhadores não qualificados. Porém, não se pode estabelecer uma relação direta entre a liberalização do comércio internacional e a perda de empregos, preconizando uma política econômica e social coordenada com o desenvolvimento de programas de ação que devem ser apreciados sob o prisma da justiça social<sup>12</sup>.

A colocação acima se refere aos anos de 1996/1997 quando já havia uma preocupação com as políticas nacionais da era da globalização, bem como a precarização da mão de obra ante a concorrência do mercado mundial, ou seja, aproximadamente vinte anos após essa discussão a preocupação levantada pela OIT está sendo materializada nos dias atuais, em que uma avalanche de crescimento das indústrias para alcançarem o objetivo concorrencial, relega ao ostracismo o maior patrimônio de cooperação de crescimento e desafios: o trabalhador propriamente dito.

Nascimento dissertava que os direitos fundamentais acompanharam a valorização dos direitos humanos na experiência jurídica e cultural, traduzindo-se em garantias do cidadão perante o Estado. Proclamou-se que todos os homens foram criados iguais e dotados de direitos inalienáveis, dentre os quais o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade, exaltando a dignidade do trabalho, o direito ao emprego, o direito ao descanso, o direito ao justo salário, o direito de associação sindical e outros<sup>13</sup>.

Torna-se complicado e desafiador mencionar qualquer situação de proteção à dignidade da pessoa humana num *status quo* que passa por grandes desafios éticos e étnicos, religiosos, dentre outros, bem como uma instabilidade jurídica, política, econômica e social ante os fatos conhecidos por todos. A sociedade, por si só, talvez esteja esquecendo que a tecnologia tem dois lados – positivos e negativos – que devem ser analisados de forma muito criteriosa.

De um lado, as empresas buscando espaço no mercado globalizado com a introdução da tecnologia, onde de certa forma controla a vida do trabalhador via modernos equipamentos, guiando tentando limitar seu espaço no ambiente laboral. De outro, se encontra o trabalhador que, por sua vez, almeja uma segurança no mercado atual ou até em situações extremas se obriga a aceitar as regras ante à possibilidade do desemprego.

Não seria o caso, talvez, de se afirmar que está próximo o retrocesso social ante a precarização da mão de obra? A dignidade da pessoa humana, princípio norteador do direito constitucional do trabalho poderá ser enfraquecido ante as novas modernidades apresentadas na relação laboral.

A bem da verdade, o cenário ainda pode mudar ante as novas ferramentas laborais; talvez até uma melhora nesse relacionamento entre as partes; e mais, capital e trabalho desde o surgimento dessa relação sempre caminharam juntos, algo que nesse aspecto, ainda pode incidir uma melhora na relação laboral e no respeito ao princípio constitucional.

As empresas procuram reduzir gastos, subcontratam os serviços de que necessitam, reordenam a escala de salários para afastar-se o quanto possível de uma estrutura de salários fixos e adotar planos salariais variáveis de acordo com a produtividade. As revoluções mecânica, biológica e química na agricultura deixaram milhões de trabalhadores sem trabalho, ao mesmo tempo que a produtividade agrícola aumentou, registrando números surpreendentes com menos pessoal. No setor bancário, um caixa eletrônico realiza 2000 operações, enquanto um caixa humano, no mesmo tempo, faz 200 transações por dia<sup>14</sup>.

Como se pode observar, as empresas buscam o aperfeiçoamento interno para expansão no mercado concorrencial e em muitas ocasiões acabam diminuindo a contratação de funcionários para equipar sua estrutura, não raras vezes contra a vontade do empregador, que se vê forçado pela necessidade da modernização do mercado.



Nesse aspecto, torna-se preocupante todas as situações em que o trabalhador passa ser um mero coadjuvante no cenário mercadológico, o qual a qualquer momento pode ser substituído por uma máquina.

Há certa preocupação, de modo geral, tendo em vista que o número de trabalhadores, empregados ou desempregados superam a quantidade de empresas existentes no país; é uma questão óbvia, mas por outro lado as empresas estão tentando se reerguer economicamente modificando sua estrutura interna e também externa; com isso, acabam trocando a mão de obra qualificada em seu setor produtivo – ou até mesmo desqualificada – por uma nova invenção do mercado.

Por isso, a ideia de dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que a pessoa, em virtude tão-somente de sua condição humana e independente de qualquer circunstância empregatícia, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado-Nação, ou seja, nada se compara com o princípio maior estabelecido na Carta Magna, que em muitas ocasiões estão sendo deixadas em segundo plano. Assim, diante do uso excessivo da tecnologia no ambiente de trabalho, surge de um lado, o direito de propriedade garantido constitucionalmente ao empregador; de outro, a reserva da intimidade e da vida privada, havendo uma colisão entre direitos fundamentais em que o Estado não está conseguindo proteger o trabalhador diante da modernidade das relações laborais, o que sem sombra de dúvida faz com que o princípio constitucional seja colocado em um segundo plano no mercado de trabalho, algo que futuramente poderá modificar o conceito de princípios e garantias constitucionais.

Importante destacar que a narrativa justificante de um excesso de protecionismo, os institutos da flexibilização, desregulamentação e da tecnologia passaram a ser divulgados como instrumentos fundamentais para modernização do direito do trabalho, onde os ajustes se tornaram desrespeitosos com o rompimento ao tradicional princípio protetivo do trabalho humano, previsto em diversos dispositivos legais e doutrinários no ordenamento jurídico e na Carta Maior brasileira, além dos princípios na Justiça do Trabalho.

O trabalho, além de favorecer a subjetividade, traz concretude ao regime de governo adotado pela Constituição: a democracia, que tem como fundamentos a liberdade e igualdade dos indivíduos estabelecidos em um capítulo próprio da Constituição Federal.

Assim, através do trabalho, bem como a riqueza, algo que deve ser remetido à história, diga-se, concentrada na mão de poucos, pode ser diluída entre as camadas da população, talvez a classe laboral servindo como patamar fundamental de afirmação da cidadania social. Além disso, a possibilidade de organização coletiva do trabalhador viabiliza a luta obreira por mudanças concretas, o que gera, por consequência, ainda que de maneira tímida, a diluição do poder e incentivo à atuação democrática, algo que se deve repensar diante dos fatos atuais na relação laboral e no cenário mercadológico.

Por sua vez, a ganância pela maximização do lucro do mercado torna-se mais desastrosa quando se depara com o trabalho humano, onde são criadas e recriadas inovadoras modalidades de prestação de serviço destoantes da clássica relação de emprego; pode-se dizer a subordinação, a qual pode escapar da tutela justalabalhista diante da modernidade.

A regulação da precarização do trabalho, com a roupagem de novas modalidades de prestação de serviço, torna o trabalhador ainda mais vulnerável com sua mão-de-obra desqualificada e barata, e, com a flexibilização das formas de contratação/dispensa e com a interposição de cada vez mais entre ele e o tomador de serviço, fragmentando não só direitos como ao próprio trabalho digno nos moldes constitucionais, sucateando os direitos tidos como primordiais e essenciais na relação empregatícia.

A ideia de dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independente de qualquer circunstância, é titular de direitos

que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado<sup>15</sup>.

Dessa forma, com a evolução da tecnologia no campo laboral, aliada a globalização, flexibilização e a desregulamentação do direito do trabalho, os posicionamentos destacados no texto caminham para uma preocupação com o princípio da proteção a dignidade humana, algo que deverá ser cuidadosamente abordado pelos estudiosos do Direito tendo em vista as mudanças vividas no cenário moderno, pois futuramente as empresas tenderão a substituir quase na totalidade a mão de obra por máquinas, e com isso, o princípio da dignidade humana poderá ficar em um nível abaixo da relação.

#### **4.A nova era da tecnológica na relação de emprego ante as mudanças na atual legislação trabalhista brasileira**

A nova legislação trabalhista foi promulgada em novembro de 2017 - Lei 13.467/2017 - e após passou a vigorar a Medida Provisória 808, em decorrência de críticas por parte dos defensores do direito do trabalho.

Quando da entrada da recente legislação, muitos doutrinadores do direito positivista do trabalho foram fervorosos na defesa dos trabalhadores, pois entenderam que houve uma mudança nas regras laborais em favor do capital e em detrimento do trabalhador; com isso, a nova CLT - Consolidação das Leis do Trabalho - vem sendo alvo de críticas tendo em vista o lado protetivo patronal.

Essa mudança drástica nas regras trabalhistas ocorre num contexto em que a crise econômica começa a ficar preocupante em um país - no caso o Brasil - que vive uma intensa instabilidade em todos os setores, principalmente o setor político e econômico, com uma recessão e demissão de trabalhadores em grande escala.

A mudança na legislação trabalhista era necessária até porque as empresas não estavam conseguindo obter produtividade que alcançasse o mercado global, ante a enorme carga tributária que assola os empresários, o que, aliás, sempre foi um dos grandes problemas em que a sociedade enfrenta.

Convém destacar que, no final de 2015, o Governo federal em situações anteriores editou medidas para garantia de emprego, com a manutenção do contrato de trabalho; um dos exemplos foi a implantação e aceitação do Programa de Proteção ao Emprego (denominação atual Programa Seguro Emprego - PSE), no qual a empresa que aderir ao mesmo deverá manter em seus quadros os funcionários até o final do plano e, ainda, não poderá contratar, uma vez que contradiz com o Plano; também não pode ocorrer a demissão, ou seja, a manutenção dos contratos de trabalhos, com a preservação dos direitos trabalhistas nítido impacto do pleno emprego.

Outra estruturação autorizada para as empresas escaparem da crise, principalmente as micros e pequenas empresas, a aplicação e implantação do *lay-off*, pois se trata de um modelo jurídico com duas formas de regimes distintas, sendo uma redução temporária de jornada de trabalho e de salário (Lei 4923/65, artigo 2º) e a suspensão de contratos de trabalho para requalificação de mão de obra dos empregados. (artigo 476-A da CLT; a Lei 7998/90; e a resolução 591 do Ministério do Trabalho).

Essas condições também refletem a preocupação com a garantia dos contratos de trabalho, uma vez que as demissões podem alcançar altos números de rescisões contratuais.

É nítida a intenção do governo federal que enfrenta aguda crise econômica, política e social, no sentido de instituir programas que garantam a manutenção do emprego. Todavia, aparentemente não é levada em consideração a existência de várias partes na relação de trabalho - sindicatos, empregadores e trabalhadores -, as quais precisam estar em consonância



de pensamento quanto à preservação do emprego; somente assim, com esforço coletivo, esses programas possam surtir o efeito desejado, lembrando que o sistema sindical no ordenamento jurídico brasileiro precisa de uma reforma urgente. Ressaltando que, segundo noticiou o Ministério do Trabalho o PPE estimulou a celebração de 127 acordos, com 97 empresas, que resultaram na manutenção de 58 mil postos de trabalhos<sup>16</sup>.

Não se quer aqui negar a relevância de tal postura governamental, mas é preciso ter em mente que a busca de soluções para manutenção da empregabilidade deve ser satisfatórias e determinantes no contexto empresarial e trabalhista, pois sem o envolvimento de todos os agentes – físicos ou jurídicos – a relação pode ser desgastante ou desproporcional. Elaborar análises e propostas demanda tempo e estudo criterioso, além de ir ao encontro aos paradigmas existente nessa relação conjunta.

Aqui se faz necessária uma atenção especial. Não adianta os governos federal ou estaduais editarem normativas de parcelamento de débitos, como é o caso da Lei Complementar n. 155 de 27/10/2016, em que o Governo federal ampliou o parcelamento dos débitos; porém, se não houver um incentivo na criação de empregos para as micros e pequenas empresas – salvo melhor juízo são as empresas que mais empregam – não adianta estender os pagamentos se não houver crescimento para as respectivas empresas.

Esse aspecto deverá ser cuidadosamente analisado de forma que essa colocação não prevaleça, cabendo destaque para o fato de que o mais importante é a necessidade de uma regulamentação jurídica trabalhista que garanta a empregabilidade, sem, no entanto, ferir a autonomia dos demais entes existentes em tal relação.

Na esteira da rapidez das inovações tecnológicas, o atual mercado de trabalho está cada vez mais exigente com as empresas, especialmente no que se refere à modernização das ferramentas de trabalho e à atualização de seu corpo operacional, o que de certa forma pode ser entendido como um significativo avanço na área empresarial.

No entanto, esse mesmo avanço tecnológico em decorrência da melhoria no setor empresarial apenas reforça a tese de que os trabalhadores também deverão se qualificar e/ou se especializar para galgar ou encontrar espaço no mercado de trabalho.

Não se pode omitir que, num cenário empresarial de competição global, as inovações tecnológicas no ambiente de trabalho são mais que necessárias, haja vista que as empresas que venham a pecar pela inércia – ou omissão – e não atualizarem suas ferramentas poderão se tornar ociosas ou defasadas. Sob essa ótica, e num curto lapso de tempo, poderão ser descartadas do referido cenário via falência, mesmo sob a infértil justificativa de que toda mudança causa um desconforto no ambiente de trabalho.

No sentido etimológico da terminologia, inovação remete à ideia de novidade ou algo inédito e, assim, no contexto do ambiente de trabalho, a inovação pode sofrer certa resistência, pois não raras vezes os trabalhadores estão acostumados com uma realidade laboral já consolidada, que alcança nada mais que a satisfação própria.

Por outro lado, a implantação da inovação tecnológica nas organizações empresariais vem sendo definida como um processo de concepção ou de agregação de novas funcionalidades ou características de um produto, e/ou até mesmo um método de produção. No cerne desse movimento são exploradas mudanças na qualidade e na produtividade, o que gera certa capacidade de adequação ao novo negócio ou serviço observando-se a realidade do mercado. Ela pode ser classificada em inovação de produto, ao ser introduzida no mercado e, muitas vezes, inovação de processo, a ser usada no processo de produção das empresas e com a necessidade da adaptação, chegando-se, nesta situação, ao desconforto sentido pelos trabalhadores.

Esse mal-estar é percebido tão logo com a chegada das inovações como, por exemplo, a não permissão para acesso de e-mails particulares e tão somente os corporativos para fins

profissionais; a reestruturação do quadro de funcionários; o controle de tempo dos funcionários; a qualificação em cursos profissionalizantes; a adequação a novos equipamentos mais modernos, entre outras exigências do mercado.

Arrisca-se afirmar aqui que todos os setores empresariais, sem exceção – indústria, comércio, varejo e até mesmo os escritórios de advocacia – estão buscando aperfeiçoamento com as inovações tecnológicas, o que propicia maior segurança e conforto aos clientes.

No ambiente de trabalho são os funcionários e os agentes que não raras vezes mais sentem os impactos das inovações tecnológicas. Dependendo da situação, começam a demonstrar sinais de baixa produtividade ou até mesmo chegando ao ponto do enfrentamento do *bullying*, que nos dias atuais tornou-se uma expressão casual, banal e não mais assustadora. Para isso, basta verificar a frequência com que atos constrangedores são levados a efeito, podendo tal prática advir de um superior hierárquico de um colega de trabalho do mesmo setor de produção da empresa.

Em decorrência do avanço tecnológico na área empresarial, muitos empreendedores buscam alternativas inovadoras para seus negócios, mas não levam em consideração seus quadros de pessoal. Essa prática é corriqueira, pois não mantém contato direto com os setores da empresa em decorrência dos compromissos profissionais ou mesmo dos desafios frente a nova forma de gerir a empresa. Daí que, tardiamente, se deparam com a figura do chamado *bullying*, que vem crescendo vertiginosamente no âmbito dos negócios, o que fez surgir, no âmbito de tal ascendência uma nova figura: o “*bullying* digital”.

Nessa ocasião, o agressor – como estamos falando de ambiente de trabalho, entende-se como trabalhador – ultrapassa o limite ético no uso excessivo da internet e, sem autorização expressa do empregador, invade a privacidade de outros colegas por meio da rede em ferramentas como blogs, blogs, chats e e-mails, tornando esse tipo de intimidação humilhante e, pior, de forma pública.

Com isso, amplia o universo de chacotas ao socializar fotos e imagens constrangedoras, que passam a circular num universo digital mais amplo, inclusive no próprio ambiente de trabalho. Isso gera um clima de tensão e desmotivação no corpo funcional subordinado, haja vista que tal público – colegas de trabalho –, por sua vez, testemunha essa prática nociva de forma silenciosa, com receio de se indispor com o agente superior.

Daí a facilidade de se imaginar que, afetado pelo clima de tensão, torna-se inseguro e amedrontado com a simples possibilidade de se tornar a próxima vítima do avanço tecnológico no ambiente de trabalho, preferindo não se manifestar e aceitar esse ato ilícito cometido no contexto laboral.

Assim, pode-se dizer que o avanço tecnológico e a modernidade na relação empregatícia são realidades sedimentadas e dificilmente sofrerão interrupção no cotidiano da vida empresarial e do trabalhador, sendo certo que se trata de exigência mercadológica que afeta a todos, sem exceção.

Por outro lado, também não se pode deixar de mencionar que toda modificação no ambiente de trabalho precisa ser realizada de maneira pontual, para que nenhuma das partes possa ser prejudicada psicologicamente ou financeiramente; e somente com diálogo entre os atores sociais e com bom senso coletivo pode-se alcançar os objetivos pretendidos.

Mas afinal, tais inovações seriam uma forma de melhoria ou de perigo no ambiente laboral? Melhoria, sem sombra de dúvida, pois traz agilidade no processo de produção e no posicionamento da empresa no mercado concorrencial. Porém, também pode se tornar um perigo, mas apenas se carecer de um posicionamento ético-profissional não apenas do empregador, mas de todos que compõem a malha do tecido organizacional.

Inobstante a isso, o direito do trabalho integra a teoria das obrigações, da qual decorrem os deveres de confiança recíproca e de sua execução de boa-fé no desenvolvimento da relação contratual, onde um novo direito do trabalho, verdadeiramente universal e cujo sentido protetor será irreversivelmente alargado, deve obrigar todos os que desejam viver de um trabalho ou de uma renda compatíveis que o façam respeitando-se a dignidade humana.

Evidentemente a reforma trabalhista está apenas no início de sua aplicação, o que garante ainda debates na sua aplicação, mas necessário se faz mencionar que todos os envolvidos podem discutir melhor as novas estruturas empresariais, tendo em vista que capital e trabalho podem se unir.

A atual legislação do trabalho apenas trouxe para dentro do cenário mercadológico o que na prática já existia, as inovações tecnológicas e os avanços da modernização, porém toda mudança causa desconforto, o que é o caso da atual CLT, mas também não há como não dizer que essa mudança era necessária e pontual.

## 5. Conclusões

Diante do que foi pesquisado torna-se necessário destacar a problemática vivenciada nos dias atuais, em que a relação laboral vem passando por certa insegurança jurídica por conta do direito do trabalho estar sendo abordado de uma maneira diferenciada de sua história, haja vista a reforma trabalhista no direito brasileiro.

A pesquisa demonstrou que o melhor caminho para as partes é o diálogo, pois todos devem ter consciência de que a modernização e o avanço tecnológico estão implícito nessa relação, algo que dever ser enaltecido e não rechaçado, posto que as empresas precisam se adequar à dinâmica do mercado global.

Evidentemente, essa modernização a princípio pode causar grande impacto no ordenamento jurídico – com demissões em massa e as poucas contratações por parte das empresas, mas por outro lado, não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, independentemente das opiniões contrárias.

Do uso excessivo dos aparatos tecnológicos nas relações de trabalho surge o conflito entre a autonomia privada – representada pelo direito de propriedade do empregador exercido mediante seu poder diretivo – e os direitos fundamentais inespecíficos do trabalhador – resguardados pela Constituição Federal vigente – principalmente o direito à privacidade, intimidade e imagem, os quais inegavelmente são objetos do núcleo constitucional.

Assim, tendo em vista o conflito existente nessa relação laboral, não se pode deixar de ser aplicado o direito ao princípio constitucional quando violados direitos inespecíficos dos trabalhadores, pois ninguém deseja que as empresas encerrem suas atividades por absoluta falta de diálogo ou meios de mecanismos saneadores para sua sobrevivência, mas também não se pode deixar de destacar que o trabalhador, diga-se, desqualificado para esse avanço da modernização, tende a ficar precarizado no tocante à sua mão de obra, uma vez que diante dessa precarização poderá não encontrar espaço para uma vida digna.

O Estado, na condição de nação soberana, como foi abordado neste artigo, precisa editar normas para uma melhoria nessa relação, inclusive com a participação tripartite, ou seja, sindicatos, trabalhadores e empregadores, pois pode vir a não encontrar medidas de urgência de adequação ao *status quo*, algo que está acontecendo em alguns setores, inclusive sem desconsiderar a possibilidade de adoção de políticas públicas para a proteção do emprego frente às inovações tecnológicas e seus efeitos.

A globalização, apoiada pela flexibilização e desregulamentação do direito trabalho, surgiu no país na década de 1980 e se consolidou na de 1990; na ocasião muitas empresas fecharam suas

portas e demitiram trabalhadores, causando um colapso com o retrocesso social.

Passada essa fase, tem início uma nova roupagem nas organizações com a estruturação das empresas e uma maior exigência do mercado global, principalmente aumentando as concorrências interna e externa.

Novamente o Brasil entrou em crise atingindo todos os ápices da sociedade numa instabilidade social, política, jurídica e econômica, algo impensável num país que estava em franco desenvolvimento.

Num ato de desespero, o Governo federal anterior editou várias normas como; redução de salário e jornada, requalificação da mão de obra, dentre outras para a proteção dos contratos de trabalhos; porém, não alcançou a estabilidade desejada.

Frente a isso, as medidas políticas quase não ganharam a confiança da sociedade, pelo contrário, o número de desempregados aumentou e o fechamento das empresas atingiu um número alarmante.

Com isso, novas medidas paliativas precisaram ser impostas e uma delas foi a nova Legislação Trabalhista, com o intuito de tornar a relação laboral mais flexível e segura diante das novas mudanças. Com essas mudanças, as empresas estão sendo obrigadas se modernizar e reverem seus custos para se tornarem mais atraentes e competitivas para os mercados interno e externo; com isso surge a era da tecnologia nas relações laborais, com o lado positivo e negativo.

Não há como fugir desse avanço, isso é fato; talvez os trabalhadores e até mesmo os sindicatos das categorias devam se requalificar e promover uma reestruturação para se tornarem competitivos, pois um novo direito do trabalho pode estar surgindo, talvez num futuro muito próximo.

A tecnologia tem seus benefícios, evidentemente, como também seus malefícios, mas todos devem ter objetivos similares para a manutenção da segurança jurídica entre as partes na busca de um ideal que satisfaça a totalidade de agentes nas relações laborais.

Muitas questões envolvendo trabalhadores, empregadores e sindicatos de classes estão por vir, mas o importante é que todos devem dialogar e buscar novos elementos seguros e paradigmas modernos, deixando as circunstâncias alheias distantes do novo modelo da relação de trabalho, tendo como premissa a dignidade da pessoa humana, pois hoje podemos estar de um lado confortável, mas amanhã podemos estar em uma situação contrária, o que poderá nos fazer pensar em como devemos agir diante da crise estabelecida nessa relação, sem perder, porém, as lições obtidas na história do direito do trabalho.

Enfim, a pesquisa desenvolvida procurou demonstrar os dois lados da tecnologia, sendo o lado positivo, onde as empresas se modernizando e aprimorando suas estruturas para a competitividade do mercado global, e do outro lado, o negativo, não no sentido pejorativo, mas sim de preocupação com a proteção do emprego e da dignidade humana, tendo em vista a extensão do nosso País, onde muitas regiões carecem de conhecimento tecnológico e proteção ao emprego. Portanto, caberá aos atores envolvidos nessa relação aprimorar o sistema jurídico trabalhista, com a celebração de instrumentos normativos e alcançar a paz social.

MAEDA, P. *Resistência aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. (São Paulo, 2017), Expressão Popular, p. 317.

---

2

RUA DE ALMEIDA, R. "Teoria da Empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa". *Revista LTR* (São Paulo, mai. 2018), LTr, p. 573/580.

---

3

RUA DE ALMEIDA, R., *op. cit.*, 2018, p. 573-580.

---

4

LOPES DE ANDRADE, E.G. *Princípios de direito do trabalho e seus fundamentos teóricos filosóficos: problematizando, refutando e deslocando o seu objeto* (São Paulo, 2008), LTr, p. 84.

---

5

PALMA RAMALHO, M. do. *Tratado do direito do trabalho* (São Paulo, 2012), Almedina Brasil, p. 205.

---

6

JORGE NETO, F.F.; CAVALCANTE, J.Q.P. *Manual de direito do trabalho* (Rio de Janeiro, 2003), Lumen Juris, p. 232233.

---

7

JORGE NETO, F.F.; CAVALCANTE, J.Q.P., *op. cit.*, p. 233.

---

8

Cf. DACHERI, E; GOLDSCHMIDT, R. "O impacto da tecnologia nas relações de trabalho: uma análise à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores." *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais* (Maranhão, dez. 2017), Conpedi, p. 67.

---

9

DACHERI, E; GOLDSCHMIDT, R., *op. cit.*, p. 67-68.

---

10

NASCIMENTO, A.M. *Curso de direito do trabalho* (São Paulo, 2014), Saraiva, p. 47.

---

11

NASCIMENTO, A.M., *op. cit.*, p. 47.

---

12

NASCIMENTO, A.M., *op. cit.*, p. 47.

---

13

*Ibidem.*, p. 46.

---

14

NASCIMENTO, A.M., *op. cit.*, p. 45.

---

15

DACHERI, E; GOLDSCHMIDT, R., *op. cit.*, p. 77.

---

16

CAVALCANTE, J.Q.P. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. 1º ed., São Paulo: LTr., 2018, p. 71.

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO**

#### **8. O FUTURO (DO PASSADO) DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL**

## **8. O Futuro (do Passado) do Direito do Trabalho no Brasil**

---

### **The Future (of the Past) of Labour Law in Brazil**

**(Autor)**

**ANTONIO CARLOS AGUIAR**

*Mestre e doutor em Direito pela PUC SP. Advogado. antoniocarlos.aguiar@peixotoecury.com.br*

#### **Sumário:**

[1.Desculpe-me einstei, mas não há como voltar ao passado](#)

[2.Muita coisa mudou desde a discussão onomástica sobre direito social restrito](#)

[2.1.Aplicação prático-estrutural atual](#)

[3.O direito do trabalho bifronte pós-reforma trabalhista](#)

[4.Dupla dimensão: \(I\) jurídico-protetiva plena e \(II\) jurídico-protetiva-objetiva](#)

[5.Conclusões](#)

#### **Área do Direito: Trabalho**

#### **Resumo:**

As mudanças sociais que impactaram em grande medida o mundo do Trabalho são inevitáveis e já se consolidaram. Passamos do direito social restrito para a aplicação prático-estrutural atual, e se faz necessária a compreensão dos novos atores nessa nova realidade que nos desafia com novos desdobramentos jurídicos e factuais, que devem ser avaliados sob as perspectivas jurídico-protetivas.

#### **Abstract:**

The social changes that have had a major impact on the World of Work are inevitable and have already consolidated. We move from the restricted social right to the current practical-structural application and it is necessary to understand the new players in this new reality that challenges us with new juridical and factual developments that must be evaluated from a legal-protective perspective.

**Palavras-Chave:** direito do trabalho; novas perspectivas; impactos tecnológicos

**Keywords:** labour law; new perspectives; technological impacts

*É impossível entender o mundo de hoje até que o hoje se torne amanhã.*

Chuck Klosterman<sup>1</sup>

## 1. Desculpe-me einstei, mas não há como voltar ao passado

<sup>2</sup>Esse sonho de voltar ao passado (para compreendê-lo de perto, corrigi-lo ou simplesmente *nostalgia-lo*) tem sido objeto de vários filmes, ensaios e livros de ficção científica. De cabeça, lembramos dois *blockbusters*: “De volta para o futuro” e “O Exterminador do Futuro”. Um bom livro, neste sentido, é o romance de ficção científica *Timescape*, de Gregory Benford, publicado em 1980, que trata da comunicação entre cientistas separados por décadas. “Pesquisadores enviam uma mensagem de volta no tempo, de 1988 para 1962, de forma a alertar para uma iminente catástrofe ecológica. Para tanto são utilizadas partículas subatômicas hipotéticas denominadas *táquions*, cuja existência é prevista pela relatividade de Einstein, mas que contam com propriedades tão estranhas que hoje se limitam às páginas de história de ficção científica. Os *táquions* são partículas que se descolam mais rapidamente do que a luz. Seu nome, cunhado na década de 60, quando houve pesquisa séria a seu respeito, vem da palavra grega *tackys*, que significa veloz. Em função dessa propriedade, os *táquions* acabam voltando no tempo”<sup>3</sup>.

Há, ainda, outra “maneira de se voltar ao passado”. Neste caso, a viagem passa pelo deslocamento, por meio de uma trajetória curva no espaço-tempo que leva de volta ao passado, de forma análoga à imagem de um *looping* em uma montanha russa. “Esses *loopings*, conhecidos em física como *curvas tipo-tempo fechadas*, têm sido tópico de importantes pesquisas teóricas em anos recentes”<sup>4</sup>.

Pois bem, “desde meados do século 20, sabe-se que as teorias da relatividade de Einstein admitem na verdade, a possibilidade de viagens ao passado, embora apenas sob algumas condições e por causa de certos caprichos da matemática. A Teoria da Relatividade Especial demonstra como o primeiro tipo de viagem no tempo pode ser possível (a retrocausalidade por meio de deslocamentos mais rápidos que a luz). A Teoria Geral da Relatividade, por sua vez, permite a existência de uma outra forma, mais ‘tradicional’ de viagem no tempo, por meio de curvas tipo-tempo. O lógico Kurt Gödel, que trabalhou com Einstein na Universidade Princeton, durante a década de 40, demonstrou matematicamente que esse tipo de viagem no tempo é possível, ao menos em termos teóricos, sem violar qualquer lei da natureza (...)”<sup>5</sup>.

Na prática, porém, tudo isso não é factível, na medida em que, como bem explicita Jim, em seu livro *PARADOXO, Os nove maiores enigmas da ciência*, por meio de simulações e cálculos, corroborados, com exemplo bem simples. Vamos ao exemplo, o acionamento de um interruptor na Terra, que faz piscar uma lâmpada na Lua. Sabendo-se que a Luz percorre a distância entre a Terra e a Lua em aproximadamente 1,3 segundo, tem-se que o sinal viaja também à velocidade da luz. Sendo assim, através de um telescópio, veríamos 2,6 segundos depois, a luz se acender.

Para melhor compreensão, ele explica essa situação de modo bem simples e didático, para demonstrar a sua fragilidade lógica desta situação: “um cosmonauta a bordo de um foguete, viajando à Lua, próximo à velocidade da luz, veria o acendimento da lâmpada antes que acionássemos o interruptor na Terra. Seria possível, então, a esse tripulante da espaçonave, enviar-nos um sinal mais rápido que a luz confirmando a visualização da lâmpada. Esse sinal pareceria, a um observador na Terra, viajar para trás no tempo e poderia chegar aqui antes do acionamento do interruptor, permitindo que decidíssemos não acender a lâmpada. A única forma de eliminar esse tipo de situação consiste em sustentar a impossibilidade de impulsos mais rápidos que a luz”.

Não é possível, portanto, essa viagem, por mais desejável que possa ser.



Pensar diferente, agir imaginariamente em sentido contrário, defender uma crença, simplesmente porque assim nela se acredita e, a partir desta compreensão, “tornar” verdadeiros meios e formas de sustentação contrárias aos fatos, porque o peso da crença “deve” sufocar o real em nome do “querer: acreditar” não é suficiente para que esse desejo alquimicamente se transforme em realidade, por mais paixão que se imprima nessa metamorfose.

Essa metáfora inicial aqui apresentada, com apoio científico, é feita não somente porque vivemos a era da “Pós-verdade”<sup>6</sup>, mas, também e principalmente, porque estamos em tempos de incertezas, onde “o presente se apegava ao passado e nos refugiamos no saudosismo. Ou então se apegava ao pretérito imperfeito e ao futuro do pretérito – e mergulhamos num passado que não desperta saudade porque não se concretizou, num pretérito fantasioso, idealizado como um sonho, uma quimera, o mais das vezes, como um pesadelo. Em tempos de incerteza, sublimar o que poderia ter acontecido às vezes nos consola, outras nos aflige, mas ao menos nos distrai irresponsavelmente, animando discussões e dando trela ao que há pouco mais de uma década ganhou o rótulo de história contrafactual”<sup>7</sup> (os grifos são nossos).

É a história do “E se”. E se Napoleão não tivesse invadido Portugal e forçado a vinda da Corte de D. João VI para o Brasil? E se Hitler tivesse morrido naquele atentado de julho de 1944?

Neste momento o Brasil vive sua história contrafactual no que se refere ao Direito do Trabalho. Vários atores-políticos ligados diretamente ou não a ele estão a todo o momento dando seus pitacos, para o bem ou para o mal, por meio de críticas ácidas ou traçando e/ou criando mecanismos/teses de defesas com argumentos sob o viés contrafactual do “E se”, como se esse apego fosse suficiente para mudar a realidade.

Tanto a forma de ataque e de defesa, porém, tem se pautado mais em crenças subjetivas e/ou interesses corporativos do que por intermédio de uma análise isenta de paixões, enuviando, desta maneira, uma adequada reflexão, misturando-se com isso conceitos e preconceitos, tudo num mesmo balaio. Algo muito parecido com versos de Pessoa (sob o heterônimo de Bernardo Soares) no *Livro do Desassossego* (o título por si só diz muita coisa): “Todo esforço, qualquer que seja o fim para que tenda, sofre, ao manifestar-se, os desvios que a vida lhe impõe; torna-se outro esforço, serve outros fins, consoma por vezes o mesmo contrário do que pretendia realizar. Só um baixo fim vale a pena, porque só um baixo fim se pode inteiramente efetuar. Se quero empregar meus esforços para conseguir fortuna, poderei em certo modo consegui-la; o fim é baixo, como todos os fins quantitativos, pessoais ou não, e é atingível e verificável. Mas como hei de efetuar o intento de servir a minha pátria, ou alargar a cultura humana, ou melhorar a humanidade? Nem posso ter certeza dos processos nem da verificação dos fins”.

O bem social, que é o fim maior, se perdeu nesta confusão. Os fins de baixo são os que prevalecem e continuam em disputa.

Some-se a isso mais dois aspectos. Primeiro, a dúvida sobre o que de fato é adequado e estruturado para ser considerado o melhor, uma vez que, como ressaltado anteriormente, utopias e distopias se confrontam e de nada servem para uma conclusão de encaminhamento, simbolizando cada qual, ao seu jeito, um padrão convencional social de uma determinada cultura temporal. Explica-se melhor: o que foi bom para uma determinada época pode não ser adequado ou minimamente pertinente num outro determinado tempo. E não é porque deixou de ser bom, mas, sim, porque aquilo que um dia foi reconhecido como verdade, pode revelar-se depois numa farsa ou até numa grande mentira. Na melhor das hipóteses, como algo totalmente insignificante. As necessidades transformam-se. As pessoas mudam. O mundo não para.

O que de fato é ruim? Por que esse ruim não pode se transformar em algo simplesmente magnífico tempos depois? E mais ainda: por que, mais adiante, esse magnífico não pode uma vez mais voltar ao *status quo ante* ou mesmo incrustar-se num ostracismo?

Um exemplo. Vejamos o “conceito estruturante” do que é uma “grande” obra literária.

“Existe um famoso *website* que vende livros (e, se você comprou este livro, as pesquisas sugerem que há 41% de chance de ter feito seu pedido no *website* de que estou falando). Livros representam só uns 7% do total de vendas do *website*, mas eles são o principal produto pelo qual o *website* é conhecido.

Parte do êxito do site está no conteúdo produzido pelos usuários: os consumidores podem escrever resenhas sobre o que comprem, mesmo que não tenham lido de fato o livro que estão criticando. E isso é sensacional, principalmente se você quiser resenhas negativas, com uma estrelinha só, de *Moby Dick*. ‘Pomposo, arrogante, autoindulgente e insuportável. O pior livro que eu já li’, escreveu, em 2014, um cliente insatisfeito. ‘Narrativa fraca, estrutura pobre, tramas sem resolução, ¾ dos capítulos são irrelevantes e o autor muitas vezes confunde-se com o protagonista, um dos capítulos é exclusivamente dedicado ao fato de que as baleias não têm nariz. Outro trata da cor branca’. O interessante é que a outra aquisição que essa pessoa também resolveu resenhar foi uma impressora Hewlett-Packard – que também manda fax – à qual ela concedeu duas estrelas”.

E olhe que estamos falando de *Moby Dick*, “hoje considerado um dos dez maiores romances da literatura mundial”, que “a crítica americana rotula como ‘o grande clássico’; ‘nosso maior romance’, estudado nas escolas e universidades ao lado das mais importantes obras literárias produzidas na América. Tornou-se, além disso, um prato feito para os novos admiradores da corrente psicanalítica, que passaram a lhe atribuir complexos, recalques e traumas, esmiuçados em dezenas e dezenas de livros que hoje engrossam seu miliardário baú bibliográfico. A literatura norte-americana precisava de um “Ulisses”. E foi a chance”.

Esse caso *Moby Dick* é inexoravelmente a revelação de que “as coisas mudam”. Aquilo que foi até pouco tempo entendido e compreendido de acordo com uma determinada proposição, pode simplesmente não ser mais reconhecido “verdadeiro”.

O texto mudou? Algo pernicioso foi encontrado sobre o autor? Não. Nada disso aconteceu. Nada com relação à obra e o autor foram alterados. Nada. O que houve, então? Transição temporal. O passado (quando a obra foi escrita) ficou lá, no seu tempo. O futuro veio e tornou-se presente (atual: nova realidade). E o novo futuro, que é incerto para todos nós, pode simplesmente mudar todo esse roteiro.

Tudo evolui. Conceitos são modificados, mutações estruturais e sociais fazem-nos enxergar o que não víamos e, com isso, mudam-se as opiniões.

Daí, porque se deve alocar determinada coisa onde ela deve realmente estar, e de acordo com o que a realidade determina, não por meio de um estreito feixe, que anteriormente limitava a visão, mas por um caminho mais complexo; mais moderno, para uma compreensão livre de estigmas e dogmas distantes do tempo em que foram concebidos. A passagem, para o agora, tem de, obrigatoriamente, ser maior e mais democrática. O horizonte mais abrangente; a distância a se percorrer livre de limitações temporais, justamente para se ir mais longe.

Tanto isso é verdade que à época da morte de Herman Melville (o escritor de *Moby Dick*, que acreditava que seu texto seria visto imediatamente como uma obra prima), o livro tinha vendido pouco mais de cinco mil exemplares<sup>8</sup>, representando para o autor um verdadeiro fracasso, tanto que virou alcoólatra, poeta, e mais tarde, inspetor alfandegário<sup>9</sup>.

Você deve estar se perguntando: o que tem a ver a história de Ismael, já veterano do mar, que decide embrenhar-se em outro ramo da atividade marítima, a pesca de baleias, com Direito do Trabalho? E no (do) Brasil? Em tempos de reforma trabalhista, diríamos: tudo! Na verdade, não exatamente com a história de Ismael e sua baleia, mas da transição entre o velho e o novo. Como dizia Russomano: “As gerações moças compreendem melhor que as nossas gerações o sentido e o destino do Direito Sindical”<sup>10</sup>. Temos de ler, interpretar e trazer a realidade o que está escrito na lei com os tempos atuais.

Um segundo aspecto, que ainda gostaríamos de enfatizar, tem a ver com a “natureza acontecimental” da discussão relacionada ao Direito do Trabalho no século XXI, ou seja, aquela que revela-se através de uma estrutura circular, se moldando por intermédio de uma pré-crença do que é bom e adequado quanto ao seu conteúdo e, com isso, tenta impedir contestações e modificações naquilo que com ela não se coaduna.

Para melhor compreensão, vamos a dois exemplos: “Existe num acontecimento, por definição, algo de ‘milagroso’, dos milagres de nossas vidas cotidianas até aqueles das esferas mais sublimes, incluindo a do divino. A natureza acontecimental da cristandade surge do fato de que ser cristão exige a crença num acontecimento singular – a morte e a ressurreição de Cristo. Talvez ainda mais fundamental seja a relação circular entre a crença e suas razões: não posso dizer que acredito em Cristo por ter sido convencido pelas razões que sustentam essa crença; só quando acredito é que posso compreender tais razões (grifamos) A mesma relação circular existe no amor: não me apaixono por motivos precisos (os lábios dela, seu sorriso...) – é por já estar apaixonado que seus lábios, etc., me atraem. É por isso que o amor, também, é acontecimental. Ele é a manifestação de uma estrutura circular em que o efeito acontecimental determina retroativamente suas causas ou razões”<sup>11</sup> (grifos são nossos).

É por isso que, quando amamos, nos expomos ao ser amado em toda a nossa vulnerabilidade; quando estamos nus juntos, um sorriso ou comentário cínico do parceiro pode transformar charme em ridículo. O amor implica confiança absoluta: ao amar outra pessoa, eu lhe dou o poder de me destruir, esperando/confiando que ele ou ela não usará esse poder contra mim<sup>12</sup>.

O amor à posição defendida a favor ou contra uma adequação/discussão do Direito do Trabalho às necessidades impostas pela sociedade (e suas revoluções) do século XXI podem gerar plena confiança ou ampla destruição conceitual.

## **2. Muita coisa mudou desde a discussão onomástica sobre *direito social restrito***

Estamos vivenciando um período de mudanças. Grandes mudanças sociais advindas de revoluções: digital, científica e tecnológica, que alteram significativamente modos de agir, pensar, trabalhar, numa palavra: viver (individualmente e em comunidades). A transformação é total, uma passagem para outra realidade estrutural.

“Grandes transições não são processos de adições incrementais, para corrigir falhas ou preencher vazios na estrutura social existente. Elas representam a emergência de novos e não antecipados elementos estruturais e comportamentais que serão centrais na configuração da nova formação social. Uma vez atravessado o ponto de virada, quando as mudanças amadurecerem e dão nitidez à fisionomia da nova formação social, a ordem anterior desaparecer”<sup>13</sup>.

Neste sentido, cumpre destacar que os primeiros debates no terreno do Direito do Trabalho, aos olhos de quem começava a estudar a disciplina, isso nos idos dos anos 1950, passava pelo entendimento quanto ao título apropriado para o então, *novo*, à época, ramo da ciência jurídica<sup>14</sup>. Essa concepção sobre a onomatologia do termo diz muito quanto àquilo que queremos evidenciar nesse estudo.

Em destaque está a classificação mais desejável naqueles tempos, lançada por Cesarino Júnior: Direito Social Restrito. E o que era esse Direito Social Restrito?

“Em primeiro lugar, o Direito Social Restrito se propõe a defender os *hipossuficientes*, que são aqueles que, na sociedade capitalista, dependem do trabalho para que possam sobreviver e não possuem recursos e meios para lutar por si mesmo. A princípio eles se procuram unir, para que possam ser fortes. Agrupam-se. Aglutinam-se. Criam-se, assim, organizações profissionais. É o momento em que a classe economicamente fraca tenta proteger a si própria. Eis, portanto, uma

*auto-proteção*. Aqui, por conseguinte, os empregadores e os empregados são vistos e estudados através de suas entidades de classe, de seus sindicatos, isto é, são olhados coletivamente. E o conjunto de normas legais que regula a formação do sindicato e das outras instituições profissionais constitui o *Direito Social Coletivo*, ou seja, o *Direito Corporativo*, que melhor fôra chamar, no Brasil, de *Direito Sindical*, visto que a organização das profissões, entre nós, se faz com base na oposição entre empregados e empregadores, não existindo entidades de classe que congreguem, ao mesmo tempo, uns e outros, para unificação das forças palpitantes da produção nacional.

Mas os patrões e os obreiros podem, também, ser considerados *individualmente*. Vemos, então, que eles se acham vinculados pelos laços de um contrato e de uma relação jurídica chamada *relação de emprego*. As leis que disciplinam a conduta dos empregados e dos empregadores dentro do contrato de trabalho formam o *Direito Social Específico*, que é o Direito do Trabalho.

Após e finalmente, surgem leis sociais aplicáveis à generalidade dos que trabalham ou, ainda mais, dos que não têm suficiente poder econômico para que sobrevivam. É, agora, o Estado que favorece, diretamente, os *hipossuficientes*. São normas jurídicas que visam ao aperfeiçoamento étnico, de acordo com os quadros higiênicos e eugênicos, o progresso educacional do povo, a moralização da família, a dignificação ética do homem, etc. Essas leis constituem o *Direito Assistencial*, que abrange todos os aspectos do seguro social.

Portanto, o Direito Sindical, o Direito do Trabalho e o Direito Assistencial são três partes de que compõe o Direito Social Restrito, isto é, o *Direito Social*.

E quais os princípios atinentes ao tema, também para aquele ambiente laboral primevo? São basicamente cinco: (i) o Princípio da *Progressão Racional*, que consiste na busca de garantias que cubram *necessidades existenciais dos trabalhadores*: “se, amanhã, por uma radical transformação do mundo em que estamos, essas necessidades fundamentais do proletariado fossem satisfeitas, por um golpe de mágica, no dia seguinte renasceriam as reivindicações trabalhistas, em nome das necessidades mais sutis, mais requintadas, mais espirituais, mas, de qualquer forma autênticas necessidades econômicas”<sup>15</sup>; (ii) princípio da “sinceridade das leis trabalhistas”; (iii) princípio da economia, que se subdivide em: a) obter um determinado resultado com o mínimo de gasto possível (economia em sentido próprio); e b) outorgar benefícios a certos grupos de pessoas com o menor sacrifício para a população (economia social); (iii) princípio da tutela oficial dos direitos do trabalhador”<sup>16</sup>; e (v) princípio da igualdade, que desdobra-se em igualdade jurídica, econômica e moral<sup>17</sup>.

### 2.1. Aplicação prático-estrutural atual

Muita coisa mudou de lá pra cá. Os ditames éticos e étnicos citados, nem de longe atendem questões de ordem do dia a dia social direcionada, por exemplo, à igualdade de gênero. As necessidades de uma pessoa atualmente são muito diferentes daquelas de um cidadão médio dos anos 1950. Tecnicamente então, impossível qualquer viés de comparação. No que comporta a força dos entes sindicais não há sombra de dúvidas quanto à sua transformação, não obstante a legislação não ter tido a mesma velocidade para acompanhar esse turbilhão exponencial de mudanças.

Vejamos, neste sentido, um exemplo bem simples, instalado na CLT no parágrafo 2º, do artigo 511, que textualmente diz que: “a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional (grifamos)”.

As relações coletivas de trabalho, que compõem o Direito Coletivo de Trabalho, formatam-se por meio de três elementos, quais sejam sujeito, objeto e relação jurídica.

Os “*sujeitos* (ativos e passivos) da relação coletiva não são trabalhadores e empresários,

individualmente considerados, isto é, pessoas naturais ou jurídicas enleadas por obrigações e movidas por direitos subjetivos emanantes de interesses particulares. Essa relação nasce, geralmente, de atos de acentuado caráter contratual, conhecidos pela denominação corrente de *convenções coletivas de trabalho*, ou, diretamente, de fatos criados pelo convívio ou pelo entrechoque das categorias profissionais ou econômicas, como ocorre através dos *conflitos coletivos de trabalho*<sup>18</sup>.

As pessoas que interferem e interagem na criação, alteração ou extinção da relação coletiva de trabalho não são diretamente os atores principais: trabalhadores e empresários em ação direta. Todo esse complexo de relações coletivas se move por meio de intermediários, em especial, no que se refere aos trabalhadores (por força, inclusive, de disposição constitucional: artigo 8º, VI), pessoas jurídicas representativas de categorias (ou grupos) profissionais e econômicos, a quem cabe a defesa dos interesses individuais e coletivos de toda a categoria.

Essa representação, coordenação e defesa desses interesses se dá por intermédio exclusivo de um ente sindical: sindicatos e entidades de grau superior (artigos 533 e 562, da CLT): federações e confederações.

O sindicato “é um sujeito coletivo, como organização destinada a representar interesses de grupo, na esfera das relações de trabalhistas. Tem direitos, deveres, responsabilidades, patrimônio, filiados, estatutos, tudo como uma pessoa jurídica”. “O sindicato se diferencia das demais associações por agrupar empregados ou empregadores em torno de interesses profissionais ou econômicos, recebendo tratamento especial do Estado do direito posto”.

Observe-se, ademais, no campo de relevância e importância da ação desenvolvida por esse ente diferenciado de representação, chamado de sindical, que dentre as suas funções, uma (senão a mais importante) das suas funções é a da negociação coletiva de trabalho que gera contratos coletivos que vão além do estabelecimento de cláusulas contratuais, que eram obrigações concretas e direitas para os sindicatos convenientes, que são as chamadas “*Cláusula normativas*, que, por estanho que pareça, têm como consequência, a *formulação de normas de trabalho* e como obrigação resultante o respeito a essas normas, no mento da celebração dos contratos individuais, ou seja, na prática de outros atos jurídicos. Assim, embora na ralação coletiva, eventualmente, o objeto possa ser uma obrigação concreta, o que ela possui de relevante (e original) é a formulação abstrata de normas de trabalho, de caráter cogente, espeitadas pelos trabalhadores e empresários quando, individualmente, celebram contratos de trabalho”<sup>19</sup>.

Dito tudo isto, o que fica é: nos dias atuais qual a importância social ou jurídica da divisão por categoria (ditada ainda nos dias de hoje pelo Estado)? É democrática? É atual? Diríamos mais: é factualmente possível diante de todo cipoal de mudanças que houve – e continua em processo contingente de mutação – no mundo do trabalho? Exemplo: qual seria mesmo a categoria da plataforma UBER ou Airbnb? Motoristas? Hoteleiros? Ou ainda outra específica para Plataformas? Não somente neste universo mais recente: veja-se o exemplo das montadoras de veículos: são elas uma indústria metalúrgica?

O sistema de representação sindical, portanto, mais do que simplesmente se ater a uma interpretação gramatical de uma legislação septuagenária, tem de se abrir ao novo, àquilo que efetiva e realmente precisam e querem as pessoas (no Brasil, física ou jurídica) que pretende representar. Ele é o *alter ego* dos integrantes da categoria. Outra personalidade (no caso, jurídica) da mesma pessoa. O interesse, logo, tem de ser comum: único. O do representado.

Para atender, portanto, aos clamores mutantes de uma sociedade em transformação exponencial, não pode o sindicato estar fechado a um pensamento unidimensional.

“O problema do pensamento unidimensional não é ocultar o que salta à vista; é ter conhecimento do que se passa e, mesmo assim, ser incorrigível pela crítica e pela experiência. A crença profética é sempre autoevidente, apodítica, e nunca circunstancial. Não é de se admirar, portanto, que o grande argumento em favor de sua ‘validade universal’ sejam os mais sombrios



episódios históricos do passado e as mais sombrias imagens hipotéticas do futuro”<sup>20</sup> (grifamos).

Mas as mudanças não param por aqui. Vão bem mais longe. Na verdade, “em pleno século 21, o que importa investigar é qual o melhor caminho para romper ‘relações de produção’ peremptas a fim de liberar as ‘forças produtivas’”<sup>21</sup>.

### 3.O direito do trabalho bifronte pós-reforma trabalhista

“Após reforma, país interrompe 7 altas e fecha 12,3 mil vagas com carteira”, essa foi a manchete de 27 de dezembro de 2017, do site do UOL<sup>22</sup>, ao fazer um balanço do primeiro mês de vigência da reforma trabalhista.

A análise ainda trouxe outras informações, como: “Trabalho sem hora fixa e parcial. O ministério divulgou os primeiros números sobre as novas modalidades de trabalho estabelecidas pela reforma trabalhista. No mês passado, foram criadas 3.067 vagas de trabalho intermitente, no qual o empregado não tem horário fixo e recebe apenas pelas horas trabalhadas. Na modalidade de trabalho parcial, foram criados 231 postos”.

Acontece, porém, que essa observação se baseia em fatos e dados que se tornaram ultrapassados pelas novidades advindas da reforma. Não podem mais, portanto, ser tratados isoladamente, sob pena de não revelarem a verdade da situação. Logo, uma análise correta e precisa dos efeitos mutantes reformistas, passa pela observação deste novo conjunto de informações e movimentações estruturais que afetam e influenciam significativamente o próprio Direito do Trabalho. Eis o desafio a ser enfrentado.

Os desdobramentos jurídicos e factuais deste período pós-reforma vão muito além dessas abordagens pontuais, uma vez que exames desta natureza não se dão de modo complexo. Ao contrário: se limitam a um estudo desatualizado, preso e limitado a apenas um tipo específico e próprio de relação de trabalho, centrada na base da subordinação jurídica que vincula a prestação de serviços de um trabalhador para com o seu contratante na forma de vínculo de emprego: empregado e empregador. Num contrato de trabalho regido, única exclusivamente, pela CLT (Consolidação das Leis de Trabalho), e, mesmo assim, desprezando o fato (novo) jurídico de que o emprego atualmente já não mais é de um tipo-único, para fins de tratamento jurídico-trabalhista.

Daí a imperiosa necessidade de um olhar apropriado e direcionador às pesquisas como essa, impedindo que se olhe tão somente o tradicional, ou melhor, o antigo, como meio de apuração, quando se vê postos de trabalho apenas como emprego, de acordo com dados fornecidos pelo CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), e se conclui que eles revelam a realidade do trabalho, sem incluir nesta perspectiva a nova divisão advinda da reforma.

Daí porque a visão da carteira de trabalho (de papel, em pleno mundo digital) torna-se turva neste momento de mudanças de estrutura na forma de consecução, execução e modalidades de trabalho, de matizes virtuais, participativas e empreendedoras, além das tradicionais.

Daí porque cientificamente a investigação, ao desprezar o novo, peca justamente por não atentar que a realidade é outra, movida por alterações sociopolíticas e por uma nova ordem jurídica.

O desafio aqui proposto é exatamente esse. Tratar os efeitos da mudança de acordo com o alcance que elas de fato e juridicamente impactam em todo Direito do Trabalho. Um exame pormenorizado dessas alterações no mundo do trabalho, por intermédio de um choque de realidade necessário àquilo que move e alimenta as intenções, formações, desejos e expectativas de todos aqueles que vivem e trabalham no século XXI.

Não se pode simplesmente dizer que há uma espécie de “DNA protetivo trabalhista” imutável, avesso a qualquer alteração, ainda que advinda da Lei (!). A adaptabilidade é imprescindível à

sobrevivência; à conformação social. Os padrões de comportamento, as relações interpessoais, as atividades econômicas, as leis mudam, transformando as estruturas sociais. Não há como “virar às costas” a tudo isso e se colocar dentro de uma bolha de proteção contra uma espécie de “vírus sociais mutantes”.

Exemplificando por meio de acontecimentos reais: “considere uma habitante de Berlim nascida em 1900 e vivendo longevos cem anos. Ela passou a infância no Império Hohenzollern de Guilherme II; seus anos adultos na República de Weimar, no Terceiro Reich nazista e na Alemanha Oriental comunista; e morreu cidadã de uma Alemanha democrática reunificada. Conseguiu ser parte de cinco sistemas sociopolíticos muito diferentes, embora seu DNA tenha permanecido exatamente o mesmo”<sup>23</sup>. Bem-vindo à vida real.

#### **4. Dupla dimensão: (I) jurídico-protetiva plena e (II) jurídico-protetiva-objetiva**

Para tanto, utilizando a máxima da “dupla dimensão”, que normalmente é aplicada ao Direito Ambiental, aqui, por analogia, numa espécie de “diálogo das fontes”, a adaptaremos ao Direito do Trabalho, precisamente no objeto central da crítica encimada, que se encerra na subordinação, eixo vinculante e caracterizador que o vincula (Direito do Trabalho) unicamente aos contratos de emprego.

Para tanto, trabalhar-se-á com um desdobramento de gênero, para um efetivo alcance das regras trabalhistas aos contratos de trabalho (todos!), que chamaremos de “*lato (s)*” –, não mais limitados, portanto e por isso mesmo, a um único viés de formação e formatação de existência, que é a subordinação, mas, ao contrário, devidamente ampliado, por meio de uma visão de entendimento e compreensão de viabilização jurídica mais adequada à realidade atual, ou seja, a repartição em espécies: (i) jurídico-protetiva plena e (ii) jurídico-protetiva-objetiva.

A primeira está ligada à proteção tradicional relativa ao trabalho subordinado e vincula-se ao contrato de emprego, ainda sob o enfoque formador da primazia da realidade, independentemente da vontade das partes, no caso específico de um tipo de empregado, a que chamaremos de *tradicional*.

Note-se, portanto, que a regra já não é mais una. Sua aplicação tem aplicação limitada a uma situação própria. Observa-se, então, uma novidade, que advem de uma primeira divisão, que reparte a figura do empregado em duas categorias, para fins de aplicação protetiva ilimitada, em especial, no que pertine a autonomia de vontade. Para esse diferenciativo, são exigidos dois elementos: (a) formação acadêmica superior e (b) valor salarial também superior, que chamaremos de *contemporâneo*.

A primeira categoria será a do empregado *tradicional*, também chamado de hipossuficiente, aquele que não detém autonomia plena para negociar cláusulas e condições contratuais, tampouco modificações no contrato de trabalho existente. Aplicam-se-lhe as protetivas constantes no artigo 468 da CLT, com base no princípio da plena proteção.

Não existe alteração conceitual neste caso. Toda a literatura existente relacionada à proteção legal ao empregado continua eficaz e inalterável. Pouco, assim, há para se tratar nesta oportunidade sobre o tema, à vista das incontáveis e excelentes obras acadêmicas que tratam do assunto.

A novidade que merece ser tratada e contemplada neste estudo, refere-se à adição de uma segunda categoria de empregado, para quem a irradiação dos efeitos protetivos não mais é tão ampla e, muito menos, inabdicável.

Nesta segunda categoria se encontram presentes os empregados que têm nível superior de escolaridade e recebem salários inferiores a duas vezes o limite máximo dos benefícios do

Regime Geral da Previdência Social. Eles detêm autonomia e liberdade contratuais para negociar o seu contrato de trabalho (no início e no decorrer do seu curso). São os contemporâneos, também denominados de hipersuficientes, numa forma de diferenciá-los (sob unicamente o viés de autonomia negocial) dos primeiros.

Essa advertência, quanto à única motivação jurídica diferenciadora é realizada, a fim de se evitarem mal-entendidos, haja vista que as partes (empregado e empregador) continuam não sendo iguais, para fins de consectários contratuais de cobrança de direitos e obrigações, uma vez que de um lado do contrato encontra-se uma pessoa humana e com proteção constitucional contra todas eventuais e possíveis ameaças à dignidade da pessoa humana e, de outro, uma que detem poderes de direção, fiscalização e disciplinar, além de assumir os riscos do negócio. Não são iguais. Não se tornaram iguais, mesmo depois da reforma.

Os empregados de ambas as categorias continuam protegidos contra todo o tipo de agressões e excessos laborais, enquanto seres humanos, cidadãos e trabalhadores, por isso estarem enquadrados na espécie jurídico-protetiva plena.

A segunda, funda-se na introdução, nas Constituições, de tarefas, deveres de atuação e objetivos a serem atingidos pelo Estado. Diferentemente da dimensão subjetiva, não está aqui em causa o indivíduo, diretamente, mas sim a proteção jurídico-objetiva que a ordem jurídica confere independentemente dos sujeitos.

Atualmente, até a busca por uma ocupação ou recolocação profissional está diferenciada. Quem ainda manda pelo correio ou entrega pessoalmente um currículo expresso? Aliás, cabe outra pergunta: o que mesmo deve conter neste currículo (digital)? Hoje por meio do espaço cibernético encontra-se tudo. Ele é tutorial. Um grande “supermercado digital” demonstrando as praticidades do *como fazer*. Vídeos explicativos, aulas, manuais, pórticos exemplificativos, etc. Uma interessante vitrine de mecanismos de atuação variados. A pergunta (outra) que fica é: mecanismo de ajuda/apoio ou de padronização/*stantardlização*? Estaríamos impedindo que Óblio<sup>24</sup> possa manifestar e ser auto-criativo?

Comporte-se bem e adequadamente. Entrevistas de candidatos a emprego. Quantas “dicas” são dadas/oferecidas aos candidatos, a fim de que “se comportem bem” numa entrevista. Que impressionem. Apresentem o “seu melhor”. Que apresentem suas “qualificações e qualificativos” que retratem quem ele é (ou quer/deva ser). E todas essas informações serão “guardadas numa ‘caixinha’”.

Essa abordagem é identificada para destacar que a base de informações obtidas, antes mesmo do início de uma relação de trabalho, por parte do empregador (pelo mercado e/ou mídias sociais), é indutiva e, por via reflexiva, invasiva na vida da (na) vida privada do entrevistado; da nossa vida.

Passam por esse estágio perguntas pessoais, personalíssimas, que, por vezes, vão bem além daquilo que necessária e obrigatoriamente deveria o empregador ter acesso informativo para a prestação de um serviço que poderá (ou não) num futuro ser-lhe fornecido.

Vão desde com quem mora: filhos, cônjuge, pais, amigos, etc., até para que time torce; religião que professa; opinião política, redes sociais que está presente, gostos, cultura, prática esportiva, hobby, rituais, amigos (network), e daí por diante, passando, é claro, pelo básico, ou seja, escolaridade e experiência profissional anterior, tudo por meio de mecanismos “científicos” de avaliação e “constatação” *direta*, como: capacidade profissional, experiência, formação direta e *indireta* (nível de empatia, comportamento em equipe, resiliência e empregabilidade), por exemplo.

Aliás, no que se refere à experiência anterior, juntamente com o grau técnico de sua avaliação, são acompanhados questionamentos outros, como a razão da sua saída, procedidos do porque da escolha de um novo e eventual empregador, acrescidos, de modo sutil e aparentemente



inocente, de outras perguntas, que têm o fito de saber se o candidato tem algum tipo de vício, se apresenta algum problema de saúde pessoal e/ou familiar, se tem espírito questionador, tudo devidamente atrelado aos seus hábitos nos empregos anteriores, como qual frequência/necessidade de uso de *smartphone*, como entende as ordens e orientações recebidas, faltas ao serviço e assim por diante.

Questiona-se, ainda, onde mora e a distância de sua casa até a empresa, bem como quantas conduções são necessárias ao deslocamento, não somente para fins de cálculos relacionados a custos, como com vale transporte, mas, também, como um meio de monitoramento relacionado a futuros e possíveis atrasos.

Ao final, a entrevista é encerrada e dela advém um resumo, um fechamento opinativo quanto à avaliação (subjetiva ou por meio de algum programa – ou algoritmo) da personalidade do candidato: pessoa calma, paciente, “resiliente”, “promissora”, agitada, ansiosa, dinâmica, criativa, com iniciativa, identificando – segundo os critérios de quem o avaliou – os seus pontos positivos e negativos.

Esse relatório *conclusivo* serve à contratação ou não da pessoa.

As perguntas que ficam a partir desse complexo processo, são: qual o destino dessa profícua e detalhada fonte de informações dessa pessoa? Qual o compromisso de sigilo daqueles que as obtiveram, que estiveram envolvidos neste procedimento? Qual a garantia do entrevistado de que seus dados pessoais não serão abertos (ou conhecidos) por terceiros? Qual a proteção jurídica desses dados pessoais? Qual a diferenciação de tratamento (se existente) dessas informações, entre os contratados e os não-contratados (e o critério de acesso)? Se existente, qual ou quais os motivos jurídicos para isso?

Parabéns: você foi aprovado na entrevista, de candidato torna-se um *colaborador* efetivo. Passa, muitas vezes, a ter convênio médico e a empresa, prestadora desses serviços, ilimitado acesso a toda a sua condição físico-mental (por vezes, da sua família também). Internamente, tem direito ao uso de ferramentas digitais (e espaço para arquivamento de fotos, vídeos e outros documentos pessoais), tudo e por óbvio, armazenado e guardado por constantes *backups* efetuados pelo empregador em suas máquinas (os computadores, *smarthphones*, *tablets*, etc. continuam sendo de propriedade do empregador) – pelo menos, essa é a regra (que, claro, comporta exceções).

Se o empregado prestar serviços externos ou em *home office* poderá (se não houver explícita ordem em sentido contrário) se utilizar de rede *wi-fi* pública e/ou gratuita. Estará (o risco é grande e efetivo), contudo, trabalhando e possivelmente disponibilizando informações confidenciais para quem não deveria nesta hipótese. Será que ninguém lhe disse que isso não era seguro? Não há alguma política interna ou disposição contratual alertando-o para esse fato de risco? A necessidade dessas prévias comunicativas é importantíssima, diante dos reflexos negativos que podem desdobrar-se da sua (má) utilização.

Por falar em política interna será que há alguma disciplinando como ele deve usar (ou não usar) os aparelhos que lhe são ofertados para o trabalho, como computadores, *smartphones*, *tablets*, etc.? E mais: que eles serão considerados como ferramenta de trabalho e, portanto, sujeitos à fiscalização e controle? Condição que implica análise e verificação de (por) terceiros de fatos, fotos e comportamentos íntimos?

Ou mais ainda: que o empregador poderá, ao longo do contrato, obter informações estritamente pessoais relacionadas ao comportamento geral do empregado, geradoras de fórmulas que lhe permitem avaliar e assegurar a sua produtividade, influenciando diretamente na sua carreira profissional, sem que tenha possibilidade de um “contraditório” quanto ao subjetivo entendimento daquele que detém acesso a essas informações?

Ainda com relação ao uso do *wi-fi* aberto para clientes apenas com senha sem identificação, a

empregadora teria explicitado sobre os riscos de a sua utilização poder ser tratada em determinadas situações como crime virtual – além do acesso indevido por terceiros das informações contidas no aparelho? – como, por exemplo, um roubo de identidade e de senha, com a utilização das informações pessoais para realizar compras online ou efetuar transações financeiras de forma indevida. Ou, então: a) falsa identidade; b) calúnia, injúria ou difamação na internet; c) estelionato; d) pirataria; e) discriminação (comentários preconceituosos de cunho racista, sexista, homofóbico, transfóbico, etc.); e) pedofilia. A lista é grande.

Terminada a relação teria o empregado um salvo conduto relativo a uma espécie de direito ao esquecimento? Seus dados pessoais são seus e de mais ninguém. Logo, tudo que estiver (se previamente autorizado para tanto) guardado em seu maquinário deverá ser-lhe entregue por meio de *pendrive* ou mídia equivalente, com garantia de não armazenamento por parte do empregador.

Há de se observar, ainda, outros aspectos periféricos e reflexivos supervenientes ao fim do contrato, não diretamente ligados ao arquivo/guarda de “coisas” pessoais. A relação profissional que foi mantida entre empregado e empregador é originária de um contrato sinalagmático, limitado tão somente àqueles que o constituíram, à vista do seu caráter de direitos e obrigações exclusivas aos envolvidos. Salvo informações de índole estatal, que obrigatoriamente devem ser guardadas e eventual ou periodicamente repassadas à fiscalização do Estado, a fidúcia contratual obriga as partes que respeitem a individualidade personalíssima do contrato. Não é juridicamente admissível e possível repassar a terceiros dados e/ou informações sem a anuência do seu titular.

O que fica, para estudo e avaliação jurídica, é o *como*, ou seja, a instrumentalização de mecanismos eficazes de controle, para efetividade deste comando ético, à vista da ruptura contratual havida no relacionamento entre as partes. Único, diga-se de passagem, elo jurídico e factual que as ligava.

Sem dúvida alguma, é importantíssima a celebração de mecanismos jurídicos de vazão eficaz para essa garantia. Eles podem perpassar por aditivos contratuais; compromissos expressos pós-contratuais, com cláusulas restritivas de liberdade; acordos coletivos de trabalho; políticas internas de *compliance*; e tudo mais que tenha o condão de limitar (pelo menos mitigar) o conteúdo comunicativo dessas informações/dados pessoais e profissionais dos envolvidos ausentes, diante da ruptura do laço contratual.

Não há aqui que se esperar bom senso ou outra medida moral subjetiva. Deve-se, ao contrário, exteriorizar e expressar categoricamente os entendimentos e seus limites. Somente assim, se terá o respeito jurídico necessário e a possibilidade de reparo, diante de uma eventual e futura infração.

Quando se fala em proteção, dentro de um contexto social permeado por questões tecnológicas, o que está em jogo não é a construção de meios e formas que garantam ao indivíduo (a pessoa humana) uma proibição plena quanto ao acesso à sua vida privada; à sua intimidade (algo como: *me deixe em paz*).

O que é possível e deve ser respeitado é outro modo garantidor, qual seja o *controle*. Dispositivos legais que delimitem o acesso e uso dos seus dados pessoais, formadores da sua identidade e personalidade, que protejam o segredo (se assim a pessoa o quiser) sobre esses dados; sobre o fluxo dessas informações.

Muito embora no Brasil não exista uma regulamentação específica acerca da proteção de dados, a tutela privada de direitos da personalidade do trabalhador tem sua garantia, com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana. Para tanto, observam-se as disposições principiológicas da Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e Marco Civil da Internet.

Por sua vez, a União Europeia, em 27 de abril de 2016, editou normas que compõem o agora chamado *General Data Protection Regulation* (GDPR). De acordo com o estabelecido, as organizações que manipulam e tratam dados pessoais da Comunidade Europeia tiveram até maio de 2018 para se adequar às novas regras, dois anos após a edição<sup>25</sup>. O GDPR é o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho – relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)<sup>26</sup> e foi editado em conjunto com:

a) Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho – relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho<sup>27</sup>;

b) Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 – relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave<sup>28</sup>.

Em relação ao âmbito de aplicação, devemos ter em mente que o GDPR aplica-se a empresas brasileiras que tratam dados de cidadãos europeus, como, por exemplo, empresas que tenham matriz ou filial europeia, com sistema integrado para tratamento de dados<sup>29</sup>.

Numa relação de emprego, como bem alerta e destaca Tatiana de Almeida Granja<sup>30</sup>, estão presentes princípios próprios do Direito do Trabalho, que impõem limites aos poderes do empregador (direção, hierárquico e de fiscalização), garantidores, portanto, da proteção de dados. Neste sentido, ao destacar, primeiramente, o *princípio da irrenunciabilidade de Direitos*, ela o faz citando outros dois autores:

Primeiro, a jurista Cardona Rubert<sup>31</sup>, que identifica as possibilidades de tratamento de dados sensíveis: “O empresário unicamente poderá proceder ao tratamento automatizado destes dados sensíveis quando, pela natureza do posto, o trabalhador deva realizar tarefas carregadas de um indubitável conteúdo ideológico, devendo ser excluída esta possibilidade no caso de se tratar de tarefas neutras, já que a aptidão para executar ditas prestações não depende da participação do trabalhador na tendência ou linha ideológica da empresa e, portanto, são ilícitas todas as indagações realizadas pelo empresário dirigidas a obter informação relativa a ideologia, crenças religiosas, afinidade política ou sindical do candidato ao emprego ou do trabalhador do quadro que tenha que desenvolver ou desenvolva atividades ideologicamente neutras”.

Depois, traz à tona o entendimento de Daniel Martínez Fons<sup>32</sup>: “no que se refere aos dados especialmente protegidos, deve-se ter em conta que a exigência do consentimento na coleta e no tratamento de dados sensíveis não substitui nem neutraliza os direitos fundamentais à intimidade, liberdade religiosa, ideológica e sindical na relação de trabalho. Efetivamente, o requerimento empresarial ao trabalhador de qualquer informação relativa a algum dos aspectos agora citados se sujeita ao princípio da proporcionalidade. Isto significa que deve ser comprovado um interesse relevante no conhecimento da informação”.

A seguir, trata do *princípio da qualidade dos dados*, evidenciando que por esse princípio “os dados coletados devem ser adequados, necessários e proporcionais (não excessivos) e adequados à finalidade de tratamento a que se destinam. Além disso, eles devem ser, de fato, necessários, indispensáveis e não excessivos ao propósito do tratamento [...] deve haver proporcionalidade entre as naturezas dos dados levantados e o objetivo do tratamento de dados. Insta registrar que as três exigências relacionadas à qualidade dos dados – adequação, pertinência ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – correspondem aos três

elementos do Princípio da Proporcionalidade”.

Depois, completa com o *princípio da informação*, onde “é obrigação do empregador informar a existência e a finalidade do tratamento. É também necessário informar os meios e as fontes que serão utilizadas na obtenção dos dados, bem como as consequências da negativa de consentimento e/ou fornecimento das informações. [...] é mister demonstrar a idoneidade e garantir a transparência do tratamento de dados de caráter pessoal”.

Outro princípio por ela relacionado refere-se ao *princípio do consentimento*, onde “em qualquer espécie de tratamento de dados, o consentimento do indivíduo tem importância capital. Trata-se do princípio que legitima todo o tratamento. Ele permite que o afetado controle a utilização de seus dados pessoais, o que se denomina direito à autodeterminação informativa”.

Especificamente com relação a esse princípio, uma vez mais, ela se vale das assertivas e preciosas lições de Daniel Martínez Fons<sup>33</sup>, para quem “o consentimento da pessoa afetada é princípio essencial da relação de tratamento de dados [...]. A aplicação de tecnologias que permitam coletar, armazenar e tratar dados de caráter pessoal exige, com caráter geral, o consentimento do afetado [...]. Trata-se, portanto, de acordo com a doutrina, do “informed consent”, isto é, um consentimento informado e plenamente consciente sobre a relação jurídico-privada que se constrói entre o responsável do ficheiro e o afetado (tradução e grifos nossos)”.

E completa a relação com os princípios: (i) princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) princípio da não-discriminação; e (iii) princípio da boa-fé.

Para um real e efetivo efeito garantidor, hão de ser habilitados e reconhecidos alguns direitos suplementares: (a) direito de acesso; (b) direitos de retificação e de cancelamento; e (c) direito de oposição.

O empregado tem de ter acesso às informações que lhe dizem respeito. Deve-lhe ser facilitado o conhecimento, com simplicidade de caminhos para obtenção de todas as informações que concernem à sua vida (pessoal e profissional). Neste sentido, Daniel Martínez Fons<sup>34</sup> assegura que: “não cabe impor restrições indiretas que desestimulem o exercício do direito de acessar; de maneira que se deve rejeitar qualquer prática neste sentido, tais como circunscrever o exercício do direito fora da jornada de trabalho ou que o tempo investido não seja considerado tempo de trabalho, submeter a questionários os trabalhadores que querem acessar, nem, enfim, estabelecer um registro autônomo dos trabalhadores que fazem uso de sua faculdade”.

Quanto à periodicidade, Tatiana de Almeida Granja entende que deve ser fixado “um intervalo mínimo entre os acessos dos trabalhadores aos seus próprios dados, evitando transtornos para a organização decorrentes de sucessivos e despropositados acessos [...] com o estabelecimento de exigências mínimas que demonstrem a legitimidade de interesse”. Por óbvio, quando houver necessidades excepcionais e justificáveis, esse período pode sofrer alterações para atender essas legítimas urgências.

Embora não haja regulamentação específica na legislação brasileira (fora da relação de trabalho) há de se interpretar que a tutela dos direitos privados abarca a proteção do trabalhador, com base nas garantias constitucionais, Código Civil e consolidação das leis do trabalho.

Os dados poderão ser objeto de correção (*direitos de retificação e de cancelamento*), por meio de cancelamento (exclusão física do dado) ou, em alguns casos, pelo simples bloqueio ao acesso.

Há, ainda, a possibilidade do exercício do *direito de oposição*, facultado ao empregado apresentar justificativas legítimas para exposição e/ou manutenção de seus dados pessoais, uma espécie de *jus resistantiae* no contrato de trabalho.

Note-se que esse procedimento de controle é indispensável dentro do seio da sociedade

eminentemente digital que vivemos. Como alerta, Fernanda Bruno, professora e pesquisadora da UFRJ, “os contornos modernos que conhecemos e herdamos – a separação público/privado e a definição de papéis em cada uma dessas esferas, a valorização da família, os direitos do indivíduo, a inviolabilidade do domínio privado, o direito ao segredo, à solidão, a proteção ao anonimato etc. – foram resultado de embates na definição das relações entre o estado e a sociedade civil, o indivíduo e o coletivo. Logo, a privacidade, não sendo uma condição “natural”, está sujeita a variações, mas estas não seguem um princípio “evolutivo” que levaria a sua extinção (como quer Zuckerberg, presidente do Facebook), mas são (e foram sempre) o efeito de embates sociais, políticos, econômicos. A história da privacidade é uma história política do cotidiano, onde a micro e a macro-política não cessam de se misturar. É nesse sentido que se deve compreender as recentes transformações nos seus limites. A privacidade hoje está em disputa. Não se trata de afirmar que ela existe ou deixou de existir, mas de compreender os discursos, forças e práticas que hoje disputam pelo sentido, valor e experiência da privacidade. Essa disputa é especialmente sensível no campo das redes distribuídas de comunicação. Assim, é preciso entrecruzar a disputa em torno da privacidade e as disputas políticas, econômicas, sociais, cognitivas e estéticas que se travam no âmbito dessas redes, de seus “bens” materiais e imateriais, de seus modelos de comunicação, circulação e produção de informação, conhecimento, cultura etc. Não raro (embora não necessariamente) os que clamam pelo fim da privacidade também clamam pelo controle da liberdade e do anonimato, ou pelo controle das práticas de compartilhamento e colaboração na rede<sup>35</sup>”.

O importante, sem dúvida alguma, é o cuidado e a forma como são tratadas, divulgadas e destinadas às informações provenientes de dados pessoais do trabalhador<sup>36</sup> (antes, durante e após a relação de emprego), na medida em que esses dados pessoais (e sua publicidade) estão sob um invólucro digital de duas ordens:

a) Uma primeira que pode ser chamada de *mais superficial e visível*, “onde as pessoas geram e disponibilizam voluntariamente e sobre os quais usualmente têm o controle do seu grau de visibilidade e publicidade (conforme as ferramentas disponibilizadas aos usuários, e nas quais inscrevem-se as nuances éticas da política de privacidade desses serviços e ambientes)”.

b) Uma segunda camada, que chamaremos de *profunda*, de dados que podem ou não conter meios de identificação dos indivíduos que os geraram. “Agregados em bancos de dados e submetidos a técnicas de mineração e *profiling*, tais dados geram mapas e perfis de consumo, interesse, comportamento, sociabilidade, preferências políticas que podem ser usados para os mais diversos fins, do marketing à administração pública ou privada, da indústria do entretenimento à indústria da segurança, entre outros. Neste caso, o controle do indivíduo sobre os seus próprios dados é bem menos evidente e a noção de privacidade (nos seus termos jurídicos) não dá conta da complexidade de questões sociais, políticas e cognitivas envolvidas”<sup>37</sup>.

Logo, a proteção e guarda dos dados deve ser feita de maneira própria e complexa e não de modo amador e subjetivo, até porque o Marco Civil da Internet exige a proteção da *privacidade do usuário*, mas pede a manutenção, por *um ano*, de registros que possam *identificar os autores* dos acessos.

A importância deste viés contratual quanto à proteção de dados, tem relevância estrutural e transversal, tanto que gerou até a criação de uma profissão nova e moldada à sua gerência e aplicabilidade, como é o caso do “diretor de proteção de dados”. Em matéria específica sobre o tema, publicada no jornal O Estado de S. Paulo, destacou-se que “bancos, seguradoras, agências de publicidade e marketing e veículos de comunicação, todos procuram o mesmo profissional [...] *Data Protection Officer* (diretor de proteção de dados, em tradução livre) ou DPO. Trata-se de responsável por elaborar estratégias sobre como coletar e proteger dados pessoais contra ciberataques, uma das novas exigências do Regulamento Geral sobre proteção de dados pessoais (GDPR) [...]. Com a entrada em vigor da GDPR, a União Europeia espera que o DPO seja

capaz de dizer “não” a um presidente executivo que esteja a infringir as regras impostas pela legislação”<sup>38</sup>.

O equilíbrio entre as inovações digitais, comércio eletrônico e vida privada tem de existir e ser regulado. Todo esse processo de publicidade direcionada, assistentes pessoais, redes sociais e serviços de geolocalização estão imbricados nos estágios acima relacionados e próprios da relação de emprego (melhor: de trabalho, em sentido lato), o que exige, portanto, precaução e definição de regras comportamentais contratuais com o fito de mitigar abusos e excessos, preservando-se a dignidade da pessoa humana.

O Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados é um grande balizador do “como” tratar o tema, uma vez que regulamenta direitos que incluem o acesso aos dados, retificação, direito ao esquecimento, direito à informação em caso de sinistro – como vazamento de dados –, direito à limitação de tratamento e, finalmente, direito à portabilidade de dados. Esse último muito inovador. O usuário vai poder transferir seus dados de um banco para outro, por exemplo, sem burocracia<sup>39</sup>.

O momento, assim, valendo-se, aqui, da metáfora trazida por Leandro Karnal (lembrando Padre Vieira) é transformador: deve-se dar plena segurança jurídica à proteção de dados, lapidando-a em mármore e não de murta.

## 5. Conclusões

A nova realidade do mundo do trabalho revela um momento transformador influenciado por mudanças sociais que impactam, como aqui discutido, nos diversos ramos do Direito do Trabalho, como aspectos sindicais e da Reforma Trabalhista e proteção de dados do trabalhador. É a revolução digital, científica e tecnológica que reconstrói o viver (individual e coletivamente).

Destaca Karnal: “O padre Vieira criou uma ideia em seu *Sermão do Espírito Santo*, em 1657. Alguns povos, pensava o inaciano, são de difícil mudança e resistem à pregação do Evangelho. Diz o português que: ‘Há umas nações naturalmente duras e constantes, as quais dificilmente recebem a fé e deixam os erros de seus antepassados; resistem com armas, duvidam com o entendimento, repugnam com a vontade, cerram-se, teimam, argumentam, replicam, dão grande trabalho até se renderem; mas, uma vez rendidos, uma vez que receberam a fé, ficam nelas firmes, como estátuas de mármore; não é necessário trabalhar mais nelas’. No caso desses povos, a conquista espiritual seria muito complexa e demorada. Uma vez realizada a tarefa hercúlea, a nova imagem seria dura como pedra e os convertidos ficariam apegados de forma definitiva à Boa-Nova. Haveria outros povos, como os indígenas do Brasil, que teriam comportamento oposto. Seria dóceis e receptivos ao novo modelo religioso. A facilidade da adesão seria acompanhada pela pouca constância no caminho de Jesus. Imediatamente cristianizados e com rapidez voltando às crenças antepassadas. No caso em questão, em vez de mármore, seria como esculpir em um arbusto, a murta, planta sobre a qual o jardineiro hábil pode produzir formas inventivas. Passadas algumas semanas (Vieira fala em 4 dias), o arbusto perde o modelo e retorna ao estado natural. No mundo clássico, a murta era dedicada à deusa Vênus/Afrodite, reforçando sua mutabilidade. Os ‘gentios’ do Novo Mundo eram alunos ambíguos: aceitariam tudo que lhes ensinavam e, teimosos, permanecem apegados ao seu universo de valores”<sup>40</sup>.

Na sociedade “cada vez mais em rede, as repercussões de ações relativamente modestas, mas com elevado potencial disruptivo, propaga-se em tempo real ou quase real, com alta probabilidade de elas se tornarem virais e provocarem reações exponenciais em cadeia, frequentemente na forma *ripple effect* (efeito onda), típico desse processo de contágio em rede. As diferentes configurações sociopolíticas, em cada contexto histórico-estrutural, resultam do movimento estrutural e da relação entre as forças sociais, qualificados pela interveniência de agentes individuais com muita capacidade de repercussão e disrupção, que é amplificada pelas inovações tecnológicas”<sup>41</sup>.

Sendo assim o Direito do Trabalho do século XXI não é nem melhor, nem pior do que sempre foi. Ele tem, na verdade, é de acompanhar todo esse ciclo de mudanças, protegendo, quando tem de proteger, abrindo, ao mesmo tempo, espaços para novas formas de trabalho, que fazem parte desse momento de disrupção que vivemos e que não para. O desafio não é pequeno.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

KLOSTERMAN, Chuck, tradução de Érico Assis, *E se estivermos errados?* Harper Collins, Rio de Janeiro, 2017, p. 22.

2

Einstein aqui tem sentido figurado, com abrangência muito maior do que apenas o brilhante cientista.

3

AL-KHALILI, Jim. *PARADOXO Os nove maiores enigmas da ciência*. Fundamento. Tradução Sertão Produções Artísticas e Cinematográficas Ltda. (Pedro da Costa Novaes). São Paulo. 1ª ed., p. 140.

4

*Ibidem*. 141.

5

*Ibidem*.

6

Steven Pinker, que é professor de Harvard e até 2003 foi diretor do Centro de Neurociência do MIT, em seu livro, *O Novo Iluminismo*, alerta sobre o fato de que “a funesta pós-verdade arrisca abrir uma fissura no baluarte iluminista. Ao brandir que ‘não existe verdade’ (mas apenas narrativas e os rebolados mais ou menos bonitinhos da intertextualidade), o desconstrucionismo e o pós-modernismo podem minar ou até degradar a autoridade do desconhecimento e do estudo – portanto, da razão, substituindo-a pelo relativismo moral e epistemológico. O resultado são as realidades solipsistas. Já que nada corresponde ao real, cada um acredita no que quiser e que todo mundo se exploda”.

Não há como democrática e republicanamente viver neste universo crivado por um “*bang-bang* solipsista” de opiniões individualizadas e baseadas em estruturas que não se encaixam com a realidade, por melhor que sejam as boas intenções que elas carreguem. Não há de se falar em mudança de destino, quando ele já chegou; quando não é mais uma aposta, mas, ao contrário, uma certeza.

Não há como se aplicar regras, ainda que sejam ou tenham sido boas um dia, para uma determinada realidade, se ela não existe mais. Quando é outra a dimensão real. PINKER, Steven, *O Novo Iluminismo*, tradução Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares, Companhia das Letras, 2018.

---

7

AUGUSTO, Sérgio. *Nada será como antes, amanhã*. Jornal O Estado de S. Paulo. Caderno Aliás, E6, Domingo, 27 de dezembro de 2015.

---

8

E, mesmo assim, isso ocorreu depois que Melville fez revisões no texto, alterou o título (antes o nome era *A Baleia*). Para *A baleia*, a tiragem inicial foi de apenas 500 exemplares, mas menos de 300 foram vendidos.

---

9

KLOSTERMAN, Chuck, tradução de Érico Assis, *E se estivermos errados?* Harper Collins, Rio de Janeiro, 2017, p. 19.

---

10

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical. Princípios Gerais*. José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1975. (Dedicatória)

---

11

ZIZEK, Slavoj, *Acontecimento*. Zahar, tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, 2017, p. 8.

---

12

*Ob. cit.*, p. 177.

---

13

ABRANCHES, Sérgio. *A ERA DO IMPREVISTO A Grande Transição do Século XXI*. Companhia das Letras, São Paulo, 2017, ps. 73/74.

---

14

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O EMPREGADO e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º Volume, 1954, José Konfino Editor, São Paulo, p. 34.

---



15

*Ibidem*, pp. 87-88.

---

16

Russomano destacava à época a importância deste princípio, à vista do “desenvolvimento incipiente do sindicato e das precárias condições de vida do operariado latino-americano”.

---

17

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O EMPREGADO e o Empregador no Direito Brasileiro*, 1º Volume, 1954, José Konfino Editor, São Paulo, pp. 87-94.

---

18

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito Sindical. Princípios Gerais*. José Konfino – Editor, Rio de Janeiro, 1975, p. 42.

---

19

*Idem*, p. 44.

---

20

COSTA, Jurandir Freire. *TEMPO DE PERGUNTAR*. Jornal O Estado de S. Paulo, Caderno Aliás, Domingo, 27 de dezembro de 2015.

---

21

LAMOUNIER, Bolivar. *Política, democracia e ética pública*. Jornal O Estado de S. Paulo, Caderno Espaço Aberto, A2. 31 de dezembro de 2017.

---

22

Disponível em:

<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2017/12/27/caged-novembro-2017-saldo-empregos-carteira-assinada.htm>. Acessado em 02/01/2018.

---

23

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. 28ª edição. 2017. L&PM EDITORES, Porto Alegre, p. 43.

---

Filme: A Ponta (original The Point), de 1971, dirigido por Fred Wolf, em que, num reino incomum, onde toda a população tem cabeça em formato de ponta, nasce um menino (exceção) chamado Óbrio, que tem cabeça redonda. Não obstante sua diferença, ele tem muitos amigos. Todavia, um conde mau e ciumento, acaba por entender que Óbrio é mais popular do que o seu filho. E, deste modo, resolve expulsá-lo (juntamente com o seu cachorrinho Arrow) do reino. Ele é exilado para uma floresta afastada. Contudo, lá ele acaba tendo experiências incríveis. Conhece um homem com três cabeças, abelhas gigantes, uma árvore no negócio da venda de folha e uma pedra bem-humorada. Como lição, Óbrio aprende que não é necessário ter uma cabeça pontuda para ter um propósito na vida. Participação especial de Ringo Starr como narrador.

---

Considerando nº 171: A Diretiva 95/46/CE deverá ser revogada pelo presente regulamento. Os tratamentos de dados que se encontrem já em curso à data de aplicação do presente regulamento deverão passar a cumprir as suas disposições no prazo de dois anos após a data de entrada em vigor. Se o tratamento dos dados se basear no consentimento dado nos termos do disposto na Diretiva 95/46/CE, não será necessário obter uma vez mais o consentimento do titular dos dados, se a forma pela qual o consentimento foi dado cumprir as condições previstas no presente regulamento, para que o responsável pelo tratamento prossiga essa atividade após a data de aplicação do presente regulamento. As decisões da Comissão que tenham sido adotadas e as autorizações que tenham emitidas pelas autoridades de controlo com base na Diretiva 95/46/CE, permanecem em vigor até ao momento em que sejam alteradas, substituídas ou revogadas.

---

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>

---

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>

---

Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0681&from=PT>

---

Artigo 3º. Âmbito de aplicação territorial: 1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. 2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam

relacionadas com:

a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. 3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público.

---

30

GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador-a-relacao-de-trabalho/>. Acessado em 29/10/2017.

---

31

No original: *El empresario únicamente podrá proceder al tratamiento automatizado de estos datos sensibles cuando, por la naturaleza del puesto, el trabajador deba realizar tareas cargadas de un indudable contenido ideológico, mientras que habrá que entender excluida esta posibilidad en el caso de tratarse de tareas neutras, ya que la aptitud para ejecutar dichas prestaciones no depende de la participación del trabajador en la tendencia o línea ideológica de la empresa y, por tanto, son ilícitas todas las indagaciones realizadas por el empresario dirigidas a obtener información relativa a la ideología, creencias religiosas, afinidad política o sindical del candidato al empleo o del trabajador en plantilla que tenga que desarrollar o que desarrolle actividades ideológicamente neutras*. CARDONA RUBERT, María Belén. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 158-159 *apud* GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.

---

32

[...] por lo que se refiere a los datos especialmente protegidos, debe tenerse en cuenta que la exigencia del consentimiento en la recogida y tratamiento de datos sensibles no sustituye ni neutraliza los derechos fundamentales a la intimidad, libertad religiosa, ideológica y sindical en el relación de trabajo. Efectivamente, el requerimiento empresarial de cualquier información que se solicite al trabajador relativa a alguno de los aspectos ahora citados se halla sujeta al principio de proporcionalidad. Ello significa que debe justificarse un interés relevante en el conocimiento de la información. MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Derecho social y nuevas tecnologías*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 44. *apud* GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.

---

33

[...] es principio esencial de la relación de tratamiento de datos el consentimiento de la persona afectada [...]. La aplicación de tecnologías que permitan recabar, almacenar y tratar datos de carácter personal exige, con carácter general, el consentimiento del afectado [...]. Se trata, por tanto, de acuerdo con la doctrina, de “informed consent”, esto es, un consentimiento informado y plenamente

consciente sobre el que se construye la relación jurídico-privado entre el responsable del fichero y el afectado. Martínez Fons, Daniel. *Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Derecho social y nuevas tecnologías*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 39. apud GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.

---

34

*[...] para la obtención de un resultado ponderado en la composición de los intereses opuestos no basta con la máxima tutela que pueda ofrecerse al ámbito estricto de la intimidad y un amplio conjunto de informaciones a las que legítimamente pueda acceder el empresario. Todo lo contrario, el equilibrio de intereses debe fundamentarse sobre el principio de control del sujeto sobre la información relacionada con él. Ello se manifiesta en la existencia de una finalidad legítima que justifique la recogida de los datos de carácter personal. Es precisamente el referido principio el elemento esencial que ha de tomarse en consideración en la evaluación del tratamiento de datos en la relación laboral. Se trata, consiguientemente, de determinar la cantidad y calidad de las informaciones que sobre el cumplimiento de la prestación de trabajo pueden ser recogidas.* Martínez Fons, Daniel. *Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. Derecho social y nuevas tecnologías*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 31-32. apud GRANJA, Tatiana de Almeida. *O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: a relação de trabalho*.

---

35

BRUNO, Fernanda. O fim da privacidade em disputa. Disponível em: <http://revistapontocom.org.br/edicoes-anteriores-artigos/o-fim-da-privacidade-em-disputa>. Acessado em 10 nov. 2018.

---

36

É utilizado aqui o termo trabalhador, em vez de empregado, porque tratam-se de estágios supra-contrato de trabalho (antes e depois da sua confecção).

---

37

*Idem.*

---

38

Jornal O Estado de S. Paulo, 20 de maio de 2018, Caderno Economia B12.

---

39

Entrevista de Fernando Santiago, doutor e especialista em privacidade e direito relacionado a tecnologia, in Jornal O Estado de S. Paulo, 20 de maio de 2018, Caderno Economia B12.

---

KARNAL, Leandro. *Brasil de mármore e de murta*. Jornal O Estado de S. Paulo, 20 de maio de 2018, Caderno 2, C7.

---

ABRANCHES, Sérgio. *A era do imprevisto A Grande Transição do Século XXI*. Companhia das Letras, São Paulo, 2017, p. 68.

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO**

#### **9. EL FUTURO DEL TRABAJO EN MÉXICO ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL**

## **9. El Futuro del Trabajo en México ante la Cuarta Revolución Industrial**

---

### **The Future of Labor in Mexico Before the Fourth Industrial Revolution**

**(Autor)**

**JESÚS RODRÍGUEZ CEBREROS**

*Universidad Autónoma de Baja California, México rocej@hotmail.com rocej@uabc.edu.mx*

#### **Sumário:**

##### [1.Introducción](#)

##### [2.Evolución del derecho del trabajo en México](#)

###### [2.1.Generalidades](#)

###### [2.2.Antecedentes en México](#)

###### [2.3.Legislación vigente](#)

##### [3.Evolución de la industria, los cambios tecnológicos](#)

###### [3.1.Generalidades](#)

###### [3.2.Primer Revolución Industrial](#)

###### [3.3.Segunda Revolución Industrial](#)

###### [3.4.Tercera Revolución Industrial](#)

##### [4.La cuarta revolución industrial y el empleo en México](#)

##### [5.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumen:**

Si bien los cambios tecnológicos generados por la cuarta revolución industrial no están al alcance de toda la población mundial, sus efectos disruptivos, positivos y negativos, si están presentes en muchos de los ámbitos de la actividad humana, en particular, tratándose de las relaciones laborales. En México, la legislación laboral ha ignorado la presencia de los avances tecnológicos, los cambios en la organización empresarial y las evoluciones de los sistemas de

producción, estacionándose en muchos de sus apartados en las características del régimen de producción fordista, como ejemplo icónico de la segunda revolución industrial.

## **Abstract:**

Although the technological changes generated by the fourth industrial revolution are not available to the entire world population, its disruptive effects, both positive and negative, are present in many areas of human activity, particularly in the case of labor relations. In Mexico, labor legislation has ignored the presence of technological advances, changes in business organization and the evolution of production systems, anchoring the characteristics of the Fordist production regime in many of its sections, as an iconic example of the Second industrial revolution.

**Palabras Clave:** Revolución, Industrial, Trabajo, Legislación, México

**Keywords:** Revolution, Industrial, Labor, Legislation, Mexico

## **1.Introducción**

El surgimiento de la cuarta revolución industrial, concepto acuñado por el alemán Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial, por lo menos, desde el punto de vista formal, tuvo lugar en la Feria de Hannover, Alemania, en el año 2011, y en ella se planteó la idea de analizar la introducción de las tecnologías digitales en la industria, como es el caso de la robótica, el internet de las cosas, la realidad aumentada, la impresiones 3D y los grandes volúmenes de datos, entre otros; evoluciones tecnológicas que propician que dispositivos y sistemas colaboren entre sí, permitiendo la modificación de productos, procesos y modelos de negocio. Esta industria, denominada 4.0, está abocada a una transformación digital que afectará a todas las empresas, y, por lo tanto, las mismas tendrán la necesidad de adaptarse a esa transformación; es este un modelo industrial en el que la innovación es colaborativa, los medios productivos estén conectados, las cadenas de suministro estén integradas, y los canales de distribución y atención se digitalizan<sup>1</sup>; desde luego, con un gran impacto en el establecimiento y operación de las relaciones de trabajo.

En ese escenario, la presente investigación tiene por objeto analizar cómo la dinámica de las relaciones laborales en México debe responder a las citadas transformaciones tecnológicas, siendo obvio que, al igual que en el ámbito internacional, en los últimos años se ha intensificado la inquietud de modificar los términos en los cuales estas relaciones laborales están reguladas. Además, en el ámbito interno, la práctica académica y forense nos ha demostrado que los elementos que permitieron la gestación del Derecho Laboral clásico en México no son los mismos que imperan en la actualidad, por lo que surge, por una parte, el interrogante de verificar si existe la necesidad de incorporar al texto de la ley las transformaciones que en el ámbito tecnológico ha propiciado la denominada cuarta revolución industrial; o si, por otro lado, los términos en que se encuentra redactada la normatividad laboral son lo suficientemente flexibles como para adaptarse a esas nuevas realidades tecnológicas, sin necesidad de modificaciones sustanciales. De igual forma, se pretende establecer cómo deberán actuar los diversos factores de los procesos productivos, trabajo y capital, ante estas nuevas tecnologías, incluyendo la postura que deberá asumir el Estado.

## **2.Evolución del derecho del trabajo en México**

### **2.1.Generalidades**

La existencia de las relaciones de trabajo surge a la par de la necesidad del hombre por utilizar servicios personales subordinados a cargo de terceros, a la luz de la materia laboral, mediante el pago de un salario. Desde luego, parafraseando al ilustre maestro Mario De la Cueva, hay que descartar la posibilidad de encontrar visos de relaciones de trabajo en los tiempos de la

esclavitud, y lo mismo sucede con algunas figuras propias del Derecho Romano, como la *locatio conductio operarum*, la cual no era más que una figura similar al arrendamiento de animales y esclavos, y para cuya regulación no se necesitaba nada más allá del Derecho Civil; o, como lo refiere Santos Azuela<sup>2</sup>, estas relaciones ancestrales tenían una regulación dispersa, no solo jurídicas, también religiosas, sociales o éticas; la primera aproximación al establecimiento de derechos sustantivos laborales la podemos encontrar en la Edad Media, con el surgimiento de las asociaciones de compañeros, cuyos integrantes, compañeros y oficiales, debatieron con los maestros, propietarios de los talleres en los que se ejecutan los trabajos solicitados por la clientela, la fijación de condiciones de trabajo.<sup>3</sup>

## 2.2. Antecedentes en México

Respecto del México postcolombino, existieron diversos ordenamientos que vislumbraban el otorgamiento a los “*indios*” de cierto grado de protección, lo que aconteció a partir del siglo XVI con las *Leyes de Indias* y con las *Ordenanzas de Gremios*; ya en el siglo XIX, con los *Sentimientos de la Nación* (1813), el *Estatuto Provisional del Imperio* (1865), y el *Código Civil* (1870); en el siglo XX, los primeros intentos formales para reglamentar la materia laboral se materializaron en la Ley de Accidentes de Trabajo del Estado de México (1904) y Ley de Accidentes de Trabajo de Nuevo León (1906). En ese tenor, podemos afirmar que, hasta entonces, en México, los derechos y obligaciones generadas con motivo de la prestación de servicios personales subordinados en beneficio de otro, deberían ubicarse en las regulaciones estatales específicas que se mencionan, y de manera genérica, observando las disposiciones relativas previstas por el derecho común.

Con la caída de Victoriano Huerta<sup>4</sup>, el 15 de julio de 1914, “los jefes de las tropas constitucionalistas iniciaron la creación del Derecho del Trabajo”<sup>5</sup>, y como consecuencia de ello, en algunas entidades federativas, principalmente en Aguascalientes, Coahuila, Jalisco, San Luis Potosí, Tabasco, Veracruz, y Yucatán, se emitieron diversas disposiciones legales que reglamentaron el acceso por parte de los trabajadores, a ciertos beneficios y prestaciones laborales. El 14 de septiembre de 1916, el presidente Venustiano Carranza<sup>6</sup> convocó a la integración de una asamblea constituyente para redactar una nueva Constitución.

En México el fundamento constitucional del Derecho del Trabajo es el Artículo 123 Constitucional, que surgió en el Congreso Constituyente de Querétaro. Se instaló el 1º de diciembre de 1916. Quedó integrado por 218 representantes: 58 abogados, 28 militares, 24 obreros, 21 médicos, 18 ingenieros, 13 profesores, 8 periodistas y 16 con diversas profesiones<sup>7</sup>. El 17 de enero de 1917, a las 18:40 horas, Venustiano Carranza firmó la nueva Constitución, misma que incorpora lo que ha sido considerada “la primera declaración de derechos sociales de la historia”<sup>8</sup>. Podemos afirmar que las normas laborales en México aparecieron a principios del siglo XX y se desarrollaron con rapidez a partir de la Constitución de 1917 y su inclusión de las garantías sociales, hasta llegar a las leyes reglamentarias del artículo 123 constitucional, de 1931 y de 1970. La derogada Ley Federal del Trabajo de 1931 entró en vigor el 18 de agosto de dicho año y estaba integrada por 685 artículos.

## 2.3. Legislación vigente

La Ley Federal del Trabajo vigente hoy en México, entró en vigor el primero de mayo de 1970, pero es de destacarse que el viernes 4 de enero de 1980, en la sección segunda del Diario Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se publicó la reforma que modificó los Títulos catorce, quince y dieciséis, que consistió en la denominada reforma procesal laboral e incluyó la adición al artículo 47 del procedimiento para la entrega por parte del patrón al trabajador del aviso de despido, además de incorporar de manera expresa el principio de suplencia de la demanda deficiente, tan emblemático hoy en materia laboral.

La dinámica de las relaciones laborales en México ha generado en los últimos años la creciente inquietud de modificarlas, y surgió, por una parte, la interrogante de verificar la necesidad de



incorporar al texto de la ley las transformaciones que en el ámbito tecnológico, social, político y económico ha propiciado la globalización; y, por otra parte, el verificar si la norma vigente es suficientemente como para adaptarse a esas nuevas realidades.

Es claro que la normatividad laboral mexicana, en muchos de sus apartados, se estacionó en las características del régimen de producción fordista como ejemplo icónico de la segunda revolución industrial; ignorando la presencia de los avances tecnológicos, los cambios en la organización empresarial, las evoluciones de los sistemas de producción, las nuevas demandas del mercado, de lo que sí se ocupó la organización empresarial. En lo que consideramos un intento fallido de abandonar esa dinámica, el primero de septiembre de 2012, el entonces titular del Ejecutivo Federal en México, Felipe de Jesús Calderón Hinojosa<sup>9</sup>, presentó una iniciativa con carácter preferente para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; pasados solamente tres meses, se aprobó la reforma, y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, entrando en vigor al día siguiente, es decir, el 1 de diciembre de 2012.

Dicha reforma, incluyó importantes adiciones en materia de subcontratación, contratación para capacitación inicial y con cláusula de prueba, así como en materia de movilidad funcional de los trabajadores y limitante de los salarios generados con motivo de juicio. En el ámbito procesal, modificó la dinámica de los procedimientos, específicamente del procedimiento ordinario, incorporando como nominados nuevos principios procesales, ampliando y modificando el capítulo de pruebas, entre otras modificaciones. Al parecer, como refiere Arturo Alcalde Justiniani<sup>10</sup>, uno de los principales motivos de la formalización de la reforma en comento, son las sistemáticas críticas que en el ámbito internacional y en diversos foros y organismos se formulan al modelo de relaciones laborales que impera en México, ya que el mismo no solo es contrario a diversos convenios internacionales y a los principios que sustentan el trabajo decente según la Organización Internacional del Trabajo; sino que además, dicho sistema obliga a los empresarios a funcionar en nuestro país al amparo de prácticas corruptas, como es el caso de la celebración de contratos colectivos de trabajo con organizaciones sindicales ilegítimas, mediante la utilización de esquemas de protección que violentan la función equilibradora de la norma laboral, predominantemente a nivel colectivo.

Debemos esperar que la situación señalada en el apartado precedente se logre abatir en alguna medida con la ratificación por el Pleno del Senado de la República, en fecha 20 de septiembre de 2018<sup>11</sup>, del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en Ginebra, el 1 de julio de 1949.

En relación con la evolución de la norma laboral, como parte de un acontecimiento histórico para el Derecho laboral mexicano, el 24 de febrero de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral. Dicha reforma constitucional, según su artículo primero transitorio, entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el citado Diario Oficial de la Federación, es decir, a partir del 25 de febrero de 2017, y de conformidad con el transitorio segundo, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento de dicho decreto dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo, es decir, debía modificarse entre otras, la Ley Federal del Trabajo, así como las leyes orgánicas y presupuestales vinculadas con el traslado de las Junta de Conciliación y Arbitraje al Poder Judicial, además de la integración de la normatividad aplicable a los Centro de Conciliación y al organismo descentralizado federal citado por la misma reforma, entre otros; de ello se infiere que la entrada en vigor plena de la reforma se efectuaría a partir del 26 de febrero de 2018.

De manera específica, se reforma el contenido de la fracción XX del apartado "A" del artículo 123 constitucional, que otrora establecía que "Las diferencias o los conflictos entre el capital y el

trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno.”, ahora, dicha fracción establece que “La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patronos estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda”.

La transición de los tribunales del trabajo del Poder Ejecutivo al Poder Judicial era un anhelo largamente acariciado por parte de todos aquellos relacionados ordinariamente con la práctica forense laboral y con el derecho laboral en general. Con esta reforma, se pasa de una ineficiente integración tripartita de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a jueces unipersonales dependientes del poder judicial; y se incorpora el discutible carácter obligatorio de la instancia conciliatoria, previa a la etapa contenciosa del juicio.

Desde el punto de vista reglamentario, en un hecho contra natura, tomando en cuenta el contenido de la propuesta y los valores que supuestamente debían abanderar, el 07 de diciembre de 2017, senadores obreros de la Confederación de Trabajadores de México (CTM), y de la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC), presentaron un proyecto de decreto por medio del cual se pretendía expedir la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales, así como un proyecto que pretendía reformar, adicionar y derogar de diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. Por su parte, y con similares finalidades, en fechas 14 de diciembre de 2017 y 22 de febrero de 2018, se presentaron dos iniciativas adicionales por parte del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Acción Nacional.

Ante ello, en fecha 23 de marzo de 2018, las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social y Estudios Legislativos, presentaron ante el Pleno del Senado de la República un proyecto de Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales, y reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley del Seguro Social y de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

Más allá de que dichas propuestas constituyen a la fecha una especulación, por la tendencia mostrada a nivel legislativo de politizar y mercantilizar la relación de trabajo y el conflicto laboral, es obvio que visualizan las relaciones de trabajo, los conflictos relativos y los medios de solución, con una perspectiva que se encuentra anclada en la segunda revolución industrial, sin que exista indicio alguno de que la situación cambiará a corto o mediano plazo.

### **3. Evolución de la industria, los cambios tecnológicos**

#### **3.1. Generalidades**

En el aspecto económico, el común de las naciones otorga a la industria un papel clave en su desarrollo y, como consecuencia, no es raro el que la denominación “país industrializado” sea tomada como sinónimo de “país desarrollado”; para confirmar lo anterior, hay que recordar que la “ciencia económica” nace en Inglaterra, precisamente durante la revolución industrial, a fines del siglo XVIII.

Se considera a la industria como el segundo de los tres sectores básicos en los que se divide la actividad económica desde la publicación de las obras del australiano Colin Clark en 1940<sup>12</sup>. Tradicionalmente, la industria puede ser subdividida en diversos tipos, industrias extractivas, manufactureras y comerciales; las primeras transforman recursos naturales en productos utilizables por el resto de la industria, las segundas convierten estos productos en bienes de consumo o inversión y las terceras los distribuyen a los consumidores. Actualmente la clasificación de la industria es determinada por organismos diversos como Naciones Unidas, el

Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Unión Europea.

Desde sus orígenes, la industria se ha organizado de diversas formas, predominando hasta el siglo XVIII dos de ellas: el taller artesanal, durante muchos siglos organizado en gremios, y la industria domiciliaria, microtalleres controlados por comerciantes que suministraban materiales a trabajadores agrícolas, que así obtenían un complemento de renta. En la actualidad, como lo refiere el ilustre jurista peruano Doctor Teodosio A. Palomino, el avance tecnológico está provocando una reacción en cadena, de tal magnitud que muchos centros de investigación científica y tecnológica perfeccionan sus programas que 50 años atrás hubieran sido considerados increíbles o imposibles<sup>13</sup>.

Tomando en cuenta la temática abordada por esta investigación, es pertinente destacar que, desde el punto de vista doctrinal, se identifican a la fecha cuatro grandes transformaciones en la actividad industrial, a la que se ha denominado, las grandes revoluciones *industriales*.

### 3.2. Primera Revolución Industrial

La primera revolución industrial se puede ubicar entre los años 1760 y 1840<sup>14</sup>, surge en Inglaterra y tiene como principales características la mecanización de la industria y de la agricultura, la aplicación de la fuerza motriz en la industria a través de la máquina de vapor, el desarrollo del sistema fabril, el aceleramiento de los transportes y las comunicaciones, y el aumento del dominio capitalista en toda la actividad económica<sup>15</sup>. Tal y como lo refiere el inglés T. S. Ashton<sup>16</sup>, esta etapa estuvo caracterizada, además, por el rápido aumento de la población, la transformación eventual de las aldeas en populosas ciudades para formar parte de la fuerza de trabajo en la fábricas, la utilización de nuevas materias primas y formas de comercio, la generaron cambios no solo a nivel industrial, sino a nivel intelectual y social, lo que permitió mejoras en el campo de la salud, la alimentación, la vivienda y los servicios, entre otros, a favor de la población en general.

### 3.3. Segunda Revolución Industrial

La segunda revolución industrial se puede ubicar entre finales del siglo XIX (1860) y principios del siglo XX, incluye importantes desarrollos dentro de la industria química, eléctrica, de petróleo y de acero. Otros progresos esenciales durante este período incluyen la introducción de los buques de acero movidos a vapor, el desarrollo del avión y de la locomotora de vapor, la producción en masa de bienes de consumo, el enlatado de alimentos, refrigeración mecánica y otras técnicas de preservación. Este período también marca el advenimiento de Alemania y de los Estados Unidos como potencias industriales, junto a Francia y al Reino Unido. Durante la Segunda Revolución Industrial, las poblaciones urbanas superaron a las del campo, haciendo más importante a las metrópolis<sup>17</sup>.

Surge entonces el modelo de producción “fordista”, caracterizado por la existencia de empresas de producción a gran escala, con métodos de producción tayloristas, una alta división del trabajo y el crecimiento de los créditos al consumo. A este modelo de producción se le denomina fordista en atención a que fue en la compañía Ford Motor Company (fabricaban todas las piezas del coche, desde la carrocería hasta los asientos pasando por la tapicería), en Detroit, Michigan, bajo la dirección de Henry Ford, donde por primera vez se aplicó, y dio origen a lo que se llama la edad dorada del capitalismo, que comprende desde la década de 1940 hasta la década de 1970. Este método se generalizó con toda rapidez al resto de las industrias<sup>18</sup>.

Este modelo es el de la gran empresa industrial, que realiza una producción masiva, basada en una especialización estrecha de las tareas y de las competencias y en una organización piramidal del trabajo (organización jerárquica de la mano de obra; separación de las tareas de diseño y de realización de los productos)<sup>19</sup>.

Es este un modelo que reclamaba “un obrero estandarizado y masivo, un obrero que podía

permanecer toda su vida laboral en la misma empresa y, si se apura, ejerciendo idénticas o similares funciones”<sup>20</sup>. El Taylorismo, término derivado del nombre del estadounidense Frederick Winslow Taylor, 1856-1915, fue un método de organización industrial, cuyo fin era aumentar la productividad y evitar el control que el obrero podía tener en los tiempos de producción. Está relacionado con la producción en cadena y se basa en la aplicación de métodos científicos de orientación positivista y mecanicista, con el fin de maximizar la eficiencia de la mano de obra, máquinas y herramientas, mediante la división sistemática de las tareas, la organización racional del trabajo en sus secuencias y procesos, y el cronometraje de las operaciones, más un sistema de motivación mediante el pago de primas al rendimiento, suprimiendo toda improvisación en la actividad industrial<sup>21</sup>.

### 3.4.Tercera Revolución Industrial

La tercera revolución industrial inicia en la década de 1960, y, generalmente, se le conoce como la revolución digital o del ordenador<sup>22</sup>. Es un concepto lanzado por el sociólogo y economista norteamericano Jeremy Rifkin, que curiosamente es autor del libro titulado *El fin del Trabajo*, de 1995, y está precedido por un proceso multipolar, liderado por Estados Unidos, Japón y la Unión Europea, iniciado a mediados del siglo XX. Se vincula con el término “Sociedad de la Información”; se asienta sobre nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como en las innovaciones que permiten el desarrollo de energías renovables<sup>23</sup>.

Como parte de la dinámica generada por esta tercera revolución industrial en relación con la materia laboral, la capacitación de los trabajadores en materia de informática es la característica principal; o, como refiere José Manuel González-Páramo, “el empleo cualificado es el ganador La Tercera Revolución Industrial, caracterizada por la introducción gradual de los ordenadores, la computación y la telemática en los últimos 40 años del siglo XX, trae consigo un cambio significativo en la interacción entre las máquinas y el empleo respecto a las dos revoluciones tecnológicas anteriores<sup>24</sup>.

## 4.La cuarta revolución industrial y el empleo en México

No porque no la veamos o podamos percibirla, significa que no está sucediendo; no porque pretendamos ignorar o ignoremos su presencia, evitaremos las implicaciones disruptivas, positivas y negativas, de la cuarta revolución industrial, ya que, aunque seamos aparentemente ajenos a ella o reacios a aceptarlo, muchos aspectos de nuestra vida, en lo particular el empleo, están sufriendo ya importantes transformaciones.

Como ya se indicó, la introducción de tecnologías digitales en la industria, como es el caso de la robótica, el internet de las cosas, la realidad aumentada, las impresiones 3D, y los grandes volúmenes de datos, entre otros, dieron vida a la cuarta revolución industrial; y como lo afirma Klaus Schwab, la escala y la amplitud de la creciente revolución tecnológica producirán cambios económicos, sociales y culturales de proporciones tan fenomenales que son casi imposibles de prever<sup>25</sup>.

Cabe destacar que, como señala el mismo autor, la referida cuarta revolución industrial no está al alcance de toda la población mundial<sup>26</sup>, ya que, según el banco mundial<sup>27</sup>, el 13% de la población aún experimenta la segunda revolución industrial, al no tener acceso a la electricidad; y, por su parte, el Reporte Mundial de Desarrollo, elaborado por el mismo Banco Mundial, para 2016, el acceso a internet, característico de la tercera revolución industrial, está vedado para aproximadamente el 63% de la población en América Latina<sup>28</sup>.

En el mismo sentido, como señala Ana Patricia Botín, la trayectoria de cada una de las revoluciones industriales nunca ha sido fácil<sup>29</sup>; y, como un ejemplo anecdótico, podemos traer a colación el caso de la invención de la máquina de tejer en 1589 en Gran Bretaña. William Lee acudió a la Reina Isabel I para solicitar una patente de su invento. Según cuenta la historia, la petición fue rechazada vehementemente con estas palabras: “¿Habéis pensado lo que podría

afectar esta invención a mis pobres súbditos? Sin duda, sería su ruina al privarlos de empleo y convertirlos en mendigos”<sup>30</sup>. Vista la negativa por parte de la soberana, William Lee se trasladó a Francia encontrando a la postre el mismo rechazo, y hubo que esperar dos siglos para que, al calor de la Primera Revolución Industrial, la industria textil incorporara masivamente una versión avanzada de su idea.

No obstante lo anterior, dado el objetivo de esta investigación, es obvio que a pesar de que las nuevas tecnologías tendrán, para un grupo determinado de la población, un impacto positivo en el ámbito económico; para otros, específicamente los trabajadores, el impacto será negativo<sup>31</sup> por dos razones; en primer término, está aún por determinarse en qué dimensión la automatización de los procesos productivos y de servicios sustituirá la mano de obra; y, en segundo término, las nuevas tecnologías requerirán de trabajadores con una definida formación y capacitación en materia de nuevas tecnologías, tales como impresión 3D, ciberseguridad, simulación, Internet de las cosas, realidad aumentada, interpretación de grandes volúmenes de datos, entre otros; formación y capacitación que en la actualidad, la gran masa de trabajadores no posee.

En relación con el primer apartado, es de destacarse que, a la fecha, grandes industrias como la mega fábrica Hyundai en Asan, Corea del Sur, que fabrica más de 1000 vehículos por día, cuanta con menos de 100 empleados, ya que casi la totalidad de los procesos son realizados por elementos robotizados, y tienen como política empresarial, con la misma dinámica, el invertir en países con mercados emergentes, como es el caso de China, India y Brasil. En Japón, el Hotel Henn-na (Hotel Extraño) se encuentra totalmente robotizado, desde la recepcionista hasta el cocinero, pasando por el asistente personal y el encargado de limpieza; esta dinámica empresarial ha causado tal curiosidad, que en temporada alta se subastan las habitaciones. En Estados Unidos, la firma de abogados Baker Hostetler, especializada en bancarrotas, adquirió los servicios de Ross, un abogado robot con inteligencia artificial creado por IBM. Este nuevo abogado, entre otras cosas, rastrea en tiempo real sentencias que han creado jurisprudencia, y le permite analizar toda la nueva información para modificar estrategias en juicio. En Shanghai, el China Construction Bank, ha digitalizado gran parte de los procesos relacionados con los servicios que brinda a los usuarios de sus servicios financieros.

En este marco de la cuarta evolución industrial, y en un acto sin precedentes, el martes 16 de octubre de 2018, el robot Pepper, diseñado por la empresa japonés Softbank, fue invitado por los diputados de la Comisión de Educación del Parlamento del Reino Unido para responder a algunas preguntas relacionadas con esta cuarta revolución industrial, con el desarrollo de la inteligencia artificial y las implicaciones que esta tiene para la educación<sup>32</sup>.

Son, pues, estos algunos de los múltiples ejemplos que existen a nivel global, y a los que la tecnología ha reemplazado ya a la mano de obra tradicional, o participan en procesos diversos relacionados con la actividad humana.

En relación con el segundo apartado, son pocos los países iberoamericanos que han materializado su decisión de enfrentar los retos que presenta la cuarta revolución industrial, en materia de formación y capacitación de los trabajadores. Así, en España, se estructuró la iniciativa *Industria Conectada 4.0*, misma que busca brindar apoyos a proyectos que promuevan la transformación digital de las empresas industriales, complementando de esta forma los esfuerzos empresariales destinados a conseguir su evolución a la economía digital. En particular, esta actuación tiene como objetivo apoyar la incorporación de conocimientos, tecnologías e innovaciones destinadas a la digitalización de los procesos y a la creación de productos y servicios tecnológicamente avanzados y de mayor valor añadido en las empresas industriales.

Se apoyarán proyectos de investigación industrial, proyectos de desarrollo experimental, así como proyectos de innovación en materia de organización y procesos de pequeñas y medianas empresas. La actuación está enmarcada dentro de la iniciativa Industria Conectada 4.0, que



pretende desarrollar palancas competitivas diferenciales y la creación de las condiciones adecuadas para favorecer la competitividad de las empresas españolas, construyendo de esta forma el modelo español para la industria del futuro<sup>33</sup>.

Desde el punto de vista normativo, el artículo 4º del Estatuto de los Trabajadores dispone que como parte de los derechos de los trabajadores se encuentra el acceso a la formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad. En el mismo sentido, numeral 4 del artículo 19 del citado Estatuto preceptúa que el empresario está obligado a garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. El trabajador está obligado a seguir la formación y a realizar las prácticas. Todo ello en los términos señalados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y en sus normas de desarrollo, en cuanto les sean de aplicación.

A su vez, el artículo 23, relativo a la *Promoción y formación profesional en el trabajo*, dispone que el trabajador tendrá derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional; a la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo; y agrega que la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

Como complemento de las precedentes disposiciones, el Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, determinó potenciar la red de Centros de Referencia Nacional, fomentando su colaboración en el desarrollo de acciones de carácter innovador, experimental y formativo en el ámbito de la formación profesional para el empleo, y en particular en actividades de mejora de la calidad dirigidas a la red de entidades de formación colaboradoras y a los formadores. Para ello, estos centros procurarán mantener relación con centros tecnológicos y otras redes de gestión del conocimiento, tanto nacionales como internacionales, en sus ámbitos sectoriales específicos; estableciendo que hasta tanto no se elabore el escenario plurianual ni el informe anual de necesidades formativas a que se refieren los artículos 5 y 6, tendrán la consideración de acciones prioritarias a efectos de la programación formativa, al menos, aquéllas relacionadas con las competencias de idiomas, ofimática y tecnologías de la información y comunicación, conocimientos financieros, jurídicos y del funcionamiento de las Administraciones públicas.

En México, derivado de su relación industrial con grandes empresas trasnacionales, muchas de ellas asentadas en territorio nacional, se han introducido de manera importante los avances que en el ámbito internacional presentan las tecnologías digitales. Desafortunadamente, si bien el 98.7% de los hogares mexicanos cuentan con energía eléctrica<sup>34</sup>, solo el 50.9% de los hogares cuentan con acceso a Internet<sup>35</sup>, el cual, como ya se indicó, es característica distintiva de la tercera revolución industrial; razón por la cual, para casi 60 millones de mexicanos, las tecnologías digitales, como la robótica, el internet de las cosas, la realidad aumentada, la impresiones 3D, y los grandes volúmenes de datos, entre otros, no son accesibles.

Desde el punto de vista normativo, la legislación laboral no resulta para nada alentadora, ya que, tal y como se expresó en apartados ulteriores, es claro que la normatividad laboral mexicana, en muchos de sus apartados, se estacionó en las características del régimen de producción fordista como ejemplo icónico de la segunda revolución industrial; ignorando la presencia de los avances tecnológicos, los cambios en la organización empresarial, las evoluciones de los sistemas de producción, limitándose en las reformas laborales de 2012 a incorporar de manera desafortunada algunas figuras como la cláusula de capacitación inicial en los contratos, el

contrato a prueba, o la subcontratación de personal, pero sin vinculación alguna con la búsqueda de fomentar la formación y capacitación de los trabajadores a la luz de las nuevas tecnologías.

Por su parte, los intentos de reforma a la legislación laboral, aún desde el ámbito constitucional, no se ocupan de manera alguna de la referida problemática, misma situación que guardan las representaciones sindicales más representativas del país.

A la par, desde el punto de vista educativo, las universidades públicas del país, que entre paréntesis aglutinan a la mayor parte de los estudiantes de educación superior, continúan con la dinámica de egresar numerosos contingentes de profesionistas con perfiles vinculados con ciencias ajenas a los avances tecnológicos, como derecho, ciencias administrativas, psicología, ciencias políticas, y pedagogía, entre otras; y respecto de aquellas profesiones que sí se encuentran vinculadas con estos avances, ingeniería, medicina, arquitectura, ciencias marinas, entre otras; los planes de estudio suelen estar alejados de la preparación de los estudiantes en materia de impresión 3D, ciberseguridad, simulación, Internet de las cosas, realidad aumentada, interpretación de grandes volúmenes de datos, entre otros.

Como una muestra de ello, vale exponer que para el año 2017, México presentó 269 solicitudes de registro de patentes a nivel internacional, cuando España presentó 1.399 solicitudes, República de Corea 15.763 solicitudes, Alemania 18.982 solicitudes, Japón 48.208 solicitudes, China 48.882 solicitudes, y Estados Unidos de América 56.624 solicitudes; siendo Brasil el mejor latinoamericano con apenas 593 solicitudes<sup>36</sup>. Acorde a lo anterior, tomando en cuenta los diversos indicadores que miden la competitividad del país, es claro que por lo pronto vamos en retroceso, ya que según el Informe de Competitividad Global 4.0 para 2018, elaborado por el Foro Económico Mundial en el marco de la cuarta revolución industrial, se ubicó a México con una disminución de dos lugares pasando del lugar 44 al 46 en el citado ranking<sup>37</sup>. Desde el punto de vista oficial, no existen políticas adecuadas que tengan como objeto fortalecer a los factores involucrados en la actividad industrial; ¡cuán lejos estamos de una participación plena en la cuarta revolución industrial!

## 5. Conclusiones

Tomando en cuenta todos los aspectos analizados con antelación, tenemos que llegar a la conclusión de que México, desde el punto de vista normativo, político, social y educativo, no se encuentra preparado para enfrentar las diversas vicisitudes y para aprovechar todas las ventajas que presenta la cuarta revolución industrial. Es necesario que los empresarios y los trabajadores, con la intervención honesta y responsable de los sindicatos y del mismo Estado, se ocupen de gestionar ante los poderes legislativos cambios normativos y presupuestales que verdaderamente busquen la incorporación de mecanismos que fortalezcan la formación y capacitación en materia de nuevas tecnologías; y el acceso a las mismas para el total de la población.

La legislación laboral, en vísperas de ser renovada en México, debe ocuparse de incorporar mecanismos de regulación de las relaciones de trabajo, que respondan a las expectativas de las nuevas formas de contratación generadas por las nuevas tecnologías, abandonando en la medida de lo indispensable los esquemas clásicos.

Las universidades deben actualizar sus planes de estudio con la finalidad de propiciar perfiles competenciales adecuados en los egresados a la luz de las nuevas tecnologías, sin dejar de observar, que los grandes contingentes de profesionistas egresados de las universidades, que en la actualidad enfrentan importantes dificultades para acceder a un puesto de trabajo relacionado con su perfil universitario, no están exentos de verse también relegados por los avances tecnológicos, particularmente en materia de análisis e interpretación de datos a cargo de entes robotizados.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

SCHWAB, K., *La Cuarta Revolución Industrial*, Editorial Debate, México, 2017, pp. 13-21.

---

2

SANTOS AZUELA, H., *Derecho del Trabajo*, Mc Graw Hill, México D.F., 1998, p. 19.

---

3

DE LA CUEVA, M., *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 2015, pp. 5-6.

---

4

José Victoriano Huerta Márquez, presidente de facto tras golpe de estado, por el periodo comprendido del 19 de febrero de 1913 al 15 de julio de 1914.

---

5

DE LA CUEVA, M., *op. cit.*, p. 45.

---

6

Venustiano Carranza Garza, presidente constitucional por el periodo comprendido del 1º de mayo de 1917 al 21 de mayo de 1920.

---

7

GONZÁLEZ OROPEZA, M., *El Congreso Constituyente*, Editorial TEPJF, México, 2008, p. 18.

---

8

DE LA CUEVA, M., *op. cit.*, p. 44.

---

9

[Presidente de México](#) del 1 de diciembre de 2006 al 30 de noviembre de 2012.

---



10

MERCADO LÓPEZ, H. A., *et al*, *Reforma al Artículo 123 Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 49-53.

---

11

<http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-09-20-1/assets/documentos/gaceta1.pdf>

---

12

Se ha hecho clásica la clasificación del conjunto de [actividades](#) económicas de un país en tres grandes [grupos](#) o sectores: [sector primario](#) (minería, agricultura, ganadería, pesca y silvicultura), [sector secundario](#) ([industrias](#) manufactureras o transformadoras) y [sector terciario](#) ([comercio](#) y [servicios](#) en general), a los cuales se añade más recientemente el denominado [sector](#) cuaternario, de contenido no [bien](#) definido todavía, en el cual se suelen incluir las [actividades](#) económicas relacionadas con el [ocio](#) y las nuevas de [servicios](#) de sofisticada [tecnología](#). (La Gran Enciclopedia de Economía, 2006-2009).

---

13

PALOMINO, T. A., *La Empresa Robotizada*, EN Impresiones, Perú, 2015, p. 85.

---

14

SCHWAB, K., *op. cit.*, p. 20.

---

15

<https://www.historialuniversal.com/2010/07/primera-revolucion-industrial.html>

---

16

ASHTON, T. S., *La Revolución Industrial*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2008, pp. 27-31.

---

17

<https://www.historiacultural.com/2010/07/segunda-revolucion-industrial.html>

---

18

JÁUREGUI, A., 2017, obtenido de <https://www.gestiopolis.com/principios-de-la-administracion-cientifica-taylor-y-ford/>

---

19

SUPIOT, A., *et al*, *Trabajo y Empleo, Transformaciones del Trabajo y Futuro del Trabajo en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 35

---

20

PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el Empleo*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, pp. 49-50.

---

21

<http://modelosdeproduccion01.blogspot.mx/>.

---

22

SCHWAB, K., *op. cit.*, p. 20.

---

23

<http://economipedia.com/historia/tercera-revolucion-industrial.html>

---

24

<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A95/A95-7.pdf>

---

25

SCHWAB, K., *op. cit.*, p. 45.

---

26

SCHWAB, K., *op. cit.*, p. 21.

---

27

<http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2018/05/18/sustainable-development-goal-7-energy-access-all>

---

28

<http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/03/07/latinoamerica-muchos-moviles-poco-internet>

---

29

. SCHWAB, K., *op. cit.*, p. 10.

---

30

Citado en D. Acemogly y J. Robinson (2012), *Why nations fail: The origins of power, prosperity, and poverty*, Random House Digital, p. 182.

---

31

SCHWAB, K., *op. cit.*, p. 53

---

32

<http://www.milenio.com/tecnologia/un-robot-explica-que-es-la-ia-al-parlamento-britanico>

---

33

<http://www.mincotur.gob.es/PortalAyudas/IndustriaConectada/Paginas/Index.aspx>

---

34

<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/vivienda/>

---

35

<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/ticshogares/>

---

36

[http://www.wipo.int/export/sites/www/pressroom/es/documents/pr\\_2018\\_816\\_annexes.pdf#annex1](http://www.wipo.int/export/sites/www/pressroom/es/documents/pr_2018_816_annexes.pdf#annex1)

---

37

<http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf>

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO**

#### **10. E-SPORTS: MUCHO MÁS QUE UN JUEGO**

## **10. E-Sports: Mucho más que un Juego**

---

### **E-Sports: More than a Game**

**(Autor)**

**AMALIA DE LA RIVA**

*Universidad de La República. Uruguay de\_la\_riva@yahoo.com*

#### **Sumário:**

##### [1.Introducción](#)

##### [2.¿De qué hablamos cuando hablamos de e-sports?](#)

##### [3.Los desafíos](#)

##### [3.1.La construcción jurídica de la figura](#)

##### [3.2.La informalidad](#)

##### [3.3.Los menores de edad](#)

##### [3.4.La brecha de género](#)

##### [3.5.La compatibilización con la vida privada](#)

##### [3.6.La internacionalización](#)

##### [3.7.Los desafíos de la protección social](#)

##### [3.8.Los desafíos colectivos. Actuación gremial](#)

##### [3.9.Derecho aplicable y jurisdicción competente](#)

##### [4.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumen:**

El tema de este Segundo Congreso Mundial Cielo Laboral es particularmente relevante. La “Cuarta revolución industrial y la globalización: la protección del empleo, la salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro” hace foco tanto –en cuanto aquí nos ocupa– en el futuro del trabajo como el futuro del Derecho que regulará, enmarcará o tutelará el trabajo prestado bajo formas que, posiblemente hoy, no podamos siquiera imaginar. Es bajo esta premisa que se intentará proponer, al menos, una somera descripción de los e-sports o deportes electrónicos, y los desafíos que estos plantean para las categorías jurídicas tradicionales que se

manejan en el mundo del iuslaboralismo. A los efectos ilustrativos y sin mayor pretensión que proveer de una definición operativa, diremos que los e-sports son sustancialmente competiciones de videojuegos, usualmente en modalidad multijugador -individual o por equipo-, en plataforma online. La característica de que no es necesario que los jugadores -o deportistas- se encuentren en el mismo espacio físico, sino que es posible, y hasta habitual, que en la misma partida se enfrenten jugadores físicamente localizados en los cuatro puntos cardinales, plantea los más diversos desafíos jurídicos. En efecto, los fenómenos de internacionalización de las relaciones laborales encuentran hoy su máxima expresión en el desarrollo de estos deportes electrónicos que implican retos que van desde la conceptualización jurídica de la práctica, su vínculo con el derecho laboral aplicable al deportista profesional, los desafíos del trabajo informal, las dificultades para compatibilizar su práctica con la vida familiar, la defensa bajo subordinación de empresas para las que se desempeñan, la migración, la brecha de género, el derecho aplicable y la jurisdicción competente en caso de litigio, los desafíos de la negociación colectiva y la actuación gremial, entre otros. El videojuego no es sólo un producto para el entretenimiento. Grandes torneos, incluso a escala mundial, se han desarrollado en los últimos años, tanto es así que las empresas más importantes cuentan con equipos de deportistas virtuales, al igual que muchos clubes deportivos -tradicionales- de la élite mundial. Los propios Estados han reconocido la práctica, cosa que ha llevado en ciertas circunstancias a otorgar visados internacionales de ingreso a estos sujetos, en la categoría atletas reconocidos internacionalmente. La ponencia, contiene un breve análisis de algunos de los tópicos referidos, y los desafíos que plantea en clave laboral esta práctica que crece hoy al 40% anual, logrando ingresos de 700 millones de dólares que se vaticina subirán hasta 1.500 millones para el año 2020, porque, como se ha dicho en el título, los e-sports son mucho más que un juego.

#### **Abstract:**

E-sports are substantially videogame competitions, usually in multiplayer mode -individual or by team-, in an online platform. The characteristic that it is not necessary for players -or athletes- to be in the same physical space pose the most various legal challenges. The internationalization of labor relations find their maximum expression today in the development of these electronic sports, which involve challenges ranging from the legal conceptualization of the practice, its link with the labor law applicable to the professional athlete, the challenges of informal work, the difficulties to make their practice compatible with family life, the defense under subordination of companies for which they work, the migration, the gender gap, the applicable law and the competent jurisdiction, the challenges of collective bargaining and trade union action, among others. The paper contains a brief analysis of some of these topics, because, as has been said in the title, e-sports, are much more than a game.

**Palabras Clave:** e-sports, jugadores, deportes electrónicos, videojuegos

**Keywords:** e-Sports, gamers, electronic sports, videogames

### **1.Introducción**

El tema en torno al cual se pensará y debatirá en este Segundo Congreso Mundial Cielo Laboral es particularmente relevante. La “cuarta revolución industrial y globalización: la protección del empleo, la salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro” hace foco tanto - en cuanto aquí nos ocupa- en el futuro del trabajo, como el futuro del Derecho que regulará, enmarcará o tutelaré el trabajo prestado bajo formas que posiblemente hoy no podamos siquiera imaginar.

Es bajo esta premisa que dirigiremos nuestra mirada a los denominados e-sports, por cuanto cumplen con el doble desafío apuntado, en tanto son, por un lado, una novedosa forma de prestar tareas y, por otro lado, posiblemente sean acreedores a ajustes normativos que no han llegado aún a producirse. En definitiva, nuevo trabajo, y nuevo Derecho del Trabajo aplicable. De modo tal que aquí, se intentará proponer al menos una somera descripción de los e-sports o

deportes electrónicos, y los desafíos que estos plantean para las categorías jurídicas tradicionales que se manejan en el mundo del *juslaboralismo*.

## 2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de e-sports?

A los efectos ilustrativos y sin mayor pretensión que proveer de una definición operativa, diremos que los e-sports son sustancialmente competiciones de videojuegos, usualmente en modalidad multijugador -individual o por equipo-, en plataforma online. El videojuego, hoy, no es sólo un producto para el entretenimiento de entrecasa.

Grandes torneos, incluso a escala mundial, presenciales o a distancia, se han desarrollado en los últimos años, tanto así que las empresas más importantes cuentan con equipos de jugadores virtuales, al igual que muchos clubes deportivos -tradicionales- de la élite mundial<sup>1</sup>.

Esta práctica que crece hoy al 40% anual, logrando ingresos de 700 millones de dólares que se vaticina treparán hasta mil quinientos millones para el año 2020, no encuentra ni aun mínimamente consensos en cuanto a su propia naturaleza jurídica, y mucho menos entonces acuerdos en cuanto a la forma de su regulación.

En efecto, al menos tres vertientes muy marcadas pueden ponerse de relieve en cuanto a su conceptualización jurídica<sup>2</sup>. O bien la práctica de los llamados *gamers* puede ser considerada deporte y en su caso deporte profesional; o bien pueden según las condiciones de la prestación, derechamente ser considerados trabajadores comunes; o, incluso, también su actividad puede ser considerada como ejecución artística y, en su caso, realizada en espectáculos públicos.

El llegar a una u otra conclusión tiene efectos prácticos de gran relevancia, sobre todo, en aquellos países en los que existe una marcada diferencia de regulación jurídica, según se trate el caso de trabajadores comunes o deportistas vinculados a su empleador bajo -a estar a la normativa- un contrato de trabajo especial. Y cuanto más si se los entiende marginados total o parcialmente del universo laboral e inmersos, exclusivamente, en una representación de tipo artística.

Por nuestra parte, y de modo de poner sin más preámbulos, de manifiesto los desafíos que en el mundo del trabajo plantea esta modalidad, tomaremos un atajo yendo directo a una conclusión<sup>3</sup> a que arribamos en este tópico, y así diremos que, a nuestro juicio, se trata de deportistas, y en su caso, deportistas profesionales. Diversos fundamentos convergen para llegar a dicha aseveración, muchos de ellos ya ensayados en su momento por las más admitidas teorías referidas al deporte profesional tradicional, sin perjuicio de lo cual, baste decir ahora en línea de argumento de autoridad, que así también lo reconoce el Comité Olímpico Internacional.

En efecto, dicho órgano en su cumbre de Lausana, con fecha 28 de octubre de 2017, ha entendido que los e-sports pueden ser considerados actividad deportiva desde que los jugadores involucrados entrenan y se preparan con una intensidad que puede ser comparable a la forma en que lo hacen los atletas en los deportes tradicionales. Quedaría para su plena integración al sistema bajo la órbita del Comité Olímpico Internacional que los e-sports adopten un sistema organizativo que asegure el cumplimiento de las reglas del movimiento: antidopaje, freno a la manipulación y apuestas y no vulneración de los valores olímpicos. Incluso, los propios Estados han reconocido esta práctica<sup>4</sup>, cosa que ha llevado en ciertas circunstancias a otorgar visados internacionales de ingreso a los jugadores, en la categoría de atletas reconocidos internacionalmente<sup>5</sup>.

## 3. Los desafíos

### 3.1. La construcción jurídica de la figura

Cuando el mundo todavía no ha visto asentarse suficientemente la regulación y caracterización

de los deportistas como trabajadores, y no ha resuelto monolíticamente las tensiones entre Estados y organizaciones internacionales vinculadas a la práctica de las diversas disciplinas aparecen en escena estas nuevas modalidades de juego.

El desarrollo de estos deportes electrónicos implica retos que parten, incluso, desde la propia conceptualización jurídica de la práctica y su vínculo con el derecho laboral en general y el aplicable al deportista profesional en particular, como venimos de apuntar. La dificultad de adaptar las categorías jurídicas existentes como herramientas capaces de delimitar el campo del derecho del trabajo, en especial la subordinación y la ajenidad, pone en aprietos al jurista.

### 3.2. La informalidad

Por otra parte, y con una fuerte impronta direccionada desde el escollo apuntado, emerge la paradoja de un sector fuertemente informal, pero que económicamente mueve decenas de millones al año y capta la atención de otros tantos espectadores. En definitiva, trabajadores no conceptualizados como tales, y que, en consecuencia, aun cuando en algún caso puedan obtener jugosos réditos monetarios, carecen las más de las veces tanto de protección social como de tutela de los más variados derechos, por no hablar de protección ante la rescisión contractual.

Si a esto sumamos el hecho de que los *gamers* habitualmente son personas muy jóvenes –la media se estima en 24 años de edad– que han puesto sus estudios formales en suspenso por dedicarse a esta práctica, que son sometidos a una alta exigencia física y expuestos a factores nocivos como el *doping*, sin poder casi contar con el marco protectorio de las entidades estatales que poca idea tienen no ya de la regulación, sino incluso de la existencia de este universo, las luces de alerta se encienden.

### 3.3. Los menores de edad

Si bien el fenómeno de los videojuegos tiene décadas de evolución, su tránsito hacia la disciplina de competición, en un marco de profesionalidad es en términos históricos hartamente reciente. Esto hace que los principales practicantes de la disciplina sean personas de corta edad. Desde el punto de vista jurídico, los desafíos que presenta el hecho de que el ejército de jugadores esté compuesto casi exclusivamente por jóvenes, muchas veces menores de edad, supone un desafío de enorme importancia. En efecto, no sólo cuanto dice relación con la edad mínima para contratarse laboralmente –por debajo de la cual muchas veces se encuentran jugadores profesionales, las largas horas de entrenamiento, el hecho de hacerlo incluso, a contra horario cuando es *online*, entre tantas otras peculiaridades, delinean los contornos de una prestación eventualmente laboral y casi, de un estilo de vida.

### 3.4. La brecha de género

Aun cuando la figura del e-sport puede considerarse novedosa, no logra romper con la barrera de género que permea la realidad laboral e, incluso, social actual. Existe una marcada brecha entre varones y mujeres que se expresa, al menos, en los siguientes tres ejes: en primer lugar, en cuanto al número de competidores profesionales, la realidad da cuenta de una marcada mayoría de hombres en una relación que se sitúa, según fuentes de investigaciones dadas a publicidad, en un rango del 85% a 66%<sup>6</sup>. El hecho de que las mujeres sean prácticamente el 50% de los usuarios de videojuegos, agudiza más aún la disparidad apuntada. En definitiva, si bien las mujeres consumen videojuegos a nivel de usuario, en una proporción igual a los hombres, a la hora de dar el salto hacia la competencia profesional, la brecha se expande.

En segundo lugar, siendo que las competencias de videojuegos nacieron esencialmente mixtas, la realidad marca que, a primer nivel mundial, los competidores son casi exclusivamente del sexo masculino. Las mujeres difícilmente participan activamente no sólo como competidores, sino como entrenadores, analistas o comentaristas. Esta realidad, llevó a que se abrieran torneos exclusivamente femeninos, permaneciendo los reglamentariamente mixtos como



verdaderamente masculinos.

En tercer lugar, desde el punto de vista económico, torneos idénticos, tienen diferentes premios según su variante sea mixta -realmente masculina como se apuntó- o femenina. Esto se traduce en que los hombres resultan mucho mejores pagos que las mujeres. Mejores pagos ya desde el punto de vista salarial, ya desde el punto de vista de los premios por obtención de torneos, ya desde el punto de vista de la enajenación de su imagen en función del objetivo de marketing a que apunta el campeonato o sus patrocinadores o anunciantes<sup>7</sup>.

Como es fácil colegir, las inequidades apuntadas que, en definitiva, son reediciones de las existentes en los trabajos tradicionales merecen la mayor de las condenas, así como también lo merecen los eventos de discriminación y ciberacoso que se han reportado en ciertas ocasiones<sup>8</sup>.

En definitiva, aun cuando podría sostenerse que en la trama de los videojuegos habitualmente hay alguna representación femenina -con importancia dispar en la línea argumental- la mujer no ha podido dar un salto de visibilidad fuera de la pantalla.

### **3.5.La compatibilización con la vida privada**

La franja etaria vinculada a la actividad de deportes electrónicos hace que la compatibilización de ésta con la vida familiar discurra por carriles ligeramente diferentes a aquellos a los que estamos acostumbrados a analizar. En efecto, al tratarse de personas muy jóvenes, la compatibilización más que con las obligaciones parentales dice relación con el vínculo que los une con el resto de su familia en particular sus progenitores. Progenitores que, en general, no comprenden la dimensión de la actividad y que, muchas veces, es valorada como una mera distracción o dispersión de conductas mejor socialmente aceptadas como la asistencia a instancias de educación formal.

Por otra parte, el hecho de la baja tasa de mujeres -que son quienes soportan tradicionalmente las cargas familiares- a nivel de disputa de torneos, sumado a la juventud de los jugadores, redimensionan el significado de las compatibilizaciones de esta actividad con la vida familiar.

Pero estas mismas características personales, aunadas al tipo de entrenamiento que muchas veces se da en espacios físicos en los que residen durante días, o a la necesidad de compatibilizar diferentes husos horarios en función de la posibilidad de jugar *online*, hacen que la vida fuera del circuito no sea la corriente.

### **3.6.La internacionalización**

Si algo caracteriza a esta actividad es que puede ser jugada simultáneamente por competidores en diversos países, en los cuatro puntos cardinales. No sólo en competencias individuales multijugador, sino incluso como integrantes de un mismo equipo. Esta realidad no registra antecedentes. Los desafíos resultan ser múltiples y derraman sus consecuencias especialmente en los párrafos que a continuación repasaremos.

### **3.7.Los desafíos de la protección social**

Desde el punto de vista de la seguridad social, dos órdenes de factores plantean importantes retos. En este sentido, a los estrictamente de Derecho como son la fuerte informalidad, y la dificultosa conceptualización jurídica de la actividad, se suman otros de corte más profundamente sociológicos, como la juventud de los deportistas y figuras afines, la naturaleza lúdica de la actividad o la posibilidad de desarrollarla allende fronteras. Si a esto adicionamos el hecho de que los sistemas de seguridad social tienen frecuentemente fuertes anclajes en la cotización a los organismos previsionales, se provoca que el período dedicado a los e-sports presente dificultades tanto de aportación -y fiscalización- como por vía de consecuencia de generación y percepción de prestaciones.

Desde el punto de vista de la protección contra enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, baste decir que en estas actividades existe también un riesgo cierto de lesiones producto de movimientos repetitivos, extrema concentración, inmenso grado de presión y gran cantidad de horas de juego ininterrumpido.

### **3.8.Los desafíos colectivos. Actuación gremial**

Si no hay actualmente consenso en el encuadre laboral de quienes participan en competencias profesionales de videojuego, mal podemos pretender que se desarrollen instancias de actividad colectiva. Las dificultades que experimentaron -y aún experimentan- los deportistas tradicionales y figuras afines para ejercer sus derechos sindicales, se magnifican exponencialmente en la actividad analizada en el presente, que aún en competencias por equipo no requiere siquiera que los participantes se encuentren no ya en el mismo campo de juego, sino en el mismo continente.

La fábrica concebida como la catedral de la Revolución Industrial, que vio nacer los sujetos colectivos fruto de la propia comunidad entre los que allí trabajaban y de su producto subsistían, fue sustituida por la interconexión de bites, avatares, y universos paralelos, que más allá de plantear retos obliga a repensar las bases mismas sobre las que se edificaron los conceptos de solidaridad colectiva y acción gremial.

### **3.9.Derecho aplicable y jurisdicción competente**

El corolario ineludible de lo que viene de decirse es una dificultad de orden procesal difícil de soslayar. La compleja arquitectura de un concepto que englobe a quienes practican disciplinas vinculadas a los videojuegos en cualquier modalidad, y más aún la adaptación a esta nueva realidad de estructuras jurídicas preexistentes, o bien la creación de nuevos dispositivos pinta un paisaje de enorme dificultad. A esta dificultad, anclada sobre todo en el Derecho sustantivo, se adiciona la dificultad procedimental que viene condimentada por la eliminación de las fronteras del Estado que, con función demarcatoria de la soberanía, comprendía los límites dentro de los cuales el poder de imperio era ejercido en exclusividad, y, consecuentemente, dentro de los que sus magistrados aplicaban la ley. Hoy, el trabajo global requiere también pensar nuevas formas de contención normativa, también global.

## **4.Conclusiones**

Los usuarios de videojuegos han dejado de estar exclusivamente vinculados a la consola en sus hogares para transitar hacia competencias profesionales a nivel mundial. El juego cedió terreno a la batalla. El hecho de que no es necesario que los jugadores se encuentren en el mismo espacio físico, sino que es posible, y hasta habitual, que en la misma partida se enfrenten jugadores físicamente localizados en los cuatro puntos cardinales, plantea los más diversos desafíos jurídicos. En efecto, los fenómenos de internacionalización de las relaciones laborales encuentran hoy su máxima expresión en el desarrollo de estos deportes electrónicos que implican retos que van desde la conceptualización jurídica de la práctica, su vínculo con el derecho laboral aplicable al deportista profesional, los desafíos del trabajo informal, las dificultades para compatibilizar su práctica con la vida familiar, la defensa bajo subordinación de empresas para las que se desempeñan, la migración, la brecha de género, el derecho aplicable y la jurisdicción competente en caso de litigio, los desafíos de la negociación colectiva y la actuación gremial, entre otros.

Esta industria que mueve cientos de millones de dólares al año, que experimenta un crecimiento constante en todo aspecto, irrumpe en el mundo del trabajo de un modo que seguramente ni la ciencia ficción hubiera podido imaginar. El desafío es el resolver cómo el Derecho del Trabajo se las ingeniará para adaptarse, expandirse y por qué no, conquistar este universo casi irreal.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Nótese que la propia Federación Francesa de Fútbol ha anunciado la creación de su propio equipo de eFoot.

2

Puede verse interesante análisis realizado por ROQUETA BUJ, R. en “El estatuto laboral de los jugadores profesionales de videojuegos”, isuport.com, 19 de junio de 2017.

3

Hemos optado por no detenernos aquí en analizar los fundamentos de una y otra corriente, ni en dar mayor espacio a las características que nos hacen concluir que estamos antes deportistas porque, el centro del presente trabajo es otro, y consiste en plantear los nuevos desafíos que para el Derecho del Trabajo imprime esta naciente actividad.

4

Francia ha sido precursora de esta realidad, adoptando diversas normas al respecto: “LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique”, en su artículo 102; Decreto N°2017-872; Decreto N° 2017-871 2017.

5

En 2013, el canadiense Danny “Shiphtur” Le se convirtió en el primer profesional en recibir un visado de atleta internacional para poder competir en EE UU.

6

Algo similar pasa con los espectadores de los torneos.

7

Si el competidor típico es masculino y predominantemente también lo es la audiencia, entonces los anunciantes tienen este público como objetivo de las campañas y productos que se promocionan en o a través de estos torneos.

8

Sorprende seguramente al lector encontrar como se perpetúan determinados estereotipos de género a los que no escapan no sólo las nuevas generaciones sino tampoco las formas novedosas de prestar tareas. Varias investigaciones dan cuenta de episodios de discriminación, acoso y hostigamiento por el sólo hecho de tratarse de mujeres.

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **2. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO**

#### **11. LOS EMPLEOS VERDES Y SUS INNOVADORES IMPACTOS EN EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES EN URUGUAY**

## **11. Los Empleos Verdes y Sus Innovadores Impactos En El Futuro Del Derecho Del Trabajo Y Las Relaciones Laborales En Uruguay**

---

### **Green Jobs and Their Innovative Impacts on the Future of Labor Law and Labor Relations in Uruguay**

**(Autor)**

**JOSÉ ANTONIO IGLESIAS CÁCERES**

*Aspirante a Profesor de Derecho Laboral y Profesor Ayudante Contratado en Teoría de las Relaciones Laborales Facultad De Derecho, Universidad de la República (Uruguay).  
iglesiasrodriguezbeissio@gmail.com*

#### **Sumário:**

[1.Introducción](#)

[2.¿Qué son los empleos verdes?](#)

[3.Empleos verdes en Uruguay](#)

[3.1.Principales actividades económicas con incidencia en los empleos verdes](#)

[4.Impactos de los empleos verdes en el futuro del derecho del trabajo y las relaciones laborales](#)

[5.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumen:**

En Uruguay existen cerca de 45.000 empleos verdes, o sea, casi el 3% de la mano de obra ocupada al año. Este número corresponde a una definición relativamente estricta que no incluye, por ejemplo, los empleos generados en el transporte público o en el sector de la construcción. Son empleos que, según la definición empleada por la OIT, contribuyen a la protección del medioambiente y a la vez son empleos de calidad, con contrato formal, derechos laborales y protección social. A su vez, han sido identificadas nueve actividades

económicas, en las cuales se considera que existen mayores perspectivas para la creación de empleos verdes, con su consiguiente impacto en términos normativos dentro del Derecho del Trabajo y fundamentalmente en la dinámica de las Relaciones Laborales. Uruguay se enfrenta a múltiples desafíos y oportunidades de futuro en materia de empleos verdes debido, entre otros aspectos, a la introducción de tecnologías cada vez más accesibles -como el caso de la microgeneración fotovoltaica, donde además el país ha generado algunas capacidades productivas propias-, impactando en sectores de actividad que presentan gran relevancia en las otras dimensiones del desarrollo sustentable, que son las dimensiones ambiental y social. Así, resulta especialmente sensible en esta última la variable de empleo (al ser sectores intensivos en mano de obra) y de desarrollo productivo con descentralización territorial. Todos estos escenarios impactan y proyectan hacia el futuro -tan incierto como esperanzador- el siempre complejo mundo de las relaciones laborales, así como sus consecuencias normativas en el ámbito del Derecho del Trabajo, lo cual es objeto de análisis y reflexión en la presente ponencia.

## **Abstract:**

In Uruguay there are about 45,000 green jobs, or almost 3% of the labour force employed per year. This number corresponds to a relatively strict definition that does not include, for example, jobs generated in public transport or in the construction sector. These are jobs that, according to the definition used by the ILO, contribute to the protection of the environment and at the same time they are quality jobs, with a formal contract, labour rights and social protection. In turn, nine economic activities have been identified, in which it is considered that there are greater prospects for the creation of green jobs, with its consequent impact in normative terms within the Labour Law and fundamentally in the dynamics of Labour Relations. Uruguay faces multiple challenges and opportunities for the future in terms of green jobs, due to, among other aspects, the introduction of increasingly accessible technologies -such as the case of photovoltaic microgeneration, where the country has also generated some of its own productive capacities-, impacting sectors of activity that have great relevance in the other dimensions of sustainable development, which are the environmental and social dimensions, being particularly sensitive in the latter the variables of employment (being labour-intensive sectors) and productive development with territorial decentralization. All these scenarios impact and project towards the future - as uncertain as hopeful - the ever-complex world of labour relations, as well as its normative consequences in the field of Labour Law, which is the subject of analysis and reflection in this paper.

**Palabras Clave:** empleos verdes, sustentabilidad, medioambiente, trabajo decente, relaciones laborales

**Keywords:** green jobs, sustainability, environment, decent work, labour relations

## **1.Introducción**

El cambio climático<sup>1</sup> constituye uno de los principales problemas que enfrenta la humanidad en la actualidad<sup>2</sup>, aspecto que ha sido incorporado -como nos lo recuerda Fabio Bertranou (Director de la Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina)- en la Agenda 2030<sup>3</sup> de Desarrollo Sostenible<sup>4</sup>, ya que a nadie le es ajeno que el cambio climático, necesariamente, impacta en la economía y en los mercados laborales<sup>5</sup>.

Es por ello por lo que el desarrollo sostenible es un reto para los países de América Latina y el Caribe<sup>6</sup>. De esta forma, se hace necesario avanzar en un proceso de transformación de la región hacia un modelo más sostenible, que implica necesariamente llevar adelante acciones para afrontar el cambio climático, lo que a su vez requiere de esfuerzos integrados<sup>7</sup>.

En este contexto, existe cada vez más conciencia que la transición a una economía verde necesariamente implica cambios profundos en el mercado laboral y Uruguay no escapa a esa realidad. Las políticas ambientales la mayoría de las veces implican un riesgo en cuanto a la posibilidad de destrucción de fuentes de ingreso y puestos de empleo, pero debemos advertir, también, que dichas políticas conllevan la potencialidad de generar nuevas oportunidades laborales.

Esta transición hacia una economía verde va configurando nuevos perfiles del trabajo hasta ahora conocido, e, incluso, otras formas de trabajo. Evidentemente, los denominados empleos verdes son el producto de políticas que responden a determinados modelos de producción y consumo, así como de nuevas formas de ordenamiento territorial, institucional y de gobernanza, que consideran la sostenibilidad como una forma positiva de encarar los desafíos del futuro.

La Organización de los Estados Americanos, a través de su Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI), celebró su *XX Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo (CIMIT)* en 2017, en Barbados, la cual tuvo como corolario la aprobación de la Declaración de Bridgetown 2017: “Construyendo sobre nuestros logros y avanzando hacia la Justicia Social, el Trabajo Decente y el Desarrollo Sostenible en las Américas”.

Dicha Declaración establece, en su artículo 18, que: “Trabajaremos en la promoción de políticas y medidas relacionadas con la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, en el esfuerzo de ofrecer oportunidades para alcanzar objetivos sociales y económicos, a fin de facilitar la integración del empleo y el desarrollo con la sostenibilidad ambiental, lo que es esencial para nuestra supervivencia. Subrayamos la importancia de un marco de transición justa y nos comprometemos a intensificar nuestros esfuerzos para alcanzar estrategias de economía verde que incluyan, según corresponda, la anticipación del impacto del empleo, el desarrollo de competencias y el reentrenamiento, así como el diálogo social y la creación de empleos”.

## 2. ¿Qué son los empleos verdes<sup>8</sup>?

Los empleos verdes<sup>9</sup> son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente, ya sea en los sectores tradicionales, como la manufactura o la construcción, o en nuevos sectores emergentes, como las energías renovables y la eficiencia energética.

Pero es importante destacar que los productos o servicios verdes no siempre se basan en la producción y tecnologías verdes. Así como, tampoco, los empleos verdes definidos a través de procesos de producción no terminan, necesariamente, en bienes o servicios ambientales.

Por ello, es posible distinguir entre dos tipos de empleos verdes: a) empleos en sectores económicos verdes tomando en consideración el producto final; y b) atendiendo a las funciones de trabajo en todos los sectores, desde una perspectiva que considere los procesos respetuosos con el medio ambiente.

El informe de la OIT denominado “Sostenibilidad medioambiental con empleo – Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2018”, considera que un aumento sostenido del 5% de las tasas de reciclaje de plásticos, vidrio, celulosa, metal y otros materiales puede generar cerca de seis millones de empleos adicionales en todo el mundo. Destacando, dicho informe, que el sector de tratamiento y el reciclaje de residuos actualmente emplea a más de medio millón de personas en Brasil y Bangladesh, siendo la mayoría mujeres.

Lamentablemente la mayoría de dichos trabajos en el mundo forman parte de la economía informal, configurándose un grave déficit de trabajo decente para millones de personas. Una economía sostenible, como meta a alcanzar, exige a los países un cambio de modelo

productivo y un tejido productivo más innovador, más inteligente, en definitiva, más eficiente desde el punto de vista medioambiental.

No debemos olvidar el papel fundamental que juegan las políticas de formación y desarrollo de competencias profesionales, ya que las mismas forman parte sustancial de las estrategias para acelerar la transformación verde de cualquier economía. La creación de empleos decentes en una economía verde requiere importantes esfuerzos de coordinación de políticas del mercado laboral, de inspección de trabajo, de formación profesional, de diálogo social, etc. También es importante la formación en valores y en conciencia ambiental, fomentando la demanda y el consumo de productos y servicios verdes. Dichos esfuerzos constituirán la “fuerza motriz” en la creación de empleos verdes.

Finalmente, no debemos perder de vista, que los empleos verdes se pueden crear en todos los sectores, empresas y clases de ocupaciones, tanto en áreas urbanas como rurales, con la particularidad de que los mismos pueden abarcar desde los empleos menos calificados a aquellos que requieren un grado de cualificación y formación superior, debiendo incluirse en estas últimas a determinadas profesiones calificadas como verdes.

### **3. Empleos verdes en Uruguay**

En Uruguay, el concepto de empleo verde es de reciente incorporación. Sin embargo, debemos destacar que Uruguay viene, desde hace algunos años, avanzando en el desarrollo de políticas medioambientales, incorporando de manera explícita estos principios en su ordenamiento jurídico y en la elaboración y ejecución de políticas públicas. Así, debe destacarse la ratificación de todos los convenios internacionales en materia de desarrollo sostenible y la promulgación en el año 2000 de la Ley 17.283 (Ley General de Protección del Medio Ambiente), entre otras regulaciones.

Dichas políticas y enfoques impactan en los sectores medioambientales emergentes, así como también tienen su impacto en los sectores tradicionales de empleo, generando nuevas oportunidades laborales.

Por ello, cada vez cobra mayor relevancia para el desarrollo de los conceptos de economía y empleos verdes, el necesario estudio estadístico que abarque nuevas definiciones en el mundo laboral que atienda a las realidades ocupacionales de los diversos sectores productivos.

El reciente estudio de Mariela Quiñones Montoro<sup>10</sup> evidencia que, en Uruguay, se identificaron cerca de 44.108 empleos verdes, lo que viene a significar el 2,72% de la mano de obra ocupada en el año 2013. Es una selección casi universal de la totalidad de empleos verdes, los cuales se ajustan a la definición empleada por la OIT, ya que los mismos contribuyen a la protección del medioambiente y, a la vez, son empleos de calidad, con contrato formal, derechos laborales y protección social.

Los resultados del mencionado estudio constituyen un primer esfuerzo –aunque no el único– a la hora de identificar y conocer los diferentes aspectos, tanto cualitativos como cuantitativos, de los empleos verdes en el Uruguay. Con todo, cabe mencionar que, debido a la aún limitada información sobre la economía verde, los resultados obtenidos son muchas veces estimaciones indicativas, aunque tienen el innegable valor de poner el foco en los incipientes empleos verdes que se han creado en nuestro país.

#### **3.1. Principales actividades económicas con incidencia en los empleos verdes**

El mencionado estudio<sup>11</sup> identificó nueve actividades económicas, las cuales cuentan con mayor potencial a la hora de crear empleos verdes. Ellas son:



1. Producción agropecuaria orgánica. Dentro de ella, podemos comprender la propuesta de una modalidad alternativa de agricultura, denominada agroecológica, concebida como el camino para mejorar la producción y el consumo de alimentos con sustentabilidad ambiental y justicia social. Este sector representa, según dicho estudio, el 8% de los empleos verdes en el país.
2. Sector forestal, que es una actividad dinámica desde el punto de vista económico, y es en el sector de viveros donde es más intensiva en el uso de mano de obra. El informe de Quiñones Montoro revela que estos empleos representan el 16% de empleos verdes que genera el país. Y que el 75% de la mano de obra empleada en el sector forestal trabaja en explotaciones certificadas con las normas de sustentabilidad ambiental del sector.
3. Energías Renovables<sup>12</sup>. El sector de las energías renovables<sup>13</sup> tuvo un gran desarrollo en los últimos años debido a las políticas públicas en materia de cambio de matriz energética. Este sector se particulariza por la desigualdad de género en el acceso a los puestos de trabajo, y significa el 19% del empleo verde del país.
4. Gestión y Tratamiento de Residuos. La gestión de residuos es una actividad clave en la denominada economía verde, a pesar de ello, los trabajadores del sector presentan profundos problemas de informalidad laboral, malas condiciones laborales y remuneraciones bajas. De todas formas, es el sector que más contribuye a la creación de empleos verdes, siendo el 29% en todo el país.
5. Sector Público ambiental. Dicho sector desempeña un importante papel en cuanto a la generación de empleo verde en el país. En el corto plazo no es una fuente relevante de empleo verde directo, aunque sí de empleo verde indirecto. Es el motor de generación de empleo verde en el resto de los sectores ambientales y el segundo sector en contribución al empleo verde en el país con un 21,43%.
6. Educación ambiental. La conformación de redes de educadores ambientales supuso un gran impulso para el desarrollo de esta actividad. Siendo su impacto del 1% del empleo verde en el país.
7. I+D ambiental. Es un sector en expansión con gran potencial de creación de empleos verdes. Representa un 1% del empleo verde en el país.
8. Servicios ambientales a empresas. Estos servicios constituyen las actividades de soporte transversal a todos los sectores económicos que permiten incorporar el factor ambiental en la gestión de las empresas; representan el 3% del empleo verde en el país.
9. Tercer sector ambiental. Las organizaciones de la sociedad civil actuando en temas de protección medioambiental generan puestos de trabajo estables en los sectores de los empleos verdes, pero también incluyen un gran número de trabajos de tipo voluntario; suponen el 2% del empleo verde generado en el país.

#### **4. Impactos de los empleos verdes en el futuro del derecho del trabajo y las relaciones laborales**

Sin duda que los empleos, sobre todo en estas nueve actividades económicas referidas, tienen su impacto en el derecho del trabajo y en las relaciones laborales<sup>14</sup>.

En primer lugar, porque no se puede pensar ni justificar un empleo verde que no esté ligado al concepto de trabajo decente, con lo que ello importa desde el punto de vista normativo laboral, ya sea en el respeto absoluto a las normas de derecho laboral como de seguridad

social.

En segundo lugar, porque dicho respeto impacta necesariamente en la dinámica de las relaciones laborales existentes y en aquellas que surgirán al influjo de las reglas de juego ya aceptadas por todos los actores que interactúan en el marco de los empleos verdes. Debemos preguntarnos si el actual Derecho del Trabajo da respuestas satisfactorias a estas nuevas modalidades de empleos verdes.

Un aspecto que no debe perderse de vista es el de que los empleos verdes suelen asociarse a sectores de alto grado tecnológico y formativo, y dichos empleos, también impactan fuertemente en los sectores de empleos con escaso valor agregado como el reciclado de residuos sólidos, cuyos trabajadores cuentan con un alto grado de vulnerabilidad, contando con menos formación y menos utilización de tecnología sofisticada, pero con alto impacto medioambiental desde el punto de vista de la sustentabilidad.

En este último caso, es necesario abordar el alto grado de informalidad en dicho sector. Así, el Informe del Instituto Cuesta Duarte del PIT-CNT, con colaboración de la OIT, refiere a que esta actividad presenta un “alto grado de informalidad, marginación y falta de cuidado por la dimensión ambiental”, aunque existen excepciones<sup>15</sup>. Aunque no es fácil cuantificar la cantidad de empleos verdes que se puede generar en este sector<sup>16</sup>, el mismo no deja de ser de interés, y conviene atender al impacto que tiene en las relaciones laborales y a la posibilidad de ir incorporando al mundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a un conjunto de la población largamente postergada.

Vemos aquí la incidencia de los empleos verdes en la búsqueda y concreción de más justicia social y en la necesidad de ajustar los mecanismos con que cuenta el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para incluir y proteger a aquellos que no disfrutaban, actualmente, de su amparo. Sin dudas, que el Ministerio de Trabajo y el Banco de Previsión Social gozan de un rol preponderante a la hora de estar vigilantes y hacer efectivo el trabajo decente como un derecho humano fundamental.

## 5. Conclusiones

Debemos desmitificar que no todos los países ni todos los sectores productivos están en condiciones de crear empleos verdes. En este sentido, un informe de la OIT concluye que, en realidad, los empleos verdes pueden crearse en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo económico. Así, se pueden generar empleos verdes tanto en áreas urbanas como rurales, en todos los sectores y actividades industriales y tipos de empresas.

El desafío de los empleos verdes es crear conciencia de que cualquier tipo de empresa puede ser más verde, es decir, transitar hacia modelos más sostenibles ambientalmente. A su vez, los empleos verdes pueden ser creados por empresas verdes a través del nacimiento de nuevas empresas que explotan nuevos mercados verdes o, también y fundamentalmente, por medio de la ecologización de las empresas existentes hacia procesos de producción más respetuosos con el medio ambiente<sup>17</sup>.

Debemos tener en cuenta que la adaptación al cambio climático requiere de nuevos esfuerzos y desafíos, y que las estrategias de mitigación necesariamente necesitan de inversión en nuevas tecnologías, productos, servicios e infraestructura, y dichos esfuerzos deben servir de estímulo a la tan necesitada creación de empleo. En este sentido, la OIT estima que podrían crearse hasta 60 millones de puestos de trabajo nuevos.

El diálogo social, con inclusión del tripartismo y la negociación colectiva, son elementos imprescindibles para elaborar políticas en materia de cambio climático y transición en todos los niveles. Es necesario crear y mejorar las competencias, formar, educar, y desarrollar el

espíritu empresarial a fin de maximizar las posibilidades de creación de empleos verdes<sup>18</sup>.

Uruguay no debe ser un mero espectador de dichos cambios -y de hecho no lo es-, mucho menos en un mundo globalizado, pero debe profundizar los esfuerzos en recorrer esta vía sustentable de los empleos verdes desde todas las dimensiones posibles: social, laboral, tecnológica y medioambiental. Dichos empleos no solo son el futuro de las relaciones laborales, sino que también son el presente de un país con trabajo decente y sustentable que todos anhelamos y bregamos por construir. Ya hemos comenzado a dar los primeros pasos y el futuro es alentador<sup>19</sup>, por ello, debemos animarnos a seguir recorriendo este camino<sup>20</sup> entre todos, poniendo nuestros mayores y mejores esfuerzos.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

“Los efectos del cambio climático están ya perjudicando seriamente al mercado laboral y al empleo. Las sequías, las olas de calor, las fuertes lluvias, los ciclones tropicales, el aumento del nivel del mar, el aumento de las temperaturas y los cambios en los ciclos de precipitaciones han provocado el desplazamiento de trabajadores, interrumpido operaciones comerciales, dañado activos empresariales e infraestructuras y deteriorado de forma significativa las condiciones laborales, la salud y la seguridad en el trabajo, y la productividad laboral”. *Empleos Verdes: Informe de avance 2014-2015*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 8.

2

En el pasado II Congreso Mundial CIELO Laboral, celebrado en la ciudad de Montevideo los días 12 y 13 de octubre de 2018, María Luz Vega, Coordinadora de la Iniciativa para el Futuro del Trabajo en la OIT, expresaba que “de seguir produciendo en la forma que lo hacemos actualmente, en el año 2020 ya no habrá trabajo ni trabajadores, por ello es necesario implementar formas de producción sustentables con el medioambiente”.

3

Véase el *Plan de Implementación de la OIT - Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, disponible en [https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/WCMS\\_510124/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/WCMS_510124/lang-es/index.htm)

4

“Dada la magnitud, complejidad y urgencia de los desafíos ambientales, sociales y económicos que enfrenta el mundo en la actualidad, un enfoque integral para hacer frente a estos retos no es una opción sino una necesidad”. El Programa Empleos Verdes de la OIT, [www.ilo.org/greenjobs](http://www.ilo.org/greenjobs).

5

BERTRANOU, F., Director de la Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina, en QUIÑONES MONTORO, M., *Uruguay: identificación de oportunidades para la creación de empleos verdes en la citricultura*, Publicación OIT, 1ed. 2017, p. 7.

---

6

“(…) el personal de la OIT del Equipo de Trabajo Decente y la Oficina de país para el Caribe y un consultor internacional trabajaron directamente con el Departamento de Trabajo de Dominica y Saint – Marteen en la evaluación de impacto de las catástrofes naturales en el mercado laboral, incluyendo el análisis de las habilidades necesarias en estas situaciones y lagunas de protección social. (...) Más ampliamente, en toda la región del Caribe, la OIT ha trabajado con las organizaciones de empleadores prestándoles asistencia técnica para la elaboración de planes de contingencia para las empresas que pudieran verse afectadas por este tipo de desastres, de manera que estén preparadas para el futuro”. “Preparando el futuro del trabajo que queremos en las Américas a través del diálogo social”, 19ª Reunión Regional Americana – Panamá, 2-5 de octubre de 2018, Informe del Director General, OIT, p. 75.

---

7

“Preparando el futuro del trabajo que queremos en las Américas a través del diálogo social”, 19ª Reunión Regional Americana – Panamá, 2-5 de octubre de 2018, Informe del Director General, OIT, p. 74.

---

8

“Los empleos verdes son cruciales para el desarrollo sostenible y responden a los desafíos mundiales de protección del medio ambiente, desarrollo económico e inclusión social”. <https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/lang-es/index.htm>

---

9

“Los empleos verdes pueden adoptar prácticas ambientales y condiciones de trabajo decente en diversos grados. Las empresas pueden comenzar con pequeñas iniciativas, que podrían denominarse como “verde claro” y con el tiempo avanzar hacia iniciativas más completas en lo ambiental y en la promoción del trabajo decente, es decir avanzar hacia tipos de empleo “verde oscuro”. La mejora de las condiciones ambientales y sociales de los puestos de trabajo es pues un proceso continuo que pretende avanzar hacia el desarrollo sostenible a nivel nacional”. Gloria Acuña Navarro, Instituto Nacional de Aprendizaje de Costa Rica. El Programa Empleos Verdes de la OIT, [www.ilo.org/greenjobs](http://www.ilo.org/greenjobs).

---

10

QUIÑONES MONTORO, M., *Empleos verdes para un desarrollo sostenible, el caso uruguayo*, Publicación OIT, 1ed. 2015.

QUIÑONES MONTORO, M., *op. ult. cit.* Resumen Ejecutivo.

---

“A nivel nacional, el impacto sobre la cantidad de puestos de trabajo del sector de las energías renovables es muy significativo para las fases de construcción y montaje, por la cantidad de empleos y su carácter descentralizado en el territorio, mientras que es de menor relevancia en las fases posteriores (como ser la operación, mantenimiento y gerenciamiento, entre otras). Todos los subsectores relevados presentan una escasa perspectiva de género, siendo que en general se trata de actividades dominadas por el empleo de hombres, en forma similar al resto del sector energético y, más ampliamente, a la situación de dicho sector a nivel internacional”. PARRILLA, S., *Uruguay, empleos verdes en el sector de las energías renovables*, Publicación OIT, 1ed. 2017.

---

Desde la Perspectiva de la Seguridad Social, debemos destacar que las AFAPs (Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional) invierten un gran porcentaje de sus activos en empresas vinculadas al sector de las energías renovables.

---

“Respecto de la consideración de los trabajadores del sector energía en los Consejos de Salarios, no se cuenta con un grupo específico, lo que posiblemente se deba a que las grandes empresas tradicionales de suministro energético sean las públicas, que cuentan con sus propios acuerdos colectivos. Pero como referencia a la dinámica de la negociación colectiva en Uruguay, que ha incorporado las actividades en el marco de los Consejos de Salarios a la estructura de relaciones laborales, es relevante mencionar que desde el 2014 se ha conformado un Subgrupo de “Energías alternativas” dentro del grupo correspondiente a “Industria química, del medicamento, farmacéutica, de combustible y anexos”, el que tuvo su primera ronda de negociación en el 2016. Del acta de creación de este subgrupo surge que incluye la “generación de energía eléctrica utilizando fuentes primarias renovables que no constituyan subprocesos de actividades principales”. El futuro de los sectores de energías renovables y, por esta razón, las derivaciones en materia de empleo en cada uno están sujetas a la evolución de ciertas variables de contexto y de política pública”. PARRILLA, S., *op. cit.*

---

Serie Notas Técnicas, Empleos verdes en Uruguay, Instituto Cuesta Duarte, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente, PIT-CNT, noviembre 2017, p. 1.

---

17

“En los últimos 30 años, el concepto empleos verdes se ha convertido en una agenda internacional que está siendo defendida en todo el mundo por gobiernos, empleadores y trabajadores. Centrándose en el desarrollo sostenible, la Agenda de Empleo Verde es fundamental para el éxito de cualquier futuro sostenible, en particular los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)”. El Programa Empleos Verdes de la OIT, [www.ilo.org/greenjobs](http://www.ilo.org/greenjobs).

---

18

Empleos Verdes: Informe de avance 2014-2015, *op. cit.*, p. 10.

---

19

“La posibilidad de desarrollo de nuevos proyectos en energías renovables, que permiten crear más empleos verdes en el sector, resulta por tanto limitada a corto plazo por el equilibrio ya logrado entre oferta y demanda energética a partir de las inversiones en la última década. Sin embargo, Uruguay se enfrenta a múltiples desafíos y oportunidades de futuro enormemente asociados a las opciones de política que se tomen al respecto, entre otros aspectos, a qué tipo de energía se desea abastecer a sectores aún intensivos en recursos fósiles, a qué facilidades se otorgará a la penetración en el territorio de tecnologías cada vez más accesibles -como el caso de la microgeneración fotovoltaica, donde además el país ha generado algunas capacidades productivas propias-, y a qué hacer con sectores que atraviesan dificultades en su viabilidad económica, como los biocombustibles y los residuos de biomasa, pero que presentan gran relevancia en la otras dimensiones del desarrollo sustentable, que son las dimensiones ambiental y social, resultando especialmente sensible en esta última las variables de empleo (al ser sectores intensivos en mano de obra) y de desarrollo productivo con descentralización territorial”. PARRILLA, S., *op. cit.*, p. 119.

---

20

“Como conclusión, es posible afirmar que, si se adopta una perspectiva favorable a la promoción de los empleos verdes, esta deberá partir desde una mirada que comience por el reconocimiento del camino recorrido, valorando que el mismo ya se encuentra avanzado en la senda del desarrollo productivo con justicia social y empleos sustentables”. QUIÑONES MONTORO, M., *op. cit.*, p. 63.

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

#### 1. GLOBALIZACIÓN Y PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

## 1. Globalización y Procesos de Descentralización Productiva

---

### Globalization and Productive Externalization

(Autor)

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, sobresaliente cum laude por unanimidad (2003) y Premio Extraordinario de Doctorado (2005). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Subdirector del Instituto Universitario de Investigación de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Investigador principal de la línea de investigación estable de Relaciones Laborales y Protección Social del IELAT. Director de la Revista "Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social" (ISSN: 2445-0472), publicada por Ediciones CINCA. Miembro de la Comunidad Cielo Laboral. Profesor invitado en las Universidades Montesquieu-Bordeaux IV, Universidad de Bolonia, Universidad Libre de Bruselas, Universidad de California-Los Ángeles y University College of Dublín. Es autor de diversas monografías y múltiples artículos de investigación publicados en revistas de impacto científico. - eduardo.lopez@uah.es*

#### Sumário:

[1.Introducción](#)

[2.La necesidad de una nueva concepción de la globalización económica: el gran reto del trabajo decente](#)

[3.Globalización económica y dumping social: presupuestos del fomento de los procesos de descentralización productiva](#)

[4.El papel de la oit en su labor de vigilancia y control de la globalización económica](#)

[5.Nueva economía y nuevas formas de organización de la actividad laboral: la búsqueda de un nuevo derecho del trabajo](#)

[6.La proliferación de las estructuras empresariales complejas en el contexto internacional: la búsqueda de la ausencia de los controles nacionales](#)

[7.Flexibilidad y transformación del modelo clásico de externalización productiva: la respuesta española al fraude laboral](#)

**Área do Direito:** Trabalho

**Resumen:**

El presente estudio reflexiona sobre los efectos que la globalización de la economía está produciendo en los mercados de trabajo y en los sistemas de relaciones laborales. Dicha tendencia está produciendo importantes transformaciones en el modelo de empresa, así como en los esquemas tradicionales de colaboración interempresarial. El proceso de globalización fomenta que la actividad económica se localice en determinados países con bajos costes sociales, que claramente benefician a las empresas multinacionales. Este trabajo analiza el contexto internacional presidido por la globalización económica, con especial referencia a América Latina, y plantea asimismo reflexiones generales desde la perspectiva de los problemas planteados en el ordenamiento jurídico español.

## **Abstract:**

This paper analyzes the effects of economic globalization is occurring in labor markets and in labor relations systems. It is a trend that is producing important transformations in the business model, as well as in the traditional inter-company collaboration schemes. The process of globalization allows economic activity to be located in certain countries with low social costs, which clearly benefit multinational companies. This paper analyzes the international context chaired by economic globalization, with special reference to Latin America, and raises general reflections from the perspective of the problems present in the Spanish legal system.

**Palabras Clave:** Globalización; nueva economía; descentralización productiva; trabajo decente; fraude laboral; responsabilidad social empresarial

**Keywords:** Globalization; new economy; productive externalization; decent work; labor fraud; corporate social responsibility

## **1.Introducción**

La globalización<sup>1</sup> economía está produciendo importantes efectos en el modelo de empresa, así como en los esquemas tradicionales de colaboración interempresarial. Desde el punto de vista internacional, y especialmente en América Latina, se está produciendo aumento progresivo de la subcontratación y, en general, de los procesos múltiples de descentralización productiva. Estas nuevas fórmulas de organización empresarial están favorecidas por el proceso de globalización e internacionalización de la economía. Se han desarrollado cadenas de prestación de servicios, que proliferan en el interior del mercado de trabajo, siendo ciertamente difíciles de controlar los eslabones inferiores de los procesos de descentralización productiva. Sin duda, la desprotección aumenta en esos casos, donde se evidencia una ausencia de control y una imposibilidad manifiesta de poder exigir el conjunto de responsabilidades empresariales. En efecto, estos procesos descontrolados y desarrollados sin garantías vienen a reducir, ostensiblemente, la protección laboral y social de los trabajadores.

## **2.La necesidad de una nueva concepción de la globalización económica: el gran reto del trabajo decente**

La globalización ha generado nuevos espacios de desigualdad dentro y fuera de los Estados, y ello ha repercutido especialmente en los países en desarrollo. Esta situación se aprecia claramente en los países africanos, así como en determinados países con menor índice de desarrollo de Latinoamérica. Sin duda, este contexto ha creado nuevas situaciones de inseguridad, ligadas a las fluctuaciones de los mercados emergentes. Precisamente, es en estos países donde las empresas multinacionales se ven reforzadas, ya que los Estados tienen menor margen de acción ante su poder económico. Asimismo, este proceso no se ha visto contenido por la acción de los organismos internacionales, que no han realizado las funciones deseadas de vigilancia y control. Por tanto, este panorama ha favorecido el incremento de la desigualdad, afectando negativamente a los mercados de trabajo.

La liberalización económica y el fomento de los intercambios internacionales deben asentarse en el respeto previo del trabajo decente, en virtud de la aplicación de condiciones de trabajo dignas. Sin duda, este sigue siendo un objetivo clave en Latinoamérica, como se proclamó en la XV Reunión Regional Americana de la OIT, celebrada en Lima en diciembre de 2002. La globalización requiere, pues, de ajustes de carácter social, que son evidentemente necesarios. Estamos ante un nuevo



dilema en el que la relación entre crecimiento económico e igualdad y protección tiene una nueva dimensión, la cual no encuentra respuestas únicas y de fácil solución. Sin embargo, ello no debe plantearse como una ecuación irresoluble. Efectivamente, la flexibilidad no debe ser concebida como un elemento incompatible con la garantía del empleo de calidad y con derechos, sino que debe asegurarse mediante un nuevo equilibrio auspiciado por las autoridades nacionales e internacionales y por el diálogo social.

Sin duda, esta nueva concepción permitiría la convivencia entre la flexibilidad de los sistemas nacionales y el propio cuestionamiento de la necesidad de mantener la eficacia de las reglas laborales y del papel clásico del Derecho del Trabajo<sup>2</sup>. Es decir, un nuevo estatus que haga compatible la eficacia de las normas laborales y que éstas perjudiquen lo menos posible al desarrollo económico y a las condiciones de creación de empleo. Sin duda, y como ya sabemos, se trata de un debate sumamente complejo y peligroso, ya que la interacción entre rigidez y flexibilidad laboral no arroja resultados claros en cuanto a las propias condiciones de creación de nuevos empleos<sup>3</sup>. Sin duda, este contexto requiere avanzar en la recuperación y el mantenimiento del ansiado equilibrio entre una flexibilidad que permita el crecimiento económico y el mantenimiento de unas condiciones laborales dignas. En este sentido, conviene señalar que el tema de la equidad cobra una dimensión fundamental y transversal en el programa de trabajo decente de la OIT.

La globalización supone el aumento del trabajo informal y la pobreza. Según la OIT, se ha producido en la región un importante proceso de abandono del mercado de trabajo. Ello se ha debido a las escasas posibilidades de trabajar en la economía formal, siendo las posibilidades de creación de trabajo sumamente restringidas. Efectivamente, el sector informal tiene una cuota insoportable en Latinoamérica, que sin duda afecta al mantenimiento del modelo de protección social. Se considera que aproximadamente dos tercios de la población activa está al margen de la Seguridad Social, incluyendo en este dato tanto el acceso a las prestaciones de salud como el disfrute futuro de las pensiones. La pobreza aumentó en la zona considerablemente en los últimos años.

Estamos ante un factor propio de los países en desarrollo, donde la mayoría de los trabajadores están empleados en la economía informal. Se trata del problema más importante en la región, que tiene carácter estructural. Los períodos de repunte económico no se traducen directamente en la creación de empleo formal y mejores condiciones que conduzcan al bienestar. Actualmente, el comercio y la economía están registrando un ligero aumento y a pesar de ello el porcentaje de trabajadores de la economía informal sigue aumentado o se mantiene en función del país que analicemos. Con todo, en la mayoría de los países de América Latina se experimenta una ligera reducción del empleo informal, aunque éste sigue teniendo una presencia alta y representa más del treinta por ciento del empleo total. Concretamente, la cifra oscila entre el 30 y el 75 por ciento en la zona, datos que varían en función del país que analicemos<sup>4</sup>.

El aumento de la pobreza está en estrecha conexión con los ingresos reales de los trabajadores, que han perdido en los últimos años poder adquisitivo. Los tímidos índices de crecimiento no tienen reflejo en la recuperación de los niveles salariales. Actualmente, los salarios mínimos representan un valor muy por debajo a los que se aplicaban antes de la década de los ochenta<sup>5</sup>. En este punto, conviene recordar que los Convenios núms. 100, relativo a la remuneración igual por un trabajo de igual valor, y el Convenio núm. 111, sobre no discriminación en el empleo y la ocupación, forman parte de los convenios definidos como fundamentales por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su contenido normativo representa el núcleo duro de las reglas mínimas del Derecho Internacional del Trabajo, sin que ello suponga que se deba descuidar la proyección de otros Convenios de la OIT. Dichos Convenios son esenciales para alcanzar la meta de la promoción de la igualdad y la supresión de las fórmulas de discriminación en la práctica. Precisamente, los Convenios núm. 100 y 111 tienen un alto grado de ratificación en Latinoamérica, pero este reconocimiento formal no se traduce en la realidad, ya que las diferencias en materia salarial siguen siendo una de las manifestaciones más persistentes de desigualdad en el empleo, especialmente en relación con la brecha salarial entre hombres y mujeres en el trabajo<sup>6</sup>.

Una mención especial merece el tratamiento especial de la garantía de la protección social ante la globalización. Con carácter general, se afirma que el proceso de globalización económica es frontalmente incompatible con la permanencia del denominado Estado del Bienestar. La

concurrentia en el mercado internacional convive a duras penas con el mantenimiento del contenido actual del Estado Social, que difícilmente puede conservar sus niveles de protección en un mundo globalizado. Estaríamos, pues, ante una crisis de la Seguridad Social. Ello es una manifestación directa de la crisis de la idea Estado-nación, que impide la posibilidad del intervencionismo por parte de los poderes públicos.

Sin duda alguna, uno de los retos de la Seguridad Social actual es garantizar una protección social amplia, asegurando la cobertura a nuevos grupos desprotegidos. Podemos afirmar que también la Seguridad Social puede contribuir a paliar los desajustes sociales propios del proceso de mundialización de los mercados. La propia Conferencia General de la OIT consideró que “la creación de empleo es la forma de Seguridad Social más segura para los trabajadores (...) [ello] generaría una mano obra más productiva y estable, y aumentaría la productividad de las empresas y las economías”. Por tanto, las políticas sociales no suponen un obstáculo para el crecimiento económico y la productividad de las empresas, al contrario, lo incentivan fomentando posibles mejoras sociales. Desde esta perspectiva, la reafirmación de los sistemas de Seguridad Social podría compensar los efectos sociales negativos inherentes al proceso de globalización<sup>7</sup>.

### **3.Globalización económica y *dumping* social: presupuestos del fomento de los procesos de descentralización productiva**

La globalización y el *dumping* social son dos variables vinculadas. El proceso de globalización fomenta que la actividad económica se localice en determinados países con bajos costes sociales que soportan las empresas. En la era de la globalización las empresas multinacionales compiten en distintos países con costes sociales diferentes, que repercuten en última instancia sobre la competitividad empresarial. Ello motiva que los países se esfuercen en reducir las cuotas que deben abonar las empresas a la Seguridad Social<sup>8</sup>. Esta competencia no se limita al ámbito de un país, sino que trasciende y va más allá de las fronteras nacionales. Sin duda, este proceso ya fue puesto de manifiesto por la propia OIT, que en su informe “El Trabajo en el Mundo 1997-1998”. Dicho documento indicaba que la mundialización de la economía exponía a las empresas a una competencia cada vez más intensa, siendo este un efecto paralelo a la disminución de la protección de los gobiernos, que antes dispensaban en virtud de las reglas nacionales de trabajo.

La globalización tiene como presupuesto necesario la mundialización de los mercados y de la producción. Asimismo, supone un proceso de competencia entre las economías nacionales, siendo este fenómeno especialmente relevante en Latinoamérica. A estos efectos es un factor esencial la apertura de las economías nacionales, que en el caso de América Latina ha experimentado un vertiginoso proceso de liberalización económica en las últimas décadas. Ello ha supuesto un proceso acusado de apertura e integración económica, que se ha basado en la desgravación arancelaria y la liberación de múltiples sectores de actividad, especialmente el financiero<sup>9</sup>.

Efectivamente, se producen situaciones en las que se reducen artificialmente los costes laborales, dando lugar a una precarización de las condiciones de trabajo. Ello permite que la regulación laboral vigente sea el motivo de la búsqueda del sistema nacional más flexible y más atractivo desde la perspectiva de los costes del trabajo. Evidentemente, la regulación laboral difiere sustancialmente de un país a otro de América Latina. Sin embargo, en dichos países existen factores similares, que actúan como variables comparativas, tales como los niveles de productividad, el precio del salario, la intervención de la negociación colectiva, las contribuciones empresariales a la Seguridad Social y la aportación de las empresas a las prestaciones sociales. Sin duda, estas son variables que sirven para determinar finalmente el mayor o menor grado de ventaja competitiva del factor trabajo. Sin duda, el *dumping* social ha generado unas condiciones que han impulsado la contratación precaria e irregular, suponiendo de forma indirecta un obstáculo al libre comercio y una amenaza a la propia estabilidad de los puestos de trabajo.

En este sentido, podríamos afirmar que el *dumping* social no deja ser una consecuencia de la globalización, que finalmente viene incluso a condicionar su propia existencia y desarrollo. Indudablemente, el *dumping* social únicamente se puede combatir en virtud de normas concretas adoptadas por parte de los Estados y consensuadas con carácter general en el ámbito internacional. La finalidad última consiste en imponer al mercado unas reglas sociales básicas que permitan una

mejora significativa de las condiciones de vida en virtud de la garantía de derechos laborales mínimos y prestaciones sociales básicas y adecuadas. Los gobiernos tendrían que actuar —con una mínima coordinación internacional— conectando directamente las políticas económicas y sociales en beneficio de la cohesión social. En definitiva, se deberían asegurar principios esenciales como la igualdad y la justicia social. Con todo, es muy difícil encontrar soluciones únicas y homogéneas frente al fenómeno de la globalización<sup>10</sup>. La respuesta ante este fenómeno corresponde en primera instancia a los propios Estados.

#### **4.El papel de la oit en su labor de vigilancia y control de la globalización económica**

Sin duda, es de capital importancia el papel de la OIT ante el proceso de la globalización económica y sus efectos en las relaciones laborales. Efectivamente, la OIT no debería permanecer impasible ante la propia dinámica de los mercados y sus inercias. La OIT debe asegurar en el ámbito internacional la observancia de unos estándares mínimos de protección. Es decir, la aplicación de unas condiciones mínimas de trabajo, que aseguren los principios relativos a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de la OIT y por los propios Convenios. Se trataría, pues, de observar los principios contenidos en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998, que en la que se adoptó la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Precisamente, la Carta Democrática Americana, aprobada por la OEA, insistió en la promoción y fortalecimiento de la democracia, lo que supone un ejercicio eficaz de los derechos laborales y la aplicación de las normas laborales básicas. Se insistía, pues, en la necesidad de observar la Declaración de la OIT de 1998 y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, asegurando su correspondiente seguimiento. En definitiva, se ha destacado que la democracia se fortalece con la mejora de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores (art. 10 de la Carta Democrática)<sup>11</sup>.

Sin duda, se trata de una labor sumamente difícil, pero, sin duda, necesaria ante un proceso de dimensión global. La OIT debe asumir el papel de garante internacional de los derechos fundamentales del trabajo, contribuyendo a la defensa de la justicia social en un contexto más globalizado. Con ello, podemos decir que es necesario imponer al mercado mundial reglas laborales y sociales, que impidan que la competencia comercial incida negativamente en las condiciones de vida y de trabajo. En sentido, se suele indicar muy acertadamente que el libre comercio es un medio, pero no un fin.

En definitiva, es preciso destacar que la globalización necesita un nuevo contrato social mundial. Un nuevo entendimiento de las relaciones laborales que se sustente en reglas justas. Es decir, alcanzar y asegurar la eficacia de reglas claras que aseguren la gobernanza de este proceso global. Es preciso un nuevo movimiento de contestación social, que especialmente se proyecte en Latinoamérica. Los países de la región no consideran que el actual proceso de globalización sea beneficioso. Se trata de un modelo que afecta negativamente a sus economías, a la ordenación de sus relaciones laborales y al mantenimiento de sus sistemas públicos de Seguridad Social. En este sentido, conviene señalar que la superación de los efectos negativos de la globalización pasa por humanizar y dignificar las consecuencias de este. La globalización, como hemos dicho, tiene aspectos positivos y negativos, luces y sombras. Es especialmente importante fomentar sus consecuencias beneficiosas y avanzar hacia un modelo que se desmarque de la autorregulación. La finalidad es conseguir un modelo de gobernanza internacional orientada en los principios internacionales del trabajo. Esta es la única vía para superar el modelo actual de globalización ingobernable.

Las economías y los sistemas laborales de la región no pueden tolerar, y me atrevería a decir resistir, el ajuste estructural derivado del proceso de globalización que desde los años ochenta se está imponiendo en la región<sup>12</sup>. Es necesario aplicar urgentemente políticas expansivas que contengan la llegada de ciclos económicos adversos y que aseguren un nivel competencia respecto de otras economías emergentes. Sin duda, estas son las recetas necesarias promovidas por el Banco Interamericano de Desarrollo. Sin embargo, siempre se olvida la cara social del proceso, puesto que todo movimiento de desarrollo económico debe conllevar un reparto justo y digno de la cuota de progreso desde la perspectiva social. Los países latinoamericanos deben mantener su compromiso manifestado en la XV Reunión Regional Americana (Lima, agosto de 1999). Están decididos a

mantener el sistema de economías y sociedades abiertas, pero necesariamente con democracia y con el obligado respeto de los derechos laborales. Incluso, conviene advertir que la propia OIT no ha censurado el proceso de globalización, puesto que la apertura económica puede mejorar el desarrollo de los países de la región<sup>13</sup>.

La situación es francamente urgente y las demandas deben ser atendidas. Es preciso buscar ese modelo de globalización diferente, con trabajo decente para todos. La finalidad es conseguir una globalización gobernada para Latinoamérica, que respete las libertades democráticas y los derechos individuales y colectivos en las relaciones laborales, sin olvidar la ansiada universalización de la protección social en Latinoamérica. El proceso de gobernanza de la globalización debe atender a los problemas derivados del aumento del desempleo, que especialmente afecta a las mujeres y a los jóvenes. Asimismo, se debe dar respuesta al gran mal endémico de las actividades informales y a la precariedad laboral extendida en el conjunto de los sistemas de relaciones laborales. Son, sin duda, los grandes males que generan nuevas formas de pobreza y de exclusión social. Con todo, incluso conviene ir más allá y plantearnos si todos estos males son productos en exclusiva de la globalización o si, por el contrario, se deben a problemas ya estructurales y de larga duración en la región. Es decir, se trata de problemas tradicionales, que la globalización no ha conseguido superar, pero que ya estaban presentes. Son problemas que los Estados deberían igualmente contrarrestar aplicando no sólo medidas internacionales, sino decisiones propias en el ejercicio de su propia soberanía nacional<sup>14</sup>.

## **5. Nueva economía y nuevas formas de organización de la actividad laboral: la búsqueda de un nuevo derecho del trabajo**

La evolución del mundo de trabajo tiene como uno de sus ejes principales las nuevas formas de organización y gestión del trabajo. El nuevo contexto económico y empresarial condiciona el desarrollo del poder de dirección del empresario, que viene experimentando profundas transformaciones. Los cambios organizativos de actividad productiva y de la propia gestión de los recursos humanos se ven afectados con gran intensidad por la aplicación de las nuevas doctrinas empresariales y por la globalización de la economía<sup>15</sup>. Una situación que se encuentra promocionada por la presencia imparable de la tecnología y la innovación. Todo ello está dando lugar a una mutación del capitalismo en la sociedad actual, que parece encontrarse en un período de profunda crisis económica y social<sup>16</sup>. Sin duda, uno de los factores esenciales ha sido la consolidada apertura de los mercados frente a la globalización económica. Debido a los altos índices de competitividad laboral, el mantenimiento de las empresas en los mercados se basa en la reducción de los costes, especialmente, los relativos al personal laboral. Las empresas han tenido que responder adicionalmente a las fluctuaciones del mercado y a las propias incertidumbres de la economía, que se presentan como factores externos, que cada vez son más difíciles de controlar y prever.

Se ha avanzado progresivamente hacia una nueva concepción de la denominada empresa flexible. Este tipo de empresa tiene su asiento en los propios fundamentos de la nueva economía<sup>17</sup>. Se ha producido una transformación de las organizaciones empresariales fundamentadas en las exigencias económicas. Existe, pues, una conexión que, aun teniendo una razón económica y mercantil, desde el punto de vista empresarial, tiene una repercusión en el ámbito laboral. El desarrollo de dicha concepción de empresa se explica en el objetivo general de aminorar los costes laborales y de rebajar el ámbito de responsabilidad empresarial derivado de las obligaciones laborales previstas legalmente. Ciertamente, las grandes dosis de flexibilidad laboral que contempla nuestra legislación han propiciado efectos perniciosos en las relaciones laborales, ha aumentado las tasas de temporalidad y de precariedad laboral en su conjunto. Se trata de un fundamento legal que explica en cierto modo el fenómeno de empobrecimiento y de crisis del empleo. Ello ha afectado incluso al modelo consolidado de derechos sociales básicos<sup>18</sup> y a las propias reglas democráticas que deben regir un sistema de relaciones laborales<sup>19</sup>.

Con carácter general, debemos indicar que no se puede deslindar jurídicamente la organización empresarial de las condiciones de trabajo y el empleo de las plantillas. La gestión del personal representa una variable estrechamente vinculada a la evolución de los costes empresariales. Este planteamiento conecta con el tema relativo a las reestructuraciones laborales. La propia transformación de la empresa puede tener entre sus causas de ser, la atención al coste laboral. Esta

variable se encuentra en constante fluctuación en función de las necesidades del mercado y de la proyección de la oferta y la demanda en los proyectos empresariales. Precisamente, estas necesidades empresariales son las que determinan la necesidad de aplicar nuevas condiciones de trabajo, que están orientadas a revisar el equilibrio inestable que está presente en la propia base del conflicto entre capital y trabajo.

Asimismo, estamos ante un efecto derivado de la actual naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo, sumamente apegado a la coyuntura económica y a la política de cada momento. Esta situación afecta especialmente a la propia configuración del Derecho del Trabajo, en la medida que dichos cambios en las organizaciones empresariales vienen a transformar la configuración de la relación clásica de trabajo y da paso a un nuevo modelo de relaciones laborales. El modelo empresarial ha sufrido una profunda transformación del modelo de relaciones laborales, condicionado por la propia proyección de la globalización economía, así como por la influencia progresiva e incesante de las nuevas tecnológicas, que se desarrollan con gran intensidad especialmente en el sector servicios<sup>20</sup>.

Los cambios en la organización del trabajo se corresponden con una realidad cambiante, derivada de la sociedad postindustrial. Esta tendencia sigue transformándose progresivamente hacia un nuevo modelo incierto. Dicha situación sobrepasa ya incluso la denominada tercera revolución industrial, que se desarrolló en una sociedad del saber presidida por la tecnología de la información y por el modelo imperante de la nueva economía. Este nuevo modelo económico ha impactado irreversiblemente en el tipo de empresa, que se aleja de las organizaciones visibles y estables. Dichas organizaciones empresariales están siendo sustituidas por nuevas estructuras complejas, en constante recomposición, en virtud de nuevas formas de fragmentación del proyecto empresarial<sup>21</sup>.

Las estructuras empresariales complejas se desarrollan a través de complejas redes de empresas y sofisticadas fórmulas de colaboración interempresarial. Se vienen produciendo auténticas operaciones de externalización de la actividad laboral. El denominador común es que todas estas formas de organización y gestión del trabajo desembocan en un poder de dirección diluido, que se dispersa en su ejercicio. Ello genera situaciones de inseguridad jurídica para los trabajadores, ante la posible existencia de una pluralidad de centros de decisión empresarial. Ciertamente, la transformación del poder de dirección empresarial debe ser revisado periódicamente, teniendo en cuenta las nuevas formas de organización y gestión del trabajo, así como el propio futuro del trabajo en sí mismo considerado. Existe, pues, una realidad de redes empresariales que se desarrollan de forma diversa, en atención a múltiples modelos y manifestaciones de distinta índole.

Las formas complejas de articulación empresarial se han desarrollado y consolidado con el paso del tiempo y sus efectos en el ámbito laboral son evidentes. Ciertamente, cualquier tipo de medida empresarial que tenga una vertiente organizativa tendrá su reflejo en las condiciones de trabajo y empleo de las empresas conectadas. Se trata de un fenómeno transversal y estructural, que se desarrolla en el ámbito empresarial y que afecta por igual a todos los sectores y ámbitos de actividad empresarial<sup>22</sup>. Estas fórmulas organizativas se han consolidado desde el punto de vista organizativo y productivo, siendo una realidad vinculada a la nueva economía.

Sin duda, dichas conexiones interempresariales están en constante mutación, lo que impide al legislador dar una respuesta de forma general a estos fenómenos. Ciertamente, la regulación de este tipo de procesos complejos de articulación empresarial representa un objetivo ambicioso para las legislaciones laborales. Con carácter general, no existen respuestas sencillas, que permitan afrontar los problemas jurídicos de forma simplificada. De hecho, la propia evolución de las organizaciones empresariales va mucho más allá y evoluciona de forma rápida, sin que las normas jurídico-laborales se puedan adaptar plenamente a la realidad económica y social. Dichas transformaciones empresariales tienen un impacto laboral profundo, que impide su acomodo a la legislación. Ciertamente, la falta de intervención legislativa da lugar a una situación de vacío legal ante las nuevas fórmulas de gestión empresarial, que tiene su repercusión en el poder de dirección<sup>23</sup>. Las fórmulas de conexión empresarial en virtud de colaboraciones estables, de mayor o menor intensidad, inciden en el ámbito organizativo y afectan, como veremos, a la titularidad y al ejercicio de los poderes directivos. El poder de dirección se altera ante las nuevas formas de organización del trabajo. En efecto, se produce una nueva relación entre las facultades directivas y el propio sentido de la subordinación en el contrato de trabajo. Sin embargo, es preciso decir que incluso hoy el poder



directivo del empresario tiene que seguir calificando la propia relación de subordinación en la relación laboral<sup>24</sup>.

Actualmente, se están desarrollando nuevas manifestaciones de la colaboración empresarial, que ofrecen una reconfiguración del poder de dirección del empresario. Las facultades directivas del empresario se amplían por las propias exigencias del mercado y vienen a transformar la configuración clásica del trabajo subordinado. Sin duda, las nuevas modalidades de trabajo implican que los trabajadores, que están incluidos funcional y estructuralmente en la organización productiva de una empresa, ejecutan su prestación laboral en un lugar de trabajo distinto a su empresa, y todo ello en virtud de los nuevos adelantos informáticos o telemáticos. Todo ello da lugar a una disociación entre la naturaleza jurídica del contrato de trabajo subordinado y los propios poderes de dirección y organización del trabajo<sup>25</sup>.

En cierto modo, las empresas optan intencionadamente por presentarse en el mercado como unidades productivas autónomas, unidas a otras empresas desde el punto de vista mercantil. Se trata de una opción que se valora positivamente. La concentración empresarial se considera como un modelo ideal, siempre que exista un amplio margen de flexibilidad laboral. Esta organización flexible permite un funcionamiento más dinámico e inmune a los controles jurídicos en sentido amplio. Dichas formulas organizativas están orientadas a evitar el control sindical y colectivo, así como el propio control jurisdiccional, en caso de incumplimiento empresarial. Ciertamente, la propia organización compleja intenta evitar una mayor exposición empresarial al control jurídico, buscando intencionadamente una huida del Derecho del Trabajo, y todo ello propiciando un desarrollo empresarial fuera del formato legal clásico de empresario contemplado en nuestra legislación laboral.

Sin duda, estas estructuras organizativas complejas no pueden revertir los instrumentos de defensa de la protección jurídico-laboral de los trabajadores. Ello supondría ciertamente desconfigurar la clásica estructura bilateral de la relación de trabajo diseñada legalmente. Dicha naturaleza bilateral de la relación de trabajo sigue siendo hoy una garantía jurídica para los trabajadores, que facilita la defensa del empleado frente a su verdadero empleador. Dicho empresario-empleador deberá seguir siendo uno y sólo uno, y éste deberá ejercitar de facto los poderes directivos empresariales<sup>26</sup>. Esta formulación sigue siendo válida, a pesar de las diversas fórmulas de colaboración empresarial que se puedan articular en el ámbito mercantil. Desde esta perspectiva, la sujeción a las instrucciones y órdenes empresariales supone que el contrato de trabajo y las obligaciones laborales están conectados al ejercicio del poder de dirección y organización empresarial. Por tanto, será el empleador, en caso de incumplimiento, quien deberá responder jurídicamente y compensar la situación de desventaja de sus trabajadores.

Las estructuras empresariales complejas permiten el desarrollo de actividades externalizadas, redes de empresas o actividades empresariales agrupadas, que puede dar lugar a una pluralidad de empleadores. Ello supone el ejercicio de un poder de dirección diferente, donde la subordinación incluso llega a reducirse y se conjuga con fórmulas más flexibles que tienen su cobertura en acuerdos civiles, mercantiles o adjudicaciones de servicios en virtud de procedimientos administrativos. Con todo, es preciso reafirmar que dichos acuerdos jurídicos generales no pueden suponer la exclusión del Derecho del Trabajo, como ámbito normativo de aplicación cuando existe una prestación dependiente y por cuenta ajena<sup>27</sup>. Ciertamente, la presencia de la relación de trabajo es completamente ajena a las fórmulas de colaboración empresarial y a sus estructuras organizativas diseñadas para conseguir los objetivos mercantiles propuestos.

## **6.La proliferación de las estructuras empresariales complejas en el contexto internacional: la búsqueda de la ausencia de los controles nacionales**

El modelo de empresas multinacionales de amplia escala propicia ciertamente las formas de organización empresarial en red. Ello es efectivamente una tendencia ya generalizada que afecta a la práctica totalidad de las actividades y sectores de actividad. Sin duda, no estamos ante un fenómeno nuevo, pero ciertamente la empresa sigue evolucionando y sus formas organización también. Se trata de un modelo de empresa compleja ya asentada desde el punto de vista productivo en el nuevo modelo de economía global<sup>28</sup>. Estas conexiones empresariales igualmente se encuentran

favorecidas por las nuevas tecnológicas, que favorece la creación de amplias redes comerciales<sup>29</sup>.

Evidentemente, los cambios organizativos tendrán directamente una consecuencia en el ámbito laboral. Precisamente, este es un problema que ha afectado en las últimas décadas al Derecho del Trabajo y al que las legislaciones nacionales están buscando respuesta, transformado sus normas a la nueva realidad empresarial. Sin embargo, el contexto actual es sumamente complejo y constituye un reto importante para los ordenamientos laborales y, en su conjunto, para el futuro del trabajo<sup>30</sup>. Precisamente, esta acción de dispersión empresarial alejado de la noción tradicional de empresa unitaria tiene como finalidad no solo la adaptación al mercado, sino superar los regímenes jurídicos nacionales más rígidos, de los que se pueden derivar obstáculos para el funcionamiento de estas organizaciones empresariales flexibles. Una pretensión evidente de evadir aquellos controles públicos o sindicales que puedan condicionar o incrementar los costes de las decisiones empresariales. Evidentemente, existe una noción de huida del control jurídico que pueda limitar sustancialmente los procedimientos de adopción de las decisiones empresariales.

Sin duda, las respuestas sencillas no sirven para atender estos problemas de hondo calado, ya que las transformaciones de las estructuras empresariales tienen un alto impacto en lo laboral. Ciertamente, ante las diversas formas de conexión interempresariales el legislador comparece incapaz de dar una respuesta simple y única a dichas realidades productivas<sup>31</sup>. Es más, su acción resulta incompatible con la velocidad con la que dichos colosos empresariales se transforman en el mercado, ya que dichas organizaciones productivas se encuentran desde el punto de vista empresarial en constante proceso de transformación y cambio<sup>32</sup>. Incluso, estas redes de empresas van más allá de la noción clásica del trabajo subordinando, propiciando la colaboración con trabajadores independientes, lo que sitúa incluso nuestro tema ante nuevas fórmulas de trabajo alejadas de los parámetros clásicos laborales. Estas nuevas realidades empresariales se han instalado de forma estructural y provoca nuevas relaciones entre las grandes y las pequeñas empresas, que se encuentran asociadas por las redes empresariales<sup>33</sup>. Las relaciones entre este tipo de empresa son evidentes y la cadena de empresas impide observar cuando comienza una empresa y cuando finaliza otra organización empresarial. El modelo de empresa dinámica impide, en muchos casos, el seguimiento y control de las actividades, evitando aplicar los mecanismos de exigencia de responsabilidad empresarial<sup>34</sup>.

Este fenómeno es tan acusado que hasta podemos decir muchas empresas pequeñas empresas de servicios quedan integradas en el sistema productivo de otras empresas mayores, lo cual nos puede permitir identificar a este conjunto de empresa como un todo unitario si tenemos en cuenta las unidades empresariales de menor escala integradas en el complejo empresarial<sup>35</sup>. Sin duda, esta idea de organización empresarial en red, siempre que se acredite sus vínculos materiales de actuación, podrá fundar la posibilidad de reclamación a empresas situadas en un nivel superior de la cadena de organización, llegando incluso a poder reclamar responsabilidad a la empresa matriz o principal. De este modo, podemos afirmar que, si en principio estos vínculos pueden tener solamente un origen financiero, económico, mercantil o empresarial, asimismo dichas variables tienen su proyección en el sistema de relaciones laborales del conjunto de empresas vinculadas. Las empresas que ocupan una posición de dominio deberían vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de las empresas vinculadas a la organización en una posición inferior, que generalmente tienen menor dimensión y menor solvencia de cara a la observancia de los derechos laborales. Incluso podemos decir que determinadas decisiones de reestructuración empresarial o, en su caso, la alteración de las relaciones entre las empresas red puede tener su fundamento en la aplicación de nuevas condiciones de trabajo, o conseguir ajustes económicos en materia de personal.

Otro problema de estas organizaciones es la propia noción de poder de dirección empresarial, ya que tradicionalmente el trabajador solamente se encontraba sometido al poder de dirección de su empleador. Estas estructuras generan nuevas relaciones en las que el trabajo se encuentra organizado siguiendo órdenes e instrucciones de terceras empresas vinculadas por los vínculos de conexión empresarial. Efectivamente, el poder de dirección se encontraría fragmentado en la práctica, siendo a todos los efectos un poder de dirección compartido, lo que también debe conllevar compartir la responsabilidad derivada de las decisiones empresariales. Por tanto, en este tipo de empresas debe mantenerse la noción de bilateralidad propia del contrato de trabajo, que une a un empresario y a un trabajo, pero sin descuidar que esta relación se encuentra en este tipo de

empresas condicionada por factores externos y por decisiones derivadas de la adaptación a un sistema de organización productiva predeterminado.

## **7. Flexibilidad y transformación del modelo clásico de externalización productiva: la respuesta española al fraude laboral**

Los procesos de descentralización productiva han ido sofisticándose y extendiéndose con el paso del tiempo. Estos procesos han superado las técnicas de externalización tradicionales, viniendo a superar los modelos consolidados. El desarrollo de la externalización productiva se produce por diversas razones, que desarrollan en ocasiones fórmulas patológicas y que vienen a crear disfunciones en el sistema legal de referencia. Ello vendría a superar el margen de externalización válido, que permite dar una respuesta a las necesidades organizativas de las empresas<sup>36</sup>, sin perjudicar los derechos de los trabajadores<sup>37</sup>. En cierto modo la expansión del modelo tiene su base en la propia libertad de empresa y en el margen de acción flexible permitido por la legislación laboral. En efecto, a pesar del régimen de responsabilidades jurídicas, el modelo legal es sumamente atractivo para las empresas y no supone un límite para este tipo de actividades empresariales<sup>38</sup>.

Las redes de empresas se están desarrollando de forma concurrente con los propios procesos de descentralización productiva. En estas redes de empresas existe una relación de cierta paridad entre las empresas, de forma que no hay una empresa con una posición reforzada, que ejerza una función de dominio respecto de las demás. En estas nuevas formas de colaboración empresarial lo importante es la red existente entre las empresas. Dichas conexiones empresariales aglutinan diversas pequeñas empresas, que colaboran estrechamente y se relacionan en una posición de dependencia mutua y con una aparente posición de igualdad entre ellas. Estos procesos de externalización productiva dan lugar a nuevos problemas derivados del régimen legal genérico, que es preciso aplicar tuitivamente ante una nueva e imparable realidad económica y mercantil.

Con todo, en muchos casos el ámbito de libertad del art. 42 ET nos sitúa ante la propia insuficiencia del régimen jurídico, que no puede dar respuesta a las complejas fórmulas de descentralización productiva. Ciertamente, la norma requeriría un proceso de actualización de su contenido para dar respuesta a los nuevos fenómenos ligados al nuevo sistema de trabajo. El modelo se encuentra afectado por las exigencias del mercado y los cambios en materia de innovación y transformación económica de las empresas, que va mucho más allá del modelo de descentralización ligado al sector industrial. En el superado modelo industrial las empresas principales tienen un control y una posición económica mucho más potente que la posición de las empresas auxiliares, que participan en la cadena de subcontratación. El objetivo es dar respuesta a las nuevas realidades empresariales, que generan cada vez mayor nivel de conflictividad laboral. Esto se traduce en conflictos colectivos jurisdiccionales. Se desarrollan nuevas fórmulas de descentralización, donde las empresas auxiliares-contratistas tienen una posición más reforzada y cuentan con una mayor solvencia y suficiencia económica. Dichas empresas suelen emplear en sus procesos productivos avances tecnológicos y desarrollan la actividad laboral en virtud de la especialización técnica y productiva. En este esquema estas empresas auxiliares se refuerzan y cobran una especial suficiencia y autonomía, lejos del control y la directa dependencia respecto de la empresa principal del modelo clásico.

El artículo 42 ET contempla un sistema de distribución de responsabilidades entre empresario principal y empresario contratista en materia laboral. Dicho precepto presupone el desarrollo del ejercicio del poder directivo, que recae en el empresario contratista en esta relación interempresarial. Esto implica que el empresario principal recibirá la prestación de servicios de los trabajadores insertos en una organización productiva que le es ajena, siempre que el modelo de subcontratación se desarrolle en condiciones legales. En aquellos supuestos en los que este presupuesto no se cumpla estaremos ante una situación de fraude laboral. La ley únicamente se limita a prever una serie de responsabilidades solidarias del empresario principal y del empresario contratista. La entidad contratista es, en realidad, el auténtico empleador de los trabajadores y deberá ejercer los poderes de dirección y de organización. Se trata de un sistema de responsabilidad, que se proyecta sobre las deudas salariales, las cotizaciones y las prestaciones de la Seguridad Social, cuando esta responsabilidad se active durante el momento de ejecución de la contrata.



Ciertamente, la ausencia de ejercicio del poder directivo respecto de sus trabajadores por parte del empresario contratista permite presumir la celebración de la contrata en fraude de ley. Por tanto, será de aplicación directa el art. 43 del ET, relativo a la cesión ilegal de trabajadores<sup>39</sup>. Ciertamente, el contratista debería ser el único empresario a efectos laborales y debería ejercer los poderes de dirección y organización del trabajo. El empresario principal es ajeno a la organización laboral de los empleados de la empresa contratista, ya que respecto de ellos no ostenta la condición de empleador y no tiene facultades directivas<sup>40</sup>. Dicho esquema de reparto de atribuciones se produce con independencia del lugar en que se desarrolle la actividad laboral, es decir, independientemente de que el trabajo se realice o no en los centros de trabajo del empresario principal. En este sentido, podríamos pensar que el empresario principal condiciona el desarrollo del trabajo por la organización de sus propias instalaciones. Ello supondría interpretar que el empresario principal puede influir en el trabajo desarrollado, al referirse este a la propia actividad del empresario principal. Sin embargo, el empresario principal no puede ejercer el poder directivo sobre los trabajadores del contratista<sup>41</sup>. El empresario principal no puede dirigir directamente el trabajo de dichos empleados, aunque crea que con ello pueda alcanzar los objetivos del acuerdo privado de servicios. No obstante, lo que sí que puede hacer el empresario principal es demandar al empresario contratista la ejecución precisa de los servicios concertados y que éste ejerza sus facultades directivas<sup>42</sup>.

En determinadas situaciones los objetivos se plasman en virtud de los términos de la contrata, sumado a los términos de los contratos de trabajo (muchas veces temporales) e incluso condicionado por la aplicación del convenio colectivo. En algunos casos estos compromisos pueden permitir en cierto modo al empresario principal el ejercicio de facultades directivas sobre el trabajo de los empleados del contratista. Sin embargo, dichos acuerdos no pueden atribuir facultades directivas generales y directas al empresario principal, sino que deberán estar en la línea de actuación de las órdenes emitidas por el empresario contratista, que es el verdadero empleador y cuyo poder directivo es irrenunciable<sup>43</sup>. Ciertamente, el empresario contratista no puede ser privado de sus poderes empresariales, que no se pueden transmitir al empresario principal. En caso contrario, estaríamos ante una contrata de obra o servicio de carácter fraudulento. En estos casos la relación sería entre el empresario principal y los trabajadores que prestan servicios, mientras el empresario contratista sería básicamente una empresa interpuesta<sup>44</sup>. De este modo, nunca podrá haber en estos casos de subcontratación dos empleadores laborales. El único empresario es el contratista, a pesar de que por medio de la contrata o el convenio colectivo se deleguen determinadas facultades de control indirectas, que no alteran la posición de empleador del empresario contratista<sup>45</sup>. En efecto, no podría contemplarse la posibilidad de delegar en bloque el poder de dirección al empresario contratista, ni renunciar al mismo en beneficio del empresario principal.

En el ámbito de la descentralización productiva se han desarrollado las prácticas de contrata y subcontrata de obras y servicios en virtud del art. 42 ET. Dicho precepto se mostró originariamente como una vía a adoptar con cautelas con el fin de evitar los fraudes laborales, cuando el objetivo no fuera tanto atender la especialidad de una actividad, sino aligerar la plantilla de la empresa principal para evitar los costes laborales. Legalmente se permite externalizar parte de la actividad productiva, contratando con otras empresas externas. Se permite externalizar el desarrollo de parte de la actividad de una empresa, sin que dicha empresa asuma el papel empleador respecto de los trabajadores de las empresas auxiliares, a fin de que éstas no se posicionen como empresas aparentes e interpuestas<sup>46</sup>. Precisamente, el objetivo del fraude laboral, como base de dichas prácticas empresariales, justifican la reacción del ordenamiento jurídico laboral y garantiza la sanción de la cesión ilícita de los trabajadores (art. 43 ET). Ello precisa la correspondiente prueba efectiva de la posición de la empresa contratista como mera empresa aparente, que no dispone de medios, ni cuenta con una organización empresarial propia<sup>47</sup>. Por tanto, esta reacción de la legislación laboral permite extender el ámbito de responsabilidad empresarial, atribuyendo a la empresa principal las obligaciones sociales que corresponderían a la empresa contratista durante el período de vigencia de la contrata. La finalidad no es otra que tutelar la posición de los trabajadores ante el peligro de la insolvencia de la empresa contratista frente a la empresa principal. Generalmente el empresario principal tiene mayor seguridad económica y puede hacer frente de forma efectiva a las posibles cargas laborales.

Asimismo, cabe señalar que la extensión del régimen de responsabilidad empresarial tiene su base

en la propia naturaleza del trabajo dependiente por cuenta ajena. En este sentido, el empresario responsable sería aquel que directamente se beneficia y apropia de la prestación laboral, controlando y dirigiendo directamente su desarrollo<sup>48</sup>. La finalidad de la extensión de la responsabilidad empresarial se basa en el aprovechamiento de la empresa principal de la prestación de servicios, puesto que la empresa principal consigue por esta fórmula organizativa satisfacer el resultado productivo con la prestación de los trabajadores de la empresa contratista. En estos casos, realmente es la empresa principal la que fraudulentamente vendría a controlar la ejecución de la prestación de servicios<sup>49</sup>. Por tanto, en la medida que se beneficia directamente de la ejecución del trabajo, dicha circunstancia avala que el patrimonio de la empresa principal responda asimismo de las deudas derivadas del desarrollo de la contrata respecto de los trabajadores afectados<sup>50</sup>.

Precisamente, dichas prácticas han obligado a los tribunales a delimitar las fronteras entre la contrata legal y la cesión fraudulenta de los trabajadores. Se han configurado límites dinámicos en el tiempo, siendo un recurso más o menos intenso en función de los ciclos económicos. La legislación intenta de forma estática evitar que las contratas y subcontratas se desarrollen en fraude de ley con la única intención de configurar un empresario meramente aparente. La justicia impone la extensión de responsabilidad en virtud del art. 42 ET, si la contrata no es real. Esta reacción jurídica se producirá en los supuestos en los que la contratista incumpla sus obligaciones. Esta situación acarrea la irregularidad del negocio entre empresarios y activa la responsabilidad jurídica aplicable a la empresa principal en virtud del art. 43 del ET.

Los tribunales han tenido que delimitar las condiciones que deberán concurrir para que la empresa contratista y subcontratista desarrollen una auténtica descentralización productiva. Es decir, se prevé el margen legal de acción de la subcontratación sin incurrir en una cesión ilegal de trabajadores, como práctica empresarial ilegal censurada por la legislación laboral. Los pronunciamientos judiciales distinguen las situaciones válidas de aquellas prácticas fraudulentas, complicándose progresivamente las prácticas empresariales con el fin de huir de la acción de la legislación laboral. Posteriormente, los tribunales fueron desarrollando los criterios jurisdiccionales para seguir atrayendo al ámbito laboral supuestos adicionales de protección de los trabajadores. Se ha venido, pues, produciendo una tendencia progresiva a delimitar y actualizar el ámbito concreto del fraude laboral en el ámbito de la descentralización productiva, enriqueciéndose la jurisprudencia y aumentando los elementos de juicio y los matices a la hora de aplicar los arts. 42 y 43 ET<sup>51</sup>. Se ha producido una tendencia a limitar de forma progresiva la aplicación de la cesión ilegal de trabajadores en los supuestos de empresas que efectivamente asumen la posición de empleador y que se presentan como empresas reales<sup>52</sup>.

En muchos casos la interpretación jurisdiccional ha limitado el alcance del juego de la responsabilidad referida a la organización creada por la empresa principal. Se excluyen en estos casos la obligación de la empresa principal de asumir las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo desarrollados bajo la cobertura de la contrata de obras o servicios. Sin duda, uno de los puntos más sensibles se refiere a la interpretación jurisprudencial de la propia actividad de la empresa principal, que es el presupuesto que permite aplicar el art. 42 del ET<sup>53</sup>. En un primer momento la noción de propia actividad se refería a las actividades principales de la empresa principal, así como a las actividades accesorias y necesarias a fin de asegurar el normal funcionamiento de la empresa. El concepto ha ido evolucionando hasta entenderse con un contenido más limitado, de suerte que la propia actividad se puede igualmente referir a las actividades complementarias que sean ciertamente esenciales para el desarrollo de la principal. Efectivamente, este presupuesto afecta tanto a actividades principales, así como complementarias, siempre y cuando sean necesarias o esenciales. Ello nos sitúa ante un juicio ciertamente complejo, que no asegura condiciones de seguridad jurídica. Con carácter general, no resulta tan sencillo, a efectos del art. 42 ET, deducir los supuestos de actividades habituales y necesarias para la marcha normal de la empresa<sup>54</sup>.

La interpretación judicial no da soluciones únicas y generales, sino que tienen un carácter marcadamente casuístico. Esta situación genera una cierta inseguridad jurídica a la hora de aplicar el propio art. 42 ET. Dichas soluciones en muchos casos difuminan el juego de la responsabilidad atribuible a la empresa principal. Ello se aprecia claramente en la proyección de las obligaciones salariales, que en muchos casos restringe su proyección a la empresa principal. Asimismo, cuando se

aplica esta medida correctora la sanción se refiere exclusivamente a los conceptos retributivos estrictamente de naturaleza salarial, sin afectar a aquellas percepciones de índole indemnizatoria, que compensarían efectivamente la merma económica de los trabajadores<sup>55</sup>. Los pronunciamientos jurisdiccionales no limitan el recurso de la descentralización productiva, al contrario, en muchos casos los fomentan interpretando la no aplicación del art. 42 ET. Dicho efecto exonera de responsabilidad a las empresas que recurren a estas fórmulas para organizar su actividad productiva. En el mejor de los casos se puede producir el traslado de la responsabilidad a la empresa principal o, en su caso, al Fondo de Garantía Salarial, si el supuesto se refiere a las obligaciones de naturaleza salarial<sup>56</sup>. Esta última reacción supone ciertamente una restricción del ámbito de acción de la responsabilidad privada, socializando en cierto modo las consecuencias de los incumplimientos laborales de las empresas.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

El presente trabajo se ha realizado dentro de las acciones científicas y de divulgación correspondientes al proyecto de investigación titulado “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales” (DER2015.67055-P), financiado por el Ministerio Español de Economía y Competitividad.

2

Sin duda, esta función es esencial en los Estados Sociales de Derecho, ya que permite la garantía institucional de un mínimo equilibrio en las relaciones laborales. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2000. BAYLOS GRAU, A., “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999. DURÁN LÓPEZ, F., “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92, 1998. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Sobre la ‘globalización’ y el futuro del Derecho del Trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999. D’ANTONA, M., “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità”, *Rivista Giuridica del Lavoro e Della Previdenza Sociale*, T.I, 1998, 311. SIMITIS, S., “Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?”, *Giornale di Diritto del Lavoro e Realazioni Industriali*, 1997, pp. 613-614.

3

Asimismo, habría que relativizar los argumentos tradicionales que apunta a la necesaria reducción incondicionada de los costes laborales, como índice que permite evaluar la propia apertura de los mercados de trabajo, la competitividad y el desarrollo de las economías nacionales. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Política, globalización y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2000, p. 9. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 1999, p. 26. ERMIDA URIARTE, O., “Derechos laborales y comercio internacional”, *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 287. PERONE, G., “Globalizzazione e Diritto del Lavoro: sfide e possibili risposte”, *Il Diritto del Lavoro*, núm. 5, 2001, p. 399, OZAKI, 1999, p. 73.

4

El aumento del empleo debería traducirse en un crecimiento del número de los afiliados en los sistemas de Seguridad Social. Este es un objetivo esencial para asegurar la viabilidad de la estabilidad financiera de los sistemas públicos de protección social. Con todo, sigue habiendo una importante presencia de trabajadores del sector formal. Las diferencias en las tasas de informalidad están en relación con las condiciones empleo y con la presencia del trabajo por cuenta propia. En este sentido, conviene recordar la proyección de la Recomendación núm. 198 de la OIT, relativa a la relación de trabajo. En este sentido, los gobiernos pueden apoyar directamente a los trabajadores del sector informal mediante planes específicos de Seguridad Social. Uno de los ejemplos de regulación más intervencionista y restrictiva se ha producido en Brasil. Este ejemplo de regulación se ha convertido en un modelo que ha provocado un efecto negativo en la creación de empleo formal. Igualmente, otra experiencia a destacar es la subida impositiva sobre las rentas del trabajo en Colombia. Esta práctica ha supuesto una reducción del empleo formal ante las mermas salariales del trabajo declarado.

---

5

Generalmente los países de la zona no han recuperado el nivel de salarios mínimos reales, sino que este ha descendido. En este sentido, podemos apuntar como Estados de referencia a México, Perú, Haití, El Salvador, Ecuador, Uruguay, Bolivia y Venezuela. Por otro lado, desde el punto de vista de los países que han conseguido aumentar el nivel de los salarios mínimos, es preciso citar a Chile, Colombia, Costa Rica, Panamá, Paraguay y República Dominicana. En estos países, aunque sea de forma tímida, se ha conseguido mejorar y superar los índices de salario mínimo de 1980. Efectivamente, en los últimos diez años los salarios de los trabajadores se han recuperado tímidamente en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, aunque siguen siendo ciertamente bajos. Los salarios reales han crecido casi a un dos por ciento, mientras que los salarios mínimos han experimentado una mejora de un 1 por ciento. Sin duda, este último dato es muy significativo.

---

6

El balance general del crecimiento económico experimentado en las tres últimas décadas, especialmente en el ciclo 1990 a 1996, no ha sido aprovechado. Latinoamérica sigue acusando los problemas graves de desigualdad y exclusión social. Incluso estos problemas llegan a poner en peligro la propia estabilidad política de muchos países. Se trata, pues, de un mal que incide en la convivencia democrática y en el desarrollo social. El problema de la pobreza tiene carácter estructural. Es un efecto tradicional que no ha cambiado. Efectivamente, las económicas del continente se han globalizado. Sin embargo, los índices de pobreza y de exclusión social se han extendido, afectando incluso a las clases medias.

---

7

Conviene destacar que cuanto mayor es el crecimiento económico y el desarrollo de un país, generalmente, los gobiernos dedican mayores partidas económicas al gasto público social. Sin duda, este tipo de políticas públicas incide positivamente en el nivel final de protección. En consecuencia, podemos afirmar que existe una relación directa entre desarrollo económico y sistema de protección social. Precisamente, son los países más desarrollados los que cuentan con sistemas de protección social más perfeccionados. Esta tesis ha sido rechazada desde el neoliberalismo económico, puesto que se entiende que, si el gasto social es excesivamente elevado, ello desencadena la pérdida de competencia de las empresas e incide negativamente en la creación de empleo. Desde esta perspectiva se habla de la ineficacia de la Seguridad Social debido a la orientación del gasto social a las rentas mínimas de inserción o las prestaciones por desempleo, que se entiende que desincentivan la inserción laboral.

---

En esencia, el análisis del *dumping* social no es más que una manifestación de la competencia desleal entre los distintos sistemas de relaciones laborales. Ciertamente, la globalización tiene una repercusión directa en las relaciones laborales, precisamente por la competencia cada vez mayor entre las empresas. Vid. GLADSTONE, A., "Globalización, descentralización y relaciones industriales", *Revista de Trabajo*, núm. 7, Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Lima, 1997, p. 12. 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, p. 231. DURÁN LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 870.

Este proceso se ha realizado con el fin intencionado de asegurar garantías de estabilidad a las inversiones extranjeras. De este modo, el comercio y los flujos de capital de la región se han visto abocados a un proceso intenso de apertura al exterior. Dicha apertura de los mercados suscita un debate constante en aspectos no sólo políticos y económicos, sino también jurídicos y sociales.

Ciertamente, este es un problema estructural de la vinculación de la globalización económica y las relaciones laborales. Vid. CANO, E., "Análisis de los procesos socioeconómicos de precarización laboral", en CANO, E., BILBAO, A. y STANDING, G., *Precariedad laboral, flexibilidad y desregulación*, Confederación Sindical de CC.OO., Madrid, 2000, p. 39. VON POTOBSKY, G., "La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía", *Relasur*, núm. 6, 1995., p. 18. MARIUCCI, L., "La forza di un pensiero debole. Una crítica del 'Libro Bianco' del lavoro", en AA.VV. *Lavoro ritorno al passato*, Ediesse, Roma, 2002, pp. 49 y ss.

Los principios son objetivo de los Convenios de la OIT y deben ser promovidos por los Estados miembros. En esencia, ello supone asegurar principios esenciales como la libertad de asociación y la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la erradicación del trabajo forzoso u obligatorio, la supresión de las distintas formas de trabajo infantil y, en definitiva, promover la eliminación de cualquier tipo de manifestación de discriminación en materia de empleo y ocupación. El objetivo es la consecución de una globalización equitativa, que promueva la eficacia de las normas fundamentales del trabajo ante la expansión del comercio mundial.

El proceso necesita la promoción de la participación de los ciudadanos, en especial de los trabajadores. Se debe conseguir que el beneficio del proceso no repercuta sólo desde el punto de vista comercial, sino que también se proyecte en las condiciones de vida de las personas. Todo ello implica socializar las ganancias derivadas de la internacionalización de la economía, beneficiando a las personas y al conjunto de la sociedad. Sin duda, este cambio de concepción es especialmente necesario en América Latina.

El modelo requiere de una necesaria garantía del trabajo decente, en virtud de un sistema de gobernanza

que vigile el proceso de internacionalización económica. Esta perspectiva político-social supone estimular el necesario diálogo que permita la integración de los objetivos económicos y sociales. Esta es la manera de asegurar la gobernanza de la globalización y la promoción del trabajo decente.

---

14

Esta suma de variables y la necesidad de su evaluación conjunta pueden permitir el desarrollo de la libertad, la equidad, la seguridad y el trabajo digno. Se debe seguir trabajando por conseguir una globalización diferente, aunque ello parezca un objetivo imposible. Esa es la única manera de conseguir la generación de trabajo decente, sin que ello sea una quimera. Es preciso cambiar de filosofía y entender el objetivo del trabajo decente como una meta alcanzable, ya que, en caso contrario, el actual sistema se deteriorará aún más, agravando los índices de pobreza y de exclusión social.

---

15

Sin duda, la globalización ha supuesto un importante motor que ha influido en la expansión de los procesos de concentración empresarial y en las cadenas internacionales de colaboración empresarial. En este sentido, conviene destacar que se produce una fuerte tensión entre lo global y lo local en el ámbito económico. Vid. BECK, U., *Qué es la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 80. A efectos de profundizar en esta materia desde la perspectiva jurídico-laboral. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., “La organización jurídico-económica del capitalismo. El Derecho de la economía”, Estudio preliminar a Ripert, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. LXVIII y ss. Ciertamente, la globalización igualmente ha incidido en el riesgo empresarial, dando lugar a una corriente de externalización, transnacionalización y deslocalización industrial, que ha tenido efectos perniciosos en el empleo. Vid. ALEMÁN PÁEZ, F., “Sistema de empleo, redes de empleo y derecho social del empleo. Tres paradigmas conceptuales, críticos y analíticos”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2011, T.I., p. 229.

---

16

Ciertamente, nos encontramos ante la propia transformación de las bases económicas del capitalismo. Todo ello alterado por la superación del mito relativo del orden económico espontáneo. Lógicamente, en este contexto gravita la persistente presencia de una regulación institucional y una potente influencia de los mercados en la economía. Vid. JESSOP, R.: *The future of the capitalist State*, Polity Press, Cambridge, 2003, pp. 55-ss. POLANYI, K., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1989, pp. 22-24. HEILBRONER, R.L., *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Ediciones Península, Barcelona, 1990, pp. 67-ss. RONSAVALLON, P., *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique*, Éditions du Seuil, París, 1999, pp. 11-15. AYALA ESPINO, J., *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, FCE, México, 1999, pp. 31-33.

---

17

La noción de empresa desde el punto de vista laboral está igualmente relacionada con el contexto económico y, en general, con las demandas derivadas de la actividad económica y las exigencias del mercado. Precisamente, este contexto económico cambiante da lugar a profundas transformaciones en las estructuras empresariales, que repercuten finalmente en el desarrollo de las relaciones laborales.

---

18

Efectivamente, los derechos sociales siguen presentándose como una garantía que repercute especialmente en el ámbito laboral, donde se ven especialmente afectados por el proceso constante de reconstrucción del modelo de trabajo dependiente y subordinado. Vid. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, pp. 19, 37, 59 y 79. MONEREO PÉREZ, J. L. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, pp. 127-129 y pp. 160-163.

---

19

En relación con la importancia del desarrollo del modelo democrático de relaciones laborales pueden consultarse los siguientes trabajos de investigación. Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 1, 1984, pp. 1-8. DAHL, D. *Modelos de democracia*, Ed. Alianza, Madrid, 1996, p. 356. PARAMIO, L., “Democracia y sociedad industrial”, Cap. V del libro *Sociedad y política (Temas de sociología política)*, coords. Benedicto/ Luz Morán, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 141 y ss.

---

20

Existe, pues, una justa correlación de la crisis económica con la propia crisis del modelo del trabajo industrial y obrero. Este tipo de trabajo se encuentra superado, puesto que se basa en estructuras empresariales independientes y autónomas. En estas empresas el poder de dirección del empresario se ejerce de forma jerárquica en un entramado colectivo, que de forma piramidal orienta el desarrollo de las diversas funciones que integran el ciclo productivo y la actividad laboral.

---

21

En relación con los sistemas de trabajo y los cambios en la organización de la actividad laboral. Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2011, T.I, pp. 3-4 (versión electrónica). CASTILLO, J.J., “Las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA.VV., *Las nuevas formas de organización del trabajo*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 30-ss. Este tema ha tenido un importante desarrollo en el ámbito de la doctrina laboralista italiana. Concretamente, se destaca la incidencia de dichos cambios productivos en el propio poder de dirección y organización del empresario. Vid. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, CEDAM, Roma, 2002, pp. 82-ss. CORAZZA, “Disociació dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporáneo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1999, pp. 51 y ss. PERULLI, “Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporáneo”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1999, I, pp. 237-ss. PERA, “Il lavoro temporaneo e il diritto del lavoro che cambia”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, III, pp. 261-ss.

---

22

En relación con el conjunto de factores que han determinado la transformación del modelo de organización empresarial pueden consultarse los siguientes estudios. Vid. RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 29-32. CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pp. 11 y 12.

---

23



Todo está dando lugar a un proceso continuo de transformación progresiva. Dichos cambios están relacionados con las nuevas formas de organización laboral, con el futuro del trabajo y con el nuevo modelo de empresa en red. Vid. PUJOLAR, O., “Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20, 2005, T.II, pp. 237-ss.

---

24

Efectivamente, se produce una íntima relación entre la prestación laboral y la propia organización del trabajo, que condiciona el desarrollo de la actividad laboral. Vid. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992 y “Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporáneo”, *Rivista giuridica del lavoratori*, 1999, I, pp. 270-ss. El trabajo está orientado ciertamente a la satisfacción de las nuevas exigencias inherentes a la producción. La actividad laboral está en íntima sintonía con las demandas del mercado. Como sabemos, las nuevas formas de organización laboral están dando lugar a una continua pérdida del valor de la jerarquía en la propia organización del trabajo, situación que convive con la llegada de nuevas profesiones relacionadas con la nueva economía y con los nuevos avances tecnológicos.

---

25

Se trata de un contexto cambiante que se asimila rápidamente por las empresas, consolidando los nuevos modelos de organización del trabajo. Todo ello da lugar a una reformulación del sentido tradicional de relación laboral. Se produce, sin duda, una nueva concepción de la noción de titularidad y ejercicio del poder de dirección, que se atribuye exclusivamente al empresario. Estos cambios se producen a pesar de la crisis del concepto de poder de dirección, que actualmente se encuentra en estado de revisión y está sumido en una profunda transformación. Con todo, se trata de un concepto necesario, puesto que la noción de poder directivo y subordinación sigue marcando la diferencia entre el trabajo autónomo y el propio trabajo parasubordinado.

---

26

Todo ello tiene su razón de ser debido a la naturaleza jurídica bilateral del contrato de trabajo, entablado entre trabajador y empleador. El contrato de trabajo se desarrolla en virtud de una relación de dependencia y subordinación que se manifiesta en la prestación de servicios.

---

27

Con carácter general, la prestación laboral debe seguir estando regida por las reglas jurídicas que ordenan el contrato de trabajo. Se trata de un presupuesto básico cuando materialmente existe una relación laboral, con independencia de la forma que dicha prestación de servicios revista.

---

28

Vid. POLANYI, K.: *op. cit.*, al afirmar que la idea de un mercado autorregulado era una utopía total, el mercado en sociedades avanzadas no podría subsistir en una regulación racionalizadora. Véase HEILBRONER, R. L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Barcelona, ediciones península, 1990, pp.67 y ss. Ese mito se conjuga con el de la “mano invisible” y la armonización espontánea en la sociedad del (y para el) mercado. Véase RONSAVALLON, P., *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique*, Paris, Éditions du Seuil, 1979. En otra perspectiva, puede consultarse, AYALA ESPINO, J., *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, México, FCE, 1999.

---

Vid. CASTELLS, M., *La era de la información. Vol.1. La sociedad Red*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p.200. HARRISON, B., *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, Nueva York, Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers, 1994, Tercera Parte (“El sistema emergente de producción en red global”).

---

Vid. CORIAT, B., *El taller y el robot*, Madrid, Siglo XXI, 1993; BOYER, R.: *La flexibilidad del trabajo en Europa*, Madrid, MTSS, 1986; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La flexibilidad de mercado de trabajo. Teoría e ideología”, en CASTILLO, J. J. (ed.): *El trabajo del futuro*, Madrid, Editorial Complutense, 1999. Para la contraposición entre “constitución liberal”, “constitución democrático-social” y “constitución flexible del trabajo”, puede consultarse, 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 a 70; ID.: “El Derecho Social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp.219 y ss.

---

En cierto modo, el objetivo no debe ser otro que el ya apuntado de garantizar en este tipo de empresa global el respeto por todas unidades empresariales de los derechos humanos y los derechos fundamentales en el trabajo.

---

Vid. HARRISON, B.: *Lean and Mean. The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, Nueva York, Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers, 1994, Primera Parte. También, en la perspectiva crítica, SALENTO, A.: *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*, Franco Angeli, 2008, Milán, p.91 y ss; BHIDÉ, A.V., *Origen y evolución de nuevas empresas*, Editorial Oxford University Press, México, 2000.

---

Esta idea supera a los supuestos de conexión empresarial tradicional que se se traduce en las redes de empresas constituidas por medio de grupos de empresas o sociedades, supuestos en los que es más evidente el vínculo empresarial por la celebración de los contratos que asegurar formalmente la unidad jurídica de cada una de las empresas agrupadas. Ello, claro está, nos referimos al modelo permitido legalmente, al margen de los casos de grupo patológicos. En estos casos, se trata de grupos de empresas ficticios a los que la jurisprudencia imputa responsabilidad, extendiendo la condición de empleador al grupo de empresas en su conjunto.

---

Este modelo de empresa compleja no responde solamente a este interés de evitar los controles jurídicos, sino que es asimismo una demanda empresarial, ya que las redes de empresas permiten a estas

35

Todo ello nos conduce a una realidad que se puede resumir en una estructura de las empresas pequeñas formalmente, pero que, en lo material, es decir, en su acción empresarial se produce una gran dimensión productiva en virtud de los vínculos de interconexión entre cada una de las empresas.

---

36

No debemos olvidar que la subcontratación de actividades es un negocio de naturaleza puramente mercantil. En materia de subcontratación, la titularidad del poder directivo pertenece al empresario subcontratista, que asume un encargo. Esta posición conlleva una obligación de hacer y de prestar al empresario principal una obra o un servicio, que realiza a través de su propia organización y asumiendo el riesgo de no cubrir los costes de la actividad productiva con las ganancias del negocio.

---

37

La subcontratación se encuentra limitada mediante la tutela del recurso abusivo al trabajo, cuando ello pueda acarrear perjuicios para los trabajadores. Dicha reacción asegura garantías específicas de tutela de los empleados por parte del empresario subcontratista. Con todo, en la práctica se producen conflictos jurídicos relativos al ejercicio del poder directivo en el ámbito de las relaciones de trabajo entre subcontratista y sus empleados. Los trabajadores empleados en la subcontrata prestan servicios bajo la directa dependencia del empresario contratista o subcontratista, que es el único titular del poder directivo y organizativo. Únicamente dicho empleador puede formular órdenes y directrices empresariales dirigidas a determinar el contenido de la prestación laboral, e integrar dicha prestación de servicios en la organización empresarial. En estos casos de descentralización productiva debería quedar asegurada la imposibilidad de separar la titularidad del poder de dirección y su ejercicio. En efecto, el contratista debe ejercitar bajo su propio riesgo el poder organizativo y directivo frente a sus empleados, sin que pueda aparecer en el mercado como un mero empleador aparente.

---

38

Ciertamente, las prácticas en materia de contratas y subcontratas han creado grandes márgenes de inseguridad jurídica. La generalización de dichas fórmulas abusivas ha venido produciendo un importante cambio de orientación de la respuesta jurisprudencial. Incluso se han reclamado nuevos criterios de aplicación del régimen legal. En este sentido, se han indicado que “debe producirse, de este modo, un cambio de orientación en la aplicación de la normativa correspondiente: las cargas impuestas a las empresas no pueden ya fundarse en una comprensión negativa y disfuncional de las contratas dentro del sistema de relaciones laborales”. Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, tomo I-1992, p. 114.

---

39

Vid. STS (Social) 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 582). STS (Social) de 3 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3105). STS (Social) de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2972). STSJ Asturias (Social) de 11 de abril de 2017 (AS 2017, 527). STSJ Andalucía, Granada (Social) de 24 de noviembre de 2010 (AS 2011, 651).

---

El empresario principal puede controlar efectivamente el resultado del trabajo, pero nunca las prestaciones laborales de los trabajadores del contratista. Ello es así, a pesar de que podamos entender que existe un cierto aprovechamiento indirecto respecto del trabajo desarrollado. A pesar de ello, la legislación laboral no ha atribuido al empresario principal la posibilidad de ejercer el poder directivo y organizativo de los trabajadores del contratista, ni siquiera en los supuestos en los que el trabajo concertado se desarrolle en el marco de una contrata de la misma actividad desarrollada por el empresario principal.

Esta afirmación es plenamente congruente en el estricto ámbito laboral. Ello condiciona la garantía de la prevención de riesgos laborales. El art. 24 LPRL permite al empresario principal, en el ejercicio de su deber de protección general (art. 14 LPRL), la posibilidad de ejercer labores directas de vigilancia del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del contratista. Sin embargo, no se permite interferir en las órdenes de contenido laboral relativas al desarrollo de la prestación de servicios. Solamente en el caso de detectar la infracción efectiva de las normas de seguridad y salud laboral de los trabajadores de la contrata, el empresario principal deberá advertir a la empresa de contrata para revertir dicha situación de incumplimiento. Solamente podrá interferir directamente el empresario principal en los supuestos de riesgos graves e inminentes, producido por la acción u omisión de los trabajadores de la contrata (art. 21 LPRL).

Ciertamente, esta podría ser la única fórmula de control indirecto que asiste al propio empresario principal. Vid. LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, 1999, pp. 120-121. Efectivamente, las demandas directas al empresario contratista se basan en la propia contrata civil (art. 1598 CC). Esta figura permite al empresario comitente dar órdenes al empresario contratista y con ello condicionar indirectamente el trabajo desarrollado por los trabajadores de la contrata. De este modo, se estará condicionando indirectamente el propio ejercicio de los poderes directivos. Estaríamos, pues, ante un cauce indirecto que permite al empresario principal condicionar el trabajo desarrollado por los trabajadores del contratista, ya que directamente no puede ejercer las facultades directivas.

Ciertamente, se ha insistido en la imposibilidad legal de compartir las facultades directivas del trabajo. De este modo, el empresario contratista formulará las órdenes oportunas y la empresa principal complementará dichas órdenes con instrucciones subsiguientes. Vid. STS (Social) de 3 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1600). STSJ País Vasco (Social) de 13 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4136). STSJ Andalucía, Granada (Social) de 9 de febrero de 2011 (AS 2012, 1993). STSJ Madrid (Social) de 17 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 375166).

En este sentido, conviene indicar que las delegaciones de los poderes directivos se pueden realizar en el seno de la empresa. Es decir, se pueden delegar dichas facultades en el interior de la empresa a los directivos o mandos intermedios, que podrán ejercer en representación de la empresa los poderes de mando y dirección (art. 20 ET). Sin embargo, esta delegación no se puede realizar en los supuestos de relaciones interempresariales, ya que, en su caso, se produciría un supuesto de fraude de ley.

Vid. STS (Social) de 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 58). STS (Social) de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3117). STS (Social) de 3 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3105).

---

45

Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., “Descentralización laboral: problemas e incidencias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 75, 2016, pp. 13-30. CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, MEYSS, Madrid, 2015, pp. 127-ss. MENÉNDEZ CALVO, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, CES, Madrid, 2009, pp. 83-ss. DÍAZ MORENO, A; MARTÍN LÓPEZ, M., *Las relaciones laborales en el contexto del desarrollo de la subcontratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 15 y ss.

---

46

Se trata de empresas ficticias que realizan una labor de interposición entre la empresa real y los trabajadores empleados en los procesos productivos. Todo ello como vía de evitar la aplicación de la posición de empresario laboral y la asunción de las obligaciones laborales impuestas por la legislación.

---

47

Precisamente, dicha sanción es posible en la medida que la misión de dicha empresa es únicamente el suministro de trabajadores a la empresa principal. Dicha práctica pretende exclusivamente evitar la proyección de las responsabilidades empresariales ante los trabajadores cedidos, supuesto que avala la reacción por la vía de la cesión ilegal de los trabajadores.

---

48

Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, tomo I-1996, p. 35. MONEREO PÉREZ, J. L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, *Ibidem*, Madrid, 1993, pp. 79-ss. CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *loc. cit.*, pp. 25-27. *Ibidem*, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *loc. cit.*, pp. 26-27. RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, *loc. cit.*, p. 27.

---

49

Por todo ello, legalmente se contempla el régimen de responsabilidad empresarial laboral y de seguridad social, incluyendo la reacción ante los incumplimientos en materia de salud laboral (arts. 42 ET y 24 LPRL). Se trata de un diseño legal que tiene su base apegada a la censura de los posibles fraudes laborales, intentando censurar aquellas prácticas que, aun amparadas en la libertad de empresa, tengan como objetivo la elusión de las obligaciones laborales del auténtico empleador. Este modelo ciertamente flexible ha sido en muchas ocasiones, como ha manifestado la jurisprudencia, utilizado como un mecanismo que denota un uso fraudulento de la contrata de obras y servicios. En este sentido, se utilizarían estos recursos como meros instrumentos pantalla para ocultar comportamientos empresariales ilícitos, que suponen una cesión ilegal de trabajadores entre empresas.

---

50

En relación con el fundamento de la atribución legal de la responsabilidad. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *loc. cit.*, p. 90. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, p. 36. GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pp. 27 y 30. MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, Madrid, 1988, Tomo VIII, p. 243. CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *loc. cit.*, p. 26.

---

51

En este sentido, destacamos las siguientes resoluciones judiciales. Vid. STS (Social) de 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 58). STS (Social) de 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 352). STS (Social) de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315). STS (Social) de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2973). STS (Social) de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3117). STS (Social) de 3 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3105). Igualmente, la doctrina ha abordado la problemática relativa a los límites legales entre los arts. 42 y 43 del ET. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 324-ss. MARTÍN VALVERDE, A., “Cesión de trabajadores”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, Madrid, 1987, Tomo VIII, pp. 308-ss. GARCÍA MURCIA, J., “Cesión de trabajadores”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.), *Comentarios a las Leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1988, pp. 309-ss. RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 17-19. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 109-ss. OLMO GASCÓN, A.M., *El reclutamiento y la cesión ilegal de trabajadores tras la alteración del sistema de intermediación laboral*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 23-25.

---

52

Ciertamente, la reacción del régimen de responsabilidad no se produce solamente por la concurrencia de cesión de trabajadores, sino que la imputación de responsabilidad necesita de la intencionalidad de eludir la legislación laboral. La imputación requiere un ánimo defraudatorio que suponga una merma de los derechos laborales de los trabajadores afectados por la contrata. Esto es claramente un factor demandando por los tribunales en la aplicación del art. 43 del ET, a pesar de que expresamente el legislador no se refiera a un ánimo subjetivo incumplidor. Vid. STS (Social) de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6419). STS (Social) de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 11274).

---

53

En este sentido pueden consultarse las siguientes resoluciones judiciales, que avanzaron en la delimitación de la respuesta jurisdiccional. Vid. STS (Social) 13 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2069). STS (Social) de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906). STS (Social) de 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10093). STS (Social) de 17 de junio de 1997 (RJ 1997, 4758). STS (Social) de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1644). Respecto del análisis de dichos criterios jurisprudenciales. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Propia actividad y contrata”, *loc. cit.*, p. 8. Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, *loc. cit.*, pp. 283 y ss. LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, *op. cit.*, pp. 96-ss “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, *loc. cit.*, p. 51.

---

Sin duda, se produjo un cambio importante hacia la protección jurídico-laboral después de la sentencia del STS (Social) 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514). Concretamente, se insistía en avanzar en el concepto de propia actividad a efectos de proveer justicia. Las actividades se diferencian de las labores que se presentan como el núcleo del negocio. Ello se correspondería con el propio ciclo productivo de la empresa. Por tanto, la actividad contratada no tiene que ser absolutamente indispensable para el desarrollo de la actividad propia de la empresa principal. Vid. STS (Social) 14 de julio de 1998 (RJ 1998, 8544). STS (Social) de 14 de junio de 2014 (RJ 2017, 3297). STSJ Baleares (Social) de 24 de noviembre de 2011 (AS 2012, 39). Sobre la delimitación del concepto de propia actividad recomendamos algunos títulos de referencia. Vid. LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, op. cit., pp. 63-ss. DEL REY GUANTER, S., “A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la ‘propia actividad’: notas a la luz de la STS 24 de noviembre de 1998”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2000, pp. 342-ss. GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, CISS, Valencia, 1998, p. 24. CASCAREJO SÁNCHEZ, M.<sup>a</sup> A., “Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas de obras y servicios”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 200, 1999, p. 72. GARCÍA MONTALBÁN, C., “Ámbito material en las contrata y subcontratas”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 61.

Se encuentran excluidos de la responsabilidad de la empresa principal los salarios de tramitación, ligados al ejercicio del poder disciplinario de la empresa contratista. Esta exclusión de los salarios de tramitación se debe a su naturaleza híbrida, que aglutina tanto aspectos salariales como cuestiones de naturaleza claramente indemnizatoria. Con todo, los tribunales han entendido que debe prevalecer la dimensión compensatoria sobre la salarial. Vid. GALA DURÁN, C., “Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios”, *Relaciones Laborales*, tomo I-2000, p. 131. Desde el punto de vista jurisprudencial, destacamos que se ha incluido expresamente dentro de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET a los salarios de tramitación. Vid.

STS (Social) de 7 de julio de 1994 (RJ 1994, 6351). STS (Social) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8351).

Se trata de un criterio interpretativo que implica que dichos salarios de tramitación no se incluyan en la noción de obligaciones salariales del art. 42 ET. Todo ello viene a manifestar la restricción del ámbito de responsabilidad de la empresa principal, que igualmente se puede apreciar en el ámbito de las obligaciones de Seguridad Social. Igualmente, se ha producido una reducción de su margen aplicación, que se encuentra mitigado en la práctica. En materia de Seguridad Social, la responsabilidad solidaria se dirige a la responsabilidad subsidiaria prevista por la legislación de Seguridad Social. Ello impide igualmente la extensión de la protección al pago de las obligaciones de Seguridad Social respecto de las mejoras voluntarias de las prestaciones atribuidas a la empresa auxiliar en beneficio de sus trabajadores (art. 126 LGSS). Vid. STS (Social) de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7226). STS (Social) de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4730). STSJ Valencia (Social) de 4 de marzo de 2004 (AS 2004, 3236).

Sin duda, este tipo de responsabilidad de naturaleza pública únicamente podría producirse cuando realmente la empresa principal no pudiera responder a sus obligaciones de forma personal y directa. La empresa principal debería responder en primer término, dado que es la beneficiaria directa de la prestación



de servicios de los trabajadores. La empresa principal sería la principal obligada a sumir los deberes laborales y de Seguridad Social. Ciertamente, esta es una responsabilidad claramente subjetiva, que debería prevalecer frente a la responsabilidad objetiva de los organismos públicos, que únicamente se recurriría a ella de forma subsidiaria.

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

#### 2. GLOBALIZAÇÃO E TRABALHO DECENTE NO BRASIL

## 2. Globalização e Trabalho Decente no Brasil

### Globalization and Decent Work in Brazil

(Autores)

**MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE**

*Pós-Doutor em Direito Econômico pela Università degli studi di Roma II, "Tor Vergata". Doutor em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Università degli studi di Roma I, "La Sapienza", revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito do Trabalho pela PUCSP. Professor Titular do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Professor do Centro Universitário Internacional UNINTER de Curitiba/PR. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR. Advogado em Curitiba (PR). - marcovillatore@gmail.com*

**THIERRY GIHACHI IZUTA**

*Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Advogado. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UniDOM em Curitiba (PR). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisa do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil. thierryizuta@gmail.com*

#### Sumário:

##### [1.Introdução](#)

##### [2.Da primeira a quarta revolução industrial: evolução tecnologica e as relações de trabalho](#)

##### [3.Normas internacionais da oit e medidas da onu na defesa dos direitos humanos e direitos sociais pelo trabalho decente](#)

##### [4.O problema da efetivação do trabalho decente com a quarta revolução industrial no Brasil](#)

##### [5.Conclusão](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### Resumo:

Neste estudo, serão analisados os principais aspectos da Indústria 4.0 no Brasil. Foi estabelecido o seguinte problema: quais os impactos da Industria 4.0 para efetivação do trabalho decente no Brasil? Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer através do método hipotético-dedutivo, que a

quarta revolução industrial evidencia as desigualdades sociais nos países em desenvolvimento, não tendo a intenção de gerar mais empregos e com qualidade do trabalho. O Brasil não consegue acompanhar esse avanço, principalmente em decorrência do alto índice de desemprego e a falta de criação de postos de trabalho de qualidade, entre outros problemas sociais. Com a Indústria 4.0, haverá dificuldades na efetivação do trabalho decente, diante da automação dos processos produtivos.

## **Abstract:**

In this study, the main aspects of Industry 4.0 in Brazil will be analyzed. The following problem was established: what are the impacts of Industry 4.0 on the effectiveness of decent work in Brazil? In response to this question, it was possible to establish through the hypothetic-deductive method that the fourth industrial revolution shows social inequalities in developing countries, not intending to generate more jobs and quality of work. Brazil cannot keep up with this advance, mainly due to the high unemployment rate and the lack of creation of quality jobs, among other social problems. With Industry 4.0, there will be difficulties in implementing decent work, in view of the automation of production processes.

**Palavras-Chave:** globalização, indústria 4 - 0, direitos sociais, crise da efetividade dos direitos fundamentais, trabalho decente

**Keywords:** globalization, industry 4 - 0, social rights, crisis of the effectiveness of fundamental rights, decent work

## **1.Introdução**

Neste artigo será abordado o tema da globalização e os impactos da Indústria 4.0 para efetivação do trabalho decente no Brasil. Atualmente, a disputa entre capital vs. Trabalho, o capital está vencendo essa disputa com a globalização da economia e a Indústria 4.0, pois o capital não possui barreiras e ultrapassa as fronteiras dos países. Já a proteção do trabalhador ainda é local, ficando sujeito ao Poder Legislativo dos países que, em muitos casos, o legislador é um empresário que detém o capital, fazendo com crie leis de interesse do capital e não do trabalhador.

Sendo que o Brasil ainda é considerado um país extremamente desigual e que possui inúmeros problemas sociais, para piorar a situação, atualmente passa por uma crise política/econômica, que gera desemprego e que acaba agravando, ainda mais, os problemas no país. Apesar de termos a Constituição de 1988 como elemento fundamental na ordem econômica e que, tem por fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, bem como, o trabalho como um direito fundamental.

Mas que não é suficiente para que seja solucionado os problemas sociais do país, para isso devemos recorrer a seara internacional na busca da progressão social em conformidade com o entendimento internacional, atualmente é pautada pela Agenda 2030 da ONU e do Trabalho Decente da OIT, sendo que um dos objetivos é o trabalho decente a serem alcançados pelo Brasil. Com isso, o trabalho decente é um importante instrumento para que seja retomado o crescimento econômico, fazendo com que reduza as desigualdades sociais no país.

Somente, desta maneira haverá a retomada do crescimento econômico de forma sustentável, sem uma precarização ou retrocesso social, com o alinhamento de políticas públicas que ocorre na seara internacional com as políticas públicas no âmbito nacional, mas também com a plena aplicação das Convenções e Tratados Internacionais e a internalização da Convenção nº87 da OIT, evitando com o que Brasil seja condenado na Corte Interamericana de Direitos humanos, caso ocorra alguma denúncia de não cumprimento ou desrespeito com a efetivação dos direitos sociais e do trabalho decente.

O problema surge com a indústria 4.0, que também fragiliza o instituto do trabalho decente e a efetividade dos direitos humanos, vez que os impactos que vão ser gerados pela quarta revolução industrial, são enormes, possibilitando a consolidação do poder econômico sobre o Estado.

## 2. Da primeira a quarta revolução industrial: evolução tecnológica e as relações de trabalho

A globalização é um fenômeno recente, decorrente da internacionalização do capital, com criação das empresas transnacionais; esse fenômeno surgiu da necessidade das empresas buscarem maior lucratividade e da concorrência em outros países. Essa globalização da economia, ocorreu, após a Terceira Revolução Industrial, com a utilização de sistemas eletrônicos de comunicação, ou seja, a indústria está em constante evolução desde do século XVIII.

Tendo em vista que a Primeira Revolução Industrial ocorreu no final do século XVIII, com a mecanização das fábricas e da produção sendo feita com a utilização de energia mecânica e de motores a vapor. As empresas, objetivando o lucro, acaba provocando a exploração dos trabalhadores e seu estado de miséria, pois, naquele tempo de desproteção da atividade laboral e o homem era mero instrumento (mercadoria) de produção como cita Mascaro do Nascimento<sup>1</sup>

A professora Waldruff<sup>2</sup> cita que, com mecanização de setores produtivos na Europa no século XVIII, a partir da Revolução Industrial, trouxe mudanças na relação de trabalho na época, entretanto, também, agravou inúmeros problemas sociais ao invés de ter “tornado o trabalho menos penoso e humano”. Naquela época, não havia uma regulamentação do trabalho como vemos atualmente, o Estado não tutelava as relações de trabalho, desta maneira, os empregadores utilizavam a mão de obra sempre visando maximizar os lucros, com empregados trabalhando em jornadas extenuantes, trabalho infantil, salários baixos, etc. Somente a partir de 1802, na Inglaterra, tivemos a primeira lei trabalhista, a *Moral and Health Act*, com a limitação da jornada de trabalho e proibição do trabalho noturno, bem como respeito as normas de educação e higiene. Em 1819, foi proibida trabalho para menores de 9 anos na Inglaterra, mas, ainda era permitido o trabalho para menores de 16 anos, limitado a doze horas diárias. Na França, também teve as primeiras leis, em meados 1813, visando a redução da carga da jornada de trabalho e proteção das crianças e dos menores, todas essas mudanças, foram decorrentes das lutas/greves por melhores condições, por intermédio da associação dos trabalhadores, que, hoje seriam os sindicatos.

No período entre 1848 e 1891, temos que destacar o Manifesto Comunista feita por Karl Marx e Friedrich Engels, que criticava as condições de trabalho da época, e que é utilizado como linha norteadora do comunismo, mas, visando impedir a ascensão do comunismo e o clamor social que estava ocorrendo na Europa, houve a interferência da Igreja, com a publicação da Encíclica *Rerum Novarum*, em 15 de maio de 1891 pelo Papa Leão XIII, visando conscientizar essa relação da disputa entre capital e trabalho.

Em decorrência da 1ª. Guerra Mundial e da necessidade do deslocamento da força masculina para lutar na guerra, os Estados passaram a incentivar, por meio de legislação, a ter trabalhadores para aumentar a produção dos armamentos e sustentar os custos que a guerra demandava. A partir deste ponto, surge o Direito do Trabalho, visando compensar a inferioridade jurídica do trabalhador, lhe conferindo direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida, ou seja, o Estado passa a proteger este hipossuficiente. Exemplificando, dois países elevaram a um nível constitucional, é o caso do México em 1917 e a Alemanha em 1919, apesar de transformar em normas constitucionais não tinham o efeito prático. Cabe ressaltar que, com o fim da 1ª Guerra Mundial, pelo Tratado de Versalhes, houve a criação da Organização Internacional do Trabalho, ela surgiu em decorrência das reflexões sobre o custo humano na revolução industrial.

A Segunda Revolução Industrial surgiu a partir dos EUA, pelo Henry Ford da indústria automobilística, visando melhorias no sistema de produção de sua empresa, enfatizando o modelo do taylorismo na divisão de trabalho com a otimização do tempo de trabalho e da produção, implementando linhas de produção da empresa, a produção teve um salto tecnológico com a utilização da energia elétrica. Sendo que, esse modelo de produção que marcou a Segunda Revolução Industrial, contudo, a produção era feita nos países onde estava situada a empresa e exportada para outros países, fazendo com que as empresas da nação de origem, tivesse contato e se estabelecesse em outros países para atender a demanda local, tornando-se multinacionais.

O modelo fordista durou até a década de 1970, com os efeitos da Crise do Petróleo, teve que ser

repensado o modelo de produção, com a necessidade de se reduzir custos operacionais, por meio da automação das tarefas mecânicas e repetitivas, com a utilização de computadores e a internet, bem como, a terceirização das atividades meio das empresas, fazendo com a empresa se dedique a sua atividade-fim, surge a terceirização das atividades com modelo implementado na fábrica de veículos Toyota.

Neste momento de crise econômica surge a Terceira Revolução Industrial, e que existe até o presente momento; Miraglia<sup>3</sup> destaca que “o modelo toyotista de produção impõe às empresas uma concentração maior na sua atividade fim e torna a estrutura mais enxuta, com a desconcentração dos serviços não essenciais”. Desta maneira, permitiu-se flexibilizar a produção, bem como as normas trabalhistas, com a finalidade de aumentar a produtividade e reduzir custos operacionais, para ter maior competitividade no mercado global, pois agora a concorrência não é mais local e sim, uma concorrência global. Bomfim<sup>4</sup> destaca os efeitos da globalização: “a globalização é o processo mundial de integração de sistemas, de culturas, de produção, de economias, do mercado de trabalho, conectando comunidades e interligando o mundo através de redes de comunicação e demais instrumentos tecnológicos, quebrando fronteiras e barreiras. Acarreta transformações na ordem econômica e política e econômica mundial, abalando principalmente países de economia mais frágil”.

Nesta toada Gomes<sup>5</sup> ressalta a mudança decorrente da Revolução Tecnológica, afetando a concepção do Direito do Trabalho: “o vertiginoso avanço da automação, aliada à informática e à comunicação para dar lugar a um impulso típico da Revolução Industrial, que vem sendo identificado como Revolução Tecnológica, feriu fundo o núcleo tutelar presente no conteúdo básico do contrato individual de emprego, a ponto de, sob a denominação circunstancial de flexibilização, estar forçando uma revisão conceptual da própria principiologia do Direito do Trabalho”.

Corroborado neste entendimento, a autora Bomfim<sup>6</sup> destaca os pontos sobre a revolução tecnológica e globalização: “a revolução tecnológica, a globalização da economia e a crise econômica enfrentada por alguns países, acirraram as disputas entre os mercados internacionais, aumentando a competitividade, demandando inovações constantes e revisão da legislação interna, obrigando a redução de custos, na busca de melhores preços e qualidade de produto. Por outro lado, a união entre as telecomunicações e a informática permitiu acelerar o acesso às informações, aumentar as negociações financeiras, que podem até ser simultâneas e quebrar barreiras internacionais para facilitar a compra e venda de qualquer produto, mesmo que oferecido em outro país. Todos esses processos favorecem a integração dos mercados”.

A mesma autora<sup>7</sup> evidencia os efeitos causados nas relações de trabalho pela globalização: “outro efeito da globalização é sentido nas relações de trabalho, pois a dinamização do mercado mundial, o avanço tecnológico e científico, a revolução na comunicação, substituição do homem pela máquina automatizada e outros fatores impactam de forma negativos países de economia mais frágil, abalam seus níveis salariais, exigem mão de obra cada vez mais especializada, aumentam o índice de desemprego, conduzindo à desintegração social. Medidas são adotadas sob o manto da incansável busca de custos mais baixos, aumento da produção, melhor qualidade do produto, tudo para incrementar a concorrência”.

Com a globalização surge a flexibilização dos direitos trabalhistas, com a finalidade de reduzir custos trabalhistas nas empresas. Em consonância ao entendimento acima, o autor Gomes<sup>8</sup> defende o instituto supramencionado, fazendo com que haja a necessidade do Direito do Trabalho acompanhar esta evolução: “isto que o fenômeno da flexibilização não é causa e sim efeito jurídico de outro, mais amplo, nascido de um inédito potencial de mobilidade do investimento e dos meios de produção industrial, a que se vem denominando de globalização da economia, a pressão dos fatos para a readaptação do Direito de Trabalho se tem feito sentir em todos os quadrantes do globo, variando de intensidade e oportunidade na medida apenas do estágio de evolução de cada grupo”.

Zebral Filho<sup>9</sup> pontifica o conceito de globalização e os desdobramentos que este instituto trouxe para a sociedade: “o termo “globalização” é largamente usado para designar de modo geral o conjunto de mudança que abarcam as economias modernas neste final de século e que se manifestam em diversas esferas da vida pública e privada. As transformações das forças produtivas, das relações de produção, dos sistemas institucionais e dos sistemas político-ideológicos formam o

processo de globalização mundial. Em sua conta, contabilizam-se o desemprego estrutural deste final de século, o desmantelamento de parques industriais nacionais sufocados pela abertura generalizada das economias, o rompimento das fronteiras nacionais (e o ressurgimento violento de movimentos nacionalistas ao redor do globo) e até mesmo as agressões ao meio ambiente no Terceiro Mundo”.

Com isso, o Direito entra em um papel central, como um mecanismo para regulamentar e reduzir as desigualdades sociais, um dos exemplos de equilíbrio que o Estado traz para o privado é o Direito do Trabalho. Pois ele visa compensar a inferioridade jurídica do trabalhador, lhe conferindo direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida, ou seja, o Estado passa a proteger este hipossuficiente.

Ocorre que a globalização das economias e a concorrência geram uma disputa entre os Estados e as empresas, atualmente, as empresas estão passando por uma nova transformação, a chamada Indústria 4.0<sup>10</sup>, também, denominada de Quarta Revolução Industrial, que é uma evolução do modelo de produção do toyotismo, caracterizada por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico. A Quarta Revolução Industrial permitirá que as empresas estejam sempre conectadas, criando empresas que estão no mundo físico e digital. Com isso, demandará mais conhecimento técnico especializado dos trabalhadores nas empresas, possibilitando a redução dos custos de produção, gerando lucro e maior produtividade, algo que, na teoria é muito bonito e próspero. Contudo, se com a flexibilização dos direitos trabalhistas que a Terceira Revolução Industrial trouxe já evidenciou que o Estado não tem força suficiente para proteger o hipossuficiente, com a Quarta Revolução Industrial as desigualdades sociais serão acentuadas nos Estados em desenvolvimento, principalmente, em decorrência da força do capital (que agora é globalizado) que sobrepõe a força dos Estados.

Essa disputa de capital com o Estado é algo que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e do Direito do Trabalho, não estão conseguindo acompanhar as constantes evoluções da tecnologia e as novas modalidades de trabalho para efetivar o trabalho decente, conforme o próximo tópico que será abordado.

### **3. Normas internacionais da oit e medidas da onu na defesa dos direitos humanos e direitos sociais pelo trabalho decente**

Conforme já abordado na presente obra, as relações de trabalho sempre foram pautadas nas disputas entre capital vs. trabalho, desde da mecanização da produção das empresas, em que o trabalhador tem que vender a sua força de trabalho e juventude, para poder sobreviver. A fim de que esse trabalho não seja análogo a escravidão, houve a regulamentação desta prestação de serviços com o véu protetivo do Estado.

Contudo, não havia um entendimento internacional na proteção destes direitos até 1919, com a criação da OIT pelo Tratado de Versalhes. Os autores Friedrich e Passos<sup>11</sup> ressaltam um dos principais objetivos desta organização: “Organização Internacional do Trabalho, cujo objetivo é criar um sistema de proteção internacional do trabalho, apresenta algumas características comuns e outras diferenciadas em relação as demais Organizações Internacionais existentes atualmente”. Todavia, o professor Leite<sup>12</sup> vai mais além, destaca os objetivos da OIT que foi criada pelo Tratado de Versalhes (Parte XII), em 1919, sobre o fundamento de que a justiça social é a base para a promoção universal da paz permanente, as atividades da Organização Internacional do Trabalho - OIT, consistem, basicamente, na proteção e promoção mundial dos direitos humanos no campo das relações de trabalho.

Somente, após a Segunda Guerra Mundial das atrocidades do nazismo e do fascismo, que cometiam atos contrários aos direitos humanos, mesmo amparados por norma constitucional, percebeu-se que não era suficiente cercar atos contra a dignidade da pessoa humana. Essa revisão dos mecanismos de proteção, com a conscientização da importância de respeitar a dignidade da pessoa humana, foi criada a Organização das Nações Unidas no ano de 1945, após a Segunda Guerra Mundial, com intuito de impedir uma nova guerra e as atrocidades que ocorreram e isso possibilitou o reconhecimento da universalização dos direitos, através da Declaração dos Direitos do Homem em 1948, positivando os princípios norteadores da: liberdade, igualdade e fraternidade, que foram os

objetivos da Revolução Francesa na época.

Consonante a este entendimento, o autor Comparato<sup>13</sup> (2015, p. 238) também faz alusão a Declaração dos Direitos do Homem com a Revolução Francesa: “seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos”.

No âmbito dos direitos sociais, a Declaração dos Direitos do Homem reforça a importância do trabalho e que todos têm direito ao trabalho; com isso houve uma progressividade dos direitos humanos, com o reconhecimento internacional da mudança da perspectiva de coisificação do ser humano para a valorização do trabalhador. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>14</sup> é claro, em seu art. 23, para proteção do trabalho e valorização do ser humano, enquanto estiver exercendo a sua atividade laborativa: Artigo 23.1. “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 2. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 3. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses” (UNESCO, 1998).

Neste sentido, a ideia da autora Miraglia<sup>15</sup>, ao afirmar que “a dignidade impede que o homem seja utilizado como mero instrumento, como meio para a consecução de um fim. O ser humano é fim em si mesmo e não se admite em nenhuma hipótese a sua ‘coisificação’”.

Ainda, no âmbito internacional, mas focado no continente americano, temos a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>16</sup> ou Pacto de San Jose da Costa Rica, que é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, que tem por objetivo efetivar os direitos humanos, bem como o direito ao trabalho, o Pacto foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 678, de 06.11.1992. Neste sentido, os países do continente americano se comprometem a respeitar os direitos e liberdades do ser humano para o desenvolvimento da sociedade, conforme destaca o preâmbulo da referida convenção: 1) reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; 2) reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; 3) reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; (BRASIL, 1992a).

Desta maneira, Pacto de San José da Costa Rica<sup>17</sup> visa sempre a progressividade dos direitos, por meio da cooperação internacional. Artigo 26: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. Ademais, no âmbito de proteção do Direito ao Trabalho a nível internacional, temos o Protocolo de San Salvador<sup>18</sup>, que foi internalizado por meio do Decreto nº3.321, de 30 de dezembro de 1999, ressaltando importância do direito ao trabalho e que este trabalho tenha condições mínimas, bem como permite a livre sindicalização dos trabalhadores. Artigo 6º. Direito ao trabalho. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. 2. Os Estados Partes



comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente os referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Artigo 7º. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: 1) remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; 2) o direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional; 3) o direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço; 4) Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de dispensa injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional; 4) segurança e higiene no trabalho; 5) proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida. 6) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos. 7) Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

Atualmente, nas relações de trabalho a nível proteção internacional, temos como objetivo o trabalho decente, o termo surgiu na Organização Internacional do Trabalho com a Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho<sup>19</sup> e sua implantação adotada em 1998, diante de uma preocupação por parte da OIT aos problemas relacionados às pessoas com “necessidades sociais especiais”, tendo como objetivo o equilíbrio e o vínculo entre crescimento econômico e progresso social.

Essa declaração foi importante para reafirmar a importância do trabalho na sociedade, bem como destacar os objetivos que os Estados devem atingir na promoção e conquista do progresso e da justiça social em um ambiente em constante evolução.

Os alicerces do trabalho decente segundo a OIT<sup>20</sup>, decorrem da: 1) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; 2) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; 3) a abolição efetiva do trabalho infantil; e 4) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Com isso, surgiu o termo trabalho decente pela OIT, que é a efetivação das convenções, consideradas pela OIT como fundamentais para atingir esse objetivo, são elas: 1) Convenção nº. 29, que versa sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório; 2) Convenção nº. 87, que versa sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical; 3) Convenção nº. 98, sobre o Direito de Organização e Negociação Coletiva; 4) Convenção nº. 100, sobre a Igualdade de Remuneração; 5) Convenção nº. 105, sobre a Abolição do Trabalho Forçado; 6) Convenção nº. 111, sobre a Discriminação no trabalho (Emprego e Profissão); 7) Convenção nº. 138, sobre a Idade Mínima de um trabalhador; 8) Convenção nº. 182 que versa sobre as Piores Formas de Trabalho das Crianças.

Cabe ressaltar que a única que ainda não foi ratificada no Brasil foi a Convenção nº. 87, que versa sobre a liberdade sindical, pois entrara em colisão com o art. 8º. da CRFB/1988<sup>21</sup>, que prevê a unicidade sindical, ou seja, o Brasil não cumpre plenamente a Constituição da OIT e as Convenções fundamentais, para atingir o trabalho decente.

Sendo que o trabalho decente é um importante instrumento para redução das desigualdades sociais

e efetivação de outros direitos fundamentais, bem como erradicar a pobreza e a exclusão social. Para isso, o Estado deve criar um equilíbrio para que haja um desenvolvimento sustentável da economia, pautada na valorização do trabalho e também na livre iniciativa, conforme preconiza o mandamento constitucional. Corroborando neste sentido, a autora Piovesan<sup>22</sup> descreve o papel do Estado no cenário nacional e internacional: “se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se consequentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global”.

Para o professor Romita<sup>23</sup>, os direitos fundamentais ocupam uma posição central no Estado Democrático de Direito: “no Estado democrático de direito, os direitos fundamentais ocupam uma posição central dentro do ordenamento jurídico e vinculam diretamente, além do poder público, as entidades privadas. São o parâmetro dentro do qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, inclusive aquelas voltadas para a regulação das relações de trabalho”.

Portanto, a efetivação dos tratados e convenções internacionais, para atingir o trabalho decente, deve ser feito por meio de políticas públicas. Neste sentido, o Brasil entrou em cooperação com a ONU para cumprir os objetivos previstos na Agenda 2030<sup>24</sup> da ONU, a referida agenda estabelece objetivos para que todos os países membros para que busquem o desenvolvimento sustentável, são 17 novos objetivos de desenvolvimento sustentável, sendo que o Objetivo 8 é especificadamente referente ao trabalho decente. Desta maneira, faz com que o país tenha um alinhamento de objetivos internacionais com as ações de políticas públicas, para efetivação de dos direitos sociais no âmbito nacional.

Contudo, a Quarta Revolução Industrial possibilitará uma robotização da produção, por meio de inteligência artificial entre outros sistemas que não dependam do trabalhador para desempenhar a função. Isso poderá gerar uma crise de efetividade dos direitos fundamentais, pois, esta nova revolução industrial vai escancarar os problemas sociais no Brasil, pois o grau de escolaridade do trabalhador brasileiro, em sua grande maioria, o nível é baixo, fazendo com que estes trabalhadores desempenhem funções de sub-empregos, ou atividades que dependa do ser humano para desempenhar, pois a maioria das funções será feita por máquinas, além do que, para desenvolver e manter essas máquinas, irá demandar um trabalhador com alto grau de estudo, conforme o próximo tópico a ser abordado.

#### **4.O problema da efetivação do trabalho decente com a quarta revolução industrial no Brasil**

Cabe ressaltar, que o Brasil é um país em desenvolvimento, de proporções continentais e que possui inúmeras desigualdades sociais e problemas na efetivação dos direitos mais básicos. Ainda que haja algum véu protetivo do Estado, os direitos fundamentais não são plenamente efetivados e, quando há alguma efetividade, geralmente são de forma precária ou pouco eficiente.

Corroborando com este entendimento, os autores Izuta e Knihs<sup>25</sup> destacam a realidade brasileira: “as desigualdades sociais, desde do século XXI é considerado um fator de retrocesso ao desenvolvimento econômico de um país, pois a desigualdade social consiste em alguns tipos de desigualdades como: de gênero, racial, etária, de classes, por exemplo. Sendo que, no Brasil a desigualdade social ainda é notória, tendo como principais causas a falta de ensino de qualidade, baixos salários e dificuldade a acesso de serviços básicos; por consequência gera uma favelização, pobreza, desempregos ou sub-empregos, violência, entre outros problemas”.

A implementação da Indústria 4.0 vai causar impactos e evidenciar ainda mais os problemas sociais nos países em desenvolvimento e, com o Brasil, não vai ser diferente, conforme destaca Schwab<sup>26</sup>. É importante refletir sobre o que isso pode significar para os países em desenvolvimento. As fases anteriores da revolução industrial ainda não chegaram a muitos cidadãos do mundo, que ainda não têm acesso à eletricidade, à água potável, a saneamento e vários outros equipamentos essenciais vistos como normais nas economias avançadas. Apesar disso, a quarta revolução industrial causará

impactos inevitáveis às economias em desenvolvimento.

No Brasil, ainda está em discussão as questões da flexibilização e terceirização das relações de trabalho, decorrentes da terceira revolução industrial, através da Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017) e, recentemente, no dia 30/08/18<sup>27</sup>, o STF, julgaram por 7 votos favoráveis e 4 contrários, validando o que está previsto na Reforma Trabalhista, isto é, permitindo que seja possível terceirizar a atividade-fim da empresa, ou seja, a sociedade brasileira ainda está se adaptando/atualizando para a realidade que a terceira revolução industrial, conforme destaca Singer<sup>28</sup>: “a Terceira Revolução Industrial sob diversos aspectos difere das anteriores. Ela traz consigo acelerado aumento da produtividade do trabalho tanto na indústria como em numerosos serviços, sobretudo dos que recolhem, processam, transmitem e arquivam informações. Como ela está ainda em curso, é difícil prever seus desdobramentos próximos e longínquos”.

Contudo, essas revoluções industriais não tem o condão de gerar mais empregos e com qualidade; no país, a taxa de desemprego chega perto dos 14 milhões de desempregados, segundo IBGE<sup>29</sup>. Ocorre que, os motivos do crescimento do desemprego são diversos, Zebral Filho<sup>30</sup> ressaltar alguns aspectos: “medida pelo ritmo de crescimento de seu produto, a renda per capita média dos seus cidadãos, seu modelo de desenvolvimento, o grau de flexibilidade de sua legislação trabalhista e uma outra série de política de regulação macrossocial que determinam o nível e o tipo de demanda por trabalho, assim como as flutuações da mesma”.

Consubstanciada neste entendimento, Schwarz<sup>31</sup> destaca os fatores que acarretam o desemprego não são de hoje, que trazem consequências no presente: “entre os fatores que agravam a questão do desemprego estão ainda a baixa escolaridade da mão-de-obra, a informalidade corrente do trabalho e a precária rede de proteção social que cerca a população. O país passou a adotar políticas públicas de proteção ao trabalhador com enorme atraso: o seguro-desemprego, por exemplo, só foi implementado em meados da década de 80. O Brasil enfrenta, simultaneamente, problemas do atraso e da modernidade”<sup>32</sup>.

Bomfim<sup>33</sup> evidencia o entendimento da falta de mão de obra qualificada, necessitando a automatização do processo produtivo da empresa: “na verdade, o desemprego é consequência não só da escassez de dinheiro, mas também pela falta de mão de obra qualificada e eliminação de postos de trabalho. A intervenção de máquinas no ambiente de trabalho, quando não o substitui, aumentando o desemprego, automatiza o trabalho, modifica os antigos métodos, cria novas profissões e exige esforços para integração do homem à máquina, para redução dos riscos inerentes ao trabalho e para melhor qualificação”.

Portanto, o surgimento da Indústria 4.0 impõe um enorme desafio para o Estado na geração de empregos e com qualidade, vez que, o grau de qualificação do trabalhador médio brasileiro é baixo, decorrente das desigualdades sociais e da descontinuidade da busca na excelência da educação. Cabe destacar, os dados do IBGE<sup>34</sup> sobre analfabetismo em 2016, onde mais de 66 milhões de pessoas com mais de 25 anos (51% da população adulta no país) possui apenas, o ensino fundamental; menos de 20 milhões de pessoas possuem o ensino superior e a taxa de analfabetismo, corresponde a 11,8 milhões de pessoas. Ressalta-se que, não entramos no mérito da qualidade de ensino e da formação, que, também, não é uma das melhores do mundo. E as perspectivas para a população brasileira não são muito boas segundo estudo da Pew Research Center<sup>35</sup>, 90% dos brasileiros de 18 a 29 anos, acreditam que, em cinquenta anos as máquinas vão substituir os trabalhos exercidos por humanos, em decorrência da automação das empresas.

O Estado deve prover políticas públicas para reduzir esses índices, melhorando a educação, tendo em vista que a Indústria 4.0 vai exigir uma melhor qualificação do trabalhador com elevado conhecimento técnico e com formação multidisciplinar. Neste sentido, Zebral Filho<sup>36</sup> destaca a mudança do perfil trabalhador na indústria, devendo esta mão de obra ser mais qualificada, que seja multifunção, além de um perfil generalista: “os novos padrões exigirão trabalhadores com maior número de anos de escolaridade, que detenham não somente um conhecimento instrumental acerca de suas tarefas, mas preparação cognitiva para trabalhar de modos continuamente diferentes, em tarefas cambiantes, que exigem soluções cada vez menos padronizadas, permeadas por novas técnicas introduzidas por tecnologias em permanente evolução, e, ainda, para produzir de modo mais eficaz e eficiente”.

Portanto, percebe-se que o Estado brasileiro não está preparado para implementar a Quarta revolução industrial, diante da crise na efetivação dos direitos fundamentais, vez que, não há uma plena eficácia dos direitos sociais, como a educação e ao trabalho, tampouco, está sendo capaz de proteger o trabalhador em face da automação que traz a Indústria 4.0 (inciso XXVII do art. 7º<sup>37</sup>) conforme previsto no mandamento constitucional.

Tendo em vista que o capital é globalizado, as empresas estão se tornando globais e que muitas possuem mais força do que os Estados, o sistema de proteção é local e pouco efetivo, fazendo com o Estado se torne refém deste capital. Neste ponto, cabe destacar que as maiores empresas transnacionais possuem mais capital do que muitos PIB's de Estados e que, de acordo com uma organização<sup>38</sup> britânica sem fins lucrativos, analisou que as 10 maiores empresas do mundo somadas, possuem o equivalente ao PIB de 180 países mais pobres somados<sup>39</sup>.

Pois as empresas transnacionais têm poder suficiente para interferir no Estado, conforme destacam os autores Vidal e Kaway<sup>40</sup>: “considerando esses aspectos, podemos afirmar que as empresas multinacionais podem interferir diretamente nas legislações trabalhistas nacionais, já que possuem um poder de barganha muito grande, principalmente nos países em desenvolvimento e carentes de investimento externo”. Estas empresas pressionam os Estados a não acordarem entre si sobre uma legislação trabalhista internacional, pois com ela o “mercado de legislações trabalhistas” desapareceria e todo investimento feito em países com base nesse dado de legislação vantajosa às empresas perderia. Neste contexto, Bomfim<sup>41</sup> destaca que, “como resultado do cenário atual decorrente da globalização da economia, as instituições estão passando por uma redefinição política, afetando a função do Estado, sua competência, liberdade e capacidade de decisão”.

As forças do mercado colaboram para aumentar as diferenças sociais entre os países e diminuir as forças dos Estados menos favorecidos. Neste sentido, cabe destacar Maliska<sup>42</sup> sobre os efeitos do capital exerce sobre os Estados: “a globalização econômica, dessa forma, é um fator que participa do processo de alteração das características do Estado Moderno. Ela intensifica o enfraquecimento das decisões políticas nacionais, através da pressão econômica que exerce o Capital sobre os governos, em especial, mas não exclusivamente, dos chamados países em desenvolvimento. É necessário anotar que o processo é contraditório, pois, quanto mais os Estados se adaptam aquilo que o chamado “Mercado” exige, mais eles retiram poder de suas competências. Quanto mais desregulação, menos poder aos Estados. Nos momentos de crise, os Estados percebem muito bem o quanto diminuiu o campo de atuação estatal”.

Denota-se que o Estado sozinho não tem poder suficiente para combater o poder do capital. Só será possível o equilíbrio entre o capital vs. trabalho, com a integração entre os Estados fortalecendo os países os sistemas de proteção dos direitos fundamentais, impedindo que haja um retrocesso social. Para isso, há a necessidade da abertura e cooperação dos Estados, transformando em Estado Constitucional Cooperativo, para que estes Estados que não possuem poder suficiente possam competir com o capital de uma empresa multinacional, por exemplo. Alinhando mecanismos de proteção com os demais Estados, evita-se que as empresas se aproveitem da fragilidade dos países que não detém o capital.

Conforme já suscitado, na presente obra, a Indústria 4.0 não só afetará os Estados, mas também, a efetivação do trabalho decente, proposto pela OIT, principalmente, por que, praticamente, vai ser extinto a figura do sindicato, em decorrência da automatização de quase todo processo produtivo das empresas, impossibilitando a reunião dos trabalhadores na busca da defesa de seus direitos ou melhores condições de trabalho.

Com a implantação da Indústria 4.0, haverá investimento por parte das empresas em maquinário e em tecnologia, porém, estes equipamentos exigem ser operado por trabalhador com capacitação adequada e ademais, as empresas não irão confiar um maquinário extremamente caro (milhões), nas mãos de quem mal sabe ler e escrever. O que se verifica é que, a implantação desta indústria está acontecendo, porém, a capacitação dos trabalhadores, ainda, caminha a passos lentos e a qualidade de ensino também não é das melhores do mundo.

O fato da capacitação demandar tempo, neste íterim, poderá haver postos de trabalhos ociosos e trabalhadores desempregados por conta de não possuir instrução mínima suficiente para estar

trabalhando neste tipo de indústria. Não se vislumbra neste sonho, onde a Indústria 4.0 vai solucionar todos os problemas do mundo, a existência de políticas públicas implementando ou incentivando a capacitação dos trabalhadores, da mesma forma que, não se observa o esforço para que os trabalhadores possam exercer um trabalho decente.

Outrossim, como a Reforma Trabalhista<sup>43</sup> (Lei nº. 13.467/2017) no Brasil possibilitou a terceirização para atividade fim, então nada obsta que estas empresas façam uso de trabalhadores capacitados em forma de prestadores de serviços contratados em forma de pessoa jurídica, ou seja, amplie a “Pejotização” da mão de obra, transformando em apenas um número para as empresas, uma coisificação.

Esse tipo de contratação fará com que o trabalhador deixe de ter registro em CTPS, não tenha resguardado os direitos constitucionais a férias, terço legal, 13º salário, depósito de FGTS, isto é, ocasiona uma precarização mão de obra e o distancia da efetividade dos direitos sociais, além de que, em caso de pessoa jurídica, há uma legislação tributária incentivando e favorecendo a criação de empresas (individuais ou microempresas), com tributação diferenciada. Algo que o trabalho decente e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não estão conseguindo acompanhar a evolução tecnológica, com novos tipos de trabalho. Isto posto, os impactos que vão ser gerados pela quarta revolução industrial são enormes, vez que será a consolidação do poder econômico sobre o Estado. Contudo, ocorre que os organismos internacionais não estão preocupados com os impactos que a Indústria 4.0 irá causar no emprego deste trabalhador e sim, desenvolvimento de novas tecnologias para as empresas para gerarem mais lucro.

## 5. Conclusão

Neste breve ensaio, foram analisados importantes temas ligados a globalização e os impactos da Indústria 4.0 para efetivação do trabalho decente no Brasil.

Durante a pesquisa pode se analisar que o poder econômico está em constante evolução, por intermédio da evolução tecnológica e da globalização das empresas e do capital. Ao ponto de que as maiores empresas do mundo ter o PIB maior do que muitos Estados, evidenciando que muitos Estados não possuem poder suficiente para equilibrar a balança e proteger os direitos do seu povo, pois o próprio Estado depende desta capital para gerar em empregos e arrecadar impostos.

No Brasil não é diferente, pois é um país extremamente desigual e que possui inúmeros problemas sociais. O Estado brasileiro não possui condições para efetivar todos os direitos positivados na Constituição de 1988 e, quando consegue cumprir com o mandamento constitucional, nem sempre de forma adequada e plena. Para isso, o Estado brasileiro deve se socorrer aos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, principalmente o trabalho decente, pois é um importante instrumento para que seja retomado o crescimento econômico, fazendo com que reduza as desigualdades sociais no país.

Há que se implantar urgentemente as boas práticas alinhadas com os organismos internacionais na implementação do trabalho decente, onde se evitaria a precarização da mão de obra, bem como, no futuro, um colapso do Estado com a crise de efetividade dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que, o trabalhador prestar serviço em forma de pessoa jurídica para a Indústria 4.0, com aval da Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), além de dificultar a efetividade dos direitos sociais, há que se ponderar que a tributação diferenciada ocasionará uma diminuição de arrecadação do Estado, podendo em alguns anos provocar a falência da Administração Pública e da Seguridade Social, o que agravaria ainda mais, o combalido trabalhador e, por conseguinte, a população.

Denota-se que os organismos internacionais não estão preocupados com os impactos que a Indústria 4.0 irá causar no emprego deste trabalhador e sim, desenvolvimento de novas tecnologias para as empresas, para gerarem mais lucro. Ademais, os Estados devem abrir as suas constituições e cooperar entre si e não depender de um terceiro (organismo internacional) para garantir a efetividade dos direitos fundamentais de seu povo, pois somente desta forma haverá um equilíbrio entre o poder econômico das empresas transnacionais e o(s) Estado(s) cooperativos.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho história e teoria*. 29. ed. São Paulo Saraiva 2014, p. 1.003.

---

2

WALDRAFF, Cristiane Budel. Princípio protetivo versus flexibilização. In: WALDRAFF, Celio Horst, 1964 - (coord.). *Temas de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 2004, p. 48.

---

3

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 65.

---

4

BOMFIM, Vólia. *Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas*. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 5.

---

5

GOMES, Orlando. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro Forense 2011. p. 205.

---

6

*Ibidem*, p. 39.

---

7

*Ibidem*, p. 11.

---

8

GOMES, *Op. cit.*, p. 205.

---

9

ZEBRAL FILHO, Silvério Teles Baeta. *Globalização, desemprego e desigualdade: evidências, mitos e desafios do mercado de trabalho*. Brasília: Crub, 1997. p. 25.

---

10

<http://www.industria40.gov.br/> Acesso em 20/08/2018.

---

11

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; PASSOS, André Franco de Oliveira; "Direito internacional e liberdade sindical: da teoria geral a necessidade de aplicação prática". In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *O direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais*. São Paulo: LTr, 2013. 2 v p. 25.

---

12

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 769.

---

13

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo Saraiva 2015 1 recurso online ISBN 9788502627383. p. 238.

---

14

ONU -Organização das Nações Unidas – Declaração Universal dos Direitos Humanos.Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) Acesso em 20/08/2018.

---

15

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *O Direito do Trabalho e a dignidade da pessoa humana - Pela necessidade de afirmação do trabalho digno como direito fundamental*. CONPEDI, Fortaleza, 2010. disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3828.pdf>. Acesso em 08/07/2018. p. 94.

---

16

[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em 20/08/2018.

---

17

*Ibidem*, sem paginação

---

18

[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm) Acesso em 20/08/2018.

---

19



OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Genebra, 1998. Disponível em [http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf). Acesso em: 08/07/2018.

---

20

[https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf) Acesso em 18/07/2018.

---

21

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Brasília: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 08/07/2018. Sem paginação.

---

22

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106-107.

---

23

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 4. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012. p. 213-214.

---

24

ONU – Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20/08/2018.

---

25

IZUTA, Thierry G; KNIHS, K. K. *Trabalho Decente como escopo para reduzir as desigualdades sociais no Brasil*. In: Camila Salgueiro da Purificação Marques (Org.); Maria Augusta Oliveira de Souza (Org.); Bibiana Fontana (Org.); Olga Maria Queiroz Krieger (Org.). (Org.). *Questões Sociais e Jurídicas na Efetivação da Democracia no Brasil*. 1ed.Florianópolis: Habitus, 2018, v. 1, p. 333.

---

26

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN: 9788572839785, p. 52.

---

27

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/supremo-valida-terceirizacao-da-atividade-fim-nas-empresas> Acesso em 02/09/2018.

---

28

SINGER, Paul Israel. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 1999. p. 17.

---

29

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html> Acessado em 18/07/2018.

---

30

*Ibidem*, p. 22.

---

31

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. A falácia da flexibilização do direito do trabalho no Brasil. *In: RDT - Revista do Direito Trabalhista*. Brasília, v. 7, n. 12, dez. 2001. p. 10.

---

32

DRAIBE, *op. cit.*.

---

33

*Ibidem*, p. 56.

---

34

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam- apenas-o-ensino-fundamental-completo> Acessado em 18/07/2018.

---

35

<https://piaui.folha.uol.com.br/robos-tiram-sono-de-90-dos-jovens-no-brasil/> Acessado em 13/09/2018.

---

36

*Ibidem*, p. 34.

---

37

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Brasília: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 08/07/2018.

---

38

<https://www.globaljustice.org.uk/news/2016/sep/12/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined> Acesso em 02/09/2018.

---

39

<https://www.jn.pt/economia/interior/dez-multinacionais-mais-ricas-do-que-180-paises-5418142.html> Acesso em 02/09/2018.

---

40

VIDAL, P. W. G. T.; KAWAY, Mina. *Dumping Social: relação dos sujeitos de direito público interno e externo com as normas de trabalho*. In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). *Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico*. 2016, p. 270.

---

41

*Ibidem*, p. 39.

---

42

MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI. *A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar.2006. p. 65.

---

43

BRASIL. Lei 13.467, de 13.07.2017. *Reforma Trabalhista*. Brasília: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em 08/07/2018.

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

#### 3. TERCEIRIZAÇÃO E O TRABALHO INFORMAL NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

## 3. Terceirização e o Trabalho Informal no Capitalismo Contemporâneo Brasileiro

---

### Terreservation and Informal Work in Brazilian Contemporary Capitalism

(Autores)

**SORAIA PAULINO MARCHI**

*Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera/UNIDERP (2015). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2014); Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE (2011). Advogada Trabalhista. [adv.marchi@yahoo.com.br](mailto:adv.marchi@yahoo.com.br)*

**LUIZ EDUARDO GUNTHER**

*Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Magistrado do Trabalho em Segundo Grau. Professor na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor permanente do programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA. [luiz.gunther@uol.com.br](mailto:luiz.gunther@uol.com.br)*

#### Sumário:

[1.Introdução](#)

[2.Trabalho informal no Brasil](#)

[3.Terceirização do trabalho pela empresa privada: limites e conquistas](#)

[4.Terceirização da atividade fim como redutor do trabalho informal: solução para precarização dos direitos do trabalhador?](#)

[5 Considerações finais](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### Resumo:

No cenário de transformação da relação capital-trabalho, a terceirização trabalhista foi um dos segmentos que contribuíram para o percentual elevado de trabalhadores informais no Brasil nas últimas décadas. Isto porque, até a edição da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017, essa forma de prestação de serviços de forma irrestrita não era permitida pelo ordenamento jurídico pátrio e,

não obstante a isso, esse fenômeno nunca deixou de ser praticado. Nesse cenário, o presente estudo tem como objetivo analisar em que medida a recente legalização da terceirização trabalhista irrestrita refletiu na redução do trabalho informal e na consequente efetividade das garantias legais e constitucionais dos trabalhadores.

## **Abstract:**

In the transformation scenario of the capital-labour ratio, outsourcing was one of the segments that contributed to the high percentage of informal workers in Brazil in the last decades. This is because, until the enactment of Law 13,429 / 2017 and Law No. 13,467 / 2017, this form of provision of services in an unrestricted manner was not allowed by the national legal system and despite this, this phenomenon never ceased to be practiced. In this scenario, the present study aims to analyze to what extent the recent legalization of unrestricted labor outsourcing reflected in the reduction of informal work and in the consequent effectiveness of the workers' legal and constitutional guarantees.

**Palavras-Chave:** Capitalismo, trabalho informal, terceirização trabalhista, flexibilização, precarização

**Keywords:** Capitalism, informal work, labour outsourcing, flexibilization, precariousness

## **1.Introdução**

O trabalho informal é um fenômeno social que se encontra em praticamente todo o mundo capitalista. No entanto, assume maior proporção nos chamados países de capitalismo periférico, como o Brasil. A informalidade é um fenômeno que deve ser analisado sob a ótica das transformações pelas quais vem passando a sociedade contemporânea em decorrência da globalização. No período da Quarta Revolução Industrial, o capitalismo vem enfrentando uma reestruturação produtiva do capital, impulsionada em grande parte pelas novas tecnologias e técnicas de gestão de trabalho. Uma análise mais apurada da realidade deixa transparecer que o trabalho terceirizado é uma das espécies de trabalho informal que tinha predominado na sociedade contemporânea, pois, muitas vezes, os serviços não são essenciais à existência da empresa e tornam-se onerosos para a contratação direta. Durante algumas décadas a atividade de terceirização sofreu muitas limitações no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta alicerçada apenas por jurisprudência trabalhista. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho limitou o regime apenas para as atividades consideradas não essenciais (meio). A legalização da terceirização trabalhista da atividade principal (fim) apenas foi autorizada/regulamentada em 2017, com o advento da Lei nº 13.329/2017 e Lei nº 13.467/2017.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é buscar apreender as transformações que vêm ocorrendo nas relações de trabalho informal e seus reflexos após a legalização da atividade da terceirização no Brasil sob o viés da precarização do trabalhador. A metodologia que será utilizada é a bibliográfica e dedutiva. As conclusões que se pretende alcançar com este artigo é analisar se a legalização da terceirização da atividade principal prevista na Lei nº 13.467/2017 é suficiente para proteger parte dos trabalhadores brasileiros que até então pertenciam ao trabalho informal, ou, se por outro lado, trata-se de mera ilusão legislativa que apenas alterou a nomenclatura da categoria que o empregado está inserto (de trabalhador informal para trabalhador terceirizado), mantendo-se a correspondente precarização.

## **2.Trabalho informal no Brasil**

As mudanças econômicas e institucionais do capitalismo após os anos 80, centradas nas ideias da empresa enxuta e da flexibilização, com a desregulamentação dos mercados de trabalho, fizeram mudar também o foco analítico do problema da informalidade, tornando muito mais complexa e confusa a tarefa de interpretação e definição conceitual para a questão<sup>1</sup>.

Entre os anos 1950 e 1970, o debate teórico ainda que acalorado por perspectivas em conflito, era apoiado num conjunto de pressupostos compartilhados em torno da questão: a indústria como polo

dinâmico da economia; um padrão específico de regulação das relações de trabalho; a expectativa de uma eventual universalização dos direitos pertinentes àquele padrão de regulação (e ampliação do assalariamento); e um ideal como meta de pleno emprego<sup>2</sup>.

A partir dos anos 80, esse debate é demudado como reflexo de transformações do capitalismo e do crescimento do desemprego. As mudanças analíticas do problema da informalidade passam a se dar: 1) em torno da perda da centralidade e do dinamismo do setor secundário, ao menos no tocante à sua capacidade de gerar emprego, produto de uma reestruturação produtiva que abala os próprios fundamentos da relação salarial, cabendo destacar as experiências da subcontratação; e 2) em torno da crescente importância do setor terciário na absorção da força de trabalho, este tradicionalmente menos regulado e mais precário<sup>3</sup>.

Assim, se nos anos 50 e 70 a informalidade era associada à periferia do capitalismo, ao problema do subdesenvolvimento, à perspectiva de integração social pelo padrão de assalariamento, aparecendo como forma atípica, como condição transitória, no debate dos anos 80, na esteira das transformações de um capitalismo globalizado, essa informalidade se generaliza e se apresenta também como um problema dos países desenvolvidos e o próprio padrão de assalariamento passa a ser questionado através da pura desregulamentação e/ou da regulamentação em patamar inferior<sup>4</sup>.

Numa sociedade como a brasileira, que jamais conseguiu expandir o assalariamento, a retórica da informalidade se concentrava no anacronismo e na disfuncionalidade da legislação trabalhista, ainda proveniente da era Vargas. Para muitos analistas do emprego, para o governo e para algumas lideranças sindicais a legislação não acompanhava o passo das transformações econômicas e produtivas necessárias ao ajuste competitivo do país.

O caminho da modernidade passava pelas agressivas reformas no âmbito das privatizações, da previdência, da desregulamentação dos mercados produtivos e de trabalho. Nesse último, a saída então, era flexibilizar os estatutos que, segundo eles, oneravam o custo do trabalho e inviabilizavam a geração de emprego, legitimando uma tendência, que vinha se acentuando quanto a informalização da própria economia<sup>5</sup>.

A partir da década de 90, o retraimento da informalidade foi ainda mais acentuado em decorrência dos ajustes econômicos “pró-mercado” implementados pelos governos Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, em especial a abertura econômica e as privatizações de empresas estatais.

A reestruturação produtiva, então deslançada pelas empresas, redundou num fenômeno de demissão em massa jamais vivido na história da industrialização do país. O desenvolvimento e a incorporação de equipamentos automatizados e de novos métodos de organização e gestão do trabalho aceleraram o processo de racionalização assentado na desverticalização e na emergência de sistemas de subcontratação de produtos e serviços.

Castells<sup>6</sup> nos fala de uma transformação fundamental na era da sociedade informacional: a individualização do trabalho. Essa individualização possibilita a descentralização das tarefas para qualquer lugar e sua coordenação através de redes interativas de comunicação em tempo real. Tal possibilidade técnica permite que as empresas coloquem em marcha estratégias de subcontratação, consultoria, redução do quadro funcional e produção sob encomenda, utilizando regimes de emprego flexíveis, autônomos, informais, configurando arranjos produtivos que obscurecem ainda mais as fronteiras entre o formal e o informal.

A noção de flexibilidade que acompanha as mudanças no regime do emprego tradicional vem incorporando, cada vez mais, um sentido de informalidade e ela é, por definição, o reino do não direito, o que, presenciamos, no campo da sociabilidade, é uma degradação quase que generalizada da segurança dos indivíduos<sup>7</sup>.

A desocupação, o subemprego, o trabalho informal, o emprego regulamentado, mas de baixíssimos salários e poder de barganha, são problemas centrais na sociedade brasileira e estão no âmago de suas profundas desigualdades estruturais, marca de um padrão de cumulação concentrador de renda e perpetuador da pobreza<sup>8</sup>.

A informalidade é marcada pela precariedade das condições de trabalho e de vida, assim como pela negação dos princípios mais elementares de cidadania, acentuando as desigualdades sociais<sup>9</sup>.

No recente estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>10</sup>, identificou-se que no ano de 2017 mais de 46% da população brasileira empregada está na economia informal à margem de garantias sociais e condições de trabalho decente.

A informalidade torna-se funcional num quadro de flexibilidade no qual a relação capital-trabalho muda de configuração, pois as empresas tentam se livrar, cada vez mais, do ônus da força de trabalho em busca da lucratividade do empreendimento.

A terceirização nas grandes empresas, sob a lógica de uma nova divisão internacional do trabalho, organizada com base numa profusão de pequenas firmas, constituiu-se numa das estratégias centrais de redução dos custos do trabalho que, de uma perspectiva agregada, traduziu-se na substituição de empregos regulares e com certo padrão de conquistas por empregos precários, temporários, muitas vezes não-regulamentados<sup>11</sup>.

Nesse contexto, é possível afirmar que, no cenário de transformação da relação capital-trabalho, a terceirização trabalhista de atividade-fim foi um dos segmentos que contribuíram para o percentual elevado de trabalhadores informais no Brasil nas últimas décadas. Isto porque, até a edição das Leis nº 13.429 de 31 de março de 2017<sup>12</sup> e da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017<sup>13</sup>, essa forma de prestação de serviços não era permitida pelo ordenamento jurídico pátrio. E, não obstante a isso, esse fenômeno nunca deixou de ser praticado. Fato esse que até então era um dos maiores problemas enfrentados no País nas últimas décadas.

Antes de analisarmos os reflexos da legalização da atividade da terceirização irrestrita na informalidade laboral brasileira, imprescindível, primeiramente, explicitar toda a construção normativa e os limites impostos a esse fenômeno na legislação trabalhista até a edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017.

### **3. Terceirização do trabalho pela empresa privada: limites e conquistas**

Com o aprofundamento da terceirização no Brasil, especialmente a partir dos anos 70 e 80, o Poder Judiciário, açulado sobretudo pela indecisão do Poder Legislativo, se viu obrigado a produzir uma lógica interpretativa para assegurar soluções aos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços contratados de forma terceirizada.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou no ano de 1986 a Súmula 256<sup>14</sup>, limitando a possibilidade de terceirização apenas àquelas previstas legalmente, quais sejam, o trabalho temporário – Lei 6.019/1974<sup>15</sup> e o serviço de vigilância – Lei 7.102/1983<sup>16</sup>.

No decorrer dos anos houve intensas pressões de outros segmentos empresariais, sobretudo o financeiro quanto a legalização da terceirização.

Não obstante a isto, em meados de 1993 o Ministério Público do Trabalho postulou perante o Tribunal Superior do Trabalho a revisão da Súmula nº 256 (face um inquérito civil público instaurado para investigar denúncia de uso pelo Banco do Brasil de mão-de-obra ilegal de digitadores), requerendo a ampliação das hipóteses de terceirização dentro da administração pública federal, também, para o âmbito das empresas públicas e sociedade de economia mista<sup>17</sup>, nos termos do Decreto-lei nº 200 de 1967<sup>18</sup> e do artigo 3º, parágrafo único da Lei 5.645/1970<sup>19</sup>.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo *Parquet*, elastecendo a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedade de economia mista, mas também, para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado fosse ligado a atividade meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento da Súmula nº 256 do TST<sup>20</sup>, sendo publicada a Súmula nº 331<sup>21</sup>, que por sua vez sintetizou a matéria da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.



Nos termos da referida Súmula foi considerada válida a terceirização de serviços nas chamadas atividade-meio, ou seja, nas atividades secundárias que não se relacionam com a atividade-fim da empresa. Todavia, se a terceirização envolver a atividade-fim da empresa, ela seria considerada ilícita. Neste caso, a empresa tomadora é considerada responsável solidariamente ou subsidiariamente no tocante aos direitos do trabalhador não cumpridos pelo fornecedor da mão-de-obra.

No tocante ao aspecto conceitual da atividade-meio e atividade-fim como caracterizadora da (i)lícitude da terceirização da prestação de serviços, Maurício Godinho Delgado<sup>22</sup> assim os lapidam respectivamente: “Atividade-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”. “Atividade-meio são aquelas fundações e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição do seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”.

Assim, nos termos da Súmula nº 331 do TST, verifica-se que a regra geral era a de que o fornecimento de mão-de-obra (contratação de trabalhadores por empresa interposta) seria ilegal, tendo como consequência o reconhecimento de vínculo entre o tomador de serviços e o trabalhador.

Destarte, existiam duas exceções em que não se forma esse vínculo: (a) quando o contratante é a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, porque, nesse caso, a formação do vínculo significaria burla a exigência constitucional de concurso público, contido no artigo 37, inciso II da Constituição Federal<sup>23</sup>; (b) quando se tratar de contrato de vigilância (Lei 7.102/1983), de conservação e limpeza ou se serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta<sup>24</sup>.

Constata-se que a terceirização no Brasil até a edição da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 foi ilustrada apenas pela normatividade criada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho mediante a edição da Súmula nº 331.

Nesse contexto, a limitação da atividade de terceirização, construída pela jurisprudência interferiu muito na livre iniciativa (art. 170 da Constituição Federal), pois restringia a liberdade do empresário em terceirizar as atividades que entendiam viáveis para a especialização e eficiência do seu trabalho, bem como para gerar ganho de produtividade e desenvolvimento econômico.

Diante deste cenário, e considerando que as relações de trabalho são determinantes nesse panorama, ao longo dos anos a sociedade empresária nunca deixou de clamar por uma reforma nas leis trabalhistas, com o objetivo de as modernizar e derrubar as barreiras de um regime legalista rígido e com pouco espaço para a negociação, em prol ao crescimento da produtividade.

Em 2012, a Confederação Nacional da Indústria decidiu aproveitar a sinalização dada pelo governo da época, quanto ao seu interesse em alterar a legislação trabalhista, para tentar impulsionar a economia e elaborou um conjunto de propostas para a modernização trabalhista.

O estudo foi apresentado ao setor industrial, em formato de cartilha intitulada “101 Propostas Para Modernização Trabalhista”. Referido documento ilustrou os problemas que podem refletir em custos, burocracia, insegurança jurídica, restrições a produtividade, assim como as dificuldades para os trabalhadores e o Estado.

Ainda, a partir da análise dos problemas identificados e com fulcro no desenvolvimento econômico, constou no mesmo documento uma construção de 101 propostas de solução<sup>25</sup>.

Dentre as questões apresentadas na referida análise, como sendo limitadores do desenvolvimento econômico empresarial, constou a terceirização trabalhista da atividade meio.

No referido documento, a problemática acerca do tema foi denominada como irracionalidade”, e

apresentada sob os seguintes argumentos: “Porém, diante do vácuo legal sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho, editou há mais de 10 anos a Súmula 331, que estabeleceu uma restrição à terceirização das atividades denominadas “meio”. À medida que este conceito foi colocado de forma permanente à prova, observou-se sua insuficiência como delimitador. A inexistência de uma conceituação e de possibilidade de verificação objetiva do que efetivamente seja atividade-meio e atividade-fim causa insegurança jurídica e uma série de transtornos às empresas, com fiscalizações e decisões judiciais extremamente discrepantes. [...] Assim, a terceirização é imprescindível na organização econômica moderna e deve ser regulamentada para dar segurança jurídica a todos” <sup>26</sup>.

De forma ilustrativa, foram assim apresentadas no estudo em comento, as consequências e soluções da terceirização:

Tabela 1 <sup>27</sup>.

<b>Consequências do problema</b>	<b>Solução do problema e suas implicações</b>
Custos	Proposta
A impossibilidade de terceiriza implica processos produtivos menos eficientes e mais onerosos. Além, disso, há formatação de grandes passivos trabalhistas, na maioria, ocultos, decorrentes de decisões sem base legal que determinam equiparações.	Fixação de um marco legal conclusivo sobre o tema que determine a possibilidade de terceirizar qualquer tipo de atividade, mantendo as devidas proteções legais para trabalhadores terceirizados.
Insegurança Jurídica	Ganho esperado
A ausência de regras claras expõe as empresas a elevados níveis de insegurança jurídica.	Aumento de competitividade das empresas e mais proteção para os trabalhadores que participam das terceirizações como empregados diretos ou como contratados, com ampliação dos investimentos produtivos e redução dos custos aos consumidores.
Restrições à produtividade/ inovação	Medida necessária/instrumento
A opção pela terceirização é gerencial e, muitas vezes, as restrições impedem a empresa de formar uma rede de produção mais produtiva e eficiente.	Projeto de lei regulamentando a terceirização (ver PL 4.330/2004 em tramitação no Congresso Nacional).

Como visto, o grande problema da terceirização era para a Confederação Nacional da Indústria e empresários em geral, a Súmula 331 do TST, especificamente quanto a sua proibição de terceirizar atividades finalísticas e limitar o desenvolvimento econômico empresarial.

O Instituto Ludwig von Mises – Brasil (IMB), uma associação voltada à produção e à disseminação de estudos econômicos e de ciências sociais que promovem os princípios de livre mercado e uma sociedade livre, no decorrer dos anos, publicou artigos de economistas na defesa da legalização da terceirização irrestrita no País.

No artigo intitulado “Cinco Motivos Para Defender a Liberdade de se Terceirizar o Trabalho”, o estudo apresentou uma análise empírica da atividade, mediante a utilização de dados gráficos, afirmando, em suas conclusões, que a terceirização combate o desemprego, reduz os contratos de trabalho informais, fomenta a contratação de grupos marginalizados, aumenta a especialização e produtividade e melhora a segurança jurídica, concluindo que: “A legalização da terceirização

irrestrita é boa. Reduzindo o engessamento do mercado de trabalho brasileiro, quiçá o país consiga reduzir um pouco a sua taxa de desemprego e seus níveis de informalidade na economia. E a principal lição é: não adianta falar de boas intenções e bons sentimentos para com os trabalhadores e a economia enquanto, na prática, os efeitos das políticas defendidas são negativos<sup>28</sup>.

Ainda, o artigo denominado “Terceirização? Sim, por favor. E obrigado”, trouxe uma análise a respeito das vantagens desta atividade sem limitações, bem como teceu algumas críticas sobre posicionamentos contrários expostos na mídia e a estudos de entidades sindicais.

Quanto à importância de se terceirizar, o estudo em comento apresentou os seguintes argumentos: “A terceirização, portanto, é um meio de se buscar maior eficiência produtiva. Essa maior eficiência permite que as empresas possam ser bem-sucedidas e continuem a oferecer empregos, além de também elevarem a produtividade da mão-de-obra. E isso, por sua vez, é um dos fatores-chave para elevar os rendimentos do trabalhador”.

Quem está mais familiarizado com os dados da economia brasileira sabe, por exemplo, que um dos problemas crônicos do nosso país é a baixa produtividade da mão-de-obra. Garantir a liberdade para novos arranjos produtivos mais flexíveis, por meio da terceirização, é uma maneira de alcançar o aumento da produtividade que tanto nos faz falta.

Mais ainda: garantir a liberdade de tais arranjos nada mais é do que garantir a liberdade de livre associação entre as partes; é garantir que acordos mutuamente consensuais possam ser realizados. E derrubar uma restrição a acordos voluntários é, por si só, benéfico. Sociedades mais justas, mais ricas e desenvolvidas são sociedades mais livres<sup>29</sup>.

A conclusão apresentada no estudo foi a defesa da atividade de terceirização no país como instrumento imprescindível para o desenvolvimento econômico, e concluiu: Permitir a terceirização nada mais é do que permitir que uma pessoa tenha maior liberdade para contratar outra pessoa para fazer um trabalho. Só isso. Qual exatamente seria um argumento racional e respeitável contra esse acordo voluntário e livremente firmado entre duas partes?

Por tudo isso, é imperativo diminuir as amarras que sufocam os negócios no Brasil. Somos um dos piores países em termos de ambientes de negócio<sup>30</sup> graças ao emaranhado burocrático e ao excesso de espoliação estatal.

Todavia, em que pese o apelo do empresariado, com apoio de grande parte de economistas, ao longo dos anos, quanto à normatividade da terceirização a resposta efetiva veio ser atendida somente no ano de 2017, ocasião em que o atual governo, sob o argumento da viabilidade econômica dado o momento de crise no país resolveu fazê-lo, aprovando o Projeto de Lei nº 4.332/98 (paralisado desde 2008), o qual, transformou-se na Lei nº 13.429, sancionada em 31 de março de 2017.

O referido diploma legal, basicamente, delineou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/1974.

No tocante às regras que introduziu sobre a terceirização em geral, elas não afetaram, de maneira significativa o quadro jurídico até então imperante no ordenamento jurídico do País, pois a nova legislação não deu contornos definitivos quanto a quais atividades as empresas poderiam terceirizar, concluindo-se que o regramento insculpido na Súmula 331 do TST foi mantido.

A resposta definitiva ao apelo do empresariado acerca da terceirização irrestrita veio após três meses da edição da Lei nº 13.429/2017, com a edição da Lei nº 13.467/2017 intitulada “Lei da Reforma Trabalhista”. Esse segundo diploma legal (Lei nº 13.467/2017) foi além, introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo. As novas regras insculpidas nos artigos 4º-A da Lei nº 13.467/2017<sup>31</sup> consagram a possibilidade de terceirização em qualquer atividade da contratante (tomador de serviços), independentemente de ser ela essencial ou secundária, fim ou meio.

O apelo do empresariado a respeito da legalização dos trabalhos terceirizados, de forma irrestrita para afastar a insegurança jurídica até então vivida, ante as limitações impostas pela Súmula 331 do TST foi finalmente atendido pelo governo, sendo este um dos caminhos destacados na “Reforma

Trabalhista” para modernizar as regras laborais e amenizar a crise econômica que assola o Brasil.

Assim, a consequência da vontade patronal nos dias atuais é então a mais ampla possibilidade de terceirização. Pelo atual cenário legislativo, as empresas podem terceirizar qualquer atividade, seja ela meio ou fim.

#### **4. Terceirização da atividade fim como redutor do trabalho informal: solução para precarização dos direitos do trabalhador?**

Alcançada a liberdade de contratar terceiros de forma irrestrita, o que se espera diante desse novo cenário econômico empresarial é a redução do trabalho informal e a efetivação das garantias constitucionais e laborais dos trabalhadores.

Todavia, em que pese a legalização da terceirização trabalhista de qualquer atividade empresarial ser o fator importante para contribuir com a redução da informalidade no Brasil, controvérsias exsurtem quanto à precarização dos direitos do trabalhador nessa relação de trabalho com base na normatividade das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017.

Nesse sentido, ressalta-se que, em menos de um ano de sua vigência a Lei da Terceirização Trabalhista já foi (e está sendo) objeto de inúmeros questionamentos.

Isto porque, a Lei da Terceirização Trabalhista incorre em grave vício de proporcionalidade, pois autoriza a liberdade absoluta de contratar (livre iniciativa) sem que haja proteção dos direitos dos trabalhadores (valor social do trabalho) de forma nivelada àquela.

Com exceção da responsabilidade atribuída à empresa contratante por medidas de segurança, higiene, e salubridade dos trabalhadores (Lei 13.429/2017, artigo 5º-A, §3º)<sup>32</sup> e da responsabilidade subsidiária pela satisfação das obrigações trabalhistas da empresa contratada (Lei 13.429/2017, artigo 5º-A, §5º)<sup>33</sup>, a lei em comento não oferece outra medida compensatória da perda de eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados.

Além disso, a nova legislação não garante isonomia de direitos (art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal)<sup>34</sup> entre trabalhadores terceirizados e empregados da contratante que exerçam idênticas funções; não garante aplicação aos terceirizados das normas coletivas da empresa contratante; não exige da contratada garantia contratual proporcional ao valor do contrato para fazer face ao adimplemento de direitos trabalhistas; não exige da contratante fiscalizar o cumprimento obrigações trabalhistas; não autoriza interrupção de serviços pela contratante em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pela contratada; não garante aos terceirizados as mesmas condições de trabalho oferecidas ao empregados da tomadora quanto a alimentação, transporte, atendimento médico etc. (no art. 5º-A, § 4º)<sup>35</sup>, a Lei 13.429/2017 apenas faculta à contratante extensão desses benefícios aos trabalhadores terceirizados); não obriga a contratante a reter crédito contratual para pagamento direto de direitos aos empregados terceirizados, em caso de inadimplemento pela prestadora, entre outras garantias dessa natureza; não veda terceirização voltada a fraudar cumprimento de funções sociais da empresa tomadora, como a contratação de pessoas com deficiência.

Salienta-se que a terceirização da atividade-fim enseja a figura da empresa sem empregados e, esse modelo de organização empresária, nega à empresa a função social promotora de emprego socialmente protegido e afronta bens de valores constitucionais de primeira grandeza, tais como, inclusão de pessoa com deficiência no mercado de trabalho (art. 24, XIV da CF)<sup>36</sup>, inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho (art. 227 da CF)<sup>37</sup> como mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização.

Empresa vazia de empregados também a isenta de importantes programas sociais com assento constitucional, como o programa salário-educação (art. 212, §5º da CF)<sup>38</sup> que custeia a educação básica, o salário-família (art. 7º, XII)<sup>39</sup> e o Programa de Integração Social, que financia o seguro-desemprego (art. 239)<sup>40</sup>. A radical redução de custo da mão de obra imposta pela subcontratação de serviços afasta investimento em formação profissional dos trabalhadores e inviabiliza o incentivo a produtividade por participação deles nos ganhos econômicos do seu trabalho, pois estes passam a

integrar a estreita margem de lucro da prestadora de serviços.

Ao fragmentar institucionalmente a empresa, e destituir o trabalhador do espaço de desenvolvimento pessoal e profissional, até na atividade finalística da organização, a terceirização irrestrita reduz a livre iniciativa a expressão de lucro como fim em si, no interesse individual do empreendedor. Essa expressão empresarial individualista viola o primado republicano que proclama o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV)<sup>41</sup> e enseja profundo desequilíbrio na relação de forças entre o capital e o trabalho.

Também no plano do Direito Coletivo do Trabalho, a ausência de limites a terceirização viola a garantia constitucional à liberdade de reunião e sindicalização (art. 7º, caput e 8º da CF/88), instrumentos esses fundamentais à obtenção de melhoria das condições sociais dos trabalhadores rurais e urbanos. O terceirizado não integra a categoria profissional vinculada a atividade econômica da empresa tomadora, mas sim, aquela exercida pela prestadora de serviços, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, via de regra, de poder de reivindicação.

Quanto ao domínio internacional, vale mencionar a Recomendação nº 198/2006 da Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>42</sup>, a versar a conveniência de no domínio das políticas nacionais, os países membros definirem normativamente “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, sublinhando a integração do trabalhador na organização da empresa, a pessoalidade na prestação de serviço contratado e a garantia da continuidade do vínculo no tempo. Elementos fundamentais incompatíveis com a irrestrita terceirização de serviços.

Sob o viés da precarização dos direitos dos trabalhadores, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade questionando o vício material da atividade de terceirização que exsurgiu com o advento da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, como, por exemplo, as ADI’s nº 5686<sup>43</sup> e nº 5687<sup>44</sup>, que por sua vez, ainda pendem de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a isso, quanto ao aspecto da aplicabilidade das mudanças normativas da terceirização trabalhista em observância a natureza jurídica (objeto) do instituto no âmbito da iniciativa privada, recentemente (30.08.2018), nos autos da ADPF nº 324<sup>45</sup> e RE nº 958.252<sup>46</sup> o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de considerar lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social da empresa contratante.

Tais ações foram movidas pela empresa Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA e Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, respectivamente, muitos anos antes do advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 e tinham como objeto a análise acerca da licitude da terceirização da atividade-fim sob o viés da livre iniciativa do empresariado.

Por maioria de votos (7 a 4), o Supremo Tribunal Federal decidiu naqueles autos pela constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive, da atividade-fim, prevalecendo o entendimento que esse fenômeno não precariza os direitos do trabalhador.

Para o relator da ADPF nº 324, Ministro Luís Roberto Barroso “a discussão em torno da terceirização não se trata de um debate entre progressistas e reacionários, mas sim, de um caminho para se assegurar o emprego, reduzir o percentual de trabalhadores na informalidade e garantir seus direitos, proporcionando o desenvolvimento econômico”. Ainda, em seu voto, o Ministro pontou que “o modelo flexível é uma estratégia essencial para a competitividade das empresas e afasta o argumento de precarização da relação empregatícia, que por sua vez, existe “com ou sem terceirização”<sup>47</sup>.

Seguindo a mesma linha de fundamentação, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, destacou em seu voto que a terceirização não é a causa da precarização do trabalho nem viola por si só a dignidade do trabalho<sup>48</sup>, mas que essa atividade proporcionará mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada.

Divergiram desse entendimento os ministros Luis Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio se posicionando no sentido de que a limitação da Justiça do Trabalho apenas às atividades-meio não ensejava nenhuma violação, pois se tratava de uma das interpretações possíveis ao instituto da terceirização.

Além disso, de forma contrária ao posicionamento da maioria, esses Ministros argumentaram que a normatividade da terceirização foi inserida no ordenamento jurídico observando apenas as contribuições ao desenvolvimento econômico, desnivelando os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, ambos previstos na Constituição Federal e que devem estar em consonância igualitária.

Em suma, o que se observa diante desse primeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal é que a constitucionalidade da terceirização trabalhista prevista nas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 será ratificada pela Corte Maior Brasileira quando do julgamento das ADI's nº 5686 e nº 5687, mesmo diante das controvérsias existentes quanto a precarização dos direitos do trabalhador.

## 5. Considerações finais

É inevitável que o mundo do trabalho passe em todos os países de economia aberta, por transformações extensas e profundas. Não se trata, propriamente, de escolhas ideológicas ou preferências filosóficas. É o curso da História.

A informalidade é um problema central da sociedade brasileira e está no âmago de suas profundas desigualdades estruturais, marca de um padrão de acumulação concentrador de renda e perpetuador da pobreza.

A terceirização como modelo trilateral de relação econômica é a resultante de um processo de desenvolvimento do capitalismo tendo como objetivo principal do tomador de serviços a redução de custos, qualidade e otimização da produção.

Nas últimas décadas a atividade da terceirização no Brasil manteve-se alicerçada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual restringia essa prática apenas para as atividades-meio. Diante disso, esse fenômeno passou a integrar os segmentos que contribuíram para o grande percentual de trabalhadores que faziam parte da informalidade, visto que, não obstante ser considerada ilícita, nunca deixou de ser praticada.

Face o cenário que o Brasil vinha atravessando, a Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017 passaram a vigor tendo como seu pilar de sustentação a redução do trabalho informal, a preservação da livre iniciativa empresarial e retomada do crescimento econômico do país.

Nesse contexto, através do presente estudo verificou-se que, em que pese o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pela análise normativa realizada, a legalização da atividade de terceirização de forma irrestrita, apenas alterou a nomenclatura da categoria que o emprego estava inserto - de informal para terceirizado - mantendo-se a correspondente precarização das garantias laborais e constitucionais do trabalhador.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

COSTA, Márcia da Silva, Trabalho Informal: um problema estrutural básico no entendimento das desigualdades na sociedade brasileira. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792010000100011&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792010000100011&script=sci_abstract&tlng=pt) Acesso em 11 set. 2018.

---

2

SILVA, Luiz Machado da. Mercado de trabalho ontem e hoje: informalidade e empregabilidade como categorias de entendimento. In: SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo. Além da fábrica: sindicatos, trabalhadores e nova questão social. São Paulo: Boitempo, p. 140, 2003.

---

3

COSTA, op. cit., 2018.

---

4

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho, São Paulo: Boitempo, p. 157-159, 2000.

---

5

POCHMANN, Márcio. Trabalho sob fogo cruzado. São Paulo: Contexto, p. 13, 2002.

---

6

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, p. 67, 2001.

---

7

MATTOSO, Jorge. A desordem do trabalho. São Paulo: Scritta, p. 76, 1996.

---

8

COSTA, op. cit., 2018.

---

9

KREIN, J. Dari. Reforma no sistema de relações de trabalho no Brasil. In: Emprego e desenvolvimento tecnológico. São Paulo, 1999, Dieese/Cesit/Unicamp

---

10

OIT, Organização Internacional do Trabalho. OIT: quase dois terços da força de trabalho global estão na economia informal. Disponível em [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_627643/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_627643/lang-pt/index.htm) Acesso em 16 Set. 2018.

---

11

\_\_\_\_\_. A desordem do trabalho. São Paulo: Scritta, p. 85, 1996.

---



12

BRASIL. Lei 13.429 de 31 de março de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm) Acesso em 04 set. 2018.

---

13

BRASIL. Lei 13.467 de 13 julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm) Acesso em 04 set. 2018.

---

14

Súmula 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

---

15

BRASIL. Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm) Acesso em 04 set. 2018

---

16

BRASIL. Lei 7.102 de 20 de junho de 1983. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm) Acesso em 04 set. 2018.

---

17

BIAVASCHI, Magda Barros, DROPPA, Alisson. Dossiê: Classes e Transformações no Mundo do Trabalho. A História da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: A Alteração na Forma de Compreender a Terceirização, 2011. Disponível em <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>. Acesso em 03 set. 2018.

---

18

BRASIL. Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm) Acesso em 04 set. 2018.

---

19

BRASIL. Lei 5.645 de 10 de dezembro de 1970. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm) Acesso em 04 set. 2018.

---

20

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em:

21

Súmula 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade

I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente pessoalidade e a subordinação direta. IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331) Acesso em 02 ago. 2018.

---

22

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, p. 321, 2015.

---

23

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 04 set. 2018.

---

24

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, p. 347, 2008.

---

25

Esta proposta foi adotada como apoio para a definição das alterações constantes na Reforma Trabalhista ocorrida a partir de março de 2017, mediante a edição da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, conforme afirmado pela Confederação dos Sindicatos no Fórum Sindical dos Trabalhadores (FST).

---

26

CNI, Confederação Nacional da Indústria. 101 Propostas para Modernização Trabalhista. Coord. Emerso Casali. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2013/2/101-propostas-para-modernizacao-trabalhista/> Brasília: 2012.

---

27

Tabela Reproduzida. Cartilha “101 Propostas Para a Modernização Trabalhistas”. CNI/2012. p. 44.

---

28

BOLINI, André. Cinco Motivos para Defender a Liberdade de se Terceirizar o Trabalho. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2655>. Acesso em: 18.01.2018.

---

29

DALBERTO, Ricardo Cassiano. Terceirização? Sim, por favor. E obrigado. Disponível em <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2076>. Acesso: 18 Jan. 2018.

---

30

<http://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil?topic=resolving-insolvency>.

---

31

Art. 4º-A Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (BRASIL, 2017).

---

32

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato (BRASIL, 2017).

---

33

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 2017).

---

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1998).

---

Art. 5º-A. § 4o. A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado (BRASIL, 2017).

---

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1998).

---

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998).

---

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei (BRASIL, 1998).

---

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (BRASIL, 1998).

---

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo (BRASIL, 1998)

---

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL,1998).

---

R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198). Disponível em [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,%2FDocument](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument) Acesso em 20 set. 2018

---

Ação ajuizada por Confederação Nacional das Profissões Liberais, Partidos Políticos e Partido Comunista do Brasil, de autoria do Partido dos Trabalhadores.

---

Autoria do Partido dos Trabalhadores e do Partido Comunista do Brasil.

---

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 - Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lucia. Plenário, 30.8.2018 (STF, 2018, on-line). STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Numeração Única 9997591-98.2014.1.00.0000. Relator Ministro Roberto Barroso. DJ: 06 set. 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584> Acesso em: 10 set.2018.

---

Recurso Extraordinário nº 958.252 - Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social da empresa contratante”, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronuncia quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018 (STF, 2018, on-line). STF. Recurso Extraordinário nº 958282. Relator Ministro Luiz Fux. DJ: 06.09.2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236> Acesso em 10 set. 2018.

---

STF. STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Disponível em <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429> Acesso em 08 set. 2018.

---

“Se isso acontecer, há o Poder Judiciário para impedir os abusos. Se não permitir a terceirização garantisse por si só o pleno emprego, não teríamos o quadro brasileiro que temos nos últimos anos, com esse número de desempregados” (STF/2018).

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL****4. LE CATENE GLOBALI DEL VALORE: RIDUZIONE O RIPRODUZIONE DELLE DISUGUAGLIANZE DI RETRIBUZIONE E DELLE CONDIZIONI DI LAVORO?****4. Le catene globali del valore: riduzione o riproduzione delle disuguaglianze di retribuzione e delle condizioni di lavoro?**

---

**Global value chains: reducing or reproducing inequalities of pay and working conditions?****(Autor)****ANETA TYC***Università di Lodz (Polonia). atyc@wpia.uni.lodz.pl***Sumário:**[1 Introduzione](#)[2 Casi di studio](#)[2.1. Settore dell'abbigliamento in Sud Africa e Lesotho](#)[2.2 Industria manifatturiera dei palloni da calcio in Cina, India e Pakistan](#)[3 Discussione](#)[4 Conclusioni](#)**Área do Direito: Trabalho****Riassunto:**

La ricerca ha dimostrato la veridicità del fatto che le catene globali del valore possano essere un catalizzatore per la creazione di posti di lavoro per tutte quelle persone che non avevano, fino ad allora, un accesso al mondo del lavoro salariato (ad esempio: personale poco qualificato o le donne). Tuttavia, esiste un risvolto negativo in quanto le suddette catene possono anche contribuire a creare un mondo di lavoro non libero e portare alla riproduzione della povertà, aumentando le disuguaglianze di retribuzione e di condizioni di lavoro. Per questo motivo, è fondamentale esaminare non solo la quantità, ma anche la qualità dei posti di lavoro creati da catene globali del valore. Prendendo in considerazione i casi di studio e confrontando la situazione dei lavoratori in 1) settore dell'abbigliamento in Sud Africa e Lesotho e 2) industria manifatturiera dei palloni da calcio in Cina, India e Pakistan, questo saggio cerca di rispondere ai quesiti su come le disuguaglianze di retribuzione, di condizioni di lavoro e il declino dell'occupazione formale (Sud Africa) possano essere spiegati.



## Abstract:

As the research shows, global value chains, admittedly, may be a catalyst for job creation for people who previously had no access to wage employment (e.g. low-skilled, women), but they can also contribute to unfree labour, and to the reproduction of world poverty, deepening inequalities of pay and working conditions. For that reason, it is crucial to examine not only the quantity, but also the quality of the employment created by GVC. Taking into consideration case studies and comparing the situation of workers in 1) the South African and the Lesotho's clothing sector, and 2) the Chinese, the Indian and the Pakistani football manufacturing industry, the study attempts to answer the question about how inequalities of pay and working conditions, and the decline of formal employment (South Africa) can be explained.

**Parole Chiave:** diritto del lavoro, le catene globali del valore, le disuguaglianze di retribuzione, le disuguaglianze nelle condizioni di lavoro

**Keywords:** labour law, global value chains, inequalities of pay, inequalities of working conditions

## 1. Introduzione

Le catene<sup>1</sup> di approvvigionamento globali sono complesse reti transnazionali di imprese che eseguono insieme azioni finalizzate alla produzione e alla distribuzione di prodotti. Nelle industrie ad alta intensità di manodopera, come ad esempio quelle specializzate nell'abbigliamento o nella fabbricazione dei palloni da calcio, le catene di approvvigionamento globali sono spesso trainate dai compratori. Gli acquirenti globali esercitano un notevole controllo sulla specifica del prodotto finale e decidono sulla allocazione dei profitti. Ciò si riflette nella nozione di "catene globali del valore" che indica la distribuzione non uniforme di utili all'interno di una catena, con un impatto maggiore sui fornitori provenienti da Paesi in via di sviluppo<sup>2</sup>.

Le analisi scientifiche dimostrano la veridicità del fatto che le catene globali del valore possano essere un catalizzatore per la creazione di posti di lavoro per tutte quelle persone che non avevano, fino ad allora, un accesso al mondo del lavoro salariato (ad esempio: personale poco qualificato o le donne). Tuttavia, esiste un risvolto negativo in quanto le suddette catene possono anche contribuire a creare un mondo di lavoro non libero e portare alla riproduzione della povertà, aumentando le disuguaglianze di retribuzione e condizioni di lavoro. Per questo motivo, è fondamentale esaminare non solo la quantità, ma anche la qualità dei posti di lavoro creati da catene globali del valore<sup>3</sup>. Prendendo in considerazione i casi di studio e confrontando la situazione dei lavoratori in 1) settore dell'abbigliamento in Sud Africa e Lesotho e 2) industria manifatturiera dei palloni da calcio in Cina, India e Pakistan, questo saggio cerca di rispondere ai quesiti su come le disuguaglianze di retribuzione, di condizioni di lavoro e il declino dell'occupazione formale (Sud Africa) possano essere spiegati. L'analisi si concentra prevalentemente sui seguenti punti: ruolo della regolamentazione del lavoro, ammodernamento industriale, livelli di sviluppo, governo di catene globali del valore, diverse forme di organizzazione della produzione locale, liberalizzazione del commercio, politica industriale e sensibilità degli acquirenti alla loro reputazione. Su questo tornerò fra breve.

La letteratura secondaria su questo argomento, in particolare il saggio di Von Broembsen e Godfrey<sup>4</sup>, e l'articolo di Lund-Thomsen, Nadvi, Chan, Khara e Xue<sup>5</sup>, costituisce il punto di partenza di un nuovo contributo al dibattito. Un aspetto nuovo di approccio proposto in questo saggio consiste nell'analisi comparativa che viene condotta osservando i suindicati casi. Sulla base dell'analisi comparativa, si procederà alle proposte su come rispondere alle sfide poste dal processo di globalizzazione e di creazione delle catene globali del valore.

## 2. Casi di studio

### 2.1. Settore dell'abbigliamento in Sud Africa e Lesotho

Dai primi anni Novanta in poi l'industria dell'abbigliamento in Sud Africa si è trovata in uno stato di crisi. Uno dei motivi riguarda il commercio e la politica industriale. Quel che si può dire è che il paese si è impegnato in una rapida liberalizzazione del commercio dal 1994. Da allora in poi, le

importazioni di capi di abbigliamento, in particolare dalla Cina, sono aumentate rapidamente e la produzione di abbigliamento in Sud Africa è diminuita. Aziende locali si sono ridimensionate o hanno chiuso, e migliaia di posti di lavoro formali sono stati persi<sup>6</sup>. Contemporaneamente a una riduzione tariffaria, la regolamentazione del lavoro in Sud Africa ha ampliato la protezione per i lavoratori e ha garantito salari più alti nel settore dell'abbigliamento<sup>7</sup>. Anche per questa ragione, l'occupazione si è trasformata dal formale all'informale.

All'incirca nel 2006, c'è stato un nuovo sviluppo nel settore dell'abbigliamento. I produttori di abbigliamento sudafricani hanno cominciato a stabilire le fabbriche in Lesotho, con l'obiettivo di esportare a ritroso indumenti ai loro clienti al dettaglio in Sud Africa. Questo ha permesso ai produttori di evitare costi del lavoro molto più elevati e l'ambiente sindacalizzato in Sud Africa (quasi dall'inizio, i lavoratori del settore abbigliamento sono stati organizzati dai sindacati e il settore è stato caratterizzato da strutture di contrattazione collettiva ben consolidate e centralizzate)<sup>8</sup>. Sfortunatamente, Lesotho non ha fondi di prestazioni sociali, sia a livello nazionale né a livello settoriale. D'altra parte, Sud Africa ha un sistema nazionale di indennizzo per gli operai e un sistema di assicurazione contro la disoccupazione. Il Consiglio nazionale di contrattazione per l'industria dell'abbigliamento amministra un fondo di previdenza contributiva per le aree metropolitane e non metropolitane, nonché il fondo di indennità di malattia (ad esempio assistenza medica) per le aree metropolitane<sup>9</sup>.

Lesotho è uno dei paesi più poveri dell'Africa, con livelli molto elevati di povertà e disoccupazione e con poco sviluppo industriale. Per anni la principale fonte di reddito erano le rimesse dei suoi cittadini maschi impiegati come manodopera straniera nelle miniere sudafricane. Il settore abbigliamento è un fenomeno relativamente recente ed è di vitale importanza per la creazione di posti di lavoro, per la riduzione della povertà e lo sviluppo economico. Il settore abbigliamento comprende attualmente 45 imprese che impiegano circa 35.000 lavoratori. Circa 25 delle aziende sono di proprietà di investitori taiwanesi che esportano negli Stati Uniti (per esempio Gap, Levi's). Le restanti 20 sono di proprietà di sudafricani che esportano a ritroso ai principali rivenditori del Sud Africa. Entrambi i gruppi di produttori devono affrontare la concorrenza intensa e sono soggetti a pressioni al ribasso sulle norme del lavoro e sulle condizioni di lavoro<sup>10</sup>.

I lavoratori del settore dell'abbigliamento in Lesotho hanno condizioni peggiori sotto certi aspetti, rispetto ai lavoratori in Sud Africa. I livelli salariali sono inferiori della metà di quelli in Sud Africa<sup>11</sup>. Con gli stipendi che guadagnano, i lavoratori non possono permettersi di nutrire i loro figli e sono costretti a prendere prestiti a tassi di interesse estremamente elevati (anche 40 per cento). Inoltre i lavoratori credono che ci sia una questione di favoritismi (ad esempio, se 'non piaci' a un supervisore, non ricevi un aumento o bonus annuali). L'orario di lavoro settimanale è di 45 ore, con il limite di 11 ore di straordinario a settimana. I lavoratori non hanno diritto a un risarcimento in caso di infortunio sul lavoro. Hanno invece diritto a prendere 12 giorni di assenza per malattia, il che si rivela piuttosto inefficace. Molti lavoratori si lamentano dell'uso di sostanze chimiche aggressive nel loro lavoro. Quest'ultime hanno colpito sia la persona che le utilizza direttamente, sia lavoratori nelle sezioni vicine. I contratti di lavoro sono spesso in inglese e non vengono spiegati. Generalmente non superano la durata di un anno e sono rinnovabili annualmente<sup>12</sup>.

## **2.2. Industria manifatturiera dei palloni da calcio in Cina, India e Pakistan**

I marchi ottengono palloni da calcio dai fornitori indipendenti in quattro distinti siti produttivi asiatici, i.e. Cina, Pakistan, Tailandia e India. La Cina domina la produzione di bassa e media qualità (palloni cuciti a macchina), mentre il Pakistan è il principale produttore di palloni di alta qualità cuciti a mano. La produzione in India è in primo luogo di bassa e media qualità (palloni cuciti a mano). I fabbrica-based cucitori di palloni di calcio guadagnano i più alti redditi mensili - i cucitori cinesi guadagnano il 40 per cento in più rispetto ai loro omologhi pakistani. Centro-based cucitori di palloni pakistani e centro-based e casa-based cucitori indiani guadagnano quasi uguale reddito mensile. Caricati con abbastanza ordini, cucitori in Pakistan, India e Cina in generale lavorano sei giorni alla settimana. Tuttavia, i fabbrica-based cucitori cinesi lavorano più ore in media (10,3 ore al giorno) rispetto ai loro omologhi asiatici del sud. Il pagamento degli straordinari non viene applicato ai centro-based e casa-based cucitori indiani e pakistani. Nel caso della Cina, i fabbrica-based cucitori indicano, in generale, di effettuare ore supplementari, a volte con la relativa ricezione del

pagamento. In termini di assicurazione sociale, i fabbrica-based cucitori pakistani e cinesi per lo più hanno una qualche forma di assicurazione sociale. In Pakistan, questo include benefici per la salute, per la pensione e per la disoccupazione mentre in Cina si riferisce alle sole prestazioni pensionistiche. Tuttavia, i centro-based e i casa-based cucitori pakistani e indiani generalmente non sono coperti da alcuna assicurazione sociale<sup>13</sup>. Riguardo, infine, alla libertà di associazione e alla libertà di contrattazione collettiva, va detto che i fabbrica-based cucitori cinesi appaiono maggiormente in grado di organizzare proteste e scioperi che mettono pressione sui loro datori di lavoro rispetto alla stragrande maggioranza dei cucitori in Pakistan e India che, invece, lavorano in una vasta area geografica, per lo più senza alcun rapporto diretto tra loro e la fabbrica<sup>14</sup>.

### 3. Discussione

Nei casi che abbiamo considerato (Cina, India e Pakistan), la questione è: perché i produttori cinesi sono in grado di pagare ai loro lavoratori salari più alti? Quel che è certo è che, ciò è legato all'ammodernamento di processo intrapreso dai produttori cinesi. In linea generale, la produzione di palloni cinesi è diventata di primo piano sulla scena mondiale con l'invenzione della tecnologia delle macchine cucitrici e la creazione di impianti di produzione meccanizzata. Ciò ha provocato un drammatico aumento della produttività in confronto alla produzione di palloni cuciti a mano in Pakistan e India. Quanto detto appare ancora più evidente se si analizzano i risultati raggiunti dall'indagine dottrinale: il fabbrica-based cucitore di palloni a macchina cinese può cucire in media 39.8 palloni al giorno, mentre il cucitore a mano pakistano potrebbe cucire 4.5 palloni al giorno e il cucitore a mano indiano 3.9 palloni<sup>15</sup>. Tuttavia, ci sono esempi in catene globali del valore che mostrano che i miglioramenti della produttività nelle imprese che producono, ad esempio, capi di abbigliamento in paesi in via di sviluppo si traducono in una riduzione dei prezzi per gli acquirenti, piuttosto che in salari più alti per i dipendenti. Così, una maggiore produttività nelle imprese a bassa retribuzione potrebbe avere bisogno di essere accompagnata da politiche salariali più forti e meccanismi di contrattazione collettiva<sup>16</sup>.

Viene da chiedersi: quali sono gli altri fattori che influenzano le differenze di condizioni di lavoro? Ad esempio, perché i fabbrica-based cucitori cinesi lavorano più ore in media rispetto ai loro omologhi asiatici del sud? Per comprendere la situazione osserviamo che la maggior parte dei lavoratori che lavoravano nelle fabbriche cinesi (a Guangdong) sono migranti. Basti pensare che hanno lasciato le loro province di origine, e le loro famiglie, per venire a Guangdong per risparmiare il più possibile nel minor lasso di tempo possibile. Confrontandoli con Pakistani e Indiani, quest'ultimi tendono ad essere residenti locali<sup>17</sup>.

Inoltre, l'analisi mostra che bisogna prendere in considerazione anche altri fattori che influenzano le differenze di condizioni di lavoro: le diverse forme di organizzazione della produzione locale e il governo di catene globali del valore.

È interessante osservare che diverse forme di organizzazione industriale hanno implicazioni per le condizioni di lavoro di cucitori di palloni. Il modello cinese orientato all'esportazione è stato fortemente dipendente dagli investimenti diretti esteri da Taiwan e Hong Kong. Come si sa, i produttori hanno costruito la loro capacità di esportazione su un modello di produzione di massa. Inutile dire che i produttori di Pakistan e India hanno invece costruito la loro competitività internazionale sulla base di economie di agglomerazione basate su cluster<sup>18</sup>. Ovviamente, il modello della produzione fabbrica-based facilita l'accesso dei lavoratori a prestazioni come l'assicurazione sociale (sanità, pensione, disoccupazione, ecc) e il pagamento degli straordinari. Per contro, quando cucitori di palloni di calcio stanno lavorando a casa loro, i produttori possono facilmente evitare disposizioni di protezione sociale relative alla legislazione del lavoro<sup>19</sup>.

Il dibattito dottrinale in tema affrontato è stato anche alimentato dall'analisi della responsabilità sociale d'impresa e delle strategie di approvvigionamento adottate nell'interazione tra acquirenti internazionali e fornitori locali. Questi fattori possono influenzare le condizioni di lavoro per i cucitori di palloni di calcio in ogni paese. I risultati dell'indagine dottrinale segnano che il declino del lavoro minorile in cuciture di palloni di calcio in Pakistan e in India, nel corso degli ultimi quindici anni, può in gran parte essere correlato a una serie di iniziative della responsabilità sociale d'impresa all'interno delle industrie manifatturiere di calcio<sup>20</sup>. Alcuni autori dimostrano che la

responsabilità sociale delle imprese e i codici di condotta esercitano un impatto positivo sulla situazione dei lavoratori. Molti studi di impatto hanno rivelato che i codici di condotta migliorano le condizioni di lavoro, ad esempio la riduzione del lavoro straordinario, il pagamento dei salari minimi, e la salute e sicurezza sul lavoro. Detto in altre parole, l'applicazione dei codici potrebbe determinare che gli abusi, sfruttamento del lavoro, per esempio quello minorile, punizioni corporali per disciplinare i lavoratori vengano eliminate<sup>21</sup>. Inoltre, secondo Toffel, Short and Ouellet, codici di condotta che implementano gli standard di lavoro a livello mondiale raggiungono un obiettivo importante costituito dal rafforzamento delle norme promosse dall'OIL e dall'assicurazione di una fonte di pressione di attuazione che l'OIL manca<sup>22</sup>. Harrington scrive di "risultati abbastanza positivi" di codici di condotta, soprattutto nei paesi in via di sviluppo<sup>23</sup>. Facendo riferimento alle politiche di responsabilità sociale d'impresa, l'autrice mette in evidenza che essi possono garantire che gli standard di lavoro progressivi siano utilizzati, anche se non sono giuridicamente obbligatori. L'autrice aggiunge che in questo modo, la responsabilità sociale delle imprese può portare alla futura revisione del diritto del lavoro nazionale<sup>24</sup>. Altra cosa interessante: le condizioni di lavoro possono anche essere peggiori per i lavoratori che hanno poca consapevolezza dei codici di condotta<sup>25</sup>.

Va anche sottolineato che diverse campagne di sensibilizzazione delle organizzazioni non governative (ONG) in Pakistan e India hanno cambiato la percezione del lavoro minorile all'interno delle comunità locali di cucitura<sup>26</sup>.

È anche necessario evidenziare la sensibilità che hanno gli acquirenti in merito alla loro reputazione. In generale, le fabbriche che producono per acquirenti ad alta visibilità e fama, offrono condizioni di lavoro migliori rispetto a quelle aziende che hanno committenti di minore importanza e notorietà<sup>27</sup>.

In questa sezione si intende anche analizzare i casi di Sud Africa e Lesotho. In primo luogo occorre notare che la liberalizzazione del commercio ha prodotto diverse sfide per Sud Africa e Lesotho, dati i loro rispettivi livelli di sviluppo. Come accennato, il Sud Africa si è impegnato nella liberalizzazione del commercio rapido dal 1994. Per questa ragione le importazioni di capi di abbigliamento, in particolare dalla Cina, sono aumentate rapidamente. Come precedentemente sottolineato, migliaia di posti di lavoro formali sono stati persi. Quindi, l'osservazione riguarda in particolare il ruolo della liberalizzazione del commercio, ma anche della politica industriale e della regolamentazione del lavoro che sta dietro al declino dell'occupazione formale (Sud Africa). Inutile ribadire che la sfida per il settore abbigliamento in Sud Africa è quello di mantenere posti di lavoro, continuare ad elevare gli standard di lavoro, in un contesto dove si deve competere con importazioni più economiche nel mercato interno. Per Lesotho, che non ha un mercato interno, posti di lavoro sono stati creati in parte grazie ai suoi bassi costi di manodopera, ed a scapito di posti di lavoro in Sud Africa. Quanto sopra esposto conferma che, ciò che è positivo per un paese ha un risvolto negativo nell'altro<sup>28</sup>. D'altro canto, il caso di Lesotho dimostra che lì le catene globali del valore hanno certamente contribuito alla creazione di posti di lavoro, ma anche alla riproduzione della povertà, aumentando le disuguaglianze di retribuzione e condizioni di lavoro paragonandole al suo vicino Sud Africa.

## 4. Conclusioni

In conclusione, osservando le catene globali del valore, si conferma che esse possano essere un catalizzatore per la creazione di posti di lavoro, ma, al tempo stesso, possano anche contribuire alla riproduzione della povertà, aumentando le disuguaglianze di retribuzione e condizioni di lavoro. Questo è evidente a tal punto che Quentin and Campling traggono la conclusione dell'espansione delle catene globali del valore in un quadro analitico che chiamano la 'catena di disuguaglianza globale'<sup>29</sup>.

Questo saggio pone un importante problema: come si possono spiegare le disuguaglianze di retribuzione, di condizioni di lavoro e il declino dell'occupazione formale (il caso di Sud Africa)? Nel complesso, i fattori che contribuiscono alle disuguaglianze di retribuzione<sup>30</sup> e condizioni di lavoro sono molteplici e includono, per esempio, la tassazione<sup>31</sup> (paesi in via di sviluppo che partecipano nelle catene globali del valore sono particolarmente vulnerabili ai regimi di elusione fiscale<sup>32</sup>, ma questo va oltre lo scopo di questo studio), ammodernamento industriale, diverse forme di organizzazione della produzione locale, governo di catene globali del valore, sensibilità degli acquirenti alla reputazione, livelli di sviluppo. Un secondo aspetto riguarda il declino

dell'occupazione formale. Qui vanno segnalati: il ruolo della regolamentazione del lavoro, liberalizzazione del commercio e politica industriale.

Il problema principale resta quello di rispondere alla sfida posta dal processo di globalizzazione e di creazione delle catene globali del valore. Mi sembra di poter trarre tre conclusioni, di cui le prime due sono di carattere più generale. Innanzitutto, non dobbiamo dimenticare che si tratta di un problema che può essere affrontato e gestito con l'aiuto dei sindacati che possono dare l'appoggio necessario ai lavoratori. Tuttavia, il punto più critico di questa convinzione è proprio che i lavoratori devono essere rappresentati da sindacati più autentici anziché solo formali come ad esempio la Federazione dei sindacati di tutta la Cina<sup>33</sup>. Resta il problema di una tesi che si poggia su una concezione che un primo compito per i sindacati è quello di individuare i lavoratori in queste strutture, in quanto quest'ultimi sono spesso inconsapevoli della loro posizione nella catena del valore<sup>34</sup>.

Un secondo aspetto riguarda i codici di condotta. Più precisamente, concentrandosi su aspetti specifici degli standard di lavoro, essi stessi non generano le migliori condizioni di vita e di lavoro per i lavoratori. Per realizzare reali miglioramenti delle condizioni di lavoro il dibattito deve andare oltre agli standard di lavoro e al rispetto dei principi della responsabilità sociale delle imprese, cioè deve coinvolgere la riqualificazione tecnologica, economica e sociale che potrebbero potenzialmente generare costanti miglioramenti dei salari reali e delle condizioni di lavoro<sup>35</sup>.

In questo contesto l'elaborazione dottrinale sottolinea che c'è una necessità urgente di impegnarsi in entrambi i varianti d'ammodernamento in Pakistan e India, cioè l'ammodernamento di processo e di prodotto, e di indirizzarsi verso la cucitura a macchina per acquisire le competenze tecniche per produrre palloni termoformati. Ad esempio, negli ultimi anni, Adidas ha iniziato a spostare l'approvvigionamento dei palloni di qualità superiore termoformati dalla Thailandia ad un fornitore leader in Cina. C'è una sfida crescente dalla Cina per i produttori pakistani, sia nei prodotti cuciti a macchina ad alto volume, così come per i palloni di qualità superiore termoformati<sup>36</sup>.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

L'articolo è stato sviluppato nell'ambito del progetto di ricerca finanziato dal Centro Nazionale della Scienza in Polonia conformemente alla decisione DEC-2016/21/D/HS5/03849. Il numero di registrazione del progetto è il 2016/21/D/HS5/03849.

2

DAHAN, Y., LERNER, H., MILMAN-SIVAN, F., "The International Labour Organization, multinational enterprises, and shifting conceptions of responsibility in the global economy", *Global Governance of Labour Rights. Assessing the Effectiveness of Transnational Public and Private Policy Initiatives*, a cura di MARX, A., WOUTERS, J., RAYP, G., BEKE, L., Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 279.

3

BARRIENTOS, S., MAYER, F., PICKLES, J., POSTHUMA, A., "Decent work in global production networks: Framing the policy debate", *International Labour Review*, 150(3-4), 2011, p. 304-305; POSTHUMA, A., ROSSI, A., "Coordinated governance in global value chains: supranational dynamics and the role of the International Labour Organization", *New Political Economy*, 22(2), 2017, DOI: 10.1080/13563467.2016.1273342, p. 186. Cfr. anche PHILLIPS, N., SAKAMOTO, L., "Global Production

Networks, Chronic Poverty and 'Slave Labour' in Brazil", *Studies in Comparative International Development*, 47, 2012, DOI 10.1007/s12116-012-9101-z, p. 288.

---

4

VON BROEMBSSEN, M., GODFREY, S., "Labour law and development viewed from below: What do case studies of the clothing sectors in South Africa and Lesotho tell us?" *Labour Regulation and Development. Socio-Legal Perspectives*, a cura di MARSHALL, S. E FENWICK, C., Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2016, p. 127-161.

---

5

LUND-THOMSEN, P., NADVI, K., CHAN, A., KHARA, N., XUE H., "Labour in Global Value Chains: Work Conditions in Football Manufacturing in China, India and Pakistan", *Development & Change*, 43(6), 2012, DOI: 10.1111/j.1467-7660.2012.01798.x, p. 1211-1237.

---

6

VON BROEMBSSEN, M., GODFREY, S., *op. cit.*, pp. 141-143.

---

7

WageIndicator 2018, *A report on the working and living conditions of Workers in the Clothing and retail sector in South Africa*. Compiled by Hamed Deedat, <https://alrei.org/education/a-report-on-the-working-and-living-conditions-of-workers-in-the-clothing-and-retail-sector-in-south-africa-compiled-by-hameda-deedat>.

---

8

VON BROEMBSSEN, M., GODFREY, S., *op. cit.*, pp. 141-147.

---

9

*Ibidem*, p. 149-150.

---

10

PIKE, K., GODFREY, S., "Workers' Perceptions of Compliance with Labour Standards: Assessing Opportunities and Challenges for Better Work in Lesotho's Apparel Sector" *Towards Better Work: Understanding Labour in Apparel Global Value Chains*, a cura di ROSSI, A., LUINSTRA, A., PICKLES, J., Palgrave Macmillan, International Labour Office, Geneva, 2014, p. 191-192.

---

11

VON BROEMBSSEN, M., GODFREY, S., *op. cit.*, p. 149-150. Va osservato che in Sud Africa, retribuzioni minime legali variano secondo l'occupazione, l'industria e la posizione, e di conseguenza ci sono circa 40

diversi minimi salariali. Tuttavia, la questione chiave qui non è la mancanza di una normativa, ma piuttosto la mancanza di conformità tra i datori di lavoro. Si notano alti livelli di non conformità: un'incidenza complessiva di violazione che si avvicina al 45 per cento. Cfr.: BHORAT, H., KANBUR, R., MAYET, N., "Minimum wage violation in South Africa", *International Labour Review*, 151(3), 2012, pp. 277-286.

---

12

PIKE, K., GODFREY, S., *op. cit.*, p. 199-202.

---

13

LUND-THOMSEN, P., NADVI, K., CHAN, A., KHARA, N., XUE H., *op. cit.*, pp. 1212-1213, 1221-1227.

---

14

*Ibidem*, p. 1232-1233.

---

15

*Ibidem*, p. 1227.

---

16

ILO, *Global Wage Report 2016/17. Wage inequality in the workplace*, Geneva, p. 89.

---

17

LUND-THOMSEN, P., NADVI, K., CHAN, A., KHARA, N., XUE H., *op. cit.*, p. 1231.

---

18

*Ibidem*, p. 1230.

---

19

*Ibidem*, p. 1229, 1231.

---

20

*Ibidem*, p. 1228.

---

21

YU, X., "Impacts of Corporate Code of Conduct on Labor Standards: A Case Study of Reebok's Athletic Footwear Supplier Factory in China", *Journal of Business Ethics*, 81(3), 2008, DOI: 10.1007/s10551-007-



---

22

TOFFEL, M.W., SHORT, J.L., OUELLET, M., "Codes in context: How states, markets, and civil society shape adherence to global labor standards", *Regulation & Governance*, 9(3), 2015, DOI: 10.1111/rego.12076, p. 208.

---

23

HARRINGTON, A. R., "Corporate Social Responsibility, Globalization, the Multinational Corporation, and Labor: an Unlikely Alliance", *Albany Law Review*, 75(1), 2011/2012, p. 493. Su ciò cfr. la letteratura citata in Harrington.

---

24

*Ibidem*, p. 508-509.

---

25

PRIETO-CARRÓN, M., "Women Workers, Industrialization, Global Supply Chains and Corporate Codes of Conduct", *Journal of Business Ethics*, 83, 2008, DOI: 10.1007/s10551-007-9650-7, p. 12.

---

26

LUND-THOMSEN, P., NADVI, K., CHAN, A., KHARA, N., XUE H., *op. cit.*, p. 1229.

---

27

OKA, C., "Improving Working Conditions in Garment Supply Chains: The Role of Unions in Cambodia", *British Journal of Industrial Relations*, 54(3), 2016, DOI: 10.1111/bjir.12118, p. 650, 657. Su ciò cfr. la letteratura citata in Oka.

---

28

VON BROEMBSSEN, M., GODFREY, S., *op. cit.*, p. 140-141, 143, 152.

---

29

QUENTIN, D., CAMPLING, L., *op. cit.*, p. 34.

---

30

Per saperne di più sulle conseguenze delle catene globali di valore sulle disuguaglianze di retribuzione all'interno dei vari paesi cfr. COSTINOT, A., VOGEL, J., WANG, S., "Global Supply Chains and Wage Inequality", *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 102(3), 2012,

31

LOPEZ GONZALEZ, J., KOWALSKI, P., ACHARD, P., *Trade, global value chains and wage-income inequality*, OECD Trade Policy Papers, 182, 2015, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/5js009mzrqd4-en>, passim. Cfr. Quentin, D., Campling, L., "Global inequality chains: integrating mechanisms of value distribution into analyses of global production", *Global Networks*, 18(1), 2018, p. 34.

---

32

AGUIAR DE MEDEIROS, C., TREBAT, N., "Inequality and Income Distribution in Global Value Chains", *Journal of Economic Issues (Taylor & Francis Ltd)*, 51(2), 2017, DOI: 10.1080/00213624.2017.1320916, p. 404, 407-408.

---

33

Per saperne di più sulla Federazione dei sindacati di tutta la Cina cfr.: CHEN, K., *Labour Law in China* (Alphen aan den Rijn, 2011) Kluwer Law International, p. 104, 114-115.

---

34

Cfr. RAINNIE, A., HEROD, A., MCGRATH-CHAMP, S., "Review and Positions: Global Production Networks and Labour", *Competition and Change*, 15(2), 2011, DOI: 10.1179/102452911X13025292603714, p. 164-165.

---

35

Cfr. LUND-THOMSEN, P., NADVI, K., CHAN, A., KHARA, N., XUE, H., *op. cit.*, p. 1233-1234.

---

36

NADVI, K., LUND-THOMSEN, P., XUE, H., KHARA, N., "Playing against China: global value chains and labour standards in the international sports goods industry", *Global Networks*, 11(3), 2011, p. 350-351.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

5. LA TUTELA DEI LAVORATORI MIGRANTI NELLE GLOBAL SUPPLY CHAINS: SPUNTI E PROSPETTIVE DALLA NORMATIVA ITALIANA

## 5. La tutela dei lavoratori migranti nelle global supply chains: spunti e prospettive dalla normativa italiana

---

### Migrant workers' protection in global supply chains: a reflection from the italian legislation

(Autor)

**STEFANO MARIA CORSO**

*Università degli Studi Carlo Bo di Urbino (Italia). stefano\_corso@libero.it*

#### Sumário:

[1 Introduzione: caporalato e Global Supply Chains](#)

[2 Il contrasto allo sfruttamento dei lavoratori nell'evoluzione normativa](#)

[3 Lavoratori sfruttati e lavoratori migranti. Il caso italiano](#)

[4 Limiti ed effettività nella tutela dallo sfruttamento nel diritto internazionale del lavoro](#)

[5 Il ruolo delle imprese \(anche multinazionali\) come garanti della legalità delle condizioni lavorative: realtà e prospettive](#)

[6 Conclusioni](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### Riassunto:

Tra le varie prospettive in cui è possibile declinare la protezione del lavoro, il tema del contrasto allo sfruttamento (con particolare riguardo allo sfruttamento dei lavoratori migranti) ha assunto un rilievo centrale. Il saggio si sofferma nel descrivere lo scenario italiano, caratterizzato, in particolare, dal sempre maggior coinvolgimento degli enti datori di lavoro nell'apprestare un sistema di prevenzione e repressione volto a contrastare "dall'interno" le forme di traffico e sfruttamento dei prestatori d'opera. A seguito di questo, viene inoltre descritto il deleterio impatto del caporalato e del lavoro "sommerso" nell'ambito delle catene di produzione globali, nonché vengono discusse alcune proposte per una maggior tutela dei principi fondamentali del lavoro in un contesto produttivo sempre più internazionale.

#### Abstract:

Considering the various perspectives inherent to employment protection, preventing labour exploitation (of migrant workers) has become key and the paper describes the Italian scenario,

resulting, in the first place, in making corporations responsible for developing a preventive and repressive strategy to combat the “culture of human trafficking” within their structures. Furthermore, it highlights the role played by informal employment and gangmasters, the erosion of labour standards in global supply chains and some recent opportunities for the application of basic labor standards in an international perspective.

**Parole Chiave:** Sfruttamento del lavoro, lavoratori migranti, caporalato, global supply chains, tutela dei diritti sociali fondamentali

**Keywords:** Labour exploitation, migrant workers’ protection, global supply chains, core labour standards

## 1. Introduzione: caporalato e *Global Supply Chains*

“Anno 29, secondo mese della stagione dell’inondazione, giorno 10. In questo giorno la squadra ha passato i posti di controllo della necropoli dicendo: ‘abbiamo fame!’. Sono già trascorsi 18 giorni e (gli uomini) andarono a sedersi nel retro del tempio funerario di Thutmosi III. Nonostante i vari tentativi di conciliazione, la protesta dura parecchi giorni e ai funzionari che cercano di convincerli a tornare al lavoro gli operai rispondono: ‘Se siamo arrivati a tanto, è stato a causa della fame e della sete. Non ci sono abiti, né unguenti, né pesci né verdura. Scrivete al Faraone, il nostro signore perfetto, riguardo alle nostre parole, e scrivete al Vizir, il nostro superiore, perché ci siano date le provvisioni’”<sup>1</sup>.

Colpisce, leggendo in quello che è probabilmente il primo esempio documentato di sciopero contro lo sfruttamento sul lavoro della Storia, constatare la distanza tra quella che era la legittima aspirazione a vedersi riconosciute condizioni di vita decenti da parte dei lavoratori (peraltro, parrebbe di intuire: specializzati e comunque non in stato di schiavitù) e le Istituzioni che queste ultime avrebbero dovuto garantire.

Ne consegue che tale mancanza di interesse e di consapevolezza per l’umana condizione altrui, oltretutto ampliata dalla lontananza fisica dai centri del potere, rafforza l’alterità sociale dei prestatori d’opera i quali – oggi come ieri – finiscono ad essere considerati alla stregua di meri oggetti di scambio e fungibili fattori economici del processo produttivo<sup>2</sup>.

A distanza di oltre tremila anni, tale alterità non solo non può dirsi scomparsa, permane di stretta attualità per la dottrina giuslavoristica – che, proprio nel contrastare l’idea del lavoro come “merce” e nella tutela dei soggetti deboli, ha trovato fondamento ontologico ed origine storica<sup>3</sup> – e (ri)emerge attraverso forme e strumenti di sfruttamento peculiari tanto a livello nazionale (attraverso il cd. caporalato) che transnazionali (attraverso le cd. *Global Supply Chains*, ossia catene di produzione sempre più globalizzate)<sup>4</sup>.

Del resto, lo sfruttamento del lavoro viene spesso volte definito alla stregua di “fenomeno” salvo non avere alcunché di estemporaneo o transitorio o riducibile alla condotta individuale di un singolo soggetto<sup>5</sup>, trovando piuttosto origine nelle dinamiche della produzione e nell’economia della realtà contemporanea nonché una pervasività ancora maggiore sia in ragione dello squilibrio nello sviluppo socio-economico tra le diverse aree del pianeta sia grazie allo scarso controllo che molti Stati esercitano (o vogliono esercitare) sul proprio territorio, sull’origine dei beni importati e sulla condizione di chi in quel medesimo Stato lavora e produce.

Esemplificativa in punto è la condizione di molti lavoratori – cittadini o immigrati per ragioni (in tutto o in parte) economiche – che, largamente occupati in settori quali l’agricoltura e l’edilizia, lavorano “nell’ombra” senza alcun controllo o tutela dei propri diritti.

Ne deriva la possibile contiguità di certe forme di intermediazione illecita con quelle di vera e propria schiavitù descritte fin dalla Convenzione OIL n. 29/1930 in tema di lavoro forzato ma a cui mai è seguita a livello internazionale – inevitabilmente, forse, visti i sempre crescenti interessi economici in discussione – una efficace disciplina lavoristica volta a contrastarle<sup>6</sup>.

Non di meno se oggi, più ancora che nel passato, oggetto privilegiato della tutela deve essere il

“lavoro” – libero e degno – da intendersi sia quale bene giuridico da preservare in via prioritaria sia quale misura della qualità della risposta data dall’ordinamento alle forme di abuso perpetrate dai datori di lavoro e dagli altri soggetti coinvolti<sup>7</sup>, l’interessamento per il tema del contrasto allo sfruttamento non può essere eluso e merita una risposta all’altezza delle sfide del nostro tempo.

Nel processo di adeguamento del sistema giuridico e in questo interessamento della legislazione verso il contrasto allo sfruttamento, un ruolo centrale viene svolto dalle istanze sociali, dal ruolo di stimolo e contrasto assunto dalle associazioni collettive dei lavoratori, dalla condivisa necessità di imporre limiti alla libertà imprenditoriale per la salvaguardia dell’ambiente lavorativo, delle controparti contrattuali e non, dell’ambiente *tout court*, della collettività. In questo senso, oggetto del saggio è rappresentare come dalla risposta data al problema del caporalato (in particolare, agricolo e con oggetto lavoratori migranti) in chiave nazionale, non solo ne sia derivata una più compiuta e generale definizione del concetto di sfruttamento del lavoro ma anche si siano poste le basi per l’implementazione di ulteriori e diversi strumenti volti a contrastare abusi e violazioni perpetrati nell’ambito delle “catene produttive globali” e con riguardo a relazioni di lavoro (spesso “informale” o “sommerso”) di rilievo transnazionale<sup>8</sup>.

## 2. Il contrasto allo sfruttamento dei lavoratori nell’evoluzione normativa

Il caporalato sul piano definitorio è da intendersi quale forma illegale di reclutamento ed organizzazione della mano d’opera, spesso non specializzata, fondata sulla presenza di intermediari che assumono, per conto dell’imprenditore e percependo un corrispettivo, prestatori d’opera “a giornata”<sup>9</sup>.

Pur tra le peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali, quello che di regola emerge è la costituzione di una capillare rete di contatti lavorativi informali facente capo a gruppi di individui o ad “agenzie di servizi” che, con l’ausilio di privati, professionisti e pubblici dipendenti (specie in merito alla gestione delle pratiche relative alla regolarizzazione degli extracomunitari), si spartiscono su base territoriale o etnica l’attività di sfruttamento *in loco* o di traffico dei lavoratori migranti<sup>10</sup>.

Di contro, del tutto riduttivo è il ritenere il caporalato quale mera “variante operativa” della criminalità organizzata, così da limitarsi ad una politica sanzionatoria *ex post*<sup>11</sup>, in quanto in un clima di illegalità e sfruttamento “diffuso” del lavoro, anche le imprese intrinsecamente sane possono essere tentate dal fare ricorso (almeno a livello di articolazioni periferiche o per determinati passaggi produttivi) a forme di intermediazione illecita e di – più o meno celato – sfruttamento.

Cosa altrettanto grave, tale sistema consente alle aziende che ne usufruiscono di concorrere slealmente con le imprese (nazionali e non) in regola, se non altro perché le retribuzioni dei lavoratori risultano essere sensibilmente inferiori ai contratti collettivi applicabili in quel contesto produttivo, oltre che concernenti un monte ore superiore a quello normalmente previsto, con la totale assenza di ogni contributo previdenziale<sup>12</sup>. È questo secondo aspetto che rappresenta l’*humus* fertile attraverso cui il fenomeno del caporalato pone radici, inserendosi quale “elemento flessibile” in numerosi settori e filiere produttive, così da guadagnare il consenso (implicito) degli operatori<sup>13</sup>.

Di fronte a tale sfida, la risposta legislativa non sempre è stata coerente, salvo comunque il legislatore italiano aver proceduto sia ad una recente novellazione della materia, tanto sul piano definitorio che su quello sanzionatorio, sia ad apprestare nuovi strumenti maggiormente idonei a contrastare le condotte di sfruttamento in via preventiva. Il filo conduttore di questa evoluzione normativa si è dipanato intorno al permanere o meno nell’ordinamento (ed, eventualmente, in che termini) del divieto di interposizione (<sup>14</sup>), cui ha fatto seguito un progressivo ampliamento delle modalità di collocamento della manodopera sul mercato del lavoro, una rivalutazione del principio della cd. “unicità datoriale” e, per quanto qui interessa, il ripensamento (concettuale prima ancora che giuridico) circa l’attualità dell’assioma “caporalato-intermediazione illecita” nel nostro ordinamento<sup>15</sup>.

Lo specifico tema della lotta allo sfruttamento del lavoro e del caporalato ha visto parimenti un rapido susseguirsi di interventi legislativi<sup>16</sup>, da ultimo culminati nella legge 29 ottobre 2016, n. 199, recante “Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del

lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo”<sup>17</sup>, nonché da un sempre crescente attivismo della magistratura e degli organi ispettivi<sup>18</sup>.

Fattispecie di regola contestata in questi casi, infatti, è quella del “delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro” di cui all’art. 603 *bis* c.p., introdotto in forza del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 e convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148<sup>19</sup>, senza tuttavia tralasciare fattispecie ugualmente rilevanti e prodromiche all’attività di sfruttamento propriamente detta, quali la gestione illecita delle pratiche inerenti al rilascio e/o rinnovo dei titoli di soggiorno<sup>20</sup>.

Alla luce della più recente novella del 2016, l’integrazione della condotta di cui all’art. 603 *bis* c.p. richiede, quale elemento costitutivo, lo sfruttamento della condizione lavorativa, perpetrato approfittando dello stato di bisogno del lavoratore<sup>21</sup>.

Da qui, una prima importante questione concerne il tema dello stato di minorità cui sono sottoposti i lavoratori, in quanto la legge n. 199/2016 fa propria una accezione ampia del concetto di “bisogno” più compatibile alle istanze di tutela del mondo del lavoro, prescinde da concrete esternazioni di minaccia od intimidazione (relegandole a mere circostanze aggravanti) e si sofferma sullo stato di soggezione idoneo a rendere impossibile da parte del lavoratore il rivendicare eque condizioni retributive<sup>22</sup>. Non di meno, la norma non si spinge fino a ritenere sufficiente una qualsiasi esigenza di lavorare per l’integrazione della fattispecie in quanto questa dovrebbe applicarsi solo a casi di grave, attuale e persistente mancanza delle risorse economiche occorrenti per soddisfare le essenziali e primarie esigenze di vita<sup>23</sup>.

Tale tipizzazione è poi completata attraverso l’elencazione dei cd. indici legali di sfruttamento<sup>24</sup>, aventi efficacia orientativa e probatoria. Tra essi si rinvencono la (non episodica) corresponsione di salari palesemente difformi a quanto previsto dalle disposizioni della contrattazione collettiva o comunque sproporzionati con riguardo alla quantità e alla qualità del lavoro svolto; le violazioni della normativa relativa agli orari di lavoro, al riposo settimanale, alla aspettativa obbligatoria, alle ferie; le violazioni di norme in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro ed, infine, la sottoposizione dei lavoratori a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza e a situazioni alloggiative degradanti.

Espressioni esemplificative, dunque, di una autonoma fattispecie di sfruttamento che permane intatta nella sua continuità<sup>25</sup> e che, anzi, è chiamata ad espandersi fino a ricomprendere i soggetti che storicamente traggono vantaggio dallo sfruttamento illecito perpetrato dai caporali, ossia i datori di lavoro, persone fisiche e giuridiche

Di particolare interesse per il contrasto del caporalato è, infatti, l’attenzione rivolta alle attività di intermediazione “organizzata”, da intendersi quale “strutturazione non occasionale” dei mezzi impiegati nella condotta<sup>26</sup>, la cui funzione è rivolta, in primo luogo, alla attività di “accompagnamento” dei lavoratori presso le aziende agricole interessate nonché alla gestione dell’alloggiamento degli stessi, peraltro ammassati e in condizioni di nulla igiene<sup>27</sup>.

### 3. Lavoratori sfruttati e lavoratori migranti. Il caso italiano

Sforzandosi in sintesi di offrire una lettura quanto più possibile sistematica del *corpus* normativo uscito dalle ultime riforme (in specie, con l’art. 55, comma 1, lett. d) del d. lgs. n. 81/2015; la depenalizzazione di cui al d. lgs. n. 8/2016 e la già menzionata l. n. 199/2016) la risposta può dirsi duplice: sul piano sanzionatorio, obiettivo del legislatore non parrebbe più solo (o tanto) quello di garantire “effettività” alla corretta regolazione dei rapporti di intermediazione ed interposizione in quanto tali<sup>28</sup>, bensì quello di tipizzare un “nuovo” elemento di disvalore della condotta, esemplificato nel concetto di sfruttamento<sup>29</sup>.

Lungi dal prospettare la normativa lavoristica alla stregua di una *lex imperfecta*, non si nega il permanere nel tempo di una copertura sanzionatoria alle condotte illecite di intermediazione ed interposizione – il che trova conferma sia in dottrina sia in giurisprudenza<sup>30</sup> – quanto piuttosto va ricalibrata la critica circa la sua “possibile prematura scomparsa”, con conseguente avvertita ineffettività della normativa nel contrastare dette condotte.

In particolare, la copertura penale non appare più immediata conseguenza di una attività di

intermediazione abusiva, non autorizzata o carente dei requisiti, ma ormai tende ad essere limitata alle sole violazioni che comportino condizioni lavorative degradanti e uno sfruttamento della vittima<sup>31</sup>.

Più che esprimersi in termini di depotenziamento<sup>32</sup>, dunque, quello che evolve è la prospettiva di tutela, venendosi a completare una scissione tra *regulae iuris* deputate ad una corretta applicazione delle norme in tema di intermediazione (ed interposizione) e quanto diretto invece a sanzionare forme di “sfruttamento”.

Esemplificativa di questa fase di transizione nella rielaborazione sistematica degli istituti coinvolti è proprio la portata applicativa dell’art. 603 *bis* c.p., che nel testo normativo precedente alla riforma del 2016 poteva ancora lasciare intendere che lo sfruttamento del lavoro fosse una mera emanazione delle condotte di intermediazione illecita, a loro volta definibili alla stregua di caporalato alla luce di una valutazione quantitativa dell’offesa al bene giuridico “lavoro”.

Nella previgente incertezza definitoria, tale interpretazione poteva avere un suo fondamento ma è oggi superata dalla riforma del 2016 che, testualmente, fa riferimento alla condotta di utilizzo, impiego o assunzione della manodopera “anche mediante l’attività di intermediazione” e che, pertanto, da essa potrebbe anche prescindere<sup>33</sup>.

Tanto premesso, i datori di lavoro (persone fisiche e giuridiche) committenti, utilizzatori o beneficiari finali risultavano storicamente esclusi da ogni forma di responsabilità al riguardo<sup>34</sup>. La cosa non deve stupire.

In Italia, ad esempio, a dispetto del pervasivo sistema illecito di intermediazione riscontrato, l’assenza di coinvolgimento dei soggetti che storicamente traggono vantaggio dallo sfruttamento illecito perpetrato dai caporali, ossia delle aziende agricole datrici di lavoro, era diretta conseguenza del tenore letterale della legislazione del 2011 volta a sanzionare il mero “intermediario” (i “caporali” propriamente detti) e non l’utilizzatore finale che impiega la manodopera (il quale risponderà delle violazioni commesse al più in sede amministrativa)<sup>35</sup>.

Significativa innovazione, in tal senso si rinviene solo nel 2016 sia aprendo espressamente la possibilità che anche i datori di lavoro destinatari della prestazione di lavoro rispondano, insieme ai caporali propriamente detti, del reato di cui all’art. 603 *bis* c.p. sia, soprattutto, grazie all’inserimento di detta norma tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, avutasi con il nuovo art. 6 l. n. 199/2016, recante “Modifica all’articolo 25 *quinquies* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità degli enti”<sup>36</sup>.

Aggiungendosi alla responsabilità della persona fisica (ad esempio, il caporale) e a prescindere dalle possibili responsabilità e sanzioni dei singoli individui, l’ente datore di lavoro può essere reputato responsabile per aver voluto, attuato, eseguito o non impedito la condotta lesiva di sfruttamento, magari a vantaggio proprio di una mera massimizzazione del profitto.

Ne consegue una maggiore effettività della normativa volta a contrastare lo sfruttamento del lavoro, perché ad essere potenzialmente colpiti potrebbero essere anche i reali centri di interesse delle attività illecite di sfruttamento, ossia le imprese (anche multinazionali), qualora emerga una loro “colpa di organizzazione” nell’aver omesso le opportune cautele organizzative, di vigilanza e controllo circa i prodotti e servizi di cui erano destinatarie o circa altre imprese fornitrici con cui andavano a trattare.

Tale innovazione è significativa in vista di una possibile applicazione a livello internazionale ma pone sul tavolo il problema di ricercare la miglior forma di contemperamento tra l’esigenza di sanzionare l’ente o il datore di lavoro-persona fisica responsabili di aver compiuto la condotta di sfruttamento (o di non averne contrastato il rischio) e quella di preservare i lavoratori da un “rischio di impresa” – rappresentato dall’attività illecita prima e dall’effetto delle sanzioni in seguito – che potrebbe tracimare e travolgerli, in quanto soggetti più deboli del rapporto<sup>37</sup>.

L’eco di questa problematica – come vedremo meglio tra poco – non può che diventare centrale tanto



che proprio il diritto del lavoro, muovendo in tale direzione, è chiamato ad attingere ad istituti e strumenti diversi da quelli di mera repressione (in chiave penale o amministrativa)<sup>38</sup>, e a spingere ed incentivare verso la regolazione di uno sviluppo economico e dell'occupazione maggiormente bilanciato verso il rispetto dei temi sociali<sup>39</sup>.

Diversa, ad esempio, potrebbe ipotizzarsi la risposta di fronte ad una condotta di sfruttamento conseguente ad una strutturale politica d'impresa rispetto a quella originatasi da, pur colpevole e grave, *deficit* di organizzazione (magari in violazione di codici etici o di condotta in precedenza comunque predisposti).

Solo così il rischio d'impresa - che è anche rischio per l'impresa - può essere proficuamente combattuto "dall'interno", attraverso un'organizzazione che assicuri (o incentivi) la moralizzazione della iniziativa economica<sup>40</sup>. Muovendo in questa direzione, dunque, nuove potenzialità - come vedremo tra poco - potrebbero emergere nelle *private compliance initiatives* (meglio se con alcuni requisiti minimi previsti *ex lege*) adottabili da parte delle imprese e a loro volta prodromiche, pur in una eterogeneità delle soluzioni prospettabili, ad un rafforzamento e ad uno sviluppo di più strutturate modalità di *civic engagement*.

#### 4. Limiti ed effettività nella tutela dallo sfruttamento nel diritto internazionale del lavoro

La spinta verso una maggior flessibilità del mercato certamente risponde ad esigenze radicate nella moderna realtà produttiva<sup>41</sup>, ma non necessariamente fa emergere dall'illegalità rapporti che, in tutto o in parte, sono da collocarsi *extra ordinem* e ben poco hanno di sinallagmatico<sup>42</sup>.

Storicamente, dunque, importanza particolare si riconosce nel garantire una effettiva attuazione a quelli che sono i principi fondamentali enunciati nelle convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)<sup>43</sup>, sia incoraggiando i singoli Stati ad adeguare la propria legislazione interna recependoli, sia incentivando le imprese ad agire in prima persona nel garantire il pieno rispetto degli *standard* internazionali ivi riconosciuti in materia sociale e di tutela delle condizioni di lavoro.

In punto va evidenziata la recente raccomandazione OIL n. 204 del 2015, "transizione dall'economia informale verso l'economia formale", volta a rafforzare l'effettiva applicazione dei *core labor standards* e ad individuare le opportune misure transitorie affinché questo avvenga, tenendo conto delle peculiarità culturali e giuridiche dei singoli Stati<sup>44</sup> mentre, a livello comunitario, può essere menzionata la "piattaforma" europea per il rafforzamento della cooperazione volta a contrastare il lavoro irregolare istituita a norma della decisione UE 2016/344, e che comunque lascia ai singoli Stati la responsabilità di apprestare un sistema sanzionatorio adeguato al perseguimento degli obiettivi comuni già implicitamente contenuti nella Strategia Europea per l'Occupazione<sup>45</sup>.

Nel tentativo di dare una qualche concretezza a quella volontà di agire in modo "socialmente responsabile" spesso declamata dalle imprese, inoltre, la tendenza sembra sia quella di muoversi (anche) verso soluzioni che non hanno nella (sola) precettività della legge nazionale il loro fondamento regolativo o sanzionatorio<sup>46</sup>, specie in considerazione del fatto che la capacità di deterrenza della sanzione (poco efficace in contesti produttivi globalizzati) dovrebbe ormai venire superata dall'attenzione prioritaria riconosciuta al momento prevenzionale.

Una prima strada in questo senso si rinviene nella stipulazione dei cd. *Global Framework Agreements* (GFA), di regola sottoscritti tra una impresa multinazionale e una o più organizzazioni sindacali o federazioni nel rispetto (e quale espressione) di un Dialogo Sociale che trascende la singola giurisdizione statale<sup>47</sup>.

Il pregio di detti accordi si rinviene nella auspicata maggiore effettività da parte degli stessi in quanto la pubblicità data agli accordi, il rilievo economico-promozionale e organizzativo di alcune clausole volte a consentire al committente o al somministratore penetranti controlli sulle concrete modalità di gestione dei rapporti di lavoro da parte di appaltatori e utilizzatori nonché l'attività di monitoraggio e verifica degli adempimenti da parte degli attori sociali sottoscrittori, dovrebbero disincentivare le multinazionali sottoscrittrici da ogni (almeno macroscopica) violazione<sup>48</sup>.

Obiettivo auspicato in tal modo è che le imprese cd. *supplier* si conformino non solo a quanto previsto dalle leggi nazionali del Paese in cui svolgono le attività di produzione ma altresì – per necessitata emulazione – con quanto richiesto (d)alle *buyer companies* loro clienti le quali, se non maggiormente sensibili al rispetto degli standard sociali ricadono sotto giurisdizioni maggiormente controllabili.

## 5. Il ruolo delle imprese (anche multinazionali) come garanti della legalità delle condizioni lavorative: realtà e prospettive

In senso analogo ma muovendo da una iniziativa (formalmente) unilaterale (ma di regola comunque frutto del coinvolgimento delle organizzazioni collettive o dei predetti accordi internazionali), sono le cd. *private compliance initiatives* (PCIs) e, più in specifico, i codici di condotta che, specie se redatti a seguito di confronto con le parti sociali (o le organizzazioni non governative, associazioni dei consumatori, ecc.), possono considerarsi validi strumenti volti a regolare i rapporti con fornitori e subfornitori<sup>49</sup>, limitando la bassa effettività del diritto internazionale del lavoro<sup>50</sup>.

Al di là delle etichette di comodo e dei prestiti linguistici, il termine inglese utilizzato evoca l'origine volontaristica dell'istituto, quale sistema nato "dalle imprese e per le imprese" e quale strumento cui ogni ente può ragionevolmente attingere nella sua opera di (auto)organizzazione e gestione socialmente responsabile.

Questo spiega perché in dottrina e tra gli interpreti siano state spesso avanzate perplessità in merito all'efficacia di detti istituti (e, più in generale, in merito alla CSR) adottabili su base volontaria<sup>51</sup>, eppure è indubbio che in tema di sfruttamento del lavoro e dei migranti il legislatore ha iniziato a orientarsi anche in questa direzione<sup>52</sup>.

L'obiettivo in questa prospettiva può dirsi duplice. Oltre all'agevolare la ratifica di strumenti di diritto internazionale, peraltro spesso solo cosmetica e non supportata da strumenti ispettivi volti a renderla effettiva<sup>53</sup>, la speranza è che dette iniziative assumano rilievo quali strumenti volti a valorizzare le aziende impegnate nell'attività di contrasto allo sfruttamento del lavoro, a promuovere assunzioni (specie di migranti) regolari, a formare tutti i soggetti responsabili alla legalità e alla sicurezza nei rapporti di lavoro, a rafforzare la responsabilità sociale di impresa attraverso un rafforzamento della responsabilità sociale del consumatore<sup>54</sup> nonché a supportare le azioni di incentivo, promozione e controllo da parte degli Stati (a tutt'oggi principali depositari del "potere" in senso weberiano oltretutto unici strumenti di eventuale espressione democratica nell'arena internazionale).

Nell'ordinamento italiano, alla luce di un quadro normativo – interno e comunitario – un recente spunto in questo senso si rinviene proprio nella legge 29 ottobre 2016, n. 199.

Inutile dire che il riferimento all'attività "organizzata" di sfruttamento presente nella legge risulta fondamentale e apre le porte proprio a quegli istituti di marcata natura lavoristica orientati alla prevenzione e che vedono quali destinatari principali le persone giuridiche. In tal senso si rinviengono istituti quali il Rating di legalità<sup>55</sup> e la Rete del lavoro agricolo di qualità, (introdotta dall'art. 6 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116)<sup>56</sup>, entrambi – espressione di politiche di Responsabilità sociale dell'impresa<sup>57</sup> – finalizzati a promuovere le cd. filiere etiche attraverso la pubblicazione e promozione di un elenco di imprese ritenute "virtuose", così da spingere la grande distribuzione ad impegnarsi pubblicamente a rifornirsi solo da queste ultime.

Particolare attenzione in punto si rinviene nei requisiti di accesso alla Rete: a quest'ultima possono chiedere l'iscrizione le imprese che non siano mai state sanzionate penalmente – né, limitatamente agli ultimi tre anni, in via amministrativa – per violazioni delle regole in materia di lavoro e legislazione sociale, di contro beneficiando di alcune esenzioni e benefici (anche in tema di accertamento ispettivo) nonché ex art. 8 l. 199/2016, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

*In secundis*, la riforma del 2016 propende per un maggior coinvolgimento dei soggetti pubblici nella

attività di gestione e controllo: si estende il novero degli aderenti alla Rete (inclusendovi gli sportelli unici per l'immigrazione, le istituzioni locali, i centri per l'impiego e gli enti bilaterali costituiti dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori in agricoltura e i soggetti abilitati al trasporto di persone per il trasporto dei lavoratori agricoli) con possibilità di promuovere iniziative; si prevede un maggior controllo del Ministero dell'interno e dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, attraverso una centralizzazione dei ruoli nella cd. Cabina di Regia; si chiariscono le prerogative in tema di monitoraggio dell'andamento del mercato (con possibilità di formulare "indici di coerenza del comportamento aziendale strettamente correlati alle caratteristiche della produzione agricola del territorio"<sup>58</sup>, del numero degli stranieri impiegati, di confronto con le parti sociali in tema di politiche attive del lavoro, di contrasto al lavoro sommerso e all'evasione contributiva e si promuove la stipulazione delle convenzioni sui salari dei lavoratori agricoli, anche attraverso un piano congiunto di interventi per l'accoglienza di tutti i lavoratori impegnati nelle attività stagionali di raccolta dei prodotti agricoli<sup>59</sup>.

Ciò posto, il maggior coinvolgimento delle istituzioni non esclude che forme di incentivo ("enforcement") legislativo possano e debbano spingersi fin all'interno delle imprese<sup>60</sup>, così da ampliare gli strumenti a disposizione della magistratura e degli altri organi ispettivi nei confronti delle persone giuridiche risultate inadempienti agli obblighi di legge<sup>61</sup>.

Apprezzabile in questo senso, è il profilo innovatore dell'art. 3 l. n. 199/2016, rubricato "Controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento"<sup>62</sup>, con cui il legislatore – consapevole delle criticità emerse con il commissariamento delle imprese – prevede il "controllo giudiziario dell'azienda" mediante un "amministratore giudiziario"<sup>63</sup>, nominato dal Tribunale, la cui ragion d'essere è, da un lato, impedire "l'interruzione dell'attività imprenditoriale" (che assicura la vitalità dell'ente) e, dall'altro, assicurare la "rimozione delle condizioni di sfruttamento" lavorativo, al fine di favorire un'attività economica che riconosca il doveroso spazio a valori diversi dalla massimizzazione del profitto<sup>64</sup>. L'amministrazione giudiziaria si giustifica per evitar "ripercussioni negative sui livelli occupazionali" e la compromissione del "valore economico del complesso aziendale", ma non va sottovalutata la temibilità della "regolarizzazione dei lavoratori" sfruttati con misure organizzative "anche in difformità di quelle proposte dall'imprenditore o dal gestore".

Nella realtà italiana, tale sinergia tra autonomia privata ed intervento eteronomo statale, viene inoltre incentivata economicamente e giuridicamente attraverso l'adozione di sistemi di controllo interno, che fungono da vere e proprie forme di coercizione indiretta.

Forieri di ampie potenzialità sono in questo senso i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, ossia quei peculiari strumenti di *compliance* introdotti sul modello dei *Compliance and ethics programs* americani, e volti ad adeguare l'organizzazione interna dell'impresa al rispetto della legalità. Come per i codici di condotta, l'adozione dei modelli è non obbligatoria (per quanto fortemente e variamente incentivata) ma a differenza dei primi i contenuti di questi ultimi non sono del tutto liberi (onde beneficiare dei relativi effetti promozionali ed esimenti da responsabilità) dovendo rispettare alcuni requisiti previsti *ex lege*.

Prospettiva ancora poco indagata in questo senso è l'importanza che tale *minimum* di requisiti assume in tema di diritto di informazione o di *disclosure*, forzando le imprese (specie multinazionali e in relazioni con le imprese *partners*) sia a conoscere loro per prime quali attori agiscono nella propria catena di produzione sia, in un secondo momento, permettendo un più agevole accertamento da parte delle Autorità nazionali.

In questo senso i modelli di organizzazione e gestione, assolvono una fondamentale funzione informativa e di *due diligence*<sup>65</sup>, quali strumenti di legittimità idonei a valutare fatti e decisioni non secondo ricostruzioni e *standard* astratti bensì fondandosi sui *reports* ricavabili dalle evidenze fattuali documentate o documentabili dell'impresa in ragione delle sue scelte operative, dei suoi investimenti economici e formativi nonché, in sintesi, di ogni possibile elemento utile a ricostruirne le dinamiche interne (anche commerciali e con soggetti terzi).

Solo così il giudizio sull'attività organizzativa e gestionale dell'ente consente di differenziare la posizione dell'impresa che abbia investito nel contrasto allo sfruttamento (ad esempio, prevedendo procedure di *auding* dei lavoratori e dei propri rappresentanti) da quella che ha mostrato

disinteresse e superficialità.

In conclusione, tra le numerose prospettive in cui la tutela dei diritti sociali può essere declinata, centrale appare il rilievo della prevenzione e del contrasto allo sfruttamento dei lavoratori migranti, in ragione di una sempre più matura e consapevole sensibilità collettiva che aspira, a sua volta, a diventare nuova sensibilità giuridica.

Ne consegue in particolare la necessità che siano (anche) gli enti datori di lavoro a farsi carico di sviluppare strategie organizzative e gestionali interne volte a contrastare i fenomeni di sfruttamento dei lavoratori migranti. In questo senso, infatti, la collettività ha un'aspettativa che l'impresa si comporti in modo da mostrare l'assoluta aderenza ad una cultura di legalità, di cui è parte essenziale la tutela dei beni giuridici individuali e collettivi e, in particolare, la tutela delle condizioni psico-fisiche di questi lavoratori contro ogni forma di sfruttamento.

## 6. Conclusioni

Tra le numerose prospettive in cui la tutela dei diritti sociali può essere declinata, centrale appare il rilievo della prevenzione e del contrasto allo sfruttamento dei lavoratori migranti, in ragione di una sempre più matura e consapevole sensibilità collettiva che aspira, a sua volta, a diventare nuova sensibilità giuridica.

Ne consegue la necessità che siano (anche) gli enti datori di lavoro (ossia le persone giuridiche) a farsi carico di sviluppare strategie organizzative e gestionali interne volte a contrastare i fenomeni di sfruttamento dei lavoratori, anche su base transnazionale. In questo senso, infatti, la collettività ha un'aspettativa che l'impresa si comporti in modo da mostrare l'assoluta aderenza ad una cultura di legalità, di cui è parte essenziale la tutela dei beni giuridici individuali e collettivi e, in particolare, la tutela delle condizioni psico-fisiche dei lavoratori contro ogni forma di sfruttamento e a prescindere da ogni modalità di esternalizzazione produttiva di cui l'impresa beneficia.

La delusione di questa aspettativa - per strategia imprenditoriale, per sottovalutazione del problema, per insostenibilità degli incrementi del costo del personale, per il trovarsi in un settore caratterizzato da forte concorrenza e da margini ridotti di profitto o anche solo per le "rigidità" del quadro normativo vigente - apre la strada sia all'innesto nell'istituto dei codici di condotta di un minimum contenutistico di fonte eteronoma volto a favorire la prevenzione dello sfruttamento dei lavoratori attraverso la trasparenza e la conoscibilità (anche giudiziale) dell'organizzazione produttiva sia - nei casi più gravi - ad un controllo giudiziario dell'impresa stessa circoscritto all'eliminazione delle condizioni di sfruttamento.

L'obbligo costituzionale di promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro, dunque, non può che declinarsi attraverso la tutela della stabilità del lavoro e dei diritti sociali fondamentali, cui va affiancandosi l'impegno del legislatore ordinario ad apprestare strumenti innovativi finalizzati tanto a rimuovere le condizioni di sfruttamento del lavoro senza compromettere una gestione aziendale sostanzialmente "sana" quanto a coniugare la libertà di iniziativa economica con il ripristino "irrinunciabile" della legalità, dignità e sicurezza sul lavoro.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

Tra i più recenti *reports* si vedano quelli della ILO, *Decent work in Global supply Chains, International labour conference*, 105° Session, 2016; WTO, *Global value chain development report, Measuring and analyzing the impact of GVCs on economic development*. Washington DC: The World Bank Group, 2017; ONU, *International Migration Report 2017: Highlights*, New York, 2017; Id., *World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables*, New York, 2017 nonché, in Italia, Flai-CGIL, *Agromafie e caporalato. Terzo rapporto*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Ediesse, Napoli, 2016, che individua in circa 400.000 i lavoratori oggetto di sfruttamento posti alle dipendenze di aziende agricole e caporali.

A favore di una legislazione sociale diretta ad “appianare il cozzo degli interessi” tra capitalismo e proletariato si pronunciava già (riferendosi alla l. 17 marzo 1898 n. 80) BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (Milano, 1901), Società Editrice Libraria, p. 584. A riprova della storicità del tema si rinvia, diffusamente, a Romagnoli, U., voce “Diritto del lavoro (Storia del)”, *Digesto discipline privatistiche, Sezione commerciale*, IV (Torino, 1989), Utet, p. 478 e, in una prospettiva più ampia, dello stesso A., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta* (Bologna, 1995), Il Mulino. Si vedano, altresì, CASTELVETRI, L., *Il diritto del lavoro delle origini* (Milano, 1994), Giuffrè, p. 43 e PASSANITI, P., *Storia del diritto del lavoro. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)* (Milano, 2006), Giuffrè. Con specifico riguardo alla recente normativa in oggetto, invece, cfr. MONTICELLI, L., “Disciplina penale del collocamento e della intermediazione illecita”, in DEIDDA, B., GARGNANI, A. (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore* (Torino, 2012), Giappichelli, p. 576 e Fiore, S., “(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, *Studi in onore di Alfonso Stile* (Napoli, 2014), ESI, p. 873.

Cfr. BROLLO, M., “Il diritto del mercato del lavoro postmoderno”, *Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, I, p. 856; James, P., Walters, D., Sampson, H., Wadsworth, E., “Protecting workers through supply chains: Lessons from two construction case studies”, *Economic and Industrial Democracy*, vol. 36, n. 4/2015, p. 727; Nuzzo, V., “L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori”, *W.P. Massimo D'Antona*, n. 357/2018, pp. 3 e 26, nonché Kaplinsky, R., Morris, M., *A Handbook for Value Chain Research* (Sussex, 2002), che definisce le catene di produzione alla stregua di “full range of activities which are required to bring a product or service from conception, through the different phases of production (involving a combination of physical transformation and the input of various producer services), delivery to final consumers, and final disposal after use” (p. 4).

Per le più recenti rilevazioni empiriche in merito alla realtà produttiva italiana, oltre a De Angelis, N., “Il lavoro irregolare dei braccianti immigrati. Profili critici e azioni di contrasto”, in D'ACUNTO, S., DE SIANO, A., NUZZO, V. (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero* (Napoli, 2017), ESI, p. 405, si rinvia a PINTO, V., “Filieri agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero”, *Economia “informale” e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, a cura di FERRANTE, V., (Milano, 2017), Vita&Pensiero, dove si ribadisce che “lo sfruttamento del lavoro è ormai un elemento strutturale degli attuali assetti della produzione e della distribuzione agricola” (p. 91).

Così, Bevere, A., “La tutela dei lavoratori dalla condizione analoga alla schiavitù e i problemi non risolti dalla legge n. 199/2016”, *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 1/2018, p. 130 mentre, in generale, cfr. JIYOUNG BANG, N., “Justice for Victims of Human Trafficking and Forced Labor: Why Current Theories of Corporate Liability Do Not Work”, in *University of Memphis Law Review*, vol. 43, 2012-2013, p. 1047.

Soffermandosi sui profili sanzionatori si vedano DE BONIS, S., “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, *Trattato di diritto penale. Diritto penale del lavoro*, diretto da CADOPPI, A., CANESTRARI, S., MANNA, A., PAPA, M. (Torino, 2015), p. 534; CASOTTI, M. R., GHEIDO, A., “Le nuove disposizioni contro il caporalato”, *Diritto e pratica del lavoro*, 2016, p. 2814; EPIFANI, A., *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* (Frosinone, 2017), KeyEditore, p. 15 e TORDINI CAGLI, S., “Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all’ ‘Intermediazione’ illecita e sfruttamento del lavoro”, *Indice penale*, 2017, p. 727.

L’approccio olistico è colto anche da GORDON, J., “Regulating the human supply chain”, *Iowa law review*, vol. 102, 2017, p. 469.

Il rinvio è a D’ONGHIA, M., DE MARTINO, C., “Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto complesso”, *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 1/2018, p. 163; Lombardo, M., “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, *Digesto discipline penalistiche*, agg. VII, a cura di GAITO, A., ROMANO, B., RONCO, M., SPANGHER, G. (Torino, 2013), Utet, p. 359 nonché, in generale, a LEOGRANDE, A., *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud* (Milano, 2008), Mondadori, e a Alò, P., *Il caporalato nella tarda modernità. La trasformazione del lavoro da diritto sociale a merce* (Bari, 2010), WIP Edizioni.

Così Cass. sez. II pen., 10 novembre 2017, n. 51443, con nota dello scrivente, “Status del lavoratore e sfruttamento del lavoro: una meritevole puntualizzazione della Corte di Cassazione”, [www.dirittolavorovariazioni.com](http://www.dirittolavorovariazioni.com), 2018.

Le forme di “organizzazione” e “associazione” architettate secondo diversi livelli gerarchici, territoriali e familiari (o, *rectius*, etno-comunitari) previste e riscontrate in giurisprudenza rimangono, di regola, confinate ad una distorsione, per quanto gravissima, del rapporto trilaterale di intermediazione della manodopera in una più vasta area di economia sommersa, alternativa rispetto a quella legale.



Interessante in punto è la dichiarazione dei responsabili di una azienda agricola locale riportata nella sentenza del Trib. di Brescia 29 maggio-27 giugno 2017 n. 2134, S.S. e altri. Questi ultimi, interrogati sul perché ricorrevano alla agenzia dell'imputato (in seguito condannato, quale caporale, per sfruttamento) ammettevano sia il notevole risparmio dei costi del lavoro sia "la possibilità di risparmiare e cessare ogni rapporto senza alcun problema legale".

Pienamente da condividersi è l'affermazione di Pinto, V., "Filieri agro-alimentari", cit., p. 94, secondo cui, riferendosi all'attività del caporale, "quanto più riuscirà a sfruttare la situazione a proprio favore, tanto maggiore sarà non soltanto la somma che potrà lucrare ma anche la 'reputazione commerciale' di cui godrà presso coloro che hanno interesse ad impiegare lavoratori a basso costo".

Per cogliere detta evoluzione, tra i più significativi interventi normativi in materia di intermediazione ed interposizione, si considerino dal Dopoguerra: l'art. 27 l. 29 aprile 1949, n. 264 (inserito nel capo III "Disposizioni penali" del Titolo II "Disciplina del collocamento"); l'art. 2 l. 23 ottobre 1960, n. 1369; l'art. 1 comma 1, lett. a) sub 1 e 2 l. 6 dicembre 1993, n. 499; l'art. 10 l. 24 giugno 1997, n. 196 in tema di lavoro interinale; gli artt. 18 e 19 di cui al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 più volte modificati, da ultimo, dall'art. 55, comma 1, lett. d), d. lgs. n. 81/2015 e dalle depenalizzazioni di cui all'art. 1, commi 1, 2 e 6 del d. lgs. n. 15 gennaio 2016 n. 8 e l'art. 40 d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in sostituzione della abrogata disciplina della cd. legge Biagi.

Senza potersi soffermare in questa sede si rinvia a Del Punta, R., "Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro", *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, I, p. 130 (in particolare, note 2 e 3) per una ampia ricostruzione delle posizioni in dottrina, nonché a Romei, R., "L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione", *ivi*, 2005, II, p. 726; CALCATERRA, L., "Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma", in DE LUCA TAMAJO, R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici* (Napoli, 2002), ESI, p. 127; CARINCI, M. T., "L'unicità del datore di lavoro - quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse - è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico", *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, II, p. 1011 e BOLLANI, A., "La somministrazione di lavoro liberalizzata (artt. 30-40, d. lgs. n. 81/2008)", in MAGNANI, M., PANDOLFO, A., VARESI, P. A. (a cura di), *I contratti di lavoro* (Torino, 2016), Giappichelli, p. 179.

Per ampi riferimenti ai lavori parlamentari, si rinvia a SGROI, A., "Utilizzo interpositorio della manodopera: le norme di contrasto", *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 1/2018, pp. 95-102.

Cfr., oltre a RONCO, C., "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e



prospettive di riforma”, *Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, p. 665 (ma con riguardo al solo d.d.l.); DE MARZO, G., “Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato”, *Foro italiano*, 2016, V, c. 377; FERRANTI, D., “La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nero nell’ottica del legislatore”, *penalecontemporaneo.it*, 15 novembre 2016; PADOVANI, T., “Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa”, *Guida al diritto*, 26 novembre 2016 (48), p. 48 e COSTA, G., “Il caporalato: problemi e prospettive”, *Diritto e pratica del lavoro*, 2017, p. 345.

---

18

Tra le ultime importanti sentenze di merito in tema di contrasto allo sfruttamento sul lavoro si vedano Trib. di Brescia, 7-21 febbraio 2017 n. 615, S.B. e altri (Pres. ed est. Dott.ssa Di Martino), nonché, in passato, Cass. 4 febbraio 2014, n. 14591, Stoican, in *Foro italiano*, 2014, II, c. 331 e Cass. 18 dicembre 2015, n. 16737, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2016, p. 1241 nonché, per ulteriori riferimenti, De Marzo, G., “Le modifiche alla disciplina”, cit., c. 378; Piva, D., “I limiti dell’intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della l. 199/2016”, *Archivio penale*, n. 1/2017, p. 2 (in particolare nota 3) e FAIOLI, M., “Caporalato e ispezioni”, in Esposito, E. (a cura di), *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act* (Torino, 2017), Giappichelli, p. 93.

---

19

In particolare, nell’ambito del Titolo III, relativo a “Misure a sostegno dell’occupazione”, l’art. 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 introduceva un nuovo art. 603 *bis*, rubricato “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”. Per un’interpretazione autentica della norma si rinvia alla “Relazione n. III/11/2011 dell’Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione”, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), redatta da PISTORELLI, L. e SCARCELLA, A. mentre tra i primi commenti si vedano BRICCHETTI, R., PISTORELLI, L., “‘Caporalato’: per il nuovo reato pene fino a otto anni”, *Guida al diritto*, n. 35/2011, p. 48; TIRABOSCHI, M., RAUSEI, P., “Legislazione solida e rigorosa”, *Il sole 24 ore*, 22 aprile 2011, p. 24; PUGNOLI, C., “Intermediazione illecita con sfruttamento: un nuovo reato”, *Diritto e pratica del lavoro*, 2011, p. 2744; BACCHINI, F., “Il nuovo reato di cui all’art. 603 bis c.p.: intermediazione illecita con sfruttamento di manodopera”, *Indice penale*, 2011, p. 645; SCARCELLA, A., “Il reato di caporalato entra nel codice penale”, *Diritto penale e processo*, 2011, p. 1187 e SCEVI, P., “Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: alcuni spunti di riflessione”, *Rivista penale*, 2012, p. 1059.

---

20

In dottrina, antecedentemente alla riforma del 2011, si vedano VIVARELLI, M. G., “Il caporalato: problemi e prospettive”, *Foro amm.*, 2008, p. 2917; RIONDATO, S., “Sul reato di intermediazione di movimenti illeciti di lavoratori extracomunitari migranti”, *Rivista trimestrale diritto penale dell’economia*, 1991, p. 1027 e MUSACCHIO, V., “Caporalato e tutela penale dei lavoratori stranieri: problemi e proposte di riforma”, *Lavoro e previdenza oggi*, n. 2/2010, p. 135.

---

21

A seguito della l. 29 ottobre 2016, n. 199, il novellato art. 603 *bis* c.p. prevede che: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque:

- 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento,

approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori;

2)utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.

Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato.”

Sull’*iter* della sua approvazione si rinvia a MISCIONE, M., “Caporalato e sfruttamento”, *Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 113 (nota 3) e a DE SANTIS, G., “Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell’attuale disciplina”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2018.

---

22

In punto si veda GAROFALO, G., “Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (e non solo in agricoltura)”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2018, p. 238 che sostiene sarebbe stato più opportuno un riferimento al concetto di “vulnerabilità” mutuato dalla normativa europea.

---

23

Così, STOLFA, F., “La legge sul ‘caporalato’ (l. n. 199/2016): una svolta ‘etica’ nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura”, *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1/2017, p. 94, che valorizza anche i richiami all’art. 36 Cost.

---

24

In relazione alle violazioni delle norme in materia prevenzionistica, ad esempio, la legge del 2016 ha espunto l’inciso “*tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l’incolumità personale*” (art. 603 *bis* comma 2, n. 3 c.p.), così da esonerare l’autorità giudiziaria dalla valutazione del concreto pericolo cui il prestatore d’opera viene di volta in volta esposto. In senso chiarificatorio, inoltre, il legislatore ha sostituito alla norma di cui al comma 2 n. 1 e 2, riguardante la corresponsione di retribuzioni conformi a quanto previsto dalla contrattazione collettiva e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto, e il rispetto della normativa relativa ai tempi dell’orario di lavoro e di riposo, l’aggettivo “sistematica” con quello di “reiterata”. Lo stesso dicasi in merito all’inciso “alla sottoposizione dei lavoratori a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative degradanti” in cui è soppresso l’avverbio “particolarmente”.

---

25

Il rinvio va alla definizione di “condizioni lavorative di particolare sfruttamento” fornita dalla Direttiva 2009/52/CE, per la quale esse sono da intendersi come quelle situazioni “*risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana*” (Art. 1 lett. i). Per un’autorevole ricostruzione “critica” del contenuto della direttiva, cfr. BARBIERI, M., “L’intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell’esperienza italiana”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, III, p. 98, mentre sulle problematiche connesse alla sua successiva trasposizione in Italia, volendo, CORSO, S. M., *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (Torino, 2015), Giappichelli, p. 471.

Come implicitamente si conferma in giurisprudenza, la singola violazione della normativa in materia di orario di lavoro e giusta retribuzione, non comporterebbe l'integrazione del fatto tipico. Per qualche perplessità, riferita in particolare alle violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ai metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti, tuttavia, si vedano le criticità segnalate dalla Confederazione agricoltori italiani circa una "lettura eccessivamente burocratica" della nuova normativa, riportate da CASOTTI, A., GHEIDO, M. R., "Contrasto al caporalato: pregi e difetti del nuovo regime sanzionatorio", *Quotidiano Ipsoa*, 24 aprile 2017 e DE RUBEIS, A., "Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro", *penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2017, p. 7 che parla di "un abbassamento della soglia di significatività".

Medesima attenzione verso il mezzo di trasporto quale ulteriore fonte di soggezione psicologica e materiale dei lavoratori verso i caporali, si rinviene anche nel capoverso dell'art. 18, comma 1, d. lgs. n. 276 del 2003 secondo cui in caso di condanna seguiva *"la confisca, in ogni caso, del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività di cui al presente comma"*. Cfr, ampiamente, ROCCELLA, E., "La condizione del lavoro nel mondo globalizzato tra vecchie e nuove schiavitù", *Ragion pratica*, 2010, p. 419.

Cfr. RAUSEI, P., "A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da Jobs Act e depenalizzazione", *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 263. Da ultimo, si noti peraltro la reintroduzione del reato contravvenzionale di "somministrazione fraudolenta" ai sensi dell'art. 38 *bis* d. lgs. 15 luglio 2015 n. 81 (come disposto ai sensi dell'art. 2 comma 1 *bis* d.l. 12 luglio 2018 n. 87, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2018, n. 96).

Prima dell'entrata in vigore della riforma del 2011, la protezione del bene "lavoro" trovava margini di tutela anche nelle forme più gravi di sfruttamento, salvo dover la giurisprudenza applicare fattispecie di reato diverse. Esemplificativa al riguardo è la pronuncia del Trib. Gorizia, 4.6.2015-21.8.2015, n. 653, per l'applicazione dei reati di cui agli artt. 628 e 629 c.p., nonché Cass. pen., Sez. VI, 1.7.2010, n. 32525, in *Foro italiano*, 2011, II, c. 100 per ampi riferimenti. In dottrina si rinvia a PIOVESANA, A., "Commette estorsione l'imprenditore che impone ai lavoratori retribuzioni 'fantasma' e dimissioni in bianco", *Lavoro nella giurisprudenza*, 2010, p. 1085 e a MISCIONE, M., "Caporalato e sfruttamento del lavoro", cit., p. 114.

Cfr., *ex multis*, diffusamente, RAUSEI, P., *Illeciti e sanzioni: il diritto sanzionatorio del lavoro* (Milano, 2016), *Ipsoa*, p. 61 e ss., nonché NUNZIATA, M., "Il cosiddetto 'caporalato' rimane illecito penale", *Dir. e giur. agraria e ambiente*, 1994, p. 401; ARENA, M., CUI, S., *I reati sul lavoro* (Milano, 2012), Giuffrè, p. 150 e MOTTA, C., "Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici ed interventi di riforma", *Dir. agroalimentare*, 2017, p. 57 cui si rinvia (in specie al par. 6) per gli ampi riferimenti giurisprudenziali.

In punto, anche, DI MARTINO, A., “‘Caporalato’ e repressione penale: appunti su una correlazione troppo scontata”, *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 114.

Più critico, al riguardo, RAUSEI, P., A contrasto, cit., p. 265, tanto da parlare, a seguito della l. n. 199/2016, di un “serio ripensamento da parte del Governo – o quanto meno di alcuni suoi esponenti – per ripristinare almeno in parte le tutele già previste dalla riforma Biagi e spazzate via in appena due anni dal Jobs Act e dal decreto di depenalizzazione”.

Cfr. STOLFA, F., “La legge sul ‘caporalato’”, cit., p. 87

Tra la dottrina americana, specie nella prospettiva della responsabilità per violazione dei codici di condotta, cfr. ANNER, M., BAIR, J., BLASI, J., “Toward Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, n. 1/2013, p. 1.

In precedenza, in senso critico sulla normativa del 2011 si vedano GIULIANI, A., *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* (Padova, 2015), Padova University Press, p. 161; FIORE, S., “(Dignità degli) Uomini”, cit., p. 879 e LO MONTE, E., “Osservazioni sull’art. 603 bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica”, *ibidem*, p. 953.

CADAMURO, E., “Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, (“Caporalato”)”, *Rivista trimestrale diritto penale dell’economia*, 2016, p. 823 e DI DONNA, M., “Il nuovo ‘caporalato’ ex art. 603 bis c.p. tra rafforzamento della protezione penale ed esigenze di garanzia del datore di lavoro”, *Il diritto dei lavori*, 2017, p. 61.

Diversa è la *ratio* della “graduazione” premiale prevista dal nuovo art. 603 *bis*.1 c.p. (Circostanza attenuante), che conferma il *favor* riconosciuto a chi renda dichiarazioni, si adoperi per evitare che l’attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze, ovvero comunque aiuti l’autorità nel contrasto al reato, favorendo l’individuazione, la cattura o il sequestro dei beni dei responsabili. Circa la particolare appetibilità di detta circostanza cfr. GAROFALO, G., “Il contrasto al fenomeno”, cit., p. 250.

Tra le misure non sanzionatorie ma in funzione pressoché solo assistenziale si veda, ai sensi dell'art. 7 l. n. 199/2016, l'estensione della possibilità di usufruire del Fondo per le misure antitratta.

---

39

Nel primario obiettivo del contrasto al lavoro irregolare e di favorire l'emersione si rinvia a SCARPELLI, F., "Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, p. 59; CORAZZA, L., "Il 'nuovo' caporalato e il mercato del lavoro degli immigrati", *Agricoltura istituzioni mercati*, n. 2/2011, p. 79 e LOZITO, M., DE MARTINO, C., SCHIUMA D., "Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura", *Lavoro e diritto*, 2016, p. 320 nonché Chowdhury, M. S., "Compliance with core international labor standards in national jurisdiction: evidence from Bangladesh", *Labor law journal*, 2017, che tuttavia osserva come "efforts to implement the core labor standards (CLS) into National legal systems of developing countries have been negatively perceived as 'anti-business', 'investment disincentive', 'job-killer, or 'western protectionist measure'" (p. 79).

---

40

E' questa la *ratio* dell'inserimento dell'art. 603 *bis* c.p. tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa "da reato" degli enti di cui al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, avutasi con il nuovo art. 6 l. n. 199/2016, recante "Modifica all'articolo 25 *quinquies* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità degli enti".

---

41

Si vedano BARRIENTOS, S., MAYER, F., PICKLES, J., POSTHUMA, A., "Decent work in global production networks: framing the policy debate", *International Labour Review*, 2011, vol. 150, n. 3-4, p. 297; GEREFFI, G., HUMPHREY, J., STURGEON, T., "The governance of global value chains", *Review of International Political Economy*, 2005, vol. 12, n. 1, p. 78 e HELFEN, M., FICHTER, M., "Building transnational union networks across global production networks: conceptualising a new arena of labour-management relations", *British Journal of Industrial Relations*, 2013, vol. 51, n. 3, p. 553.

---

42

Si pensi alla contiguità di certe forme di intermediazione illecita con quelle di vera e propria schiavitù descritte, *ex multis*, dalla citata Convenzione OIL n. 29/1930 in tema di lavoro forzato e, molto più recentemente, dagli Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta del Senato istituita nel 2015. Così MISCIONE, M., "Lavoro e schiavitù", *Lavoro nella giurisprudenza*, n.2/2009, p. 158. Per la più recente prospettiva internazionale si vedano THOMANN, L., *Steps to compliance with international labour standards* (Wiesbaden, 2011), Springer, p. 185 e CHUANG, J. A., "Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law", *American Journal of International Law*, n. 4/2014, p. 630.

---

43

Tra queste si menzionano le Convenzioni in tema di libertà di associazione (Convenzione n. 87/1948); di organizzazione e negoziazione collettiva (Convenzione n. 98/1949), sul lavoro forzato e obbligatorio (Convenzioni n. 29/1930 e 105/1957), sull'abolizione del lavoro minorile (Convenzioni n. 138/1973 e 182/1999), e sulla protezione contro le discriminazioni sul lavoro (Convenzione n. 111/1958).

---

Specialmente con riguardo alla tutela dei lavoratori migranti, i diritti fondamentali raramente sono percepiti come una priorità. In punto WEISSBRODT, D., MASON, M., "Compliance of the United States with International Labor Law", *Minnesota Law Rev.*, vol. 98, 2014, p. 1846 e COMPA, L., "Migrant workers in the United States: connecting domestic law with international labor standards: the Piper lecture", *Chicago-Kent law Rev.*, 2017, p. 219 che riconosce come gli Stati membri dell'OIL "are not willing to cede sovereignty on basic immigration policy, while international labor standards and other international instruments, as well as guidelines, as appropriate, should play an important role to make these policies coherent, effective and fair".

Così GIACONI, M., "Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) 'soft law' e (poco) 'hard law'", *Lavoro e diritto*, 2016, 3, p. 439; Varva, S., "'Undeclared work' e Unione europea, ultimo atto: una 'piattaforma europea' per contrastare il lavoro sommerso", *ivi*, p. 461; Ferrante, V., "Economia 'informale' e politiche del lavoro: un nuovo inizio?", *W.P. Massimo D'Antona*, 2017, n. 337, p. 8 e D'ONGHIA, M., DE MARTINO, C., "Gli strumenti giuslavoristici", *cit.*, p. 40.

In generale cfr. O'ROURKE, D., "Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring", *Policy Studies Journal*, n. 1/2003, p. 5; GIL Y GIL, L., "Globalización y universalidad del derecho: la lex mercatoria y el derecho internacional del trabajo en el mercado global", *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho de Empleo*, n. 2/2016, p. 98 e WEISS, M., "The EU Generalised Scheme of Preferences and the Special Incentive Arrangement for Sustainable Development and Good Governance", in *Sustainable Development, Global Trade and social rights*, a cura di PERULLI, A., TREU, T. (Milano, 2018), Wolters Kluwer, p. 121.

DEHNEN, V., PRIES, L., "International Framework Agreements: A thread in the web of transnational labour regulation", *European Journal of Industrial Relations*, vol. 20, n. 4/2014, p. 335; DONAGHEY, J., REINECKE, J., "When Industrial Democracy Meets Corporate Social Responsibility-A Comparison of the Bangladesh Accord and Alliance as Responses to the Rana Plaza Disaster", *British Journal of Industrial Relations*, vol. 56, n. 1/2018, p. 26.

Cfr., anche criticamente, COLOMBO, S., GUERCI, M., MIANDAR, T., "What Do Unions and Employers Negotiate Under the Umbrella of Corporate Social Responsibility? Comparative Evidence from the Italian Metal and Chemical Industries", *Journal of Business Ethics*, 2017, p. 3; EGELS-ZANDÉN, N., HYLLMAN, P., "Evaluating strategies for negotiating workers' rights in transnational corporations: The effects of codes of conduct and global agreements on workplace democracy", *Journal of Business Ethics*, n. 2/2007, p. 216 nonché LÉVESQUE, C., HENNEBERT, M. A., MURRAY, G., BOURQUE, R., "Corporate Social Responsibility and Worker Rights: Institutionalizing Social Dialogue Through International Framework Agreements", *Journal of Business Ethics*, 2016, p. 6.

Jiang, B., "Implementing supplier codes of conduct in global supply chains: Process explanations from theoretic and empirical perspectives", *Journal of business ethics*, vol. 85, n. 1/2009, 78; EGELS-ZANDÉN, N., MERK, J., "Private regulation and trade union rights: Why codes of conduct have limited impact on trade union rights", *Journal of Business Ethics*, n. 3/2014, p. 461 e FERRARESI, M., "L'adempimento datoriale degli obblighi giuslavoristici: strumenti volontari e incentivanti tra diritto e responsabilità sociale d'impresa", *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 2/2018, p. 451.

Cfr. FERRARESI, M., "L'adempimento datoriale", cit., secondo cui "se l'hard law può (solo) parzialmente governare le attività localizzate nel territorio dello stato, esso non è in grado di sviluppare precettivamente la catena delle forniture e degli appalti, se non al livello di obblighi di trasparenza" (p. 469).

Cfr. LEE, E., "Globalization and labour standards: a review of issues", *International Labour Review*, vol. 136, 1997, p. 173 e Locke, R. M., RISSING, B. A., Pal, T., "Complements or substitutes? Private codes, state regulation and the enforcement of labour standards in global supply chains", *British Journal of Industrial Relations*, vol. 51, 2013, p. 523 e LOCKE, R. M., *The promising and limits of private power: promoting labor standards in a global economy* (Cambridge, 2013), Cambridge University Press, p. 126.

Circa la tutela del lavoratore straniero ed irregolare, con particolare riguardo alle modalità di "social control of corporate behaviour" si permetta un rinvio a CORSO, S. M., *Lavoro e responsabilità*, cit., p. 459 e, in particolare, al rilievo assunto dall'art. 25 *duodecies* d. lgs. n. 231/2001.

Cfr. WEISS, M., "International Labour Standards: a complex public-private policy mix", *The International Journal of comparative labour law and industrial relations*, 2013, p. 12.

Si pensi anche alla sfida dell'implementazione ed efficace attuazione di codici di condotta in materia di contrasto allo sfruttamento posta dalle imprese acquirenti e di distribuzione che spingono le imprese venditrici ad adeguarsi. Così CHOWDHURY, M. S., "Compliance with core", cit., p. 84.

L'istituto è regolato ai sensi dell'art. 5 *ter* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e ha ora trovato una sua compiuta disciplina a seguito della Delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) del 14 novembre 2012, n. 20075.

Con riguardo specifico al tema della salute e sicurezza si osservi anche il programma promozionale "Workforce Health Promotion Lombardia".



In dottrina e tra gli interpreti sono state spesso avanzate perplessità in merito all'efficacia di istituti (quali, anche, i codici etici e la predetta *corporate social responsibility*) adottabili su base volontaria: ad ogni modo, tale normativa è stata oggetto di continua attenzione ed approfondimento, ricevendo una legittimazione pratica in sede giurisprudenziale (Cons. di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana 9 luglio-2 settembre 2014, n. 490) nonché un costante aggiornamento legislativo per meglio incentivarne la diffusione ed ampliarne la portata. Cfr., VISCOMI, A., "Lavoro e legalità: 'settori a rischio' o 'rischio di settore'?" Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, I, pp. 606 e 609 per quanto concerne, rispettivamente, la Rete del lavoro agricolo di qualità e il *Rating* di legalità, nonché SGROI, A., "Utilizzo interpositorio", cit., p. 119.

Per tutti, TREU, T., "Responsabilità sociale delle imprese: condizioni e forme di protezione", in PERULLI A. (a cura di), *L'impresa responsabile - Diritti sociali e corporate social responsibility* (Macerata, 2007), Halley, pp. 159-160; FERRANTE, V., "Responsabilità sociale dell'impresa e lavoro subordinato", *Lavoro e diritto*, n. 1/2006, p. 94 e FERRARESI, M., "L'adempimento datoriale", cit., p. 447, a cui si rinvia per ampi riferimenti in tema di *soft law*.

Per puntualità nell'intervento, e con riferimento a precedenti esperienze applicative a livello regionale incentrate sul calcolo del cd. "fabbisogno *standard* di manodopera" rispetto ad imprese di pari grandezza che operano nello stesso settore merceologico, si rinvia a PINTO, V., "Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura", *Rivista di diritto agrario*, 2014, 3, p. 356.

In punto, SGROI, A., "Utilizzo interpositorio", cit., p. 119.

A livello di coordinamento con le iniziative degli organi ispettivi, cfr. STROEHLE, J. C., "The enforcement of diverse labour standards through private governance", *Transfer: European Review of Labour and Research*, n. 4/2017, p. 475.

Come illustra, del resto, BARBIERI, M., L'intervento comunitario, cit., "l'aleatorietà del controllo" degli organi ispettivi è una realtà, "anche per effetto dell'estesa frammentazione aziendale che distingue l'economia italiana" (p. 82).

La norma, rubricata "Controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento",

prevede che: “Nei procedimenti per i reati previsti dall'articolo 603-bis del codice penale, qualora ricorrano i presupposti indicati nel comma 1 dell'articolo 321 del codice di procedura penale, il giudice dispone, in luogo del sequestro, il controllo giudiziario dell'azienda presso cui è stato commesso il reato, qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale”.

---

63

La gestione commissariale risulta molto gravosa e drena importanti risorse economiche dell'ente datore di lavoro, perché “il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato” (art. 15 comma 4 d. lgs. n. 231/2001). Cfr., *amplius*, Corso, S. M., *Lavoro e responsabilità*, cit., p. 509 e Id., “Legge sul caporalato: conciliare sanzioni e occupazione”, *Quotidiano Ipsoa* del 27 ottobre 2016.

---

64

Identica finalità è espressa da SANTUCCI, R., “Il diritto del lavoro e le azioni di contrasto alle mafie”, *Rassegna economica*, n. 1/2014, p. 182 il quale, con riguardo alle imprese sequestrate e confiscate alle mafie, ribadisce “l'obiettivo del ripristino della legalità, d(e)lla garanzia della stabilità del lavoro o d(e)lla tutela dei lavoratori che perdono il lavoro, d(e)lla restituzione dei beni e del lavoro delle persone all'economia legale”.

---

65

Il riferimento va indubbiamente al *California Transparency in Supply Chains Act* del 2010 (parzialmente ripreso dall'art. 54 *UK Modern Slavery Act* del 2015, e dalla recente legge sul Dovere di Vigilanza francese (l. 27 marzo 2017 n. 399) volte a implementare le possibilità di controllo e *disclosure* delle imprese nazionali che operano nell'ambito delle *Global supply chains*. In punto, COSSART, S., CHAPLIER, J., DE LOMENIE, T.B., “The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All”, *Business and Human Rights Journal*, n. 2/2017, p. 320 e BRINO, V., “Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuove ‘esperienze’ regolative”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 188.

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

6. LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE EN UN MUNDO GLOBALIZADO

## **6. La protección del trabajador migrante en un mundo globalizado**

---

### **The protection of migrant employee in a globalised world**

**(Autor)**

**LETICIA IGLESIAS MERRONE**

*Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho, Universidad de La República (Uruguay) lim@vera.com.uy*

#### **Sumário:**

[1.Introducción](#)

[2.Perfiles de los trabajadores migrantes](#)

[3.Desafíos de la protección del trabajador migrante](#)

[3.1.Las dificultades en la inserción en el mercado laboral del país de acogida](#)

[3.2.El riesgo de ser víctima de tráfico de personas y/o trabajo esclavo](#)

[3.3.El acceso a empleos que no pueden considerarse trabajo decente](#)

[3.4.La xenofobia laboral](#)

[3.5.La determinación de la normativa aplicable y jurisdicción competente en el caso del trabajador transnacional](#)

[3.6.La articulación de los diversos sistemas de seguridad social](#)

[4.Respuestas ante los desafíos planteados](#)

[4.1.El rol de los Estados](#)

[4.2.El papel de los empleadores](#)

[4.3.La transversalidad de las soluciones: el papel de los trabajadores](#)

[5.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

**Resumen:**

Se analizan los desafíos que en un mundo globalizado se plantean en torno a la protección del trabajador migrante, tanto desde la perspectiva laboral como de la seguridad social. Al propio tiempo, se enfatiza en que las respuestas a tales desafíos deben provenir tanto de los Estados como de los empleadores, e, incluso, desde un punto de vista transversal, de los propios trabajadores.

#### **Abstract:**

The challenges faced by migrants in a globalized world are examined in terms of labour protection and social security. At the same time, it is emphasised that responses to such challenges must come from both, the States and the employers, as well as from a cross-cutting point of view, of the workers themselves.

**Palabras Clave:** globalización, migraciones, discriminación, trabajador extranjero

**Keywords:** Globalization, migration, discrimination, foreign employee

### **1.Introducción**

Es un hecho notorio que la globalización es un fenómeno multidimensional<sup>1</sup> que identifica al tiempo en el que vivimos, incidiendo, entre otros, en aspectos sociales, culturales, económicos y políticos.

Como postulara Negrelli, la tendencia a la globalización de los mercados ejercita una presión para el redimensionamiento de las tradicionales formas de trabajo, debiéndose comprender que se trata de efectos irreversibles para los trabajadores, procediendo una fase de ajuste social, dado que se presenta una relación de fuerzas más favorable a los empleadores, puesto que los trabajadores extranjeros son más vulnerables, estando amenazada la tasa de empleo, los derechos sindicales y el status ocupacional. Por eso, se requiere una mayor convergencia mundial para la regulación del funcionamiento del sistema, que si bien inevitablemente lleva a una pérdida de soberanía nacional, es la única forma de evitar la desorganización y pérdida de derechos de los trabajadores<sup>2</sup>.

Formuladas estas consideraciones, reviste importancia tratar de evitar el uso antisocial de la libertad del mercado, a través de un intercambio entre economía y derecho, que esté comprometido con el funcionamiento eficiente de la empresa, pero sin desconocer la libertad, dignidad y seguridad de los trabajadores. En rigor, el desafío consiste en consolidar una garantía de tutela de derechos inalienables de los trabajadores, compatible con un mercado altamente competitivo que no tiene fronteras<sup>3</sup>.

En tal contexto, lo cual equivale a decir, en un mundo profundamente interconectado, los flujos migratorios son cada vez más recurrentes, lo que impacta en gran medida en el trabajo. Merced a las circunstancias apuntadas, “la globalización tal como está desarrollándose constituye un reto para la forma como se pensó, y en gran medida se sigue pensando, la regulación del mercado y la sociedad, siendo que los procesos migratorios son una parte inevitable del fenómeno”<sup>4</sup>.

Cabe recordar que la mundialización implica la existencia de un permanente dinamismo, que, entre otros aspectos, puede implicar que un país receptor de migrantes puede rápidamente convertirse en expulsor de los mismos.

En ese marco, el objeto del presente trabajo radica en postular los desafíos que depara la protección del trabajador migrante, así como enunciar posibles respuestas a los mismos, debiendo tener presente la necesidad de contemplar un crisol de posibles situaciones, que oscilan: desde la del alto ejecutivo trasladado temporalmente entre filiales de una gran multinacional y la de quien migra en condiciones de especial vulnerabilidad, siendo incluso proclive a ser víctima de la trata de personas o el trabajo esclavo.

### **2.Perfiles de los trabajadores migrantes**

Como postulara Camacho, “en la actualidad, la razón fundamental para que las personas dejen su

país es la búsqueda de empleo”<sup>5</sup>. De acuerdo con esta idea, no escapa a nadie la gran heterogeneidad que se advierte al respecto, siendo posible reconocer, como adelantáramos, perfiles abiertamente diversos de trabajadores, esto es, entre quienes migran coexisten realidades sumamente disímiles. En ese marco, en primer lugar, se advierte quien migra procurando revertir una situación económica comprometida, circunstancia que lo coloca en un sitio de especial vulnerabilidad.

Debe recordarse que no nos enfrentamos a un fenómeno nuevo, sino que, por el contrario, “la movilidad espacial orientada a mejorar las condiciones de vida ha constituido una actividad recurrente en la historia de la humanidad”<sup>6</sup>.

En las antípodas, encontramos al alto ejecutivo, generalmente trasladado de la matriz de una empresa multinacional a una filial o subsidiaria fuera de su país de origen, con alto poder de negociación de sus condiciones laborales y salariales. Puede notarse de inmediato que, si bien el flujo numéricamente mayor lo representan los migrantes pobres (procedentes de países del sur o de áreas rurales) que encuentran sus “puertos de entrada” en las ocupaciones más bajas de la escala laboral, existen corrientes en sentido opuesto. Especialmente importante es la que tiene lugar en el interior de compañías multinacionales o en los procesos de subcontratación asociadas a las mismas. Se trata en estos casos de migraciones Norte-sur (aunque también pueden darse en otras direcciones) realizadas a partir de decisiones originadas en las estructuras políticas que dirigen estas empresas, desarrolladas mediante todo un mecanismo de soporte a sus actores (a los que se les resuelven tanto los trámites fronterizos como los referentes a la acomodación en el lugar de llegada) y en contextos perfectamente organizados<sup>7</sup>.

En análoga situación se encontraría el trabajador que, ostentando una particular especialización en determinada área, es estimulado a migrar. En efecto, como expresaron Taran y Geronimi, “los serios déficit de mano de obra en sectores como la tecnología de la información y la comunicación han motivado a varios países a lanzar estrategias de reclutamiento de migrantes altamente calificados”<sup>8</sup>.

A lo expresado, se agrega otro núcleo particular de migrantes constituido por los deportistas profesionales de alta competición, así como los artistas, cuyo desarrollo profesional determina que, en cierto momento, migren; respecto de los cuales, por lo general, no se advierte la situación de especial flaqueza relacionada al primer elenco de migrantes expresados.

Evidentemente, la situación de cada uno de los elencos enunciados es disímil, y tales diferencias deben ser contempladas, tutelando muy especialmente a quienes se encuentren en situación de particular hiposuficiencia, mas no debiendo incurrirse en el error de considerar que el Derecho del Trabajo debe circunscribir su análisis a los colectivos que emigran en un marco de particular vulnerabilidad, como ser la primera categoría de trabajadores enunciada, y permanecer indiferente o ajeno a la suerte de los demás.

Corresponde, asimismo, destacar, desde una perspectiva de género, que precedentemente era más habitual que quienes migraran fueran los hombres, tendencia que contemporáneamente se ha revertido, no siendo pocas las mujeres, muchas veces jefas de hogar, que migran. Se impone aquí precisar que la diferencia de género se advierte en las posiciones en las que en cada caso se accede, llegándose a sostener que, “si nos limitamos a los empleos de bajos salarios, podemos constatar esta dualidad entre empleos masculinos (construcción, agricultura, algunos subsectores industriales, etc.) y femeninos (cuidados personales, hostelería y la prostitución, una actividad que a pesar de su ilegalidad, se cuenta entre las más globalizadas), con dinámicas específicas de comportamiento”<sup>9</sup>.

En el caso de Uruguay, se impone, como primera observación, la diferencia entre varones y mujeres en cuanto a acceso a derechos. Esta observación tiene como referente el trabajo doméstico femenino, común a todas las entrevistadas, y el trabajo en barcos -ya sea pesca, tareas de mantenimiento o de servicios- realizado por los varones<sup>10</sup>,

En función de lo expresado, podemos concluir que existe un abanico de posibles trabajadores

migrantes cuyas particularidades y problemática corresponderá contemplar; tal diversidad conlleva a que las soluciones o los desafíos no sean uniformes y en algunos casos, provengan de distintas fuentes.

No obstante, no menos cierto resulta que existe un postulado básico que debería irradiar transversalmente a todos los migrantes, nos referimos al derecho a su libre circulación, extremo que desafortunadamente en la vía de los hechos no siempre se observa, sea por el abierto impedimento al desplazamiento, sea en vía indirecta mediante el establecimiento de políticas migratorias que conspiran con la plena observancia de mismo, que, al decir de Alameda, “camuflan” la discriminación<sup>11</sup>.

Debe destacarse la amplitud de tal derecho, el cual “supone que el trabajador que se traslada tenga facilidades para el ingreso, la permanencia en el país de destino, reciba el mismo trato que los nacionales del lugar donde va a cumplir tareas, pueda concurrir acompañado por su familia y que no sufra menoscabo alguno en sus derechos de seguridad social”<sup>12</sup>.

### **3.Desafíos de la protección del trabajador migrante**

En somera síntesis, podemos afirmar que, a nivel general, la protección del trabajador migrante se centra en dos ejes de análisis.

Por una parte, en la necesidad de dotar de contenido a una premisa esencial que radica en el mandato de conferir igualdad de trato a nacionales y extranjeros, tanto en el ámbito laboral en sentido estricto como en materia de seguridad social. Debe notarse que dicho postulado se ve reflejado en normas de diferente alcance y jerarquía, tanto internacionales como regionales y nacionales<sup>13</sup>. Sin perjuicio de ello, a nuestro modo de ver al presente persisten inequidades o, en su caso, ciertos aspectos que dificultan el cabal alcance de dicha premisa. Ello se proyecta tanto en las instancias precontractuales, esto es, en el acceso al puesto de trabajo, como durante la vigencia de la relación laboral.

Por otra parte, en la necesidad de atender la particular situación muchas veces de especial vulnerabilidad, que enfrenta el trabajador migrante, así como en otros casos, en contemplar las especificidades derivadas de la necesidad de articular su protección teniendo en cuenta los diversos Estados con los que el asalariado se vincula. En función de ello, consideramos que los principales desafíos que desde la perspectiva laboral emergen de las migraciones pueden compendiarse en seis aspectos capitales, analizados a continuación.

#### **3.1.Las dificultades en la inserción en el mercado laboral del país de acogida**

En breves palabras, la relevancia del pronto acceso al mercado de trabajo se esgrime como una pieza fundamental en cuanto a la inserción social del migrante, contribuyendo en muchas instancias a evitar la permanencia en situaciones de especial flaqueza, lo cual desafortunadamente, no siempre acontece. En efecto, un primer escollo en la rápida inserción laboral radica en un extremo exógeno a lo netamente laboral, nos referimos a los requisitos de índole migratoria que el país de acogida establezca, los cuales, de ser muy gravosos para el migrante, pueden constituirse como un real impedimento para el empleo<sup>14</sup>. Como postulara la doctrina, “en aquellos países donde este acceso es muy restringido (o el del permiso de residencia permanente), las normas de nacionalidad por sí solas representan un elemento de segmentación ineludible. En el actual contexto sociopolítico y de percepción de la inmigración como una amenaza, más bien puede esperarse un endurecimiento de las políticas de nacionalidad”<sup>15</sup>.

En el caso de Uruguay, en un estudio efectuado en el año 2011 por el Ministerio de Educación y Cultura, se daba cuenta de “la necesidad de contemplar la situación específica de los migrantes para quienes el costo en tiempo y dinero de la tramitación de la ciudadanía es alto y opera como una barrera para su inserción en el mercado de trabajo formal, lo cual, a su vez, se transforma en una barrera para el lograr de la residencia legal en el país, entrando en un círculo vicioso difícil de romper”<sup>16</sup>.

Si bien han existido grandes avances tendentes a simplificar los trámites migratorios, como es la ley No. 19.254, la cual facilita a cónyuges, concubinos, padres, hermanos y nietos de uruguayos y a los nacionales de los Estados partes del Mercosur y Estados asociados la residencia permanente en el país, no menos cierto resulta que a la fecha aún se advierten dificultades, como es, en algunos casos, la obligación de acreditar, al iniciar el trámite migratorio, la fuente de ingreso o manutención que tendrán en el país, conocido como los “medios de vida”. Así, sin al menos una promesa de trabajo, no podría lograrse tal habilitación, la que, por otra parte, es requerida para trabajar, ingresándose en un círculo virtuoso de difícil superación.

En segundo lugar, las trabas burocráticas a la reválida de títulos profesionales y/o la acreditación de saberes pueden dificultar el pronto acceso al mercado laboral. Como postula Beltrán, el reconocimiento de diplomas y títulos es una cuestión relevante que podría dar margen al cercenamiento o hasta mismo la obstaculización del principio de libre circulación de personas, agregando que de nada valdría la inserción de derecho o grandes principios consagrados abstractamente en textos normativos, si no se les asegurasen condiciones de uso y goce por parte de sus destinatarios<sup>17</sup>.

En tercer lugar, respecto de quienes emigran sin empleo, la incorporación al trabajo asimismo puede dificultarse tanto por la xenofobia laboral, que posteriormente analizaremos, como por mandatos heterónomos de que ciertos puestos sean cubiertos por nacionales, lo que, *a contrario sensu*, implica la imposibilidad de que extranjeros ocupen dichas posiciones. En el caso de Uruguay, debe tener presente que la propia Constitución marcaría un distingo inicial indirecto entre nacionales y extranjeros, en tanto en el artículo 53, tras referir a que el trabajo se encuentra bajo la protección especial de la ley, refiere a que “todo habitante de la República, sin perjuicio de sus libertad, tiene del deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica”. Conforme a ello, la Carta Magna establecería una preferencia o prevalencia a los ciudadanos frente a quienes no revistan tal calidad.

Paralelamente, con relación a los funcionarios públicos, se debe tener presente que el artículo 76 de la Constitución establece que todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos, mas agregando que los ciudadanos legales no podrán ser designados, sino tres años después de haberseles otorgado la carta de ciudadanía, no requiriéndose la ciudadanía para el desempeño de funciones de profesor en la enseñanza superior. Si bien extranjeros podría obtener la ciudadanía, ello requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, en particular la permanencia en el país por varios años, con lo cual el extranjero recién ingresado al país, quedaría por fuera del alcance de las normas expresadas.

Bajo el mismo espíritu, a nivel legislativo, se advierten disposiciones que establecen cuotas mínimas a ciudadanos para ciertas posiciones, excluyendo por ende de las mismas, al menos en un porcentaje determinado, a quienes no revisten tal calidad, como por ejemplo: a) el trabajo en zonas francas<sup>18</sup>, ii) tripulación de buques mercantes de bandera nacional<sup>19</sup>, iii) tripulación de buques pesqueros de bandera nacional<sup>20</sup>, iv) trabajadores obras de dragado<sup>21</sup>, o v) aeronaves nacionales<sup>22</sup>.

### 3.2.El riesgo de ser víctima de tráfico de personas y/o trabajo esclavo

La especial fragilidad en la que se encuentran ciertos colectivos migrantes los torna proclives a ser víctima de situaciones de trabajo esclavo, entendiendo éste en sentido amplio. En tal sentido, debe recordarse especialmente la existencia del denominado “trabajo esclavo por equiparación”, el cual comprende, según Brito, tres modalidades cuyo objetivo común radica en retener al trabajador en el lugar de trabajo: i) el cercenar los medios de transporte al trabajador, ii) el mantenimiento de vigilancia ostensiva, y iii) la retención de documentos o de objetos de uso personal del trabajador<sup>23</sup>.

A ello corresponde adicionar el aporte de Barbosa, quien refiere a que contemporáneamente el trabajo esclavo es un género que admite dos modalidades: “el trabajo forzoso y el trabajo degradante, ambos considerados ofensivos para la dignidad humana, que representa la esencia



misma de los derechos humanos fundamentales”<sup>24</sup>. Unido a ello, la especial hiposuficiencia que caracteriza a algunos migrantes conlleva a un alto riesgo de verse atrapados por el tráfico de personas. Como recuerda Arese, “la eliminación de la trata de personas y el trabajo forzoso avanza hacia la idea de trabajo decente enunciada por la OIT como objetivo de este siglo. Para lograr este estándar, es necesario recorrer un largo camino, cuyo punto de partida es, obviamente, la extirpación de las formas más crueles de explotación y sometimiento laboral, pero, también, valga la expresión, las más ilegales e indignas”<sup>25</sup>.

### 3.3.El acceso a empleos que no pueden considerarse trabajo decente

En algunos casos, y sin llegar a las situaciones antes descriptas, sea motivado por el desconocimiento de los derechos que los asiste, sea admitiéndose en función de la necesidad de procurarse un sustento, los migrantes son relegados a puestos de trabajo en los que no se respetan derechos fundamentales en el trabajo.

No debe incurrirse en el error de entender que los cuestionamientos se efectúan exclusivamente en torno a la existencia de menguados salarios y jornadas extenuantes, sino también y muy especialmente, en cuanto a condiciones de trabajo desfavorable en materia de seguridad laboral y ejercicio de derechos colectivos. Esto es, el ingreso al mercado laboral, y en algunos casos, su permanencia por largo tiempo, suele encontrarse asociado a posiciones que, en atención a sus características, no pueden concebirse en forma alguna como trabajo decente.

No resulta baladí advertir que, en ciertos casos, los flujos migratorios son conducidos hacia lugares en los que se indica existe pleno empleo, mas perdiéndose de vista las particularidades de tales fuentes laborales, esto es, posiciones con menguadas remuneraciones, paupérrimas condiciones de trabajo y escaso reconocimiento de derechos laborales, de las que se valen organizaciones que únicamente procuran mano de obra barata y abundante, contexto en el cual se ingresaría en la “remercantilización” del trabajo.

Se impone aquí recordar que, como señalara Ermida, “la primer repercusión jurídica laboral de la globalización, o más aún, el resumen de todos sus efectos sociales negativos, sería precisamente, el *dumping social*, la remercantilización del trabajo, el volver a convertir (y más duramente aún) al trabajo en una mercancía que se compra donde sea más barata o de la forma en que resulte más barata”<sup>26</sup>. En efecto, señala Alburquerque, “los afanes diarios de la competitividad internacional que fuerzan a la reducción del costo laboral dirigen a las empresas en la búsqueda de una mano de obra barata, que encuentran, lógicamente, los países industrializados en nuestro países subdesarrollados”<sup>27</sup>.

En otras palabras, Santestevan y Barretto postulan que “hay ciertamente una funcionalidad del trabajo del migrante desde el interés de ciertos empresarios preocupados básicamente por la reducción del costo salarial, puesto que el trabajo del extranjero es tomado a partir de una “negociación” individual con el trabajador, donde tiene una preponderancia inusitada la parte del empleador, y la corriente disparidad de fuerzas se conjuga en este caso con la precariedad de la posición del extranjero, a veces, un indocumentado”<sup>28</sup>.

En el análisis del punto, cabe recordar que, en el contexto de un mundo globalizado, desde la OIT se ha promulgado como objetivo estratégico el “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos, sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta (...) que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas”<sup>29</sup>.

### 3.4.La xenofobia laboral

Atinadas son las palabras de Beltran, al postular que el contenido de la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad debe, ante todo, ser analizado en el contexto de un derecho humano

fundamental, digno de las sociedades más avanzadas<sup>30</sup>. Debe notarse que, en el rechazo del trabajador migrante, usualmente se parte de la equivocada premisa de que los expresados quitan puestos de trabajo a los nacionales. Dicho postulado es erróneo, en tanto quienes migran usualmente ocupan posiciones que los nacionales del país receptor se niegan a realizar, es decir, mayormente ocupan puestos vacantes, en definitiva, no sustituyen a otros trabajadores en sus cargos. De allí que, en forma gráfica, Reyneri postulara que dichos trabajadores realizan los “3-Djob”, “en alusión a “dirty, difficult and dangerous”, es decir, trabajos sucios, difíciles y peligrosos”<sup>31</sup>.

Si bien usualmente no se genera respecto de este elenco de trabajadores situaciones de xenofobia laboral, cabe precisar que, en las antípodas de la situación anterior, son muchas veces también migrantes quienes ocupan cargos vacantes de alta especialización, que, por falta de mano de obra con tales características, no pudieron ser cubiertos por nacionales.

En otro orden, debe tenerse presente que la xenofobia laboral, en ciertos casos, se encuentra intrínsecamente relacionada a la discriminación en base a otros factores, como son la religión o etnia, aspectos estrechamente vinculados al origen nacional. De ello da cuenta un estudio efectuado en el país, en el cual se concluye que “los ámbitos donde se ejerce la discriminación por origen nacional, probablemente asociada a rasgos fenotípicos de determinadas etnias, según los relatos de los migrantes entrevistados son numerosos y variados”<sup>32</sup>. A su vez, en otros casos, la discriminación en función del origen nacional se advierte en forma conjunta con otros factores de discriminación, como ser el género o la edad, conformando una discriminación multifactorial que recrudece la situación de flaqueza.

Debe puntualizarse que, en escasas oportunidades, quien es víctima de xenofobia lleva a cabo acciones o denuncias formales y “las agresiones, los actos discriminatorios, rara vez se traducen en denuncias”<sup>33</sup>. Ello a pesar de que, en el Uruguay, se podría llegar a incurrir en figuras penales, en tanto se incite al odio, al desprecio o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas<sup>34</sup> o se realicen actos en tal sentido, en razón del origen nacional<sup>35</sup>.

No debe dejar de mencionarse que, sin que implique llegar a situaciones de xenofobia, la diversidad cultural asociada a distintos orígenes nacionales puede plantear, en el ámbito laboral, dificultades en cuanto a armonizar aspectos asociados a tal multiculturalidad, como ser consuetudinarios, religiosos, etc., requiriéndose esfuerzos desde la gestión humana, para abordar tal diversidad.

En otro orden, debe notarse que con la protección frente a la discriminación laboral no solo se protege al migrante, sino también al nacional, pues, tanto si se admite directamente un tratamiento diferencial como si éste se prohíbe, existen serias deficiencias en la fiscalización, y se podría presionar a la baja el nivel salarial y las condiciones de trabajo de los nacionales. Ello es puesto de manifiesto por Ackerman, al subrayar que “la no discriminación en razón de la nacionalidad tiene la doble función de: a) asegurar la protección del trabajador migrante; pero, también, b) proteger al trabajador nacional (que, de otro modo, podría ser desplazado por el migrante de menor costo)”<sup>36</sup>. O, en palabras de Plá Rodríguez, “la lucha por la equiparación entre el nacional y el extranjero no sólo beneficia al extranjero, sino también al nacional que desea que desaparezca este rival que, en función de un menor salario, puede quitarle su puesto de trabajo”<sup>37</sup>.

Consecuentemente, si bien la condena al trato desigual y discriminatorio del trabajador migrante se sustenta, principalmente, en la afectación a los derechos fundamentales de éste, el trato desigual también es cuestionable desde la perspectiva de la tutela del nacional, quien, por ende, lejos de ser agente de la xenofobia debería ser un aliado en la lucha contra las inequidades.

### **3.5. La determinación de la normativa aplicable y jurisdicción competente en el caso del trabajador transnacional**

Desde la perspectiva de quienes migran en función de traslados de sus posiciones originarias, existen en algunos casos dificultades en la determinación del régimen normativo aplicable, tanto en el plano laboral como de seguridad social, en tanto se involucran el análisis de sus situaciones

diversos ordenamientos jurídicos.

Unido a ello, y en tanto los criterios de distribución de competencia usualmente van en paralelo con la normativa aplicable, en aplicación del criterio *Asser*, en ciertas situaciones resulta complejo determinar la jurisdicción de qué país corresponde intervenga. Si bien el criterio del lugar de ejecución es el más común y en cierto modo garantiza la proximidad al fuero, el mismo no siempre ofrece las mayores garantías al migrante, razón por la cual cada caso debe analizarse en concreto, teniendo en cuenta la situación del trabajador y ponderando los distintos elementos de extranjería relevantes al efecto.

En ese marco, cabría cuestionarse la validez en sede laboral de las cláusulas mediante las cuales se acuerda la aplicación de la normativa de un país determinado y/o la intervención de determinado fuero, que con cierta habitualidad se incorporan a contratos laborales que potencialmente puede involucrar diversos Estados.

A nuestro modo de ver, las mentadas cláusulas únicamente podrían resultar válidas en tanto su aplicación irroque al trabajador un régimen más beneficioso que el que derivaría de la aplicación del régimen sustancial o procesal que naturalmente correspondería de no haber mediado las mismas<sup>38</sup>.

Como señalara Ermida, “nada impide que las partes pacten la aplicación de un ordenamiento diferente al del lugar de ejecución, si éste resulta ser más beneficioso para el trabajador”, agregando el autor en cuanto a la jurisdicción competente que, “en ningún caso, podrá admitirse prórroga voluntaria alguna que resulte, por algún motivo, menos favorable al trabajador. Y, entre las circunstancias menos favorables, debe incluirse la posibilidad de que la elección de un tribunal materialmente inaccesible al reclamante provoque una situación de eventual indefensión”<sup>39</sup>.

Debe notarse que ello implicaría la nulidad de la cláusula de prórroga de competencia, mas no el cuestionamiento del contrato en sí mismo, en atención a la aplicación del principio de conservación del contrato, que en materia laboral en cierto modo se desprende del principio de continuidad<sup>40</sup>.

Finalmente, cabe precisar que, a pesar de la existencia de tratados de cooperación internacional a nivel judicial, por la vía de los hechos, resulta altamente complejo lograr la ejecución de una sentencia dictada en otro país, frustrándose la efectividad del derecho reconocido en los estrados.

### **3.6. La articulación de los diversos sistemas de seguridad social**

Estrechamente vinculada con los aspectos netamente laborales, se encuentra el desafío de asegurar al migrante la plena cobertura en materia de seguridad social, en lo cual se presenta una dificultad inicial, que radica en que, en principio, los sistemas se estructuran en función al territorio al cual son correlativos.

En efecto, como postulara Nicolliello, “los sistemas de seguridad social tienen alcance nacional. Cuando los trabajadores migran a otro país – fenómeno cada vez más frecuente por la globalización y la creación de bloques regionales de libre circulación -, corren el riesgo de perder el derecho a las prestaciones de seguridad social que tenían en su país de origen, y al mismo tiempo, enfrentar condiciones restrictivas para la afiliación al sistema de seguridad social del país de destino”<sup>41</sup>. De allí la necesidad de disponer mecanismos tendientes a posibilitar contemplar la situación del trabajador que, trasladándose de un país a otro, vería afectada su cobertura en la materia.

En tal contexto, sabido es que contemporáneamente se reconoce la existencia del “principio de internacionalidad”, el cual postula que “una persona y, particularmente, un trabajador y su familia, que se desplaza de un país a otro por razones de trabajo o por cualquier otra causa, deben tener derecho a recibir las prestaciones de la seguridad social allí donde se encuentren y añadir a su récord de trabajo o cotizaciones el tiempo de trabajo acumulado en otros países para no sufrir una reducción de sus pensiones u otros derechos, cuando este requisito es exigible”<sup>42</sup>.

Coincidiendo con estas apreciaciones, desde España se ha planteado que “las normas de

Seguridad Social Internacional están presididas por el juego concurrente de los principios de territorialidad (se aplican las nacionales del Estado en que se prestan o han prestado los servicios) y de igualdad de trato (tales normas se aplican al extranjero en las mismas condiciones que al nacional). Sin embargo, estos principios pueden ser restringidos por el de reciprocidad (se conceden los beneficios al extranjero si el país del que es nacional los concede al nacional del país cuya legislación se trata de aplicar) y suelen estar ampliados por el de adquisición y mantenimiento de derechos (cada Estado tiene en cuenta los servicios prestados en los demás, si se ha trabajado en varios), unido al de *prorata temporis* (la carga de las prestaciones se distribuye entre los varios Estados, en proporción al tiempo trabajado en cada uno de ellos)”<sup>43</sup>.

Lo expresado conlleva a que desde la perspectiva de la seguridad impere dar respuestas al menos a tres desafíos vitales. En primer lugar, a garantizar la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, en el más amplio de los sentidos, asegurando al migrante el acceso a las prestaciones de seguridad social al mismo nivel que los nacionales, sin establecer períodos de carencia u otro tipo de requisitos que dificulten o impidan un pronto acceso al sistema”<sup>44</sup>.

En segundo lugar, universalizar los tratados y convenios que posibiliten el traslado temporario de trabajadores, tanto del punto de vista de los países comprendidos, como amparando a todas las categorías funcionales, posibilitando a cualquier migrante continuar realizando aportes a la seguridad social en su país de origen.

En tercer lugar, generalizar la posibilidad de acumular servicios computados en diversos Estados y que ello resulte pertinente para un amplio crisol de prestaciones.

Respecto del traslado temporario, así como con relación a la acumulación de servicios, corresponde tener presente que más allá de la existencia de normativa expresa que los viabilice, se requiere se alcance una importante sinergia entre los organismos de seguridad que por cada Estado deban intervenir, así como eliminar las trabas burocráticas que puedan conspirar contra su plena efectividad.

#### 4. Respuestas ante los desafíos planteados

Sentadas las bases precedentes, corresponde analizar desde qué lugar deberían provenir las soluciones a los desafíos planteados respecto de la protección del trabajador migrante, teniendo presente en ello que, como señala Frydman, el Derecho debe procurar corregir las disfuncionalidades que origina la desregulación competitiva”<sup>45</sup>.

En palabras de López Viana, “claramente el mundo no puede ser ajeno a este fenómeno tan actual y, cada vez más frecuente, y se deben tomar acciones a fin de prevenir y canalizar dicha situación de la mejor manera posible tanto para los migrantes como para los países que reciben a los mismos. Se trata, pues, de cuestiones de humanidad, de la protección del migrante, de su vida, su libertad, trabajo y dignidad”<sup>46</sup>.

En tal empresa, es del caso preliminarmente enfatizar que la sociedad en su conjunto no debería permanecer ajena a la situación de quien ha migrado, ni apreciar tal fenómeno con apatía. En sus justos términos, Mármora cuestiona como “manifestaciones de la crisis migratoria, que choca directamente con los valores de dignidad humana y de solidaridad que han sido asumidos por el mundo contemporáneo a través de los consensos internacionales institucionalizados, es la de las respuestas discriminatorias frente al migrante, de vastos sectores de la población de los países receptores”<sup>47</sup>.

En ello, cabe recordar que, ante la globalización desde la OIT, se ha instado a “una mayor responsabilidad ante las personas”. Los actores públicos y privados de todas las categorías que disponen de capacidad para influir sobre los resultados de la globalización deben ser democráticamente responsables de las políticas que aplican y de las medidas que adoptan. Asimismo, tienen que cumplir sus compromisos y utilizar su poder respetando a los demás”<sup>48</sup>.

A vía de ejemplo, acciones tales como el “consumo responsable”, absteniéndose los actores

sociales de adquirir bienes o servicios provenientes de organizaciones que no respeten los derechos de los trabajadores migrantes, pueden esgrimirse como una vía de contribuir indirectamente a la tutela de aquellos. En un sentido más omnicomprendivo, una sociedad que incluye plenamente al migrante y sus familias en los distintos ámbitos de la vida de relación, indudablemente estará dando un paso fundamental para que ello redunde en la inclusión en el plano laboral.

Sin perjuicio de ello, la protección del trabajo migrante corresponde se esgrima fundamentalmente en torno a tres protagonistas: el Estado, los empleadores y los trabajadores.

#### 4.1.El rol de los Estados

Sabido es que el Estado cumple un papel central en cuanto a lo que a la protección del trabajador migrante compete. Ello es destacado por la OIT al postular que “el comportamiento de los Estados nación como actores mundiales es el factor fundamental para determinar la calidad de la gobernanza global. Su nivel de compromiso con el multilateralismo, los valores universales y los objetivos comunes, su grado de sensibilidad respecto de las repercusiones transfronterizas de sus políticas, y la importancia que conceden a la solidaridad mundial son otros tantos factores cruciales para determinar la calidad de la gobernanza global. Al mismo tiempo, su manera de gestionar los asuntos internos influye sobre la medida en que las personas se beneficiaran de la globalización y quedaran protegidas contra sus efectos adversos. En este importante sentido, puede decirse que la respuesta a la globalización empieza por la propia casa”<sup>49</sup>.

En ese marco, a nuestro modo de ver el rol del Estado es cardinal en varios extremos de particular sensibilidad. En primer lugar, corresponde que el mismo contribuya al pronto acceso del migrante al empleo, tanto de manera directa (ni excluyéndolo de ciertas posiciones, ni estableciendo cortapisas para su empleo) como de forma indirecta, tal es el caso de la simplificación de trámites migratorios y de identificación civil, facilitando la reválida de estudios y acreditación de saberes.

No debe perderse de vista que, como postulara Goldstein, “el derecho fundamental a no ser discriminado en cuanto es inherente a la persona humana, inalienable, irrenunciable, anterior, superior e indisponible a cualquier ordenamiento jurídico, no sólo merece, sino que exige eficacia, promoción, protección, garantía y aplicación de parte de los poderes públicos”<sup>50</sup>.

En segundo lugar, es del caso que en lo interno el Estado garantice la inmediata inclusión y amparo del trabajador en el sistema de seguridad social, guardando isonomía con los nacionales. Paralelamente, impera que en lo internacional adopte las acciones pertinentes a efectos de disponer los mecanismos necesarios a fin de articular los sistemas de traslado temporario y acumulación de servicios. En ello, debe tenerse presente la función esencial que ocupan los convenios y tratados de Seguridad Social, pues, como destacan Zubillaga y Rodríguez, son “vías para garantizar un derecho humano fundamental como es el de la Seguridad Social. No se trata meramente de acuerdos tendientes a organizar mejor las relaciones bilaterales o multilateral entre Estados, sino que son mucho más que eso, en algunos casos representan, incluso, la única garantía de éxito que puede tener una persona a la hora de pretender ejercer su derecho”<sup>51</sup>.

Debe, asimismo, notarse que no son pocas las veces que el trabajador migra con su núcleo familiar, en función de lo cual corresponde brindar una respuesta integral, considerando, muy especialmente, a los menores de edad, en todo lo cual la seguridad social adquiere un rol clave. En ese marco, estimamos resulta cuestionable la ambivalencia planteada en cuanto a consagrar la igualdad de trabajo en “los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones en todas las contingencias protegidas por la legislación vigente”<sup>52</sup> y, paralelamente, que se habilite a los trabajadores extranjeros de zonas francas a optar por no quedar comprendidos por el régimen uruguayo de seguridad social, siendo que unido a ello, ni siquiera se establece el deber de acreditar la afiliación y cotización a un sistema diverso<sup>53</sup>.

Si bien la norma precedentemente enunciada se aplica pacíficamente hace varias décadas, a nuestro modo de ver se apartaría del espíritu del artículo 67 de la Constitución, el cual postula el deber de garantizar a todos los trabajadores prestaciones de seguridad social, sin efectuarse en

texto constitucional distingo alguno en función del origen nacional.

En tercer lugar, el Estado debe velar por que los terceros, en especial los empleadores, traten de manera igualitaria a nacionales y extranjeros, lo cual implica diversas acciones, en especial fiscalizar la observancia de lo anterior, así como sancionar los comportamientos desviados. Adviértase que, por imperio legislativo, expresamente se establece el deber estatal de adoptar “las medidas necesarias para asegurar que las personas migrantes no sean privadas de ninguno de los derechos amparados en la legislación laboral a causa de irregularidades en su permanencia o empleo”<sup>54</sup>. En particular, impera la adaptación de las medidas pertinentes para dar cumplimiento a los postulados de la OIT, en cuanto a la eliminación del trabajo forzoso y en la misma línea la inexistencia de prácticas de tráfico de personas.

En tal contexto, resulta loable la reciente sanción Ley Núm. 19.643, cuyo objeto radica en “la prevención, persecución y sanción de la trata y la explotación de personas, así como la atención, protección y reparación de las víctimas”<sup>55</sup>, entre cuyos principios rectores se encuentra la igualdad y no discriminación entre otros en función de la condición migratoria<sup>56</sup> y la cual considera como una modalidad de “explotación” a la laboral<sup>57</sup>.

En otro orden, los Estados juegan un rol central de estímulo a la migración de retorno, lo cual adquiere particular trascendencia en cuanto a la reversión de la “fuga de talentos”, particularmente, en aquellos países en los que lo anterior se cronificó, y enfrenta una notoria escasez de profesionales o técnicos especializados en determinadas áreas. De allí, que resulte pertinente procurar revertir el fenómeno, que los “talentos que un día fugaron” continúen en “movimiento” y en su mérito regresen a los países de origen, donde tanto pueden aportar a los Estados en los cuáles inicialmente se formaran.

Adviértase, por otra parte, la relevancia del Estado en la especial tutela del retornado a fin de viabilizar su pronta reinserción laboral, eje de su reinserción social. En efecto, si bien evidentemente no son situaciones estrictamente análogas, el tiempo transcurrido en el exterior hace que el nacional al retornar pueda llegar a vivenciar situaciones similares a las que padece el migrante típico, como ser las dificultades para acceder al mercado laboral.

Desde otra perspectiva, cabría cuestionarse si, en atención a la particular situación de los migrantes no correspondería a los Estados, en algunas circunstancias, adoptar acciones afirmativas tendientes a facilitar la inclusión laboral de los migrantes. En tal sentido, Däubler reflexiona que la existencia de diferencias lingüísticas, de formación y mentalidad podrían determinar la existencia de una “discriminación real” con respecto a los trabajadores nacionales, en atención de lo cual postula que “sería necesario disponer de un instrumental parecido al empleado cuando se trata de otros grupos de trabajadores especialmente perjudicados”<sup>58</sup>. Sin desconocer que es un punto discutible y que su articulación presenta arduas aristas, nos inclinamos por compartir la necesidad de la adopción de medidas de discriminación positiva tendientes a contemplar la particular situación del trabajador extranjero.

Por último, no podemos dejar de mencionar la necesidad de un papel proactivo de los Estados a nivel internacional en distintos planos: tanto en su actuación en organismos internacionales, como en su participación en bloques regionales, así como mediante la suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales.

En ese marco, un aspecto central radica en adoptar las medidas pertinentes para fortalecer a nivel internacional la plena observancia de los derechos fundamentales en el trabajo, cuya tutela resulta de particular trascendencia en el contexto de trabajo de extranjeros, en tanto como se recordará, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 reconoce como tales entre otros, a la eliminación del trabajo forzoso y la igualdad en materia de empleo y ocupación.

Al respecto, coincidimos con Mangarelli en cuanto afirma que “la universalización de los derechos laborales y su vigencia efectiva en todos los países a través de distintas fuentes, instrumentos y mecanismos es una de las cuestiones de mayor relevancia que se plantea en el Derecho del Trabajo



actual y su interés es teórico y práctico”<sup>59</sup>.

Debe recordarse que, como postula Dray, los derechos fundamentales no pueden ser entendidos sólo desde el prisma de los individuos, en cuanto poderes o facultades de los que son titulares, sino que deberían valer jurídicamente del punto de vista de la comunidad en general, como valores o fines que ésta se propone conseguir<sup>60</sup>.

#### **4.2.El papel de los empleadores**

Desde otra perspectiva, cabe subrayar que los empleadores detentan un papel fundamental en el tema objeto del presente trabajo. Por una parte, absteniéndose de ser agentes de un tratamiento diferencial en función del origen nacional y, por ende, no impidiendo el acceso al trabajo a un individuo por su mera calidad de migrante. En sentido inverso, absteniéndose de emplear a quienes no hayan efectuado los trámites migratorios pertinentes<sup>61</sup>, extremo que de constatarse, los expone a sanciones<sup>62</sup>.

Por otra parte, una vez inmersos en la relación de empleo, asegurando el respeto de los derechos del trabajador extranjero, garantizando la isonomía frente al nacional, lo cual en Uruguay se expresa a título expreso por vía legislativa y reglamentaria<sup>63</sup>.

En otro orden, es del caso señalar que el compromiso de los empleadores en cuanto a la situación de los trabajadores migrantes puede expresarse en la adopción de códigos de conducta que impliquen un compromiso de la organización respecto de la observancia de derechos fundamentales en el trabajo, tanto aludiendo directamente a la no discriminación en función del origen nacional como en otros aspectos con los que pueden estrechamente conectarse, como ser el no recurrir a trabajo forzoso.

Se parte “de un fenómeno de interiorización de reglas mínimas de comportamiento de la empresa que ésta se compromete a mantener en su espacio de actuación, es decir, a lo largo de todos los territorios nacionales en los que despliega su actividad económica y productiva”<sup>64</sup>. Este aspecto cobra particular relevancia en un contexto en que las empresas exijan la adopción de los anteriores como condición para el mantenimiento del vínculo comercial a subcontratistas o socios comerciales, muchas veces sitos en lugares que responden a ordenamientos en dónde existen falencias en cuanto a la tutela de derechos fundamentales.

Ello, pues, como señalara Mangarelli, “muchos de estos códigos contienen un elenco de derechos fundamentales en el trabajo y de otros derechos laborales que la empresa admite (y se compromete a aplicar respecto de sus trabajadores) y que promueve su cumplimiento en otras empresas con las cuales se relaciona”<sup>65</sup>.

Otro punto que merece mención en caso de traslado del trabajador entre unidades de una misma organización asentadas en distintos territorios nacionales, radica en que imperará que tal movilidad no depare al trabajador pérdida o conculcación de ninguna especie de derechos adquiridos en el país de origen.

Finalmente, resulta sobreabundante aludir a que la movilidad de trabajadores de un territorio a otro, bajo concepto alguno puede ser impuesta por el empleador, pudiendo únicamente ésta responder a una convención con el asalariado, tanto sea que ello haya operado al momento de contratación, en donde incluso el traslado puede ser concebido como una condición esencial o fundamental para la misma como, posteriormente, debiéndose velar por la autenticidad del consentimiento oportunamente brindado.

#### **4.3.La transversalidad de las soluciones: el papel de los trabajadores**

En materia de protección del trabajador migrante no menos relevante resulta el rol de los trabajadores nacionales, lo cual puede resumirse en dos tópicos centrales. En primer lugar, omitiendo conductas que impliquen afectaciones a los derechos sus pares migrantes, tanto en el acceso al empleo, como durante la vigencia de las relaciones de trabajo. Desde la perspectiva



inversa, es decir, en el plano de la acción, siendo promotores del tratamiento igualitario, integrando al migrante a las distintas organizaciones y procurando la defensa de sus derechos. Del mismo modo, estimamos que también es dual la forma de actuación, debiendo reputarse comprendida tanto la actuación individual, como la colectiva<sup>66</sup>.

En esta última perspectiva, no debe perderse de vista la posibilidad de articular acciones a nivel internacional tendientes a la tutela de los migrantes, como ser la huelga o negociación colectiva internacional, así como medidas de difusión de la problemática asociada al trabajo migrante, comprendiendo acciones de sensibilización tendientes por ejemplo a la adopción de códigos de conducta o etiquetado social.

No debe olvidarse que, como postulara Albuquerque, “la estrategia de apelar a la solidaridad internacional para vencer cualquier resistencia, lograr mejores condiciones de trabajo y reformar la legislación laboral es un nuevo espacio que la globalización ofrece a las organizaciones sindicales”<sup>67</sup>.

## 5. Conclusiones

Coincidimos con Romita respecto de que la globalización no es, en sí misma, ni buena ni mala, pues, por un lado, produce efectos benéficos y maléficos por otro, según la óptica con la cual es encarada<sup>68</sup>. Ello visto desde la perspectiva de las migraciones laborales conlleva a sostener que éstas, tanto puedan ser vivenciadas como una oportunidad de crecimiento y enriquecimiento para el trabajador y para la organización en la que se insertan como la profundización de una situación de especial vulnerabilidad.

En un mundo plenamente interconectado, el derecho de migrar, de desplazarse por el mundo sin cortapisas y trabajar, debe llevar asociado que la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, no se convierta en un mero postulado teórico, que en la vía de los hechos carezca de contenido o éste se repliegue a escasas expresiones.

Paralelamente, en otro plano de análisis, se requiere contemplar a quien trabaja en diversos Estados, brindando certeza jurídica, tanto desde la perspectiva laboral, como desde la óptica de la seguridad social.

Contrariamente con lo que pudiera inicialmente cavilarse, las respuestas a los desafíos que presenta la protección del trabajador migrante, provienen no sólo de los Estados, lo cual no implica desconocer su rol cardinal en cuanto garantizar la observancia de los derechos laborales, sino también, de los empleadores, como a nivel horizontal de los propios trabajadores, tanto individualmente considerados, como agremiados y en sentido amplio de la sociedad, la cual mediante sus acciones puede contribuir a generar conciencia respecto de la observancia de los derechos laborales.

De esta manera, si bien existen sobrados fundamentos jurídicos en los cuales basarse para reconocer los derechos de los trabajadores migrantes y, en particular, para respaldar la igualdad entre nacionales y extranjeros, en aspectos laborales y de seguridad social, debe velarse porque tal paridad o equiparación se observe en la vía de los hechos, de suerte que el origen nacional sea meramente un dato histórico de la currícula del trabajador, pero que bajo concepto alguno le depare a éste perjuicios o se encuentre asociado a un tratamiento peyorativo, ni frente al Estado, ni de cara al empleador ni en relación a sus pares y, en definitiva, que no sea impedimento para alcanzar en tierras foráneas un trabajo, desde todo punto de vista, decente.

1

García Laso postula que la globalización “presenta una forma poliédrica”. Véase GARCÍA LASO, “Visión y revisión de la globalización económica”, en SANGUINETI RAYMOND, W.; GARCÍA LASO, A. (coordinadores), *Globalización económica y relaciones laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 16.

---

2

NEGRELLI, S., “Globalizzazione e relazioni industriali”, en NAPOLI, M. (director), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita e Pensiero, Milán, 2006, p. 103 y 106.

---

3

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Il diritto del lavoro davanti alla sfida della globalizzazione”, en NAPOLI, M. (director), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita e Pensiero, Milán, 2006, p. 131.

---

4

RECIO, A. y otros, “Migraciones y mercado laboral”, *Revista de Economía Mundial*, núm. 14, 2006, p. 190.

---

5

CAMACHO SOLÍS, J. L., “Los derechos sociales en la flexibilización del trabajo globalizado y sus consecuencias en el derecho de la seguridad social”, en GARCÍA FLORES J., CARRASCO FERNÁNDEZ, F. (coordinadores), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Globalización*, Porrúa, México, 2011, p. 155.

---

6

RECIO, A. y otros, *op. cit.*, p. 173.

---

7

RECIO, A. y otros, *op. cit.*, p. 179.

---

8

TARAN, P.; GERONIMI, E., *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*, OIT, Ginebra, p. 5.

---

9

RECIO, A. y otros, *op. cit.*, p. 179.

---

10

Ministerio de Desarrollo Social, *Inmigrantes y retornados: acceso a derechos económicos, sociales y culturales*, Montevideo, 2012, p. 52.

---

11

ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios Previos al Contrato de Trabajo y Discriminación*, Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 225.

---

12

BABACE, H., *Derecho de la Integración y Relaciones Laborales*, 2da. Ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 183.

---

13

Entre otros: artículo 10 del Convenio Internacional del Trabajo Núm. 143 sobre los trabajadores migrantes (1975), artículos 3º y 4º del Convenio Internacional del Trabajo Núm. 118, ratificado por Ley Núm. 15.363 del 28 de junio de 1962 sobre la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, artículo 2do. de la Recomendación de la OIT Núm. 151 sobre los trabajadores migrantes (de 1975), artículo 4 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, artículo 7º. de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), aprobada por Ley Núm. 17.107 de 21 de mayo de 1999 , artículo 7º y 8º de la ley 18.250 del 6 de enero de 2008.

---

14

Téngase presente que en el Uruguay la Ley Núm. 18.250, del 6 de enero de 2008, dispone en su artículo 22 que: “Las personas extranjeras admitidas en la categoría de “no residente” no podrán ejercer actividad laboral alguna fuera de las específicas en su categoría”.

---

15

RECIO, A. y otros, *op. cit.*, p.188.

---

16

Ministerio de Educación y Cultura, Dirección de Derechos Humanos, *Hacia un Plan Nacional contra el Racismo y la Discriminación*, Montevideo, 2011, p. 26.

---

17

BELTRAN, A. P., *Os impactos da integração económica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*, Ltr, São Paulo, 1998, p. 284.

---

Art. 18 de la Ley Núm. 15.921, en la redacción dada por el art. 14 de la Ley Núm. 19.566 del 08/12/2017, el cual establece “Los usuarios de las zonas francas emplearán en las actividades que realicen en las mismas, un mínimo de 75% (setenta y cinco por ciento) de personal constituido por ciudadanos uruguayos, naturales o legales, a fin de poder mantener su calidad de tales y los beneficios y derechos que esta ley les acuerda. Este porcentaje podrá ser reducido transitoriamente previa autorización del Poder Ejecutivo, atendiendo a características especiales de la actividad a realizar, situaciones de inicio o ampliación de actividades, razones de interés general y la consideración del conjunto de los objetivos previstos en el artículo 1º de la presente ley. En estos casos, el Poder Ejecutivo podrá requerir a los usuarios la implementación de planes de capacitación de trabajadores con el objeto de alcanzar el porcentaje mínimo respectivo. No obstante, lo previsto en el inciso anterior, en el caso de las actividades de servicios, el porcentaje mínimo de ciudadanos uruguayos, naturales o legales, podrá ser del 50% (cincuenta por ciento) por hasta el plazo del contrato de usuario respectivo, cuando la naturaleza del negocio desarrollado así lo requiera y procurando siempre los mayores niveles de participación factibles de ciudadanos uruguayos. La solicitud al Poder Ejecutivo para reducir los porcentajes de nacionales en la actividad deberá ser contestada en sesenta días desde el día de la solicitud. En caso de no hacerlo, se entenderá por aprobada la solicitud”.

---

Art. 2 de la Ley Núm. 18.498, de fecha 12/06/2009, el cual dispone: “(Integración de la tripulación). La tripulación de los buques mercantes nacionales estará integrada de la siguiente manera: a) El 90% (noventa por ciento) de la oficialidad, incluyendo capitán, jefe de máquinas y radiotelegrafista, por ciudadanos naturales o legales uruguayos; b) Con no menos del 90% (noventa por ciento) del resto de la tripulación de ciudadanos uruguayos naturales o legales”.

---

Art. 27 de la ley Núm. 13.833, en la redacción dada por el art. 1 de la ley Núm. 18.498 de 12/06/2009, que establece: “Las embarcaciones pesqueras de matrícula nacional serán comandadas por capitanes o patrones ciudadanos naturales o legales uruguayos, debiendo además su tripulación estar constituida por no menos del 90% (noventa por ciento) de ciudadanos naturales o legales uruguayos. Este porcentaje podrá ser alterado en cumplimiento de acuerdos internacionales. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la tripulación de las embarcaciones pesqueras de matrícula nacional que operen exclusivamente en aguas internacionales, deberá estar constituida como mínimo por el 70% (setenta por ciento) de ciudadanos naturales o legales uruguayos. Tratándose de pesquerías exploratorias o nuevas, o en las que se apliquen tecnologías no utilizadas anteriormente en pesquerías tradicionales uruguayas, o zafrales, el Poder Ejecutivo podrá, previa consulta a armadores, empresarios, capitanes y organizaciones representativas de los trabajadores, modificar estos porcentajes”.

---

Art. único ley Núm. 18.881, del 29/12/11, el cual establece: Sustitúyese el artículo único de la Ley Núm. 17.742, de 19 de febrero de 2004, por el siguiente: “Artículo Único.- Sustitúyese el artículo 154 de la Ley NÚM. 17.556, de 18 de setiembre de 2002, por el siguiente: Artículo 154.- En los llamados a licitación de obras nacionales o binacionales o por convenios nacionales e internacionales dentro de las aguas

jurisdiccionales y territoriales de la República Oriental del Uruguay, realizados a través de organismos públicos o entes descentralizados, se podrán presentar todas las empresas interesadas que cumplan con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones o el acuerdo resultante de los convenios internacionales correspondientes. El adjudicatario que deba utilizar dragas de cualquier tipo y embarcaciones de apoyo al trabajo a realizar, deberá abanderar sus embarcaciones de acuerdo a la Ley Núm. 16.387, de 27 de junio de 1993, siendo aplicable la Ley Núm. 12.091, de 5 de enero de 1954, y su decreto reglamentario. Esta exigencia no será aplicable cuando la ejecución de la obra contratada tenga una duración de hasta quince meses prorrogable por hasta tres meses más y sea requerida para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del sistema logístico nacional. En dichos casos la adjudicataria podrá mantener su bandera de origen. Tratándose de las obras y embarcaciones referidas en el inciso segundo del presente artículo, será de aplicación la exigencia prevista en el artículo 2° de la Ley Núm. 18.498, de 12 de junio de 2009”.

---

22

Art. 83, de la ley Núm. 14.305 de fecha 29/11/74, el cual dispone: “(Reserva).- En las aeronaves nacionales sólo podrán ejercer funciones los ciudadanos uruguayos, salvo disposición expresa en contrario de la autoridad competente”.

---

23

BRITO FILHO, J.C. M. de.. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*, LTr, São Paulo, 2016, p. 106.

---

24

BARBOSA GARCIA, G. F., “Trabajo Esclavo: violación de la dignidad de la persona humana”, *Revista Derecho del Trabajo*, año III, núm. 6, 2015, p. 179. El autor agrega que caracteriza al trabajo degradante aquél con “malas condiciones de trabajo, incluyendo, el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo”.

---

25

ARESE, M.C., *Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p.197.

---

26

Agregaba el destacado profesor con la meridiana claridad que lo caracterizaba, que tal situación: “no es sólo una cuestión de justicia social, no es sólo un problema humanitario. Es también el problema del riesgo de la carrera degradatoria. Yo flexibilizo para que no se me vayan mis empresas, el otro flexibiliza un poco más para que sí se vayan y así se ingresa en una carrera sin fin de quién degrada más”. ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, *Ius Labor*, núm. 1, 2017, p. 6 y 7.

---

27

ALBURQUERQUE, R.F., “Sindicalismo y Globalización”, en *El Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio*,

28

SANTESTEVAN, A.; BARRETTO, H., “Los problemas laborales y de seguridad social que se plantean respecto de la migración de trabajadores fronterizos”, en *XI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 56.

---

29

Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

---

30

BELTRAN, A. P., *op. cit.*, p. 269.

---

31

REYNERI, E. “Migrants involvement in irregular employment in the mediterranean countries of the European Union”, *International Migration Papers*, núm. 41, Ginebra, 2001, p. 58.

---

32

Ministerio de Desarrollo Social, *op. cit.*, p. 57.

---

33

*Idem.*, p. 59.

---

34

El artículo 149 bis del Código Penal dispone: “(Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas) El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión”.

---

35

El artículo 149 tris el Código Penal establece: (Comisión de actos de odio, desprecio o violencia contra determinadas personas). El que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.

---

ACKERMAN, M. E., "Principio de igualdad en el derecho del trabajo e integración regional", en *Aspectos laborales de la integración regional, Seminario Italia- Mercosur*, Bibliografía de Derecho Laboral, núm. 13, Montevideo, 2002, p. 191.

---

PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Principios del derecho del trabajo*, 3era. Edic., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 416.

---

En tal sentido, por Sentencia Núm. 225/2016 de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 1º. de agosto de 2016, se concluyó en la posibilidad de establecer en un contrato de trabajo un régimen más beneficioso que el nacional, en materia de indemnización por despido señalándose que: "No vemos impedimento alguno para ello, pues, en este ámbito y siempre que se acuerden mayores privilegios para el trabajador, rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad".

---

ERMIDA URIARTE, O., *Empresas multinacionales y derecho del trabajo*, Montevideo, 1981, p. 167 y 175. En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Cuarto Turno, concluyó en Sentencia SEF-0511-000029/2014 del 13 de mayo de 2014, que no resultaba de aplicación la ley cuya aplicación se pactó en el contrato de trabajo de un trabajador del mar la cual coincidía con la bandera del buque, aludiendo a que el: "buque, este se encontraba en el recinto portuario de Montevideo y el actor era embarcado y desembarcado en el Puerto de Montevideo, puntos de conexión que avalan la postura del apelante. Sin perjuicio de que, no surge probado en autos, que el actor se encontrara en tránsito cada vez que embarcaba y desembarcaba, como se expresa por la recurrida siguiendo la defensa de la parte demandada. Ya que, si bien fijó domicilio en Perú, también tiene domicilio en Montevideo. Por todo lo cual, a nuestro juicio, la legislación aplicable será a opción del actor del proceso, la del lugar de ejecución del contrato con independencia de la bandera del buque o la de domicilio del demandado y la misma será la de la jurisdicción, constituyendo por otra parte, ésta la posición más favorable al trabajador. De ahí, que se amparen los agravios deducidos y se revoque la interlocutoria impugnada".

---

Sostiene PLÁ RODRÍGUEZ al analizar el principio de continuidad que: "la tendencia a la conservación del contrato lleva a que el contrato permanezca, sustituyéndose la cláusula nula por otra conforme a la norma que aquella cláusula había infringido". Véase PLÁ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 237.

---

NICOLIELLO, A., *Derecho de la Seguridad Social*, Fundación Electra - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2018, p. 247.

---



43

ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1997, p. 361.

---

44

En el caso de Uruguay téngase presente que el artículo 8 de la Ley Núm. 18.250, del 6 de enero de 2008, dispone que las personas migrantes y sus familiares gozarán entre otros, de los derechos seguridad social en pie de igualdad con los nacionales. En la misma línea, la Ley Núm. 17.107 del 21 de mayo de 1999 ratificó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares la cual establece en su artículo 27 que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”. A mayor abundamiento véase la Parte XII sobre Igualdad de Trato de los Residentes no Nacionales del Convenio Internacional de Trabajo Núm. 102.

---

45

FRYDMAN, B., “Les nouveaux rapports entre droit et économie: trois hypothèses concurrentes”, *Le droit dans la mondialisation*, Puf, París, 2001, p. 58 y 74.

---

46

LÓPEZ VIANA, I., “El fenómeno de la migración: Uruguay frente a sus tendencias migratorias”, *Revista Derecho del Trabajo*, año IV, núm. 11, 2016, p. 97.

---

47

MÁRMORA, L., “Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur”, REMHU - *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana* (en línea) 2010, p. 73 y 74. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=407042012004>. Último acceso 19 de setiembre de 2018.

---

48

OIT - Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, Ginebra, 2004, p. 10.

---

49

OIT - Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *op. cit.*, p. 12.

---

50

GOLDSTEIN, E., *La discriminación racial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 79.

---

51

ZUBILLAGA, I.; RODRÍGUEZ YABÉN, A., “Derecho internacional de la seguridad social”, en *Estudios de derecho laboral: en homenaje al Profesor Octavio Racciatti*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017, p. 53.

---

52

Decreto Núm. 394/009, art. 43.

---

53

El inciso segundo del artículo 20 de ley 15.921, del 17 de diciembre de 1987, dispone: “Cuando el personal extranjero que trabaje en la zona franca exprese por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de seguridad social vigente en la República, no existirá obligación de realizar los aportes correspondientes”.

---

54

Ley Núm. 18.250, art. 17.

---

55

Art. 1 de la norma promulgada el 20 de julio de 2018.

---

56

Ley Núm. 19.643, art. 3 c).

---

57

Ley Núm. 19.643, art. 4 a). y p) .

---

58

DÄUBLER, W., *Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 838.

---

59

MANGARELLI, C., ¿Hacia un orden público social internacional garantista de derechos laborales?”,

60

DRAY, G., *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 183.

---

61

Sobre el particular la Ley Núm. 18.250 establece en su artículo 22 que: “Ningún empleador podrá contratar laboralmente a personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional”. Por su parte, el decreto No 278/017, dispone en su artículo 31: “Ningún empleador podrá contratar laboralmente a personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional. El empleador deberá exigir al trabajador la documentación emitida por la Dirección Nacional de Migración o el Ministerio de Relaciones Exteriores, según corresponda de conformidad con lo establecido en los artículos 19 y 20 de la Ley NÚM. 18.250 de 6 de enero de 2008 y los artículos 8º y 42º a 46º del Decreto 394/009 de 24 de agosto de 2009. Los Inspectores de Trabajo quedan autorizados a controlar y a exigir dicha documentación”.

---

62

El art. 46 del decreto Núm. 394/009 establece: “Todo empleador que contrate personas extranjeras que no cumpla los requisitos previstos en la normativa laboral vigente será pasible de sanción por la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social.” En ese marco, por sentencia Núm.594 del 11 de octubre de 2016 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo confirmó el acto administrativo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social impuso una importante multa a un particular que empleaba en su domicilio en calidad de trabajadoras domésticas, a extranjeras que no habían efectuado trámite migratorio alguno, destacándose en fallo la “especial vulnerabilidad de las trabajadoras afectadas: por su calidad de mujeres extranjeras, indocumentadas y de escaso relacionamiento social, por su condición económica y cultural, por su desconocimiento de sus derechos laborales y aún del valor de su salario”.

---

63

Ley Núm. 18.250, art. 16: “Las personas migrantes tendrán igualdad de trato que las nacionales con respecto al ejercicio de una actividad laboral”. En tanto que el art. 21 establece: “Las personas físicas o jurídicas que en el territorio nacional ocupen trabajadores extranjeros en relación de dependencia deberán cumplir la normativa laboral vigente, tal como se aplica a los trabajadores nacionales”. En la misma línea, decreto 394/009, art. 45.

---

64

BAYLOS, A., “Códigos de conducta y acuerdos - marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, *Lan Harremanak*, núm. 12, 2005-I-, p. 108.

---

65

MANGARELLI, C., *Códigos de Conducta*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 23.

En este último plano resulta destacable, que, a nivel de la negociación tripartita por sector de actividad, varios subgrupos del Grupo Núm. 09 “Industria de la Construcción y Actividades Complementarias”, acordaran la creación de ámbitos bipartitos con el objeto de estudiar las características del trabajo migrantes en tal sector a los efectos de construir propuestas que atiendan esta problemática. Por todos, Subgrupo Núm. 02-03 “Canteras en general, Caleras, Balasteras, Extracción de Piedras, Arena y Arcilla y Perforaciones en Búsqueda de Agua, Cementeras y sus canteras”, 9 de marzo de 2017, art. 17.

ALBURQUERQUE, R.F., *op. cit.*, p. 106.

ROMITA, A.S., *op. cit.*, p. 224.

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL**

#### **7. LES TRIBULATIONS DU TRAVAILLEUR DÉTACHÉ: LE RATTACHEMENT AU PAYS D'ORIGINE OU AU PAYS D'ACCUEIL**

## **7. Les tribulations du travailleur détaché: le rattachement au pays d'origine ou au pays d'accueil**

---

### **The tribulations of posted workers: links to his home or host country**

**(Autor)**

**MARCEL ZERNIKOW**

*Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris X Nanterre (ATER) marcel.zernikow@gmail.com*

#### **Sumário:**

- [1.Le rattachement du travailleur detache vu depuis l'Etat d'accueil](#)
  - [1.1.L'impérativité de la réglementation de l'Etat d'accueil](#)
  - [1.2.La vérification d'un rattachement au pays d'origine](#)
- [2.Le rattachement du travailleur detache recherché à travers les frontières](#)
  - [2.1.La recherche d'une définition du travailleur détaché](#)
  - [2.2.L'inutilité de la définition du travailleur détaché pour la détermination du rattachement](#)
- [3.Conclusion](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Résumé:**

Le détachement de travailleurs, en tant qu'un exemple de mobilité transfrontière, démontre la manière dont les travailleurs perdent en protection du fait du franchissement des frontières. Notre cadre d'analyse est celui de l'Union européenne. A partir du constat du dumping social qui encourage parfois les employeurs à calculer leur établissement dans un pays donné, nous essayons d'établir si les règles de coordination des législations parviennent à rattacher le travailleur détaché au pays qui lui est le plus proche.

#### **Abstract:**

The example of posting of workers demonstrates in which way international mobility can cause a loss of protection for workers. Within the context of the European Union, social dumping can

encourage employers to calculate the benefit of putting in place a posting scheme. Our demonstration aims at revealing that the European conflict-of-law rules do not necessarily designate the legislation of the State which is closest to the posted worker.

**Mots-clés:** détachement, mobilité transnationale, loi applicable, protection du travailleur

**Keywords:** posting of workers, international mobility, applicable law, worker protection

Coworking, Telework, Transfrontalier,... pour ne citer que trois termes qui désignent les nouvelles formes d'exercice de travail qui ont en commun de répondre aux désirs d'indépendance et de mobilité internationale des travailleurs de nouvelle génération. De nombreux exemples démontrent que les travailleurs réussissent parfois, dans leur mobilité, à s'affranchir des limites posées par les frontières. N'oublions pas, en même temps, que ce sont souvent les employeurs qui calculent le franchissement des frontières pour réduire la protection dont bénéficient leurs salariés, et partant, baisser le coût de la prestation de travail<sup>1</sup>. Nous faisons ici allusion à l'exemple concret du détachement de travailleurs. Compte tenu du cadre législatif supranational établi, nous limitons notre regard à l'Union européenne.

L'on entend par "travailleur détaché", tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement<sup>2</sup>. En nombre, il s'agit désormais d'un phénomène croissant qui ne représente pas moins de 2,05 millions de travailleurs détachés, représentant 0,9 % de l'emploi total au niveau de l'Union européenne<sup>3</sup>. Le détachement est favorisé par la libre prestation de services de l'article 56 TFUE. En effet, le détachement de travailleurs est conçu comme la mobilité de l'employeur, le salarié subordonné étant censé se rendre mobile avec son employeur qui lui-même exerce la libre prestation de services<sup>4</sup>.

En l'absence d'une réglementation européenne suffisante régissant les travailleurs détachés, leurs conditions de travail dépendant de l'une des législations de l'Etat d'origine ou d'accueil. Dans un contexte de dumping social<sup>5</sup>, l'Union européenne doit déterminer les critères selon lesquels s'applique l'une ou l'autre des législations. Nous nous situons dans un conflit de lois qui vise à déterminer quelle loi étatique régit la relation de travail. Néanmoins, l'article 8 du règlement Rome I<sup>6</sup> régissant la loi applicable au contrat de travail utilise des liens de rattachement, tels que le pays du lieu d'exécution habituelle du travail et le pays de l'établissement d'embauche, qui ne tiennent guère compte de la situation particulière du travailleur détaché.

Pour combler au défaut d'une règle de conflit de lois spécifique, la directive dite détachement se contente d'affirmer que le travailleur détaché reste rattaché à son pays d'origine, tout en imposant l'application de certains pans de la législation du pays d'accueil. Ce qui nous conduit à nous interroger si cette solution du conflit de lois ne prive pas le travailleur détaché de la protection en tant que travailleur dont il bénéficierait à défaut d'élément d'extranéité.

Pour y répondre, nous devons nous demander si la perspective de la directive dite détachement ne s'arrête pas à la frontière du pays d'accueil, sans considérer le véritable rattachement du travailleur (1.). A partir de l'objectif de protection du travailleur, nous proposons de revoir les règles de coordination en regardant à travers les frontières pour découvrir le véritable rattachement du travailleur détaché (2.).

## 1. Le rattachement du travailleur détaché vu depuis l'Etat d'accueil

Le droit européen se borne à circonscrire l'applicabilité de la réglementation<sup>7</sup> de l'Etat d'accueil au travailleur détaché. Tout en imposant à l'Etat d'accueil d'appliquer à ce dernier sa réglementation impérative du travail (1.1.), la directive dite détachement ne cherche pas à vérifier le maintien d'éventuels liens du travailleur détaché à l'égard de son pays d'origine (1.2.).

### 1.1. L'impérativité de la réglementation de l'Etat d'accueil

La solution du point de vue du conflit de lois oblige l'Etat d'accueil à appliquer aux travailleurs détachés un catalogue déterminé de droits impératifs concernant les conditions de travail et d'emploi. L'article 3 de la directive dite détachement contient une liste exhaustive de matières qui sont réputées impératives. Ces matières comprennent, entre autres, les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés annuels payés et la rémunération<sup>8</sup>. Les dispositions de l'ancienne directive, qui se limitait à imposer la rémunération minimale de l'Etat d'accueil, ont donné lieu à une jurisprudence abondante<sup>9</sup>. Cette jurisprudence s'explique principalement par le fait que les Etats membres connaissant de faibles niveaux de salaire dans certains secteurs ont omis d'appliquer leur salaire minimum aux travailleurs détachés, ce qui ne leur était pas reprochable du point de vue de la directive dite détachement. En effet, la directive dite détachement exigeait soit des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, soit des conventions collectives ou sentences arbitrales d'applicabilité immédiate. Or, jusqu'à l'introduction du salaire minimum légal en Allemagne, le 1<sup>er</sup> janvier 2015, aucune réglementation de telle nature ne pouvait y être relevée. En effet, les salaires minima de branche, si existants, ne relevaient pas nécessairement de conventions collectives étendues.

A partir de ce contentieux apparaît clairement le contexte du *dumping social* qui est sous-jacent au débat sur l'impérativité des conditions de travail minimales<sup>10</sup>. Il met en présence les intérêts des Etats qui veulent sauvegarder leurs objectifs réglementaires existants, en appliquant leur réglementation à tout travailleur présent sur leur territoire. Ce débat oppose souvent les pays dits d'accueil aux pays dits d'origine de travailleurs détachés. C'est ainsi qu'à la suite des premiers élargissements de l'Union européenne, la crainte d'une mobilité accrue des travailleurs vers les anciens Etats membres a motivé des restrictions temporaires à la libre circulation des travailleurs<sup>11</sup>. Concernant plus spécifiquement le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, le fait de permettre l'exercice d'une prestation de travail à un faible coût (dit *low cost*), peut causer un désavantage concurrentiel aux activités des entreprises embauchant de la main-d'œuvre locale. De surcroît, la directive dite détachement instaure une "inégalité" entre les travailleurs du pays d'accueil, en soumettant les travailleurs détachés à une protection moindre. Alors que le lien entre l'application de la législation de l'Etat d'accueil et le *dumping social* était longtemps débattu, la directive se refusait à ancrer un principe d'égalité entre travailleurs dans le pays d'accueil<sup>12</sup>. Ce qui conduit, par exemple, à des écarts de salaires entre la main-d'œuvre qualifiée détachée qui est rémunérée au salaire minimum et les travailleurs locaux qui bénéficient de l'échelon correspondant à leur qualification. Néanmoins, la directive modifiée semble pousser le principe d'égalité dans l'Etat d'accueil à un degré supérieur, ancrant ainsi plus profondément le travailleur détaché dans son pays d'accueil.

La technique qui permet cet "ancrage" est celle des lois de police. Il s'agit de dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que la loi applicable<sup>13</sup>. La technique consiste à décider à partir du domaine d'intervention de la loi si elle doit imposer, par exemple, une rémunération, peu importe la loi qui régit le contrat de travail. L'on voit ici le resurgissement de forts intérêts étatiques<sup>14</sup>.

Compte tenu de son intervention ponctuelle, par domaine, l'application impérative des lois de police de l'Etat d'accueil est souvent vue comme une "exception" à l'application de principe de la loi du pays d'origine<sup>15</sup>. Ce qui sous-entend que le travailleur détaché est supposé rester rattaché, du point de vue de la réglementation du travail, à son Etat d'origine. En effet, la directive dite détachement vise à imposer la réglementation du pays d'accueil pour certains aspects seulement. Ce qui nous permet de nous interroger sur le maintien du lien de rattachement au pays d'origine, autrement dit du lieu d'exécution habituelle de la prestation de travail.

## 1.2. La vérification d'un rattachement au pays d'origine

La directive dite détachement part de l'hypothèse que le travailleur détaché reste rattaché à la législation de son pays d'origine. Alors que la directive dite détachement et le règlement Rome I renvoient l'une vers l'autre, la première ne s'articule pas nécessairement avec les règles de conflit



en matière de contrat de travail. La question se pose de comment établir le rattachement du travailleur détaché à la réglementation du travail de son pays d'origine.

D'emblée, il convient de noter que la loi applicable au contrat de travail est souvent celle du pays du lieu d'exécution habituelle de la prestation de travail<sup>16</sup>. Pour être plus précis, ce lieu est celui "où ou à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent ladite activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur"<sup>17</sup>. Des difficultés d'interprétation de ce lien de rattachement ont été relevées concernant certaines catégories professionnelles. L'affaire *Koelzsch* concernait celle des chauffeurs internationaux. Plusieurs indices ont été mis en avant qui doivent guider l'interprétation par les juridictions nationales. Ainsi, concernant les travailleurs des transports, il s'agit de déterminer "le lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions de transport, celui où il rentre après ses missions, reçoit les instructions sur ses missions et organise son travail, ainsi que le lieu où se trouvent les outils de travail"<sup>18</sup>. Se référant aux mêmes indices, la récente affaire *Ryanair* a précisé, à propos du conflit de juridictions, ce qu'il fallait entendre par "lieu d'exécution habituelle du travail" du personnel navigant. La Cour de justice a admis qu'il fallait tenir compte "du lieu où sont stationnés les aéronefs à bord desquels le travail est habituellement accompli"<sup>19</sup>. Alors que l'on souhaite parfois une interprétation homogène entre différents blocs du droit européen, la Cour de justice a également affirmé, que ce rattachement n'était pas nécessairement la base d'affectation mais que cette dernière pouvait être un indice significatif<sup>20</sup>.

En essayant de placer ces critères d'interprétation dans le contexte du détachement transnational de travailleurs, nous sommes conduits à douter de leur accomplissement. Comment peut-on soutenir qu'un travailleur exerçant son activité dans un autre pays, au service d'une autre entreprise, reste rattaché à son pays d'origine ? Les critères d'interprétation du lieu d'exécution habituelle du travail doivent être remplis. Selon la jurisprudence *Koelzsch*, le lieu d'exécution habituelle désigne l'Etat dans lequel "le travailleur exerce sa fonction économique et sociale et [dont] l'environnement professionnel et politique influence l'activité de travail"<sup>21</sup>. Ce qui est recherché est l'intégration au marché du travail et la contribution au système de sécurité sociale<sup>22</sup>. Par ailleurs, la mention de l'environnement professionnel et politique semble renvoyer vers un lien d'intégration organisationnelle, se manifestant par l'exercice de fonctions représentatives du personnel et la volonté de participer aux mouvements sociaux. C'est pour cela, l'arrêt poursuit-il, que "le respect des règles de protection du travail" de ce pays doit être garanti<sup>23</sup>. Dans le contexte spécifique du détachement de travailleurs, l'on peut douter d'où vient précisément cette protection du travailleur : de la loi du pays du lieu d'exécution habituelle du travail ou de la disposition impérative du pays d'accueil?

Qui plus est, nous constatons que la directive dite détachement semble imposer le postulat que le travailleur détaché continue, par définition, de travailler habituellement dans son pays d'origine. En affirmant cela, le texte n'insiste pas sur la vérification des critères du lieu d'exécution habituelle du travail. En effet, la démarche de la directive dite détachement consiste à formuler une présomption du rattachement, sans rechercher précisément à résoudre le conflit de lois. Pour conclure au maintien du lieu d'exécution habituelle, la directive dite détachement semble partir du rattachement de l'employeur à son pays d'établissement. Après une prise de conscience, la directive dite d'exécution oblige désormais la vérification de l'exercice réel d'activités substantielles de l'employeur dans le pays d'origine<sup>24</sup>. Il n'en demeure pas moins que cette investigation relève des autorités de l'Etat d'accueil, souvent dépourvues d'informations, et s'apprécie par les juridictions de cet Etat qui sont potentiellement saisies pour la revendication de droits par le travailleur détaché nées à l'occasion du détachement<sup>25</sup>.

En revanche, le véritable rattachement du travailleur à son Etat d'origine n'a pas à être vérifié. *Fortiori*, la directive dite d'exécution ne précise pas davantage le lieu d'exécution habituelle du travail. L'article 4 § 3 du même texte, qui a été adopté pour éviter les contournements, précise uniquement le lien d'intégration du travailleur à l'égard de son pays d'accueil.

Partant, les critères de la directive dite détachement sont peut-être contraires à la logique-même des critères du règlement Rome I. En fin de compte, nous postulons que la directive dite

détachement était davantage motivée par l'objectif de répondre au *dumping social* qu'à établir le véritable rattachement du travailleur. Avec à la clé un désavantage pour le travailleur qui n'est pas ou n'est plus réellement intégré dans son pays d'exécution habituelle du travail. Nous concluons que le regard proposé par les directives en matière de détachement s'arrête à la frontière du pays d'accueil.

## 2. Le rattachement du travailleur détache recherché à travers les frontières

Contrairement à la directive dite détachement qui prend le rattachement du travailleur à l'égard de son Etat d'origine pour acquis, le système du règlement Rome I impose une autre lecture du rattachement du travailleur. En étudiant la définition du travailleur détaché (2.1.), nous constatons que la distinction qu'elle opère entre travailleurs et travailleurs détachés, n'a pas pour vocation à apporter une réponse en ce qui concerne le rattachement. Le rattachement semble simplement résulter de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail (2.2.).

### 2.1. La recherche d'une définition du travailleur détaché

Afin de déterminer le rattachement du travailleur détaché, il peut *a priori* apparaître utile de rechercher si l'on fait face à une catégorie particulière, distincte de celle du contrat de travail, et qui nécessite une règle de rattachement spécifique. Nous devons partir de la définition posée par la directive dite détachement. Alors que son article 2 § 1 pose que le travailleur détaché est celui qui exerce temporairement son travail dans un pays autre que celui du lieu d'exécution habituelle, le texte ne contient pas de définition du travailleur. Au contraire, l'article 2 § 2 laisse expressément l'appréciation de la qualité de travailleur aux juridictions de l'Etat d'accueil, qui appliquent les conceptions du for. La directive dite exécution ajoute que les éléments qualifiant le véritable détachement dans l'Etat d'accueil peuvent être pris en compte. Il s'agit d'une annonce programmatique qui va jusqu'à consacrer une liste facultative d'éléments à prendre en considération : "[l]es États membres devraient s'appuyer notamment sur les faits relatifs à la prestation de travail, à la subordination et à la rémunération du travailleur, quelle que soit la qualification de la relation dans tout accord, qu'il soit contractuel ou non, ayant pu être conclu entre les parties"<sup>26</sup>.

L'apport de la directive modifiée consiste seulement à préciser le caractère temporaire du détachement. Longtemps recherchée, cette définition du caractère temporaire a auparavant fait débat, et parfois été calquée sur celle des règlements dits coordination en matière de sécurité sociale<sup>27</sup>. La directive modificatrice a apporté davantage de clarté en insérant un article 3 § 1 *bis* dans le texte originel. D'emblée, elle précise que le détachement peut être d'une durée de douze mois. L'alinéa trois permet ensuite que le détachement dure dix-huit mois, "[l]orsque le prestataire de services soumet une notification motivée". Enfin, précisons que cette durée se mesure en additionnant les durées de détachement de tous les travailleurs effectuant "la même tâche au même endroit", ce qui vise à mettre fin aux pratiques de remplacement en cascade de travailleurs détachés.

L'insertion de cette définition n'a pas pour autant pour finalité de circonscrire l'opération de détachement. L'article 3 § 1 *bis* a uniquement pour objet de déterminer à partir de quelle durée le travailleur détaché bénéficie d'une égalité de traitement à l'égard des travailleurs de l'Etat d'accueil en termes de conditions de travail et d'emploi. La disposition conduit à la création de deux situations de détachement. En fonction de la durée, le travailleur détaché se voit appliquer soit le noyau dur des conditions de travail et d'emploi, soit le principe d'égalité de traitement avec les travailleurs locaux<sup>28</sup>. Il en résulte qu'un travailleur peut être détaché de longue durée, ce qui n'est pas contraire à la définition-même du détachement. Nous assistons à l'instauration d'une binarité de la notion de détachement. Seuls les droits dont bénéficie le travailleur détaché varient en fonction de la durée de son détachement.

Il fut un temps où l'on pouvait croire que la directive dite détachement visait à distinguer le détachement des déplacements de longue durée, et qu'elle avait ainsi pour objet d'apporter une solution au conflit de lois. Nous doutons désormais que la directive dite détachement ait eu pour

objet d'instaurer une catégorie particulière du droit international privé. En effet, la récente précision de la notion de détachement semble uniquement déterminer les droits attachés à la qualité de travailleur détaché.

## 2.2.L'inutilité de la définition du travailleur détaché pour la détermination du rattachement

Qu'apprenons-nous de cette solution sur le conflit de lois ? La directive modifiée ne semble pas vouloir rompre avec la présomption du rattachement au pays d'origine. Ce qui peut être déduit de la formulation de l'article 3 § 1 *bis*, alinéa premier, qui impose l'égalité de traitement, "quelle que soit la loi applicable" au reste du contrat de travail.

En ce que la directive modifiée reste muette sur la loi applicable, elle laisse entendre que le détachement ne constitue pas une catégorie particulière, différente de celle de contrat de travail. Précisément, elle n'exclut pas que la règle de conflit de lois relative au contrat de travail tranche sur la loi applicable. Ainsi, la détermination de la loi applicable et l'identification du travailleur détaché sont déconnectées.

L'existence de directives spécifiques en matière de détachement de travailleurs illustre simplement, du point de vue du droit européen, un besoin d'adresser le *dumping social*. C'est ainsi que certains ont demandé de justifier, du point de vue des libertés de circulation, que la différence de catégorie soit démontrée pour pouvoir fonder par des éléments objectifs la différence de régimes, autrement dit, l'inégalité de traitement<sup>29</sup>.

En nous arrêtant au droit international privé, la recherche d'une solution au rattachement des travailleurs dépend du règlement Rome I et de l'interprétation qui en est faite. A ce titre, il s'agit de combattre la supposition que le lieu d'exécution habituelle du travail se situe nécessairement dans le pays d'origine. Pour ce faire, il serait aisé de déterminer une règle de conflit de lois rattachant le travailleur au pays qui lui est le plus proche. Cette démarche correspondrait à celle du règlement Rome I, qui consiste principalement à ancrer une protection du travailleur.

En partant de la solution du règlement Rome I, il faudrait définir le lieu d'exécution habituelle du travail pour le travailleur détaché et rappeler dans la directive qu'il s'agit de vérifier celui-ci. Enfin, pour parvenir à déterminer clairement le lien de rattachement, il faut nécessairement définir la catégorie juridique concernée : le travailleur. La catégorie juridique doit être clairement définie pour la conséquence juridique qui lui est attachée. Malgré les récentes précisions de l'opération de détachement, la catégorie du travailleur reste toujours obscure.

Il s'agit d'adapter cette définition du travailleur à la spécificité du travailleur détaché, pour l'y inclure. Pour définir l'opération spécifique du détachement, la directive dite détachement recourt à la définition à partir de l'activité de l'employeur<sup>30</sup>. Elle définit le travailleur négativement, en l'opposant au faux indépendant. Pour le reste, la directive laisse la définition du travailleur au juge de l'Etat de détachement : il aura à statuer sur l'affaire et appréciera *lege fori*. Le fait que la directive dite d'exécution cherche à expliciter les critères pouvant indiquer si une entreprise de détachement exerce réellement des activités substantielles dans l'Etat d'établissement est l'illustration de la définition négative<sup>31</sup>.

Qu'est alors un travailleur au sens des règles de conflit de lois ? En attendant une définition autonome, nous craignons que le vide législatif risque d'inciter les juges à retenir le rattachement au pays d'origine alors que - très souvent - le travailleur n'y avait été qu'embauché pour être directement détaché. Cette démarche vise, en conséquence, à ancrer réellement le rattachement à la loi du pays d'embauche plutôt que de celui de l'exécution habituelle du travail. Ce qui est problématique du point de vue de la protection du travailleur, puisque la solution actuelle favorise la prévisibilité à la proximité et est ainsi favorable aux intérêts de l'employeur.

La directive dite d'exécution semble faire un premier pas vers la précision. Son article 4, § 5 renvoie pour la détermination de la qualité de travailleur aux indices qu'il indique pour la détermination de l'exercice d'une activité temporaire dans le pays d'accueil. Cette voie de recherche d'une notion autonome doit être poursuivie. Elle servira certainement, au-delà du

détachement, à localiser d'autres nouvelles formes d'exercice du travail.

### 3. Conclusion

Le rattachement du travailleur détaché au pays d'origine est présumé par la directive dite détachement, alors qu'il dépend en pratique du lieu de situation de l'employeur. Le lien qui lie le travailleur détaché à son pays d'origine apparaît ainsi ténu. Partant, il convient de rétablir son véritablement rattachement à la loi du pays qui lui est le plus proche. Pour ce faire, il est nécessaire de retenir une définition autonome du travailleur qui rend compte des liens du travailleur détaché à l'égard de son employeur, et partant, de son pays d'origine.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Nous laissons de côté les incidences du point de vue de la sécurité sociale, alors qu'il est établi que certains employeurs calculent également le coût de l'affiliation au système de sécurité sociale d'un pays plutôt que d'un autre.

2

Article 2, § 1, de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (directive dite détachement).

3

Ces chiffres concernent l'année 2015 ([https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/posting-workers\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/posting-workers_fr.pdf), consulté le 31 mai 2018). Pour une étude plus approfondie des chiffres, cf. Fotinopoulou Basurko, O., *El desplazamiento de trabajadores en el marco de Unión Europea: presente y futuro* (Barcelona, 2017), Atelier Libros.

4

CJCE, arrêt du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Webb*, précisant pour la première fois que "[l]a notion de 'services', figurant à l'article 60 du traité CEE, comprend la mise à disposition de main-d'œuvre".

5

Defossez, A., *Le dumping social dans l'Union européenne* (Bruxelles, 2014), Larcier, p. 21 et s., 539 : il reproche à la notion son défaut de définition, tout en admettant que le dumping social est parfois associé aux divergences entre les Etats membres dans le développement de leur droit social. Néanmoins, aux fins de notre démonstration, nous visons le comportement des employeurs qui cherchent à faire travailler leur personnel à faible coût, en se déplaçant à travers les frontières.

---

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (règlement Rome I).

---

Compte tenu des différences entre les systèmes juridiques au niveau de l'Union européenne, nous préférons utiliser le terme de "réglementation", désignant les actes législatifs, réglementaires ainsi que les conventions collectives.

---

Notons que le terme "*rémunération*" remplace désormais celui de "*taux de salaire minimal*", depuis l'adoption de la directive 2018/957/UE du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

---

CJCE, arrêt du 15 mars 2001, C-165/98, *Mazzoleni*; arrêt du 24 janvier 2002, C-164/99, *Portugaia Construções*; arrêt du 3 avril 2008, C-346/06, *Rüffert*; arrêt du 18 septembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei* ; arrêt du 12 février 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*; arrêt du 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost*.

---

Directive dite détachement, considérant n° 5 : "une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs".

---

Notons que ces restrictions ne s'appliquaient pas aux travailleurs détachés, relevant de la libre prestation de services, CJCE, arrêt du 27 mars 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*.

---

Voir les débats récents et la proposition de la Commission au Parlement européen et au Conseil (COM(2016)0128).

---

Article 9, § 1, du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

---

14

Nous considérons que l'utilisation des lois de police signale un intérêt politique fort ; l'intervention des pouvoirs publics qui contrôlent l'application et sanctionnent le non-respect confirme notre thèse. En France, par exemple, la récente loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a précisé le contrôle et la sanction des conditions minimales. Ensuite, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, a durci les sanctions.

---

15

Defossez, A., *Le dumping social dans l'Union européenne* (Bruxelles, 2014), Larcier, p. 258.

---

16

Enfin, les autres critères de rattachement, tels que celui du lieu d'établissement d'embauche et la clause d'exception, n'intéressent pas dans le contexte du détachement, dans la mesure où le travailleur est par définition celui qui exerce temporairement une prestation de travail dans un pays autre que celui dans lequel il exerce habituellement son travail, ce qui renvoie au premier critère (Article 2, § 1, de la directive dite détachement).

---

17

CJUE, arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, pt. 50.

---

18

CJUE, arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, pt. 49 ; arrêt du 14 septembre 2017, C-168/16 et C-169/16, *Ryanair*, pt. 63.

---

19

CJUE, arrêt du 14 septembre 2017, C-168/16 et C-169/16, *Ryanair*, pt. 64.

---

20

CJUE, arrêt du 14 septembre 2017, C-168/16 et C-169/16, *Ryanair*, pt. 69.

---

21

CJUE, arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, pt. 42.

---

22

CJUE, arrêt du 12 septembre 2013, C-64/12, *Schlecker*, pt. 41, comm. Pataut, É., "La clause d'exception dans la convention de Rome du 19 juin 1980 ", *RCDIP*, n° 1, 2014, p. 159.

---

23

CJUE, arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, pt. 42.

---

24

Article 4, § 2 de la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (directive dite d'exécution).

---

25

Article 6 de la directive dite détachement ; article 11 de la directive dite d'exécution.

---

26

Article 4, § 5, de la directive dite d'exécution.

---

27

Suivant l'article 12, § 1, du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et de sa version modifiée, le règlement (UE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, le détachement est limité à une durée de 24 mois.

---

28

Notons toutefois que certains droits sont réservés du champ de l'égalité de traitement, et le travailleur détaché ne peut pas en bénéficier. Suivant l'article 3 § 1 *bis*, alinéa 2, l'égalité de traitement ne concerne pas "a) les procédures, formalités et conditions régissant la conclusion et la fin du contrat de travail, y compris les clauses de non-concurrence ; b) les régimes complémentaires de retraite professionnels".

---

29

Cf. Llobera Vila, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, (Valencia, 2013), Tirant lo Blanch.

---

30

Article 2, § 1, de la directive dite détachement ; considérant n° 10 de la directive dite d'exécution.

---

31

Article 4, § 2, de la directive dite d'exécution.



## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **3. LA GLOBALIZACIÓN Y EL TRABAJO DECENTE EN EL MARCO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL**

#### **8. EL TRABAJO DECENTE Y EL ROL FISCALIZADOR DEL ESTADO EN PERÚ**

## **8. El trabajo decente y el rol fiscalizador del estado en Perú**

---

### **Decent work and the fiscalizing role of the state in Peru**

**(Autor)**

**GABRIEL ACURIO SALAZAR**

*Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, Magister en Gestión Pública, ex magistrado del Poder Judicial, Inspector del Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, docente de la Maestría en Medicina Ocupacional y del Medio Ambiente de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. gacurios@hotmail.com*

#### **Sumário:**

##### [1.Trabajo decente](#)

##### [1.1.Concepto](#)

##### [1.2.Respeto de los derechos laborales y fundamentales](#)

##### [1.3.Oportunidades de empleo adecuado](#)

##### [1.4.Condiciones seguras y protección social](#)

##### [1.5.Acceso a mecanismos de representación y diálogo social](#)

##### [2.Rol fiscalizador del Estado](#)

##### [3.Análisis de la efectividad de la fiscalización del trabajo decente](#)

##### [4.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumen:**

La presente investigación tiene como objetivo principal determinar cuál es el nivel de cumplimiento del trabajo decente, según el rol fiscalizador del Estado, de los trabajadores del régimen laboral privado en la Intendencia de Lima Metropolitana, durante los años 2014 al 2016.

#### **Abstract:**

This research entitled has as main objective to determine the level of fulfilment of the decent work,

according to the control role of the State, of the employees of the private labour regime in the Intendancy of Metropolitan Lima, around the years 2014 to 2016.

**Palabras Clave:** Trabajo decente, rol fiscalizador, inspecciones, SUNAFIL

**Keywords:** Decent work, oversight role, inspections, SUNAFIL

## 1.Trabajo decente

### 1.1.Concepto

Ermida señala que “el trabajo decente no puede ser sino el trabajo en cantidad y calidad suficientes, apropiadas, dignas y justas, lo que incluye el respeto de los derechos, ingresos y condiciones de trabajo satisfactorias, protección social y un contexto de libertad sindical y diálogo social”<sup>1</sup>. Bastidas y Balbín conceptualizan dicho trabajo como “un empleo productivo, justamente remunerado y en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto a la dignidad humana”, debiéndose entender, para ello, el término “trabajo” en un sentido amplio, que no englobe solamente a los trabajadores dependientes, sino también al “autoempleo, el trabajo a domicilio, el desarrollo de tareas domésticas -como la cocina o la limpieza-, y toda la gama de labores que se desarrollan en cualquier sector de actividad y también en la economía informal”; mientras que por “decente” se evoca a “estándares que hacen que las personas se realicen dignamente mediante el trabajo y valoren positivamente su ocupación”<sup>2</sup>.

En la *Guía de trabajo decente para una globalización con derechos* de ISCOD y UGT, se afirma que: “trabajo Decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; 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”<sup>3</sup>.

El concepto de “trabajo decente”, y sus componentes, fue propuesto, por primera vez, por el Director general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Juan Somavía, en su primer informe a la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, en el año 1999, al declarar lo siguiente: “(...) la OIT es el único foro en el que los sindicatos se sientan lado a lado con gobiernos y empleadores de todo el mundo, en igualdad de condiciones. Lo que nuestra organización les ofrece es un lugar en la mesa de la gobernanza mundial. El mandato de la OIT, que es el de promover la justicia social mediante el mejoramiento del mundo del trabajo, implica: defender los derechos de los trabajadores, porque todos los que trabajan tienen derechos; ayudar a crear las empresas y los puestos de trabajo decentes sin los cuales esos derechos no pueden ejercerse; hacer que los lugares de trabajo sean seguros, extender la protección social y consolidar alianzas entre sindicatos, empleadores y gobiernos que permitan acelerar todo lo anterior. En la OIT llamamos a esto diálogo social (...)”<sup>4</sup>.

Posteriormente, fueron desarrollados con mayor profundidad en la Declaración de la OIT del año 2008, dándose a conocer lo siguiente: “La Conferencia reconoce y declara que en el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente”.

Estos pueden resumirse como sigue: i) “el promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible, en cuyo marco las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común; todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos; y la sociedad pueda conseguir sus objetivos de

desarrollo económico y de progreso social, así como alcanzar un buen nivel de vida”.

ii) El adoptar y ampliar “medidas de protección social, seguridad social y protección de los trabajadores que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; condiciones de trabajo saludables y seguras; y medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”.

iii) El impulsar “el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados para adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país; traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico; facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y trabajo decente; y fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, en particular respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo;

Y iv) el “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta: que la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos; y que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas. Los cuatro objetivos estratégicos son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente. La falta de promoción de cualquiera de ellos menoscabaría el logro de los demás (...)”<sup>5</sup>.

De lo anteriormente expuesto, se obtiene que el trabajo decente, como tal, es un concepto propuesto por la OIT para establecer las características o presupuestos mínimos que debe reunir una relación laboral acorde con los estándares laborales internacionales, de manera que el trabajo se realice en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. Por ello, es importante que un país donde existe desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores pueda contar con un sistema inspectivo, un órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de los estándares mínimos y de las condiciones de trabajo decente, como es el caso de Perú, donde existe la Inspección del Trabajo. Se trata de un servicio público encargado de controlar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio núm. 81 de la OIT.

## **1.2.Respeto de los derechos laborales y fundamentales**

Dicho respeto se referido al acatamiento irrestricto de los derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido también como “Protocolo de San Salvador”, así como los convenios y recomendaciones de la OIT, documentos normativos donde se plasman los derechos mínimos de las personas.

## **1.3.Oportunidades de empleo adecuado**

Las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para

poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y bienestar común. Las empresas, tanto públicas como privadas, deben ser “sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos”. La sociedad debe poder “conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social”<sup>6</sup>.

El Estado, dentro de sus políticas públicas, debe priorizar la generación de empleos dignos y adecuados para las personas que se encuentran desempleadas o subempleadas; una vez colocadas en dichos puestos de trabajo, estos deben ser bien empleadas, lo que se traduce en el cumplimiento del otorgamiento de las condiciones mínimas laborales.

#### **1.4. Condiciones seguras y protección social**

La Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece: “el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Deben considerar factores sociales, laborales y biológicos diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral”<sup>7</sup>.

En los países que se encuentran en pleno desarrollo económico y tecnológico, es necesario que a los trabajadores se les brinde las condiciones de seguridad e higiene industrial, así como un sistema de seguridad social solidario y eficiente, que ofrezca coberturas amplias y universales.

#### **1.5. Acceso a mecanismos de representación y diálogo social**

Resulta necesario el fortalecimiento de la organización y representación de los actores sociales en el ámbito laboral y el diálogo social. Hay que adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias y traducir el desarrollo económico en progreso social. Asimismo, hay que facilitar el consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y Trabajo Decente. También es recomendable el promover “la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, el reconocimiento del trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo”<sup>8</sup>.

El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, negociación colectiva y huelga sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros, ello conforme establece el artículo 28 de la Constitución Política del Estado.

## **2. Rol fiscalizador del Estado**

Briones señala que, para que se cumplan efectivamente los derechos fundamentales dentro del ámbito del trabajo decente, además de impulsar las políticas sociales estatales, no cabe omitir “el componente de verificación (no solo entendido de manera represiva, sino también de prevención y enseñanza)”<sup>9</sup>.

La Inspección del Trabajo es el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio núm. 81 de la OIT. La Ley 28806, en su artículo 1, señala que “(...) el Sistema de Inspección del Trabajo es un sistema único, polivalente e integrado a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas”. Los Supervisores Inspectores, Inspectores del Trabajo e Inspectores

Auxiliares son los servidores públicos cuyos actos merecen fe, seleccionados por razones objetivas de aptitud y con la consideración de autoridades, en los que descansa la función inspectiva que emprende el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de los Gobiernos Regionales. A los efectos de la presente Ley y de sus normas de desarrollo, con carácter general, la mención a los “Inspectores del Trabajo” se entenderá referida a todos ellos, sin perjuicio de las funciones y responsabilidades atribuidas a cada uno de ellos (...)”<sup>10</sup>.

El Reglamento de la Ley General de la Inspección del Trabajo estipula, en el artículo 17, que finalizadas las actuaciones de investigación o comprobatoria, y en uso de las facultades atribuidas, los inspectores del trabajo “adoptarán las medidas inspectivas de advertencia, requerimiento y paralización o prohibición de trabajos o tareas para garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización, emitiendo un informe sobre las actuaciones realizadas y sus resultados, sin perjuicio de la posible extensión del acta de infracción. Al expediente de inspección, se adjuntarán las copias de los documentos obtenidos durante las actuaciones inspectivas”<sup>11</sup>.

### 3. Análisis de la efectividad de la fiscalización del trabajo decente

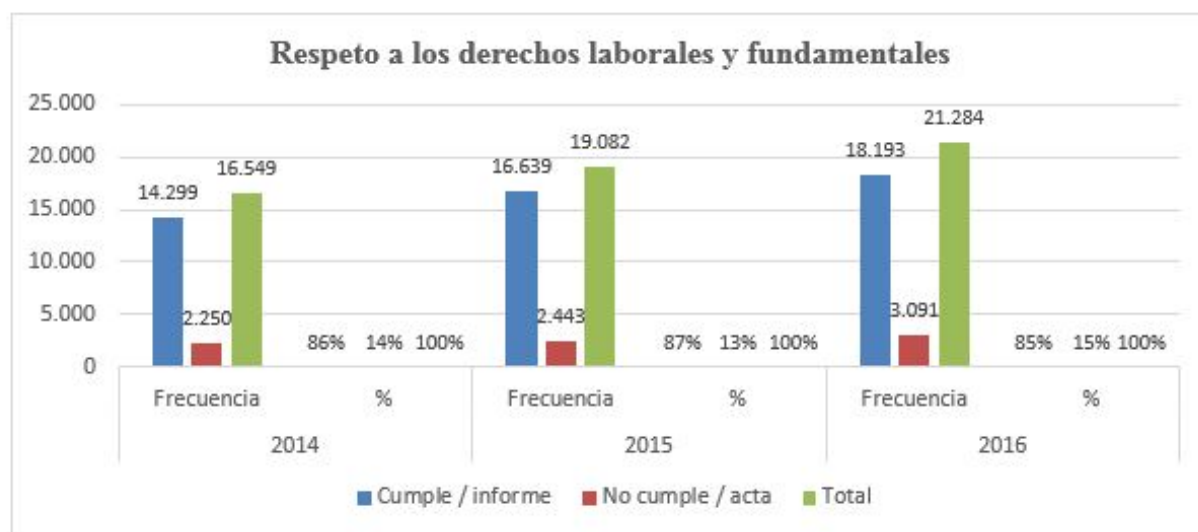
El trabajo decente debe ser una política pública permanente en el Perú, cuyo cumplimiento debe ser fiscalizado de manera constante por los organismos a cargo de dicha labor, dentro de los cuales se encuentra la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL, toda vez que el trabajo dignifica al trabajador y le permite alcanzar mejores niveles de bienestar para él y su familia. Solo dignifica y brinda bienestar el trabajo decente, esto es, el trabajo que se desarrolla en un contexto de pleno respeto de los derechos laborales y fundamentales, donde haya oportunidades de empleo adecuado e ingresos dignos; que el trabajo se dé en condiciones seguras y protección social, y se tenga acceso a mecanismos de representación y dialogo social.

En este contexto, es necesario analizar cuál es el nivel de cumplimiento del trabajo decente según el rol fiscalizador del Estado, con el propósito de fortalecer dicha función tan importante para la sociedad y el Estado. Para lo cual se analizarán 73,384 órdenes de inspección generadas en la Intendencia de Lima Metropolitana durante los años 2014 al 2016, información suministrada por la Oficina General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, que representan las principales materias en cada una de las 4 dimensiones del trabajo decente.

Tabla 1

*Respeto a los derechos laborales y fundamentales*

	2014		2015		2016	
<b>Dimensión 1: Respeto a los derechos laborales y fundamentales</b>						
	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>
Cumple / informe	14,299	86%	16,639	87%	18,193	85%
No cumple / acta	2,250	14%	2,443	13%	3,091	15%
Total	16,549	100%	19,082	100%	21,284	100%



*Figura núm. 1*

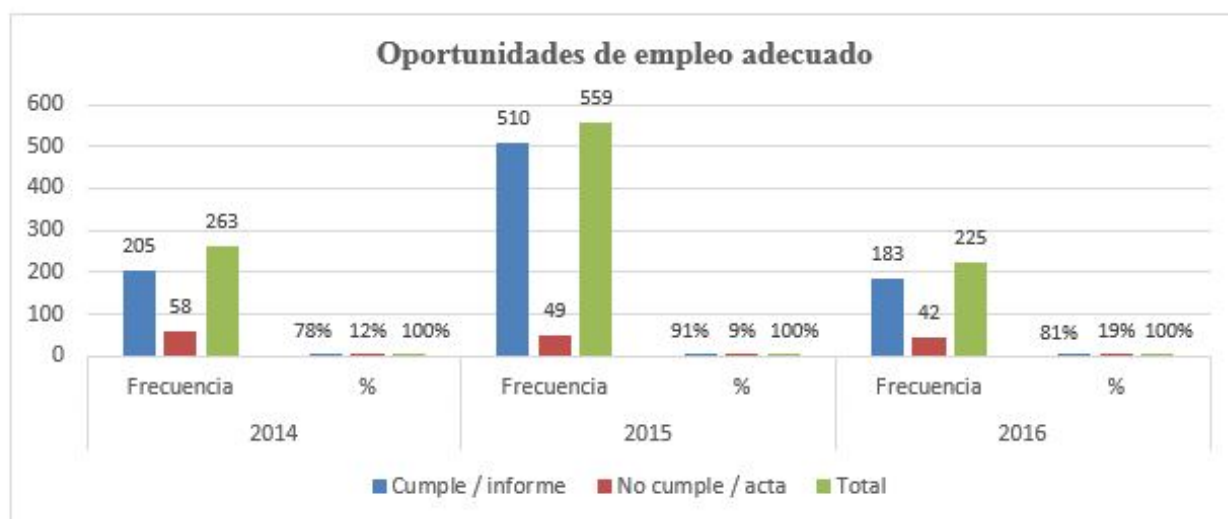
#### Respeto a los derechos laborales y fundamentales

De la tabla núm. 1 y la figura núm. 1, podemos extraer que el nivel de cumplimiento del trabajo decente, según el rol fiscalizador del Estado, respecto de los derechos laborales y fundamentales, en el año 2014 fue del 86%, y de incumplimiento un 14%; el año 2015, se cumplió en un 87% y se incumplió en un 13%, mientras que en el año 2016 se cumplió en un 85% incumpléndose en un 15%.

Tabla 2

#### *Oportunidades de empleo adecuado*

Dimensión 2: Oportunidades de empleo adecuado	2014		2015		2016	
	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Frecuencia	%
<b>Cumple / informe</b>	205	78%	510	91%	183	81%
<b>No cumple / acta</b>	58	12%	49	9%	42	19%
<b>Total</b>	263	100%	559	100%	225	100%



*Figura núm. 2*

Oportunidades de empleo adecuado

Interpretación:

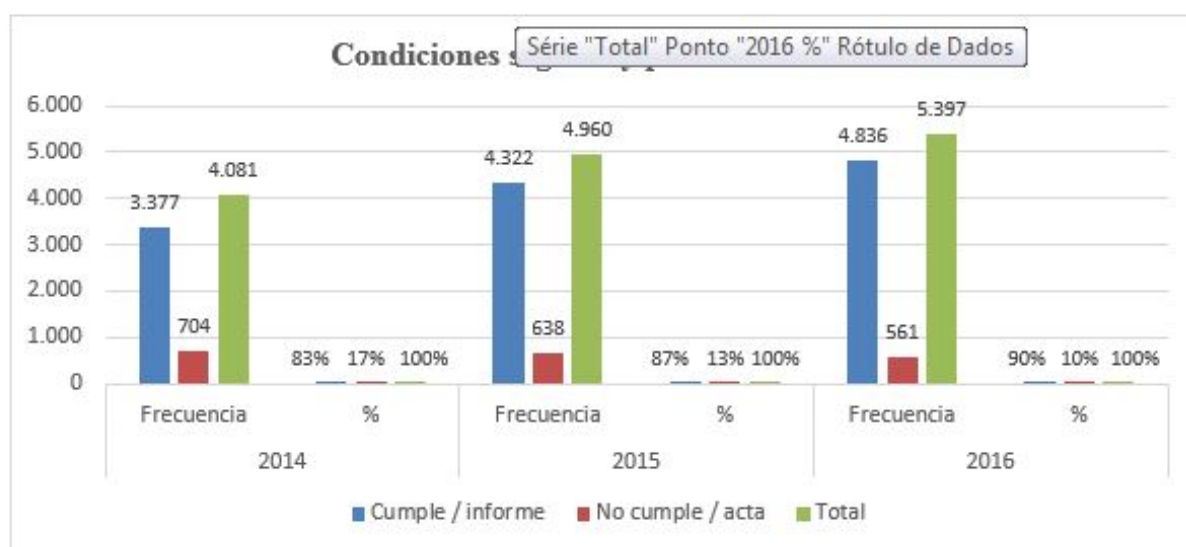
De la tabla núm. 2 y la figura núm. 2, podemos extraer que, el nivel de cumplimiento del trabajo decente, según el rol fiscalizador del Estado, respecto de las oportunidades de empleo adecuado, en el año 2014 fue del 78%, y de incumplimiento del 12%; el año 2015, se cumplió en un 91% y se incumplió en un 9%, mientras que en el año 2016 se cumplió en un 81% incumpléndose en un 19%.

Tabla 3

*Condiciones seguras y protección social*



	2014		2015		2016	
<b>Dimensión 3:</b>						
<b>Condiciones seguras y protección social</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>
<b>Cumple / informe</b>	3,377	83%	4,322	87%	4,836	90%
<b>No cumple / acta</b>	704	17%	638	13%	561	10%
<b>Total</b>	4,081	100%	4,960	100%	5,397	100%



*Figura núm. 3*

Condiciones seguras y protección social

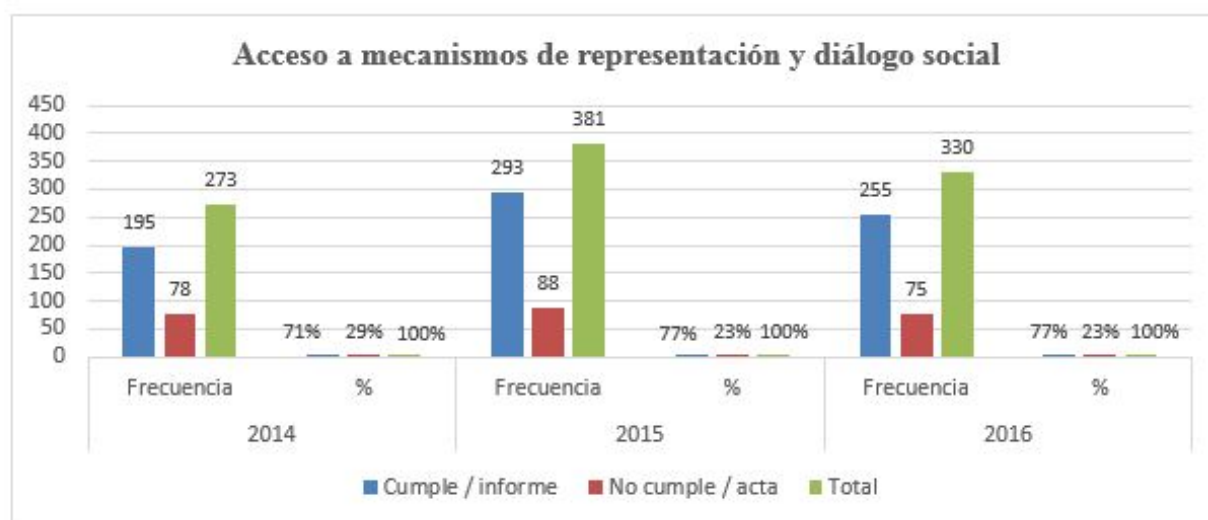
Interpretación:

De la tabla núm. 3 y la figura núm. 3, podemos extraer que el nivel de cumplimiento del trabajo decente, según el rol fiscalizador del Estado, respecto de las condiciones seguras y protección social, en el año 2014 fue de 83%, y de incumplimiento 17%; el año 2015, se cumplió en un 87% y se incumplió en un 13%, mientras que en el año 2016 se cumplió en un 90% incumpléndose en un 10%.

Tabla 4

*Accesos a mecanismos de representación y diálogo social*

	2014		2015		2016	
<b>Dimensión 4: Acceso a mecanismos de representación y diálogo social</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>%</b>
<b>Cumple / informe</b>	195	71%	293	77%	255	77%
<b>No cumple / acta</b>	78	29%	88	23%	75	23%
<b>Total</b>	273	100%	381	100%	330	100%



*Figura núm. 4*

Acceso a mecanismos de representación y diálogo social

Interpretación:

De la tabla núm. 4 y la figura núm. 4, podemos extraer que, el nivel de cumplimiento del trabajo decente, según el rol fiscalizador del Estado, respecto al acceso a mecanismos de representación y diálogo social, en el año 2014 fue del 71%, y de incumplimiento 29%; el año 2015, se cumplió en un 77% y se incumplió en un 23%, mientras que en el año 2016 se cumplió en un 77% incumpléndose en un 23%.

Tabla 5

*Nivel de cumplimiento del trabajo decente según el rol fiscalizador del Estado*

Nivel de cumplimiento del trabajo decente	2014		2015		2016	
	Frecuencia	%	Frecuencia	%	Frecuencia	%
Cumple / informe	18,076	85%	21,764	87%	23,467	86%
No cumple / acta	3,090	15%	3,218	13%	3,769	14%
Total	21,166	100%	24,982	100%	27,236	100%

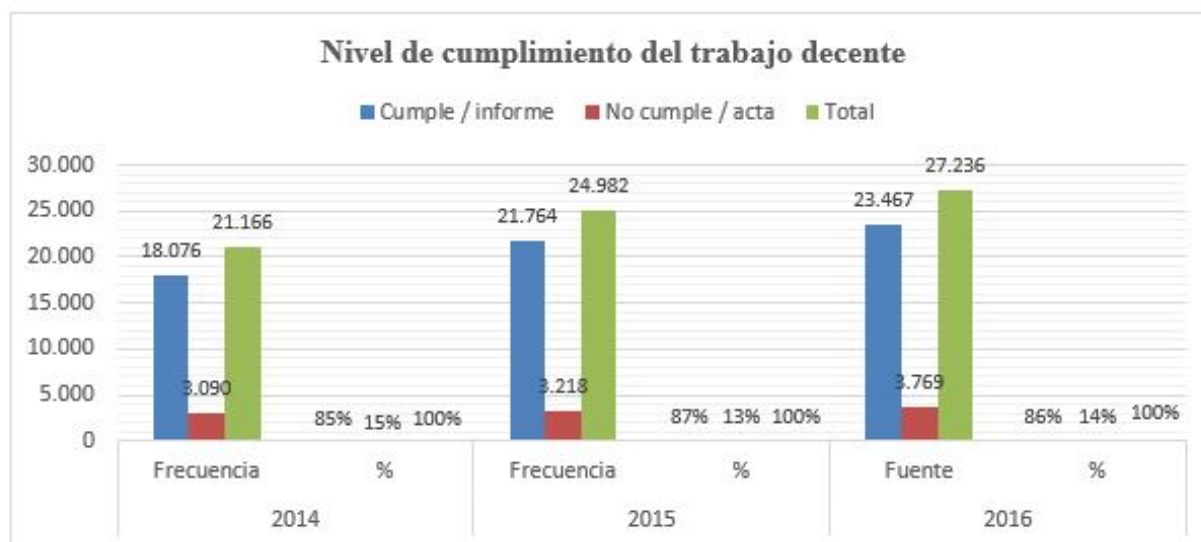


Figura núm. 5

Nivel de cumplimiento del trabajo decente según el rol fiscalizador del Estado

Interpretación:

De la tabla núm. 5 y la figura núm. 5, podemos extraer que, el nivel de cumplimiento del trabajo decente, según el rol fiscalizador del Estado, en el año 2014 fue de 85%, y de incumplimiento 15%; el año 2015 se cumplió en un 87% y se incumplió en un 13%, mientras que en el año 2016 se cumplió en un 86% incumpléndose en un 14%.

#### 4. Conclusiones

1) El gobierno debe poner mayor esfuerzo por el cumplimiento del trabajo decente, toda vez que un trabajador que cuenta con las condiciones adecuadas para realizar su labor será una persona más productiva y feliz, ello redundará en la sociedad, porque tendremos más ciudadanos de bien. Lo anterior, refleja que el trabajo justo y la productividad confluyen como dos eslabones de una misma cadena, que son necesarios y de vital importancia para un sistema sostenible, no puede haber aumento de productividad sin un trabajo decente y viceversa.

2) Con la creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, se tiene la oportunidad para hacer más efectiva la inspección del Trabajo en el Perú, por ello se debe implementar una política pública, con el fin de fortalecer esta importante función, brindando a este

sector mayor presupuesto, lo que hará posible tener una mejor infraestructura, completa logística, una mayor cantidad de inspectores a nivel nacional conforme a las recomendaciones de la OIT, un sistema de inteligencia inspectora planificada y articulada, aspectos que repercutirán en los ciudadanos, a quienes se les brindará un mejor servicio público de fiscalización de sus derechos laborales, lográndose que cuenten con un trabajo decente.

3) Urge la inmediata implementación del Tribunal de Fiscalización Laboral, con el fin de generar predictibilidad en los pronunciamientos de los funcionarios de la SUNAFIL.

4) El Congreso de la República debe emitir una norma ordenadora de todo el derecho laboral en el Perú, lo cual debe darse a través de un Código del Trabajo, cuerpo normativo donde estén recogidos de manera sistemática los derechos y deberes de los trabajadores.

5) Es de imperiosa necesidad la creación de la Escuela Nacional de Fiscalización Laboral, toda vez que existe plena conciencia que el desarrollo de las sociedades actuales queda garantizado con una formación y capacitación adecuada. La capacitación es una herramienta imprescindible de cambio positivo en las organizaciones. De ahí, la necesidad de crear la Escuela Nacional de Fiscalización Laboral (ENAFIL) como órgano de línea de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), encargado de proveer formación y capacitación al personal de la SUNAFIL y público en general.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

ERMIDA, O., “Trabajo decente y formación profesional”, *OIT Boletín CINTERFOR*, núm. 151, 2001.

---

2

BASTIDAS, M.; BALBÍN, E., *Las mujeres y el Trabajo Decente en el Perú*, Asociación de Desarrollo Cultural, Lima, 2011, p. 19.

---

3

ISCOD y UGT, *Guía de Trabajo Decente para una Globalización con derechos*, Proyectos y Producciones Editoriales, S. A., La Rioja, 2009, p. 12.

---

4

SOMAVÍA, J., “El trabajo decente - Una Lucha por la Dignidad Humana”, OIT, Ginebra, 2014, pp. 4 y 5.

---

5

Declaración de la OIT del año 2008, pp. 9 y 10.

---

6

ISCOD y UGT, *op. cit.*, p. 12.

---

7

Ley núm. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 2011.

---

8

ISCOD y UGT, *op. cit.*, p. 13.

---

9

BRIONES, E., “La inspección como institución garante del trabajo decente en pro de la productividad”, *Revista Judicial*, núm. 119, 2016, p. 243.

---

10

Ley núm. 28806 Ley General de la Inspección del Trabajo, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de julio de 2006.

---

11

Decreto Supremo núm. 019-2006-TR Reglamento de la Ley General de la Inspección del Trabajo, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de octubre de 2006.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN****1. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO TRABALHADOR NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE TRABALHO****1. A proteção de dados pessoais do trabalhador no âmbito da relação de trabalho****Worker's data protection in an employment relationship****(Autor)****TIAGO PIMENTA FERNANDES**

*Professor Adjunto Convidado do Instituto Politécnico do Porto; Professor Auxiliar da Universidade Portucalense; IJP - Instituto Jurídico Portucalense; Advogado tvmf@iscap.ipp.pt; tiagof@upt.pt*

**Sumário:**[1. Enquadramento jurídico](#)[2. A “nova” proteção de dados pessoais do trabalhador](#)[2.1. Âmbito de aplicação do diploma](#)[2.2. Princípios gerais](#)[2.3. A atribuição de novos direitos](#)[3. O Subcontratante e o Encarregado de Proteção de Dados \(DPO\)](#)[4. Conclusões](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumo:**

A recente aprovação, pela União Europeia, do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) veio revolucionar o enquadramento jurídico que permite que as empresas procedam ao tratamento de dados pessoais a que estas tenham acesso, designadamente, no âmbito de uma relação de trabalho. Efetivamente, são inúmeras as situações em que, no dia-a-dia empresarial, uma empresa recebe, acede, trata, transmite e, por vezes até, expõe os dados pessoais daqueles que para si trabalham. Perante isto, impõe-se o estudo atento desta nova normativa que invadiu o ordenamento jurídico dos Estados-Membros.

**Abstract:**

The recent adoption by the European Union of the General Data Protection Regulation (GDPR) has revolutionized the legal frame which allows companies to handle personal data to which they have access, particularly, within an employment relationship. In fact, there are innumerable situations in which a company receives, accesses, handles, transmits or even exposes the personal data of their employees. Therefore, it is necessary to carefully study this new legislation which has invaded the legal order of the Member States.

**Palavras-Chave:** proteção, dados, pessoais, regulamento, trabalhador**Keywords:** protection, data, personal, regulation, labour, worker**1. Enquadramento jurídico**

<sup>1</sup>Historicamente, as primeiras preocupações legislativas com a questão da proteção dados fizeram-se sentir nos normativos sobre Direitos Humanos, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>2</sup> a prever, pela primeira vez, normas específicas relacionadas com o direito à privacidade e vida familiar (artigo 12º), que estiveram na antecâmara das normas europeias sobre proteção de dados e privacidade. Por seu turno, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ressaltou a proteção da vida privada (artigo 8º), entre outros direitos.

Entre o final dos anos sessenta e os anos oitenta, diversos países europeus adotaram, pela primeira vez, legislação destinada a controlar o uso de informação privada por parte de empresas e governos. Em Portugal, tal como em outros países (Espanha e Áustria, p. ex.) a proteção de dados passou a constar da lei fundamental, assumindo dignidade Constitucional (art. 35.º). Já em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>3</sup>, que veio consolidar a temática dos direitos fundamentais dentro da União, previa no seu artigo 8.º o “direito à proteção de dados de carácter pessoal, o tratamento leal e para fins específicos, o

direito de acesso e retificação”, sob a epígrafe “proteção de dados pessoais”.

Nos últimos cinco anos, a União Europeia tem-se revelado particularmente atenta às questões da proteção de dados, para o que contribuiu certamente a verificação de um maior volume de dados que atualmente circulam na rede, a crescente colaboração entre participantes da Internet, o surgimento de empresas diferentes no mercado, a maior complexidade dos sistemas integrados na internet (*cloud, computing, big data*), a multiplicação de dados gerados (nome, morada, dados de localização, IP’s), entre outros fatores.

Nesse seguimento, surgiu recentemente o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (diploma a que doravante nos referiremos através da sigla RGPD), que revogou a Diretiva 95/46/CE, que até então regulava a matéria da proteção de dados no âmbito europeu<sup>4</sup>.

Na sua essência, o RGPD veio harmonizar a legislação sobre proteção e tratamento de dados pessoais, tornando clara e transversal a política a seguir por todos os que recolhem e tratam dados pessoais, do mesmo modo que protege e fortalece a privacidade de dados pessoais dos residentes da União Europeia, devolvendo-lhes o controlo sobre os mesmos, e remodelou a forma como as organizações deverão abordar a privacidade dos dados pessoais daqueles com quem lidam, nomeadamente, dos seus trabalhadores.

O referido Regulamento, dada a sua natureza jurídica, não carece de transposição, sendo imediatamente aplicável a todos os Estados-Membros, superiorizando-se mesmo a quaisquer normas internas que disponham em sentido diverso, por força do princípio do primado do direito comunitário. De acordo com o referido princípio, aplicável a todos os atos europeus com força vinculativa, o direito europeu tem um valor superior ao dos direitos nacionais dos Estados-Membros, o que impede os Estados-Membros de aplicarem uma regra nacional contrária ao direito europeu<sup>5</sup>.

## 2.A “nova” proteção de dados pessoais do trabalhador

### 2.1. Âmbito de aplicação do diploma

Do ponto de vista material, o RGPD reputa-se aplicável ao tratamento de dados pessoais, automatizado ou não automatizado (art. 2.º, n.º 1), entendendo-se por dado pessoal toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”). O Regulamento esclarece que será considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular (art. 4.º, n.º 1). Por seu turno, o conceito de tratamento, igualmente relevante, é definido de modo abrangente, como uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição (art. 4.º, n.º 2).

No contexto laboral, são várias as situações que, de imediato, este conceito nos suscita e que poderão implicar o tratamento de dados pessoais do trabalhador. Pense-se, p. ex., na mera referência a um trabalhador numa página da internet da empresa e a sua identificação pelo nome ou telefone, no processamento de salários, na elaboração de procedimentos disciplinares, na comunicação com entidades terceiras (como a Segurança Social e a ACT, por exemplo), no preenchimento de relatório único, no recrutamento, entre outras.

Ao nível dos sujeitos abrangidos pelo RGPD, alude-se a uma atividade exercida em contexto de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante” (art. 3.º, n.º 1), entendendo-se por “responsável de tratamento” toda a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais (art. 4.º, n.º 7) e por subcontratante a “pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes” (n.º 8), como será o caso, p. ex., de uma empresa que se ocupe apenas da área de recursos humanos de uma outra, empregadora.

Ao nível do titular dos dados, parece claro que o RGPD se aplica à figura do trabalhador, desde o momento do acesso ao emprego à cessação do contrato de trabalho, e independentemente da natureza do seu vínculo jurídico (abrangendo o mero prestador de serviços, o trabalhador temporário ou mesmo o estagiário).

Do ponto de vista territorial, o Regulamento incide sobre as situações em que o tratamento de dados pessoais seja efetuado situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União, pese embora em alguns casos estenda a sua aplicabilidade a situações em que o responsável de tratamento ou subcontratante não se encontrem naquele território (art. 4.º, n.ºs 1 e 2).

### 2.2. Princípios gerais

São vários os princípios que enformam o RGPD em matéria de tratamento de dados pessoais, e dos quais retiramos importantes consequências práticas para quem venha a ser envolvido por esse tratamento.

Em primeiro lugar, assinalamos o *princípio da licitude* (art. 6.º), segundo o qual o tratamento de dados pessoais será lícito quando se verifique uma das seguintes situações: a) a existência de consentimento por parte do titular dos dados; b) a execução de um contrato ou diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; c) cumprimento de obrigação legal<sup>6</sup>; d) defesa dos interesses vitais do titular; e) o exercício de funções de interesse público ou por uma autoridade pública; e ainda a verificação de f) interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiros.



Uma nota particular nos merece o consentimento, por se antever que esta venha a ser uma das principais formas de contornar a ilicitude do tratamento de dados pessoais a que empregador venha a recorrer. Em primeiro lugar, o Regulamento exige que esse consentimento do titular dos dados seja concedido para uma finalidade que deverá estar claramente definida. Por outro lado, tal ato deverá ser livre, informado, e exprimir-se por um ato inequívoco do titular dos dados. Daí que o consentimento deva ser dado de forma positiva (por escrito ou por meio eletrónico, ou mesmo verbalmente), e nunca extrair-se de uma inação do trabalhador (p. ex., como resultado de um silêncio do trabalhador, ou de *pre-ticked boxes* criadas para o efeito). Quanto à “liberdade” de tal consentimento, a mesma sempre será de questionar no âmbito laboral, em que não vigora propriamente uma igualdade de armas, sobretudo em situações especialmente delicadas para o trabalhador (pense-se, p. ex., no momento do recrutamento, ou em que o pedido de consentimento é feito no âmbito de uma avaliação de desempenho do trabalhador). De resto, o RGPD é claro ao estipular que, se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples (art. 7.º, n. 2) e que o trabalhador deverá ter sempre o direito revogar o consentimento (n.º 3).

Prevê-se agora um regime distinto para o tratamento de categorias especiais de dados pessoais, quando estejam em causa dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa (art. 9.º, n.º 1). Em tais casos, o tratamento será proibido, com exceção das situações elencadas no n.º 2 da referida norma. Destacamos nesta sede a filiação sindical e os dados biométricos como dados cujo tratamento poderá muitas vezes estar em causa no âmbito de uma relação laboral.

De acordo com o *princípio da transparência* (art. 12.º), o responsável pelo tratamento fica obrigados a informar o trabalhador e a mantê-lo informado sobre o modo como os seus dados estão a ser utilizados. Deverá ainda documentar o modo como se propõe tratar os respetivos dados. O responsável pelo tratamento tomará as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações devidas (arts. 13.º e 14.º) e qualquer comunicação (arts. 15.º a 22.º e 34.º) a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples. As informações serão prestadas por escrito ou por outros meios, incluindo, se for caso disso, por meios eletrónicos<sup>7</sup>. Tal informação deverá ser prestada sem demora injustificada, e no prazo de um mês a contar da data de receção do pedido, o qual admite prorrogação até dois meses, quando necessário, tendo em conta a complexidade do pedido e o número de pedidos apresentados (art. 12.º, n.º 3). Prevê-se, assim, um novo dever de informação, que ficará a cargo do empregador (quando seja este o responsável pelo tratamento dos dados), e que acrescerá aos que sobre si já impendem<sup>8</sup>.

De acordo com o *princípio da especificação e da limitação da finalidade*, a legitimidade do tratamento de dados pessoais dependerá da finalidade do tratamento, a qual terá de ser especificada e comunicada antes do início do tratamento dados pessoais. Significa isto que, sempre que os dados forem tratados para uma nova finalidade, será preciso um novo fundamento legal que o legitime, e assim sucessivamente<sup>9</sup>.

De acordo com o *princípio da minimização e exatidão dos dados*, os dados pessoais devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente. Já segundo o *princípio da limitação da conservação dos dados*, os mesmos deverão ser conservados de forma a permitir a identificação das pessoas apenas durante o período de tempo necessário para a prossecução das finalidades para as quais foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, abstendo-se o RGPD de prever qual a extensão concreta deste período. Na verdade, entrega-se ao responsável pelo tratamento (ou, se for o caso, ao subcontratante) a definição do período temporal dentro do qual este poderá ficar na posse de tais dados, cabendo-lhe ainda a importante tarefa de se certificar acerca dos motivos que, em cada caso, justificarão a necessidade dessa conservação. Aceita-se, no entanto, que por vezes essa necessidade possa decorrer de soluções legais que tornam razoável a conservação de tais dados. A título de exemplo, aceita-se que o prazo de prescrição que atribui ao trabalhador (bem como ao empregador) a possibilidade de reclamar créditos emergentes de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, dentro de um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho<sup>10</sup>, funcionará como um índice temporal mínimo para a conservação de tais dados após a cessação do vínculo laboral.

Alude-se ainda a um *princípio da integridade e de confidencialidade* dos dados, nos termos dos quais os dados pessoais sob tratamento deverão ser seguros e confidenciais, o que exigirá de que proceda ao seu tratamento a disponibilidade de equipamento adequado para o efeito, alertando-se para a importância de os trabalhadores serem devidamente informados relativamente às regras de segurança no tratamento de dados.

Por fim, de acordo com o *princípio da responsabilidade*, exige-se do responsável pelo tratamento dos dados que este aplique as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar e comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o Regulamento (art. 24.º), nomeadamente, através do cumprimento de códigos de conduta (art. 40.º) ou de procedimentos de certificação aprovados (art. 42.º), sob pena de responsabilização pelos danos (materiais e imateriais) que o incumprimento do RGPD possa originar (art. 82.º, n.º 1).

### 2.3.A atribuição de novos direitos

Por via do RGPD, o titular dos dados vê serem-lhe atribuídos novos direitos nesta matéria.

Em primeiro lugar, um *direito ao esquecimento*: o Regulamento é claro ao prever que o titular tem direito a solicitar a eliminação dos dados, a qualquer momento, quando se verifique algum dos motivos previstos no n.º 1 do art. 17.º. Em segundo lugar, um *direito de portabilidade*, nos termos do qual o titular tem, em certas ocasiões o direito de transmitir os seus dados pessoais a outro responsável pelo tratamento, sem poder ser impedido (art. 20.º). O art. 15.º atribui ao titular um *direito ao acesso à informação*, que se traduz na possibilidade de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais. Por último, um *direito de oposição*, que possibilita que o titular dos dados se oponha ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições, por motivos relacionados com a sua situação particular (art. 21.º).

### 3.O Subcontratante e o Encarregado de Proteção de Dados (DPO)

O Regulamento prevê expressamente a possibilidade de o tratamento dos dados ser efetuado por um subcontratante, caso em que o responsável pelo tratamento deverá ter o cuidado de recorrer apenas a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas (art. 28.º, n.º 1). Por seu turno, o subcontratante não poderá contratar outro subcontratante sem que o responsável pelo tratamento tenha dado, previamente e por escrito, autorização específica ou geral. Em caso de autorização geral por escrito, o subcontratante informa o responsável pelo tratamento de quaisquer alterações pretendidas quanto ao aumento do número ou à substituição de outros subcontratantes, dando assim ao responsável pelo tratamento a oportunidade de se opor a tais alterações (n.º 2).

O tratamento em subcontratação é regulado por contrato ou outro ato normativo, estabelecendo o objeto e a duração do tratamento, a natureza e finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, e as obrigações e direitos do responsável pelo tratamento (n.º 3).

De salientar que, nos termos do Regulamento, o subcontratante terá obrigações e responsabilidades diretas, pelo que responderá pelos danos causados pelo tratamento caso não tenha cumprido as obrigações decorrentes do RGPD dirigidas especificamente aos subcontratantes, ou não tenha seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento (art. 82.º, n.º 1 e 2).

Um ponto em que o RGPD inova consiste na criação e regulamentação da figura do Encarregado de Proteção de Dados (*Data Protection Officer – DPO*), a quem caberá essencialmente assessorar o responsável pelo tratamento, subcontratante e/ou trabalhadores, com vista ao pleno cumprimento da lei em matéria de proteção de dados, verificar a conformidade das políticas do responsável ou do subcontratante relativas à proteção de dados pessoais; emitir parecer no âmbito das avaliações de impacto, bem como controlar a realização dessas avaliações, e ainda cooperar e interagir com a autoridade de supervisão (39.º).

A nomeação de encarregado de proteção de dados será obrigatória sempre que o tratamento for efetuado por uma autoridade ou um organismo público, excetuando os tribunais, as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exijam um controlo regular e sistemático dos titulares dos dados em grande escala, ou quando as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados pessoais sensíveis ou relacionados com condenações penais e infrações (37.º, n.º 1).

O DPO deverá ser designado com base nas suas qualidades profissionais e conhecimentos especializados na área da proteção de dados, devendo ser envolvido em todas as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais. Funcionará como uma ponte entre o responsável pelo tratamento de dados e o titular, admitindo-se a possibilidade de ser um elemento do pessoal da entidade responsável pelo tratamento ou do subcontratante, ou exercer as suas funções com base num contrato de prestação de serviços (art. 37.º, n.º 6).

### 4.Conclusões

De um modo sintético, pode dizer-se que o RGPD veio estabelecer alterações significativas no contexto da proteção e segurança do tratamento de dados pessoais dentro da União, passando de um modelo marcadamente heterorregulador para um modelo autorregulador da empresa, em que passa a ser esta a ter de implementar mecanismos internos para assegurar o cumprimento das normas reguladoras nesta matéria. À primeira vista, a implementação do Regulamento significará para muitas empresas uma mudança organizacional muito significativa, com implicações operacionais evidentes, que obrigará os agentes a avaliar e rever todos os processos por si até então implementados na empresa nesta matéria, dado que o mesmo se reputa aplicável a todos os dados detidos e/ou tratados pela empresa à data da entrada em vigor do diploma. A consciencialização dos agentes para a importância da identificação e avaliação dos riscos de privacidade parece-nos, assim, inevitável, e assume-se como um objetivo claro do Regulamento.

Nessa linha, sugere-se a adoção de várias medidas pelos empregadores, nomeadamente, a adoção de um regulamento interno ou código de conduta sobre estas matérias, a criação de uma política de proteção de dados, não só em matéria de interação com os trabalhadores da empresa, mas também na relação entre esta e outros entes externos (fornecedores, parceiros, etc.). Em obediência à filosofia de autorregulação proclamada, será também de esperar que o empregador implemente mecanismos de consentimento válidos e sistemas de monitorização e controlos adequados, bem como um sistema eficaz de gestão de riscos de privacidade, que tenha em funções um encarregado de proteção de dados, zelando sempre pelo respeito dos direitos dos titulares dos dados pessoais em causa, e mantendo sempre um fiel e evidente registo de que o Regulamento é cumprido em toda a linha.

Por outro lado, um *compliance* contínuo da empresa nesta matéria, nomeadamente, ao nível da avaliação do impacto aquando da introdução quando um novo tipo de tratamento de dados é introduzido (*privacy impact assessment*), bem como da identificação regular e atenta das vulnerabilidades de intrusão e acesso aos dados (*vulnerability mapping e intrusion test*), que permitam aferir os mecanismos de prevenção necessário, afigura-se-nos igualmente fulcral.

Em cada Estado-Membro será de esperar a criação de normas internas que permitam clarificar alguns aspetos sobre esta matéria, nos termos do art. 88.º do RGPD, que prevê que

“Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho (...), bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho”.

Salienta-se, no entanto, que a margem de implementação que é dada aos Estados-Membros se afigura extremamente reduzida. Em Portugal, encontra-se sob estudo e preparação uma proposta de Regulamento Nacional sobre esta matéria, sendo o respetivo conteúdo por nós desconhecido à data da submissão do presente artigo.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

<sup>1</sup>

Este trabalho foi elaborado no âmbito do projeto de investigação MINECO (DER2016-75376-R) coordenado pela Professora Lourdes Mella Méndez.

<sup>2</sup>

Aprovada pela assembleia geral da ONU em 10 de dezembro 1948.

<sup>3</sup>

2000/C 364/01.

<sup>4</sup>

Numa perspetiva de enquadramento geral da matéria em sede de direito europeu, salientam-se outros diplomas igualmente relevantes sobre esta matéria: Diretiva 2002/58 / CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) (alterada pela Diretiva 2009/136/CE) [a Diretiva e-Privacy]; o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, de 27 de Novembro de 2008, relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, revogada pela Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para fins de prevenção, investigação, deteção ou repressão de crimes, infrações ou execução de sanções penais e sobre a livre circulação desses dados [Diretiva relativa aos Dados Criminais]; Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão [Regulamento Transparência e Acesso aos Documentos]. Ao nível do Conselho da Europa, salientam-se a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), bem como a Convenção para a proteção dos indivíduos relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, ETS N.º. 108, 28.1.1981 (Convenção n.º 108). No plano das decisões da Comissão Europeia sobre a transferência de dados, assumem especial relevância as seguintes: Decisão de Execução (UE) 2016/2297 da Comissão, de 16 de dezembro de 2016, que altera as Decisões 2001/497/CE e 2010/87/UE relativas às cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros e para subcontratantes estabelecidos nesses países, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho; Decisão de Execução (UE) 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016, relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho; 2010/87/CE: Decisão da Comissão, de 5 de Fevereiro de 2010 , relativa a cláusulas contratuais-tipo aplicáveis à transferência de dados pessoais para subcontratantes estabelecidos em países terceiros nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho; 2004/915/CE: Decisão da Comissão, de 27 de Dezembro de 2004, que altera a Decisão 2001/497/CE no que se refere à introdução de um conjunto alternativo de cláusulas contratuais típicas aplicáveis à transferência de dados pessoais para países terceiros.

<sup>5</sup>

Trata-se de um princípio fundamental do direito europeu. Tal como o princípio do efeito direto, não está consignado nos Tratados, tendo sim sido consagrado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no acórdão Costa contra Enel de 15 de julho de 1964. Neste acórdão, o Tribunal declara que o direito proveniente das instituições europeias se integra nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, sendo estes obrigados a respeitá-lo. O direito europeu tem assim o primado sobre os direitos nacionais. Deste modo, se uma regra nacional for contrária a uma disposição europeia, as autoridades dos Estados-Membros devem aplicar a disposição europeia.

<sup>6</sup>

A título de exemplo, inserem-se aqui as várias comunicações encetadas pelo empregador junto da Segurança Social e que implicam o tratamento de dados dos trabalhadores envolvidos.

<sup>7</sup>

Prevê-se a possibilidade de a informação ser prestada oralmente, caso o titular dos dados o solicitar, desde que a identidade deste seja

comprovada por outros meios.

---

8

No direito português, os deveres de informação do empregador encontram-se previstos no n.º 3 do art. 106.º do Código do Trabalho.

---

9

A título de exemplo, a recolha de dados dos trabalhadores para registo de horas trabalhadas não poderá ser usada para o preenchimento do Relatório Único da empresa.

---

10

Nos termos do n.º 1 do no art. 337.º do Código do Trabalho português.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN  
2. REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS E MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA

## 2. Regulamento geral de protecção de dados e meios de vigilância à distância

### Data protection general regulation and remote surveillance means

(Autor)

NUNO CEREJEIRA NAMORA

*nunocerejeiranamora@sociedadeadvogados.eu*

#### Sumário:

- [1.O novo regulamento geral de protecção de dados](#)
- [2.Vigilância por meios tecnológicos](#)
- [3.Utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral](#)
- [4.Conclusões](#)

#### Área do Direito: Trabalho

#### Resumo:

O presente trabalho tem como objecto o estudo do tema “RGPD e meios de vigilância à distância”. Inicialmente será feita uma breve referência ao Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados, por forma a determinar-se qual a sua implicação na utilização dos meios de vigilância à distância em sede laboral. De seguida, será analisada a temática concreta do uso de dispositivos de geolocalização, procurando-se responder à questão de saber quais as condições de legitimidade da sua utilização, bem como a quem pertence a legitimidade para aceder aos dados aí recolhidos, fazendo-se a contraposição entre o direito de protecção dos dados e privacidade dos trabalhadores e a liberdade de gestão e organização das entidades empregadoras.

#### Abstract:

The following task has as its object the study of the theme “GDPR and means of distance surveillance”. A brief reference will initially be made to the New General Data Protection Regulation, in order to determine its implication in the use of the means of distance surveillance in the workplace. Then, the specific theme of the use of geotracking devices will be analysed, pursuing the answer to the question of the conditions of legitimacy of their use, as well as to whom has the right to access the collected data. In order to achieve this answer a contraposition will be made, between the right to data protection and the privacy of workers, and the freedom of management and organization of enterprises.

**Palavras-Chave:** vigilância por meios tecnológicos, geolocalização, direito à privacidade

**Keywords:** surveillance by technological means, geotracking; right to privacy

#### 1.O novo regulamento geral de protecção de dados

Com o intuito de combater a fragmentação legislativa comunitária, uniformizando o direito dos Estados-Membros em matéria de protecção de dados pessoais, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, comumente denominado por Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados Pessoais, revogou a anterior a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995<sup>1</sup>.

Tratando-se de um Regulamento ao invés de uma Directiva, este diploma não necessitou de ser transposto para os ordenamentos jurídicos internos, aplicando-se assim de forma directa e imediata. O Regulamento Geral de Protecção de Dados entrou em vigor em Maio de 2016. Todavia, com o fito de que as organizações fossem capazes de se adoptar à nova regulamentação, foi consagrado um período transitório de dois anos, tendo assim tal normativo passado a produzir plenamente os seus efeitos em todos os Estados-Membros no passado dia 25 de Maio de 2018.

Apesar de se tratar de uma norma comunitária, o seu âmbito de aplicação ultrapassa em muito as fronteiras da União Europeia. De facto, consagra a mesma que se aplica ao tratamento<sup>2</sup> de dados pessoais<sup>3</sup> efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, *independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União* (Brasil, Uruguai, Argentina, entre outros); ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efectuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante *não estabelecido na*

*União* (empresas brasileiras, americanas, entre outras), quando as actividades de tratamento estejam relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento (vendas online), ou o controlo do seu comportamento (cookies), desde que esse comportamento tenha lugar na União; ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento *estabelecido não na União*, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público.

A principal mudança introduzida com o Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados é a passagem de um sistema hétéro-regulatório para um sistema auto-regulatório, o que significa que o tratamento de dados pessoais não se encontra mais dependente da emissão de uma autorização por parte da autoridade de controlo nacional, passando a ser a entidade responsável pelo tratamento obrigada a aferir da conformidade do tratamento dos dados com as normas legalmente previstas a esse respeito.

Como forma de conferir esta conformidade, as organizações poderão realizar um DPIA (*Data Protection Impact Assessment*), nos termos do qual será descrito o tratamento a levar a cabo, avaliada a necessidade e a proporcionalidade desse tratamento, analisados os riscos existentes para os direitos e liberdades dos cidadãos derivados desse tratamento de dados pessoais e, por fim, avaliadas e determinadas as medidas necessárias para fazer face a esses riscos.

Os DPIA's revestem-se de especial importância em matéria de responsabilização, atento que, na senda do antedito, não só ajudam a actuar em conformidade com o RGPD como também servem para demonstrar a adopção das medidas adequadas para garantir essa mesma conformidade.

No âmbito laboral, e em respeito pelas normas previstas no RGPD, os empregadores devem avaliar o impacto da utilização dos meios de vigilância à distância no direito à privacidade dos trabalhadores, recorrendo aos meios mais adequados e menos intrusivos para alcançar os objectivos legítimos da organização, conforme melhor passaremos a explicar de seguida.

## 2. Vigilância por meios tecnológicos

A vigilância por meios tecnológicos abarca diversas questões, podendo identificar-se as seguintes: videovigilância, controlo da utilização de telefones, controlo do correio electrónico, controlo da alcoolémia e de substâncias psicotrópicas, controlo médico, sistemas de geolocalização, e controlo da produção.

Atento o impacto que a utilização dos meios de vigilância implica na esfera jurídica de qualquer cidadão, a mesma não pode ocorrer sem mais, isto é, sem que se pretenda atingir um fim legítimo. Assim, a utilização destes dispositivos apenas pode ter como finalidade a protecção de pessoas e bens, sendo as imagens recolhidas utilizadas, dentro das disposições processuais penais aplicáveis, como prova das infracções criminais aplicáveis<sup>4</sup>. Cumprindo esta finalidade, a legitimidade para proceder ao tratamento de dados pessoais poderá ter diversos fundamentos: consentimento do titular dos dados<sup>5</sup>, autorização prevista em lei<sup>6</sup>, defesa de interesses vitais dos titulares dos dados ou declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial<sup>7</sup>.

Na utilização dos meios de vigilância tecnológicos, o responsável pelo tratamento deverá respeitar o direito de informação dos titulares dos dados, tendo estes direito a que lhes seja dado conhecimento sobre identidade do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante; das finalidades do tratamento, dos destinatários ou categorias de destinatários dos dados; a existência e as condições do direito de acesso e de rectificação, desde que sejam necessárias, tomando em consideração as circunstâncias concretas da recolha dos dados.

A utilização de meios de vigilância deve ainda respeitar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade para que os titulares visados vejam os seus direitos fundamentais o menos atingidos possível. Em suma, exige-se que a medida adoptada seja idónea, necessária, na perspectiva de que não exista outra igualmente eficaz de alcançar o mesmo objectivo, e proporcional em relação aos bens ou valores em conflito.<sup>8</sup>

Não é permitido, em qualquer situação, que a entidade empregadora se socorra de meios de vigilância para controlar o desempenho dos seus trabalhadores, pelo que, por esse motivo, não é consentido, por exemplo, serem instalados sistemas de videovigilância em zonas de balneários, interior de vestiários, áreas de descanso, salas de espera, salas de reuniões e auditórios.

No que respeita ao acesso aos dados então recolhidos, em respeito pelo Princípio da Necessidade, são titulares de tal direito as entidades que dos mesmos necessitem para alcançar as necessidades delineadas. Isto é, se for detectada a prática de uma infracção penal, os dados recolhidos devem de imediato ser remetidos para a entidade competente, não sendo legítimo, por regra, a visualização das imagens por parte das entidades responsáveis pela sua recolha.

Os titulares dos dados beneficiam igualmente do direito de acesso, podendo solicitar o seu exercício ao responsável pelo tratamento, devendo, por sua vez, este acautelar que no acesso às imagens por parte do titular dos dados não sejam visualizadas imagens de terceiros. Ademais, é ainda possível o acesso às imagens para garantir o exercício ou defesa de um direito em processo judicial. Isto é, aquele que for lesado em virtude de determinada actuação ou procedimento captado por sistemas de videovigilância poderá aceder às imagens captadas para efeitos de participação criminal, sendo, neste caso, as imagens enviadas à entidade judiciária ou ao órgão de polícia criminal competente.

## 3. Utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral

A evolução tecnológica comporta, no seio da relação laboral, novos desafios. De facto, os avanços tecnológicos permitem às empresas melhorar a sua produtividade e competitividade, ao passo que também implicam um maior controlo da actividade dos trabalhadores e do seu rendimento. Sobejam actualmente os meios tecnológicos que permitem identificar a localização de uma pessoa, sendo o exemplo mais comum o denominado GPS (*Global Positioning System* - sistema de localização global), o qual permite conhecer a localização de um dispositivo móvel com uma pequena margem de erro varável entre 4 a 15 metros.

No âmbito laboral, os dispositivos de geolocalização podem ser implementados nos veículos automóveis e nos dispositivos móveis inteligentes facultados pelo empregador ao trabalhador para o exercício da sua actividade profissional, podendo também ser utilizados para fins privados. O Código do Trabalho Português contempla disposições específicas respeitantes aos direitos de

personalidade dos trabalhadores, entre os quais o direito à reserva da intimidade da vida privada e à protecção dos dados pessoais.

Coloca-se assim a questão de saber se será lícita a utilização de dispositivos de geolocalização por parte da entidade empregadora, atento que, enquanto sistemas de rastreamento de pessoas e/ou objectos, estes poderão ser reveladores da localização permanente do trabalhador e dos seus modos de actuação, colocando assim em causa o respeito pela vida privada do mesmo.

Aliás, esta ingerência na vida privada do trabalhador é ainda mais patente e intrusiva quando a geolocalização se mantém para além do período normal de trabalho, abarcando assim os períodos de descanso do mesmo. Efectivamente é permitido às entidades empregadoras utilizarem dispositivos de geolocalização para alcançarem fins legítimos como melhorar a eficácia e a qualidade do serviço e otimizar os recursos existentes. O que não é permitido é que esses dispositivos sejam utilizados para localizar o trabalhador e supervisionar o seu rendimento. É assim necessário fazer-se uma ponderação entre os interesses e objectivos legítimos da entidade empregadora e a protecção dos direitos constitucionalmente consagrados do trabalhador.

Neste conspecto, para que se encontre o justo equilíbrio entre o direito à protecção de dados e à privacidade dos trabalhadores e a liberdade de gestão e organização dos empregadores, os meios utilizados por estes devem ser os *menos intrusivos, necessários, proporcionais, utilizados de boa-fé, com idoneidade e justificados*.

No que concerne à legitimidade para o tratamento dos dados, neste caso, a mesma não se encontra dependente do consentimento expresso do titular dos dados. A subordinação jurídica característica da relação laboral não permitiria que o titular dos dados prestasse o seu consentimento de forma livre, contrariamente ao que é exigido.

Não será igualmente possível invocar-se que o tratamento é necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Assim, o tratamento de dados pessoais, neste caso, legitima-se numa disposição legal.

Apesar de não existir no ordenamento jurídico português nenhuma norma jurídica referente à geolocalização de pessoas no contexto laboral, uma vez que se considera que tais dispositivos permitem controlar remotamente os trabalhadores, são considerados, para este efeito, meios de vigilância à distância, pelo que a legitimidade do seu tratamento encontra guarida no artigo 20.º do Código do Trabalho.

Consagra o referido normativo que não é possível ao empregador utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. Acrescenta ainda que a licitude da utilização destes dispositivos apenas se verifica quando o mesmo tenha por finalidade a protecção de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.<sup>910</sup> Com efeito, se o tratamento de dados pessoais obtidos por meio de dispositivos de geolocalização respeitar as limitações legais impostas na legislação em vigor, *o consentimento do trabalhador não é necessário e a sua oposição não tem qualquer relevância*.

Encontrando-se preenchida uma destas condições de legitimidade, em respeito pelo direito à informação, corolário do Princípio da Transparência e da Boa-Fé, o empregador deverá cumprir com a obrigação de informar os trabalhadores da existência de mecanismos de geolocalização nos dispositivos facultados para uso profissional e/ou pessoal, devendo ser facultada por escrito a informação sobre as condições de utilização dos equipamentos.

No que respeita à finalidade do tratamento de dados, as entidades empregadoras socorrem-se da geolocalização para atingir diversos fins, entre os quais a protecção de bens, nomeadamente dos automóveis e suas cargas, bem como dos telemóveis e da informação aí contida.

No caso da geolocalização em veículos automóveis, esta é permitida, por exemplo, na gestão de frota em serviços externo nas actividades de distribuição de bens, assistência técnica ao domicílio, transporte de pessoas e mercadorias. É também admitida para protecção de bens no caso de transporte de materiais perigosos e transporte de materiais de elevado valor. Relativamente à geolocalização conseguida através de dispositivos móveis inteligentes, como por exemplo telemóveis ou computadores portáteis, por via de regra esta tem como fito a protecção do bem em si, a segurança da informação confidencial aí contida, e ainda a gestão do trabalho externo através da localização trabalhador.

No que respeita à finalidade da protecção de bens, considera-se que a utilização da geolocalização nos dispositivos móveis inteligentes é neste caso desproporcionada e excessiva. Igual raciocínio se aplica em relação à utilização da geolocalização em telemóveis para fins de gestão do trabalho externo através da localização trabalhador, tomando em consideração que o telemóvel acompanha sempre a pessoa e que é possível alcançar-se o mesmo objectivo através da geolocalização integrante da viatura responsável pela realização do serviço. Em virtude do exposto, não é admitido ao empregador aceder a dados de geolocalização dos telemóveis mediante as operadoras de telecomunicações, uma vez que ao fazê-lo estará a violar de forma desproporcionada e injustificada o direito à privacidade dos trabalhadores. Não é igualmente permitido, por igual ordem de razão, que sejam instalados nos dispositivos móveis aplicações que activem dos sensores de GPS e transmitam essa informação ao empregador.

Em relação à utilização de dispositivos de geolocalização em computadores portáteis com o fito de protecção da informação aí contida, também neste caso se entende que tal utilização é excessiva e desproporcionada, visto que não é impeditiva de uma violação de segurança.

Fora do contexto laboral, não existe qualquer previsão normativa que permita o controlo da geolocalização, sendo assim irrelevante para esse efeito o eventual consentimento do trabalhador. Pretende-se assim impedir a monitorização da geolocalização da viatura quando o trabalhador a estiver a utilizar para fins privados.

Deverá ser possível ao trabalhador entrar em modo privado quando termina o período de trabalho e retomar o modo profissional quando inicia novamente o trabalho, sendo que é a este que tem de ser dada a capacidade para accionar esse mecanismo. Esta é uma obrigação que deverá ser cumprida pelo empregador e não uma opção do mesmo.



Em suma, do antedito é possível concluir-se que compete às entidades empregadoras avaliar o impacto da utilização de meios de geolocalização na esfera jurídica privada dos trabalhadores e recorrer, em respeito pelo Princípio da Minimização, aos meios adequados menos intrusivos naquela. Para que tal aconteça, a utilização destes dispositivos deve sempre ser precedida de consulta e informação aos trabalhadores sobre os meios utilizados e os fins a atingir.

Não é, contudo, necessário que lhes seja apresentado qualquer documento para assinatura para aceitação da utilização de qualquer tecnologia, tendo em consideração que o consentimento destes, como referido, não é um fundamento de legitimidade válido. Poderá, ainda assim, ser assinado um documento comprovativo de como foi respeito o direito à informação.

#### 4. Conclusões

De todo o estudo realizado no presente trabalho é possível retirarem-se algumas conclusões, as quais se passarão a enunciar.

Em primeiro lugar, cumpre referir que a principal mudança introduzida pelo Novo Regulamento Geral de Protecção de Dados, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, é a passagem de um sistema hétéro-regulatório para um sistema auto-regulatório, do que resulta que, actualmente, as entidades empregadoras não necessitem mais de uma autorização prévia da autoridade de controlo para realizar o tratamento de dados pessoais por meios de vigilância tecnológicos, sendo que, pelo contrário, deverão ser estas entidades a aferir da conformidade desse tratamento com as normas legais aplicáveis. Para o efeito, poderão socorrer-se de um DPIA com o fito de serem definidas as normas a adoptar que melhor permitem o cumprimento dos diplomas aplicáveis ao tratamento de dados pessoais.

No que concerne ao fundamento da utilização de meios de vigilância à distância, esta apenas pode ter como fito a protecção de pessoas e bens e, excepcionalmente, o cumprimento de uma obrigação legal.

Relativamente ao acesso aos dados recolhidos, o mesmo apenas é permitido para às entidades que assim o necessitam para alcançar os fins delineados, ao titular dos dados, ou para o exercício ou defesa de um direito em sede judicial.

O direito à privacidade é um direito fundamental dos trabalhadores, ao qual se contrapõe o direito de gestão e liberdade das entidades empregadoras. Para que se consiga alcançar o justo equilíbrio entre o direito à privacidade dos trabalhadores e o direito de liberdade de gestão e organização dos empregadores, os meios utilizados por estes devem ser os menos intrusivos, necessários, proporcionais, de boa-fé, idóneos e justificados.

Em circunstância alguma é permitido que o empregador utilize os meios de vigilância à distância para controlar o rendimento do trabalhador. A utilização destes dispositivos não é igualmente possível fora do contexto laboral, sendo irrelevante o consentimento do trabalhador para esse efeito.

Sintetizando, o empregador deverá aferir dos meios mais adequados para alcançar os seus fins legítimos que sejam menos intrusivos no direito à privacidade dos trabalhadores, devendo, para o efeito, consultar e informar previamente os mesmos dos meios utilizados e das finalidades pretendidas.

---

#### NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Este diploma consubstanciava um texto mais completo do que a Convenção n.º 108 do Conselho da Europa, no que respeita à protecção das liberdades e direitos fundamentais, sendo apenas aplicável a pessoas singulares.

2

Actualmente, considera-se tratamento de dados pessoais “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”.

3

O Regulamento Geral de Protecção de Dados define dados pessoais como “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via electrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

4

No Acórdão n.º 456/93, de 12 de Agosto de 1993, publicado na I.ª Série A de 9 de Setembro de 1993, página 4815 do Diário da República,

o Tribunal Constitucional português pronunciou-se sobre esta temática no sentido de que “as funções de recolha e tratamento de informações, as de actividade de vigilância e fiscalização a levar a cabo pelas várias entidades competentes nessa área, exactamente porque preventivas e dissuasoras, estão direccionadas para a generalidade das pessoas e dos locais sobre que incidem ou são de matriz específica desmotivadora, mas não se orientam para uma actividade investigatória de crimes praticados”.

---

5

A Comissão Nacional de Protecção de Dados, autoridade de controlo portuguesa, dá como exemplo, na Deliberação n.º 61/2004, respeitante aos princípios sobre o tratamento de dados por videovigilância, o caso da colocação de sistemas de videovigilância em imóveis destinados à habitação. Considera a mesma que em face dos perigos que envolve para a privacidade e intimidade da vida privada dos habitantes do imóvel (condomínio fechado), a única condição que pode legitimar a colocação de sistemas de videovigilância será o consentimento das pessoas aí residentes (condóminos e arrendatários).

---

6

Existem situações em que é a própria lei que incute a obrigação de utilização de sistemas de videovigilância. No ordenamento jurídico português pode-se dar como exemplo a Lei 38/98 de 04 de Agosto que obriga os organizadores de competições desportivas a dotarem os seus recintos de sistemas de vigilância.

---

7

Estes dois últimos casos encontram-se previstos, respectivamente, nas alíneas a) e d) do artigo 7.º da Lei 97/98, aplicável no ordenamento jurídico português, tendo transposto para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995.

---

8

Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade *in* Andrade, José Carlos Vieira, “Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, 1983, pág. 221: *“não pode ignorar-se que nos casos de conflito, a Constituição protege diversos valores ou bens em jogo e que não será lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro”*..

---

9

Veja-se neste âmbito o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Abril de 2013, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proferido no âmbito do processo n.º 73/12.3TTVNF.P1, em que foi Relator António José Ramos, onde se pode ler que: “IV - O artigo 20º, nº 1 do Código do Trabalho consagra um princípio geral que consiste na proibição de o empregador utilizar quaisquer meios tecnológicos com a finalidade exclusiva de vigiar, à distância, o comportamento do trabalhador no tempo e local de trabalho ou o modo de exercício da prestação laboral.

V - A vigilância a que se refere a proibição deste princípio incide sobre o comportamento profissional do trabalhador no tempo e local de trabalho. Ao empregador é vedado controlar não apenas condutas que reentrem na esfera da vida privada do trabalhador [cfr. art. 16º], como vigiar ou fiscalizar o modo de execução da prestação laboral pelo trabalhador.

VI - “A utilização de meios de vigilância à distância só será lícita se e enquanto tiver por finalidade exclusiva a protecção de pessoas e bens. Protecção ou segurança dos sujeitos da relação de trabalho, de terceiros ou do público em geral, mas também de instalações, bens, matérias-primas ou processos de fabrico, nomeadamente. Significa isto que a vigilância não será permitida se tiver por finalidade última ou determinante o mero controlo do modo de execução da prestação laboral.

VII - Seja através de uma interpretação extensiva ou mediante uma interpretação actualista o dispositivo GPS instalado no veículo automóvel atribuído ao trabalhador deve ser englobado no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho.

VIII - A geolocalização mediante a utilização do GPS pode ser utilizada com o objectivo de “protecção de pessoas e bens”, mas não pode servir de meio de controle desempenho profissional do trabalhador, uma vez que a respectiva utilização com esses objectivos comprime o direito à reserva da vida privada do trabalhador.

IX - A utilização do GPS - como equipamento electrónico de vigilância e controlo que é - e o respectivo tratamento, implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26.º n.º 1 da CRP, nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores”.

---

10

Atente-se ainda no disposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08 de Fevereiro de 2006, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proferido do âmbito do processo n.º 05S3139, em que foi Relator Fernandes Cadilha, onde se pode ler que: “II - O empregador pode

utilizar meios de vigilância à distância sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens, devendo entender-se, contudo, que essa possibilidade se circunscreve a locais abertos ao público ou a espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, em que exista um razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património. III – Por outro lado, essa utilização deverá traduzir-se numa forma de vigilância genérica, destinada a detectar factos, situações ou acontecimentos incidentais, e não numa vigilância directamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de acção dos trabalhadores”.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN  
3. NUEVOS SISTEMAS DE CONTROL DEL EMPLEADOR EN CHILE Y RESPETO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

### 3. Nuevos sistemas de control del empleador en Chile y respeto a la vida privada e intimidad del trabajador

#### Novos sistemas de controle do empregador no Chile e respeito à vida privada e à privacidade do trabalhador

(Autor)

JOSÉ FRANCISCO CASTRO

*Magíster en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor (c) en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado de la Universidad de Chile. josfrancisco.castro@gmail.com*

**Sumário:**

- [1.La protección de la intimidad y vida privada del trabajador en el sistema jurídico chileno](#)
  - [1.1.El problema conceptual del derecho a la intimidad](#)
  - [1.2.Consagración del derecho a la intimidad y vida privada en la Constitución chilena](#)
  - [1.3.La protección del derecho a la intimidad o vida privada del trabajador en el Código del Trabajo](#)
- [2.Poder de dirección del empleador y nuevas medidas de control](#)
- [3.Algunos casos específicos de medidas de control empresarial y nuevas tecnologías](#)
  - [3.1.Sistema de alerta y vigilia para conserjes, nocheros, porteros y similares](#)
  - [3.2.Sistema de control y seguridad que registra los movimientos de rostro y ojos de un conductor](#)
  - [3.3.Dispositivo de seguridad basado en la revisión de imágenes corporales de los trabajadores sin sus vestimentas](#)
- [4.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

**Resumen:**

El presente trabajo persigue describir algunos novedosos sistemas de control del empleador utilizados en Chile a partir del uso de las nuevas tecnologías, y su eventual colisión con el derecho a la intimidad o vida privada del trabajador. Para ello, en primer término, se expone la protección de la intimidad y vida privada del trabajador en el sistema jurídico chileno, delimitando conceptualmente el tema y señalando como está consagrado este derecho tanto en la Constitución Política de la República como en el Código del Trabajo. A continuación, se analiza el poder de dirección empresarial y su relación con las nuevas medidas de control a partir de la utilización de nuevas tecnologías. Luego de ello, se pasan a revisar tres situaciones reales de uso de nuevos sistemas de control empresarial por parte de las empresas, sistemas que han sido conocidos tanto por la administración como por los tribunales de justicia y como estos casos han sido resueltos. Finalmente, se exponen las conclusiones del presente trabajo.

**Abstract:**

O presente trabalho procura descrever alguns sistemas de controle do empregador inovadores utilizados no Chile a partir do uso de novas tecnologias e sua eventual colisão com o direito à privacidade ou à vida privada do trabalhador. Para fazer isso, em primeiro lugar a proteção da privacidade e da vida privada dos trabalhadores no sistema jurídico chileno está exposto, conceitualmente que defina o assunto e apontando consagrados esse direito na Constituição Política da República e do Código do Trabalho. O poder da gestão empresarial e sua relação com as novas medidas de controle baseadas no uso de novas tecnologias são analisadas a seguir. Depois disso, eles passam a analisar três situações reais de uso de sistemas de controle de novos negócios por empresas, sistemas que foram conhecidos tanto pela administração quanto pelos tribunais de justiça e como esses casos foram resolvidos. Finalmente, as conclusões do presente trabalho estão expostas.

**Palabras Clave:** Control, tecnologías, intimidad, vida privada, trabajador

**Keywords:** Controle, tecnologias, privacidade, vida privada, trabalhador

## 1. La protección de la intimidad y vida privada del trabajador en el sistema jurídico chileno

### 1.1. El problema conceptual del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad y se relaciona directamente con la dignidad humana, al igual que todos los derechos fundamentales. Pero en cuanto a su denominación, y más allá de las diferencias estrictamente idiomáticas<sup>1</sup>, el punto central radica en si nos encontramos desde la perspectiva conceptual frente a un solo derecho fundamental con diversos nombres (“derecho a la intimidad”, “derecho a la vida privada”, “derecho a la privacidad”) o, en cambio, si se trata de derechos distintos pero relacionados.

Existen autores que señalan que “derecho a la vida privada” y “derecho a la intimidad” serían derechos subjetivos distintos, pero que el derecho a la vida privada comprendería dentro de su seno el derecho a la intimidad. Así, Humberto Nogueira señala que “La vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad. El derecho a la privacidad comprende el derecho de la intimidad que tiene un carácter más estricto y dimensión individual”<sup>2</sup>. Otro autor expresa que la vida privada es lo genéricamente reservado, siendo la intimidad lo radicalmente vedado, lo más personal. La intimidad sería una concreción de la vida privada, una realización efectiva, una parcelación de ella<sup>3</sup>.

No obstante, lo señalado, la mayor parte de la literatura jurídica emplea como expresiones similares los términos intimidad y vida privada, en gran medida por la influencia anglosajona del origen del término *right to privacy*<sup>4</sup>. De esta forma “la doctrina y la jurisprudencia norteamericana emplean el mismo término -privacy- para referirse a la vida o esfera privada y a la intimidad, pero distinguen grados en ella. Práctica similar se encuentra en la doctrina francesa, alemana, anglosajona y española, que distinguen grados de intimidad, mediante los cuales se incluye tanto la vida privada como la vida íntima”<sup>5</sup>.

Nuestra opinión es que en el sistema jurídico chileno no sería adecuado restringir la intimidad a los aspectos más interiores o personales del individuo, sino que debe ser entendida como un equivalente o una figura similar a la vida privada, ya que tienen el mismo objeto jurídico de protección. En efecto, no podemos advertir una delimitación clara y precisa entre vida privada e intimidad, que permita hablar de ámbitos o niveles distintos de protección constitucional y legal. En suma, como ha señalado Figueroa, no hay criterios analíticos para apoyar tal distinción<sup>6</sup>, por ello la diferenciación se torna irrelevante. En una línea similar a la nuestra se han planteado diversos autores nacionales<sup>7</sup>.

Pero ¿qué entendemos por derecho a la intimidad? ¿Cuál es el contenido conceptual de este derecho? En este punto, lo primero que es preciso advertir es que cuando hablamos de derecho a la intimidad estamos refiriéndonos a un concepto que adolece de una gran imprecisión, ya que no existe un concepto único de vida privada, se trata de algo relativo y, por consiguiente, variable conforme a ciertas condiciones. El sentido de vida privada es diferente en cada uno de nosotros, dependiendo no sólo del contexto geográfico en que nos desenvolvamos, sino sobre todo del marco cultural. Evidentemente en nuestra sociedad el concepto de intimidad está determinado por la cultura occidental, y éste será diferente respecto de cómo es entendido por otras culturas.

Sin perjuicio de lo anterior, existe claridad en que la intimidad es el espacio reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás. Es aquel ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de nadie y, por tanto, ajeno a toda exteriorización o relación<sup>8</sup>. El derecho a la intimidad, como dice Carbonnier, es “el derecho del individuo de tener una esfera secreta de la vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás”<sup>9</sup>.

De esta forma, podemos entender la intimidad como “el secreto”, como un espacio libre de incidencia y, por tanto, resistente a la acción del poder público y de los particulares, lo que se podría llamar una perspectiva negativa del derecho a la intimidad. Pero esta noción debe ser complementada, ya que “no es cierto que cuanto menos se sepa sobre nosotros, gocemos de una mayor intimidad”<sup>10</sup>.

Por ello, podemos decir que la intimidad tiene también un aspecto o dimensión positiva, por ser el presupuesto del pleno ejercicio por la persona de cualesquiera otros de los derechos de que sean titulares<sup>11</sup>. En la intimidad, la persona “se forja su personalidad, se desarrolla su humanidad, como consecuencia y como fruto de la libertad para elegir sus normas de conducta, sus creencias, sus ideologías”<sup>12</sup>. En otras palabras, el derecho a la intimidad tendría así una doble dimensión: en su aspecto negativo como defensa de la persona frente a los demás y, en su aspecto positivo, como derecho de control sobre la información y aspectos privados relativos a la propia persona.

El aspecto positivo del derecho a la intimidad se traduce, en definitiva, en el poder de desarrollar libremente la propia personalidad, tiende a identificarse con el derecho a la tutela de la propia identidad (sexual, de conducta, familiar, etc.). Tal como ha señalado José Luis Ugarte, mientras la perspectiva negativa exige opacidad, “la otra supone todo lo contrario: visibilidad”<sup>13</sup>. Desde la perspectiva del derecho a la intimidad del trabajador, esta dimensión positiva se verá reflejada, por ejemplo, en la apariencia externa del trabajador como reflejo de su propia identidad frente al poder de dirección del empleador, ya que el aspecto físico externo de una persona constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal<sup>14</sup>.

### 1.2. Consagración del derecho a la intimidad y vida privada en la Constitución chilena

La Constitución Política de Chile de 1980 contempla el derecho a la intimidad en dos numerales, el 4º y el 5º, del artículo 19, los que disponen: “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 4º El respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y, asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”<sup>15</sup>. 5º La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Respecto de estas normas, corresponde hacer al menos dos observaciones. En primer lugar, hay que señalar que en el numeral 4º se contienen dos derechos fundamentales distintos, el derecho a la vida privada y el derecho a la honra. La protección de datos personales, incorporada a la Constitución por la ley de reforma constitucional N° 21.096, de 16.06.2018, constituye una

manifestación específica del derecho a la intimidad o a la vida privada de la persona. La honra es el prestigio, fama, buen nombre, crédito que una persona tiene en concepto de los demás. Pero también supone la estima y el respeto por la propia dignidad<sup>16</sup>.

La jurisprudencia chilena ha señalado que “el término honra tiene dos puntos de vista: 1) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo, y 2) objetivo: es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno. La Constitución ampara este segundo aspecto, pues el subjetivo que da en el plano interno de la persona, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la protección de la dignidad del ser humano”<sup>17</sup>.

Por ello, se afirma que “suele hacerse la distinción entre la honra y el honor. La honra es el crédito o prestigio que cada persona tiene en el concierto social o ante terceros y, el honor, es la autoestima o el aprecio subjetivo que la persona posee de sí”<sup>18</sup>. En consecuencia, en el sistema constitucional chileno lo que encuentra protección es la honra, esto es, la valoración externa de la personalidad y no su autoestima (el honor).

En los hechos existirán situaciones en que se vulnere el derecho a la intimidad sin que se vea afectado el derecho a la honra, y viceversa.

En segundo lugar, es necesario precisar que el numeral 5º, como ha sido comprendido mayoritariamente por la doctrina, corresponde a una explicitación o una mera aplicación del derecho fundamental a la intimidad a dos ámbitos específicos que forman parte de la esfera íntima de las personas, como son el hogar o domicilio, por una parte, y las comunicaciones y documentos privados, por otra. Por ello, se afirma que “a diferencia de la protección de la vida privada del numeral 4 antes comentado, la Constitución determina en este número 5 del artículo 19 ámbitos materiales en que el acceso o intervención de un tercero no autorizado puede ser rechazada”<sup>19</sup>.

Tanto la inviolabilidad del hogar como de los documentos y comunicaciones privadas han constituido un derecho clásico del constitucionalismo. En la historia constitucional de Chile, ya el reglamento constitucional de 1812 en su artículo 16 otorgaba seguridad a personas, casas, efectos y papeles contra indagaciones injustificadas. La Constitución de 1833, en tanto, separaba la protección de la persona del resto y extiende la inviolabilidad a la correspondencia. La Constitución de 1925, por su parte, sustituyó la expresión casa por hogar y precisó que la correspondencia protegida era tanto epistolar como telegráfica, y la reforma constitucional de 1971 añadió la protección de la comunicación telefónica<sup>20</sup>.

Específicamente respecto de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, podemos señalar que comunicación privada “es aquella en que su emitente escoge de manera singular a la persona que la recibe”<sup>21</sup>, y que la vulneración de esta manifestación del derecho a la intimidad, a juicio de la doctrina nacional, se produce tanto por la interceptación en sentido estricto de la comunicación (como es el caso de la aprehensión física del soporte del mensaje o la captación de otra forma del proceso de comunicación), la retención o por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (lectura de la correspondencia guardada por el destinatario, entre otras)<sup>22</sup>.

Esta inviolabilidad abarca toda forma de comunicación privada, es decir, involucra la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor, y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros. Se incluyen en ella las formas de comunicación epistolar, telefónica, audiovisual y, dentro de los medios de comunicación, el télex, el fax, el correo electrónico, etc., siempre que éstas y otras especies de comunicación no estén abiertas al público.

### 1.3. La protección del derecho a la intimidad o vida privada del trabajador en el Código del Trabajo

El derecho a la intimidad o vida privada del trabajador, en cuanto derecho fundamental laboral “inespecífico”, se ha ido constituyendo progresivamente, al igual que los demás derechos fundamentales, en un límite al poder de dirección y a las facultades del empleador. Pero este derecho fundamental a la intimidad, en el contexto de la relación de trabajo, adquiere unas manifestaciones o problemáticas específicas, de las cuales debiera dar cuenta la legislación laboral y, en el caso de Chile, el Código del Trabajo. Así, en el ámbito de la relación laboral, algunas manifestaciones o problemáticas del derecho a la intimidad del trabajador son las siguientes: 1) Las medidas de vigilancia y control de los trabajadores por parte del empleador, como cámaras de vigilancia, grabaciones, etc. 2) La intimidad corporal del trabajador en la empresa y los registros sobre su persona o pertenencias. 3) La inviolabilidad de las comunicaciones privadas del trabajador (comunicación epistolar, uso del correo electrónico, etc.). 4) La reserva y confidencialidad sobre datos personales del trabajador a que tiene acceso la empresa. 5) La información y control de la salud de los trabajadores. 6) El control sobre la apariencia externa del trabajador (vestuario, largo del cabello, uso de piercing, etc.). 7) El control sobre las conductas extralaborales del trabajador.

A continuación, lo que corresponde es analizar las disposiciones del Código del Trabajo chileno que pretenden resguardar la intimidad del trabajador. Lo primero que corresponde señalar en este punto es que, al revisar dicho cuerpo normativo, nos encontramos frente a un conjunto de normas legales limitadas y dispersas, que no dan cuenta de una consideración global de los diversos problemas referentes a la esfera privada del trabajador y a su protección en la relación de trabajo. En efecto, se trata sólo de manifestaciones legislativas aisladas y surgidas de manera inorgánica, sin que exista una mirada de conjunto sobre el tema.

Hecha la precisión, debemos comenzar citando dentro de esas disposiciones el inciso primero del artículo 5º del Código del Trabajo, el cual señala: “El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. Esta norma, eminentemente declarativa, fue introducida el año 2001, a través de la Ley 19.759, publicada en el Diario Oficial de 5 de octubre de ese año, y su inclusión tuvo por objetivo provocar “un mejoramiento en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores”<sup>23</sup>. Objetivo ambicioso para una norma que no contemplaba mecanismos específicos ni eficaces de tutela que posibilitaran a los trabajadores exigir su cumplimiento. Eso no significa desconocer la importancia que esta norma ha tenido a la luz de la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo.

Luego, y ya referido específicamente al reglamento interno de la empresa, corresponde citar la norma del inciso final del artículo

154 del Código del Trabajo, que establece: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo (las obligaciones y prohibiciones a que están sujetos los trabajadores en la empresa), y, en general toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

A través de esta disposición, también introducida por la Ley 19.759, de 5 de octubre de 2001, el Código del Trabajo obliga al empleador a que todas las obligaciones y prohibiciones dispuestas en el Reglamento Interno de la empresa, en cuanto normas a las que deben sujetarse los trabajadores en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento, y en general toda medida de control que en la práctica se adopte -vale decir, no sólo las que encuentren su fundamento en la ley, sino en otras fuentes normativas-, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para así respetar la dignidad del trabajador.

Por otro lado, el legislador laboral ampara el derecho del trabajador a la intimidad, a través de dos artículos que son la consagración de un verdadero *habeas data* en materia laboral, esto es, el derecho a la protección de datos. Estamos refiriéndonos en concreto a los artículos 154 bis y 183 Y del Código del Trabajo, éste último específicamente en materia de suministro de personal. “Artículo 154 bis. El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”. “Artículo 183-Y. El ejercicio de las facultades que la ley reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”.

Ambas normas vienen a establecer el respeto que debe tener el empleador respecto de la información que forma parte de la esfera privada o íntima del trabajador, en especial cuando tenga acceso a ello en virtud o con ocasión de la relación de trabajo. Constituyen estas disposiciones una expresión clara y precisa del reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad o vida privada del trabajador en el Código del Trabajo chileno.

Finalmente, existen dos disposiciones legales que resuelven en situaciones específicas la colisión que se produce entre el derecho a la intimidad y el poder de dirección empresarial, referidos a la solicitud de información por parte del empleador respecto de hechos privados del trabajador o trabajadora, como son el estado de su deuda comercial o la maternidad. Nos estamos refiriendo a los artículos 2° inciso séptimo y 194 inciso final, ambos del Código del Trabajo, que al efecto disponen: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza” (Artículo 2° inciso séptimo). “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez” (Artículo 194 inciso final).

Como se puede ver, en ambos casos, el legislador resuelve la situación o colisión de derechos, haciendo prevalecer la privacidad del trabajador por sobre el poder de dirección empresarial.

## 2. Poder de dirección del empleador y nuevas medidas de control

El derecho a la intimidad que ostenta el trabajador conlleva, naturalmente, un correlativo deber por parte del empresario, como contraparte que es del contrato de trabajo. Ello significa que es éste el principal destinatario de tutela de este derecho y que, por lo tanto, tiene la obligación de velar por respetar la intimidad en el ámbito laboral. Es claro que, como titular del derecho a la intimidad, el trabajador goza de un ámbito de reserva limitado e inaccesible en el lugar de trabajo. Pero tal espacio no se contrae únicamente a la elemental exigencia de aislarse en momentos particulares para atender a las necesidades fisiológicas o de disponer de modo exclusivo de espacios cerrados destinados a la conservación y protección de objetos personales, sino que se extiende también a la exigencia del trabajador de salvaguardar en el interior de la empresa la intimidad de sus relaciones con los compañeros de trabajo, de la propia actividad sindical y de las comunicaciones por correspondencia, telefónicas<sup>24</sup> o electrónicas.

Ahora bien, el trabajador realiza su actividad laboral dentro del ámbito organizativo y directivo del empresario, adoptando una posición de sujeción y subordinación. Tal como se ha señalado, “el contrato de trabajo aparece como el título jurídico que legitima las facultades de organización y dirección del empresario, como el elemento de mediación que sanciona jurídicamente una posición de desigualdad”<sup>25</sup>. Por ello, en el contexto de la relación laboral vamos a enfrentar el conflicto entre, por una parte, el derecho a la intimidad del trabajador, en cuanto derecho fundamental, y, por otro, el poder de dirección empresarial, elemento propio del contrato de trabajo.

Los derechos fundamentales, y dentro de ellos el derecho a la intimidad o vida privada, no son ilimitados o absolutos, sino que admiten limitaciones. Estos límites deben basarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. En esa línea, los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales tienen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad -artículos 19, Núms. 21 y 24 de la Constitución Política de Chile, respectivamente-, garantías constitucionales que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial.<sup>26</sup>

El poder de dirección del empleador ha sido entendido como “el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”<sup>27</sup>. También puede ser definido como “La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y



durante toda la ejecución del contrato”<sup>28</sup>.

La Dirección del Trabajo<sup>29</sup> de Chile, por su parte, ha definido el poder de dirección como “una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador”<sup>30</sup>.

Desde una perspectiva general, el poder de dirección del empleador en cuanto titular de la empresa, debe ser entendido como inclusivo de tres manifestaciones distintas: 1° el poder de dirección ordinario o poder de dirección en sentido estricto; 2° el *ius variandi* empresarial, y 3° el poder de vigilancia, control y sanción al trabajador<sup>31</sup>.

El poder de dirección, en sentido estricto, hace referencia a la serie de órdenes e instrucciones que el empleador puede darle al trabajador en el ejercicio diario de sus cometidos laborales. Es la potestad habitual, normal, la que le permite dirigir diariamente la empresa y, en consecuencia y de ser necesario, acometer cambios en la prestación laboral de relevancia acotada.

El *ius variandi* empresarial es el poder o potestad que tiene el empleador para, unilateralmente y cumpliéndose lo supuestos legales, realizar cambios de mayor trascendencia en las condiciones que pactó en el contrato de trabajo con el trabajador. En el sistema jurídico laboral chileno, esta facultad está contemplado en el artículo 12 del Código del Trabajo y está acotada a la alteración de la naturaleza de los servicios, el sitio o recinto en que ellos deban prestarse y la distribución de la jornada de trabajo convenida, cumpliéndose los requisitos establecidos en la misma norma.

Finalmente, el poder de vigilancia, control y sanción al trabajador se refiere a la facultad que posibilita al empleador para supervisar, controlar y, eventualmente, sancionar al trabajador, llegando incluso a la posibilidad de ponerle término al contrato de trabajo sin derecho a indemnización para el dependiente<sup>32</sup>. Tal como se ha dicho, “contribuyen a garantizar la efectividad del poder de dirección otros poderes de que está dotado el empleador, como son el poder de control y vigilancia y el poder disciplinario”<sup>33</sup>.

Estas facultades, si bien encuentran sustento en los derechos constitucionales de la libertad de empresa y del derecho de propiedad, en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan en cuanto a su extensión y configuración en el contrato de trabajo, ya que dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador, a lo que debemos agregar la ley, puesto que será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario.

Pero, en todo caso, los límites a las facultades del empleador, como sostiene Sergio Gamonal, operarán “en negativo” respecto de aquéllas, esto es, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obliga al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores, para facilitar su ejercicio<sup>34</sup>.

Un aspecto interesante de analizar respecto del ejercicio de los poderes empresariales en el contexto de la relación laboral está constituido por las medidas de control que el empleador adopta para supervisar la prestación de servicios por parte del trabajador. Es en este punto donde ha adquirido cada vez mayor relevancia la utilización de nuevas tecnologías, las que tienen una potencialidad de mayor afección a los derechos fundamentales del trabajador, especialmente al derecho a la intimidad o vida privada del mismo. Tal como se ha dicho, “la revolución informática ha generado una drástica modificación en la forma y los medios para trabajar, agilizando procesos y generando mejores resultados, eficaces y eficientes, en las labores que a diario deben de desempeñar los trabajadores dentro de la empresa. Las nuevas tecnologías influyen directamente en las relaciones laborales originando un cambio profundo en la comunicación e intercambio de información, no solo entre empleados y empleadores, sino también respecto a los clientes, existentes y potenciales”<sup>35</sup>.

Esta nueva realidad al interior de las empresas, hace que el trabajador se vea expuesto no solo al acceso y manejo de su información personal que tenga el empresario, sino que también a los mecanismos modernos de control de la prestación laboral a través de la tecnología, ambos potencialmente invasivos de su intimidad, ya que “el empleador contará con mayores herramientas para vigilar las actividades y recopilar datos, cada vez más completos de sus trabajadores, que podrían servir, incluso, para intensificar las acciones de control empresarial mediante la aplicación de tecnologías centralizadas, objetivas y en tiempo real”<sup>36</sup>. Sobre algunas de las medidas de control empresarial utilizadas recientemente en Chile, mediante el uso de nuevas tecnologías, su conflicto con la intimidad o vida privada del trabajador y cómo ha sido resuelto este conflicto por la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo y por los Tribunales de Justicia, nos referiremos a continuación.

### 3. Algunos casos específicos de medidas de control empresarial y nuevas tecnologías

#### 3.1. Sistema de alerta y vigilia para conserjes, nocheros, porteros y similares

Este sistema tiene por objeto ayudar a mantener la alerta y vigilia de los trabajadores que se desempeñan como conserjes, nocheros, porteros y similares en edificios residenciales o de oficinas o en instalaciones industriales en horario nocturno, para lo cual el dispositivo, previa programación, emite cada ciertos lapsos señales luminosas y sonoras que deben ser apagadas por el trabajador mediante la pulsación de botones que se encuentran distantes entre 10 a 15 metros, alarmas que de no ser canceladas en su oportunidad generan un mensaje electrónico al empleador (administrador o encargado del respectivo edificio o instalación).

En efecto, el sistema corresponde a un dispositivo electrónico estacionario que se ubica en el lugar de permanencia del trabajador (normalmente en el mesón o estación de trabajo de la portería), preconfigurado de modo que, en intervalos de 30 minutos aproximadamente, se emite por el propio aparato una señal sonora inicial (bip único) y una luminosa (led estándar de 2 mm), debiendo esta alarma ser apagada por el trabajador usando botones fijos, instalados a un máximo de 15 metros desde el dispositivo central.

En caso de no ser cancelada la referida señal, se inicia una segunda alarma, esta vez, de tipo sonora (bip intermitente) que se mantiene hasta que es cancelada por el respectivo dependiente, también mediante pulsación de los indicados botones. De no ser

apagada, esta señal pasa a una etapa de alarma sonora de mayor intensidad a la anterior (bip intermitente) a la vez de generarse una señal luminosa de color rojo. El inicio de esta tercera etapa da lugar al envío automático de un mensaje por correo electrónico al administrador o encargado del recinto, informando la eventual anomalía en el lugar de prestación de servicios. Cada una de las tres etapas de alarma tiene una duración programable, siendo 3 minutos el lapso mínimo y las señales son las exclusivamente emitidas por el frontal del dispositivo central, claramente visibles y audibles por una persona que esté ubicada en la estación de trabajo respectiva, siendo las luminosas de baja intensidad y las sonoras, inferiores a 60 db, no pudiendo ambas alterarse en potencia o cantidad a voluntad del usuario.

La interactividad del trabajador con el sistema se limita a pulsar por 2 segundos los botones de apagado de las alarmas, ubicados a cada costado en distancias máximas de 15 metros. No hay en la consola mecanismo de comunicación alguno que pueda ser usado por o para con el trabajador. De esta forma, el sistema señalado, en palabras simples, evitaría que el trabajador que está cercano al dispositivo se quede dormido en el lugar durante la jornada, obligándolo a entrar en actividad cada cierto tiempo - intervalos de 30 minutos aproximadamente- para poder operar los interruptores que cancelan cada etapa de alarma.

Cabe señalar que este sistema no había sido comercializado al momento que la empresa realizó la consulta sobre la legalidad del mismo a la Dirección del Trabajo, no habiendo casos de empleadores que lo tuvieran en uso en ese momento.

La Dirección del Trabajo, a través del Ordinario N° 5417, de 08.11.2016, resolvió que “si bien el sistema en comento puede en teoría y en abstracto resultar inocuo, y en tal sentido, difícil de cuestionar como producto comerciable, objeción que, dicho sea, tampoco podría esgrimir este Servicio por no ser de su competencia, será la forma de aplicación práctica que cada empleador disponga la que merecerá ser evaluada en su momento, pues sólo en la situación laboral concreta resultará factible determinar si, esa particular manera de usar el dispositivo, afecta o no los derechos de los trabajadores.

Lo anterior es relevante porque los estándares de operación y funcionamiento que describe la empresa solicitante al exhibir el sistema ante esta Dirección no dan cuenta de una medida que transgreda la preceptiva vigente, máxime si se ha analizado el dispositivo sin respecto de una relación laboral material, pero un estadio diferente puede producirse si un empleador decide configurarlo y utilizarlo de manera tal que se transforme en una medida abusiva o desproporcionada, pues, en tal evento, un sistema que, en su origen y en abstracto, ha sido neutro devendrá lesivo para la relación laboral y contrario a Derecho, con todas las consecuencias que ello implica.

Coherente con lo anotado, nada obsta a que, en su oportunidad, este Servicio fiscalice, conforme al procedimiento de rigor, los casos de empresas que han llevado a la práctica el mentado sistema y cuyos respectivos trabajadores deduzcan eventuales denuncias por infracción a la normativa vigente”.

### **3.2. Sistema de control y seguridad que registra los movimientos de rostro y ojos de un conductor**

Este sistema de control, denominado DSSFleet, es un sistema de seguridad que registra los movimientos de rostro y ojos de un conductor, aplicado al transporte interurbano de pasajeros, detectando cuando éste presenta eventos de somnolencia y distracción en la cabina. La finalidad del dispositivo sería reducir los incidentes relacionados con somnolencia y/o distracción del conductor durante la conducción del vehículo, lo que contribuiría a una mayor seguridad del trabajador y de pasajeros.

En cuanto a su funcionamiento, el sistema está diseñado para monitorear los ojos y la posición de la cabeza del conductor, detectando síntomas externos de somnolencia o distracción, ante lo cual se activa inmediatamente una alarma sonora y un motor vibrador ubicado en el asiento que alerta al conductor. Asimismo, en caso de producirse un evento de alarma, se genera un reporte electrónico a la empresa empleadora.

La materialidad del sistema está instalada en los buses sobre el panel de instrumentos de la cabina, direccionado hacia el conductor sentado y cuenta con un sensor frontal y dos laterales. Los sensores se activan por sobre los 40 kilómetros por hora de velocidad. El sistema no implica grabación audio-video, es decir, no es un circuito cerrado de televisión ni tampoco almacenaría imágenes o audio que permita un control de otras acciones del trabajador.

Sobre este sistema la Dirección del Trabajo resolvió, a través del Ordinario N° 5019, de 25.10.2017, que “el dispositivo y su tecnología por sí mismos, pueden no evidenciar riesgo alguno de afectación iusfundamental, máxime si se considera el bien a cuya protección propende -vida y salud, seguridad vial, etc.-, pero es su uso inadecuado o su aplicación abusiva la que, en la práctica, podría ser lesiva de los derechos de todo o parte del respectivo personal, transformándose, por ende, en improcedente, con todas las consecuencias que ello implica. Lo antedicho cobra especial relevancia si se tienen en cuenta dos momentos en la operación del sistema que, desde la perspectiva en examen, merecen especial cuidado. El primero, cuando se generan los impactos físicos en la persona del conductor con motivo de la activación de las alertas por detección de eventos de somnolencia o distracción, a saber; la alarma sonora y la descarga vibratoria, ya descritas, cuya configuración debe cautelar la integridad física y síquica de la persona del trabajador, tanto como su dignidad. El segundo, cuando, producido y detectado un evento, se administra el respectivo reporte del mismo por el empleador. Ello por cuanto su contenido comprendería capturas de imagen del rostro completo del conductor al instante de su síntoma de somnolencia o distracción, información que la empresa debe utilizar con el debido rigor y diligencia, resguardando la honra y dignidad del trabajador”.

Por último, agrega la Dirección del Trabajo en su respuesta a lo consultado por la empresa de transportes, que “no puede soslayar que la aplicación del sistema en comento, como ya se recalcó, exige su regulación en el correspondiente reglamento interno de orden, higiene y seguridad, lo que no se estaría cumpliendo en la especie, conforme lo informa la fiscalizadora en el proceso indicado al inicio de este ordinario, razón por la cual, si efectivamente el dispositivo está funcionando en los buses, la empresa estaría en franca infracción al artículo 154 del estatuto laboral”, norma que ya hemos citado con anterioridad en este trabajo.

### **3.3. Dispositivo de seguridad basado en la revisión de imágenes corporales de los trabajadores sin sus vestimentas**

Este sistema de seguridad, denominado “Escáner EQO”, está destinado a ser implementado en empresas que buscan eliminar las mermas de productos, a través de un mecanismo electromagnético cuyas ondas permiten la detección de la mercancía bajo las

ropas, sin necesidad de contacto físico con los dependientes. Sus principales características serían el entregar imágenes de alta resolución y representación de imagen en directo. Según el fabricante, se trataría de un sistema de control ideal para aeropuertos, penitenciarías y Tribunales, ya que detecta objetos peligrosos escondidos al proyectar una imagen en tiempo real y de alta resolución.

Este mecanismo de control es operado por trabajadores de una empresa externa y de la manera que se señala a continuación. Existe un botón que se presiona y que determina quien pasa por el escáner. La persona que pasa por el escáner es girada en 360 grados, la imagen se proyecta en un monitor a cargo del operador remoto quien revisa la imagen, éste da la instrucción para que quien es objeto de revisión siga adelante o explique o entregue algunas cosas que pueda portar, pudiendo solicitar la revisión del calzado.

Con relación a la imagen proyectada, ésta aparece en blanco y negro, podría ser girada en 360 grados, pudiendo moverla, verla de distintos ángulos, aplicarle un filtro para que se vea con un color naranja, darle más contraste o brillo, acercarla o alejarla. La imagen corporal que se muestra permite distinguir las partes del cuerpo, salvo la cara que aparece distorsionada, en específico se distinguirían genitales masculinos y femeninos, senos, glúteos y otros. En dictamen Ordinario N° 5125/61, de 07.10.2015, al responder una consulta genérica sobre la implementación de este dispositivo, la Dirección del Trabajo señaló que “claramente aparece como una medida pre-policial y atentatoria en su forma frente a los derechos constitucionales de los dependientes”. Agrega dicha institución que “no puede este Servicio autorizar el uso de un sistema que revela con detalle, imágenes de los contornos de los cuerpos de los dependientes en ropa interior, por cuanto ello prácticamente equivale a hacerlos desvestirse frente a una cámara controlada por un desconocido, lo que aparece como inaceptable en el ámbito de la relación laboral”.

Finalmente, concluye señalando que “es posible concluir que el dispositivo de seguridad denominado Ego, basado en la revisión de imágenes corporales de los trabajadores sin sus vestimentas, mediante el uso de ondas milimétricas, no resulta ajustado a derecho al afectar la dignidad y los derechos constitucionales de los dependientes que fueron alcanzados por el mecanismo, especialmente la honra y privacidad de los mismos”.

Pero este sistema no solo fue objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa, sino que también fue conocido por los tribunales del trabajo a partir de una denuncia interpuesta por el sindicato de trabajadores de una empresa farmacéutica y la Inspección del Trabajo en contra del empleador, quien ya había implementado este sistema<sup>37</sup>.

Se afirma en la denuncia que este sistema ya había provocado situaciones desagradables en la empresa, como que se habría obligado a trabajadores a sacarse los zapatos y sacarles las plantillas a estos, sacarse la camisa o polera. En el caso de un trabajador lo que acusaba el escáner era un lunar de grandes proporciones, sin que nada llevase oculto el trabajador. Agrega que incomodo ha sido para las trabajadoras que usan su toalla higiénica o tampón durante su periodo menstrual, el cual es detectado por el escáner, debiendo responder preguntas las trabajadoras en relación con si se encuentran en ese periodo.

En su sentencia de 27 de octubre de 2015, confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago, el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago acogió la denuncia del sindicato, disponiendo en lo sustantivo que: “Que se acoge parcialmente la denuncia por vulneración de derechos fundamentales interpuesta por don Marcelo Silva Fuentes en representación del Sindicato de Trabajadores Empresa Socofar Logística y por la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente en contra de Empresa Socofar Logística Limitada y se declara: A.- Que la Empresa Socofar Logística Ltda., con la implementación, con fecha 12 de enero de 2015, del mecanismo de control denominado escáner marca Ego, vulneró el derecho a la intimidad corporal de los trabajadores afiliados a la organización sindical denunciante que se desempeñan en el sector de operaciones y el derecho a la integridad psíquica de los mismos. B.- Que, en consecuencia, se prohíbe en forma absoluta a la sociedad denunciada, obligar a sus trabajadores a someterse al control del escáner Ego, bajo la versión de imagen aplicada, que muestra como es el cuerpo humano”.

De esta forma, tanto la administración (Dirección del Trabajo) como los tribunales de justicia, consideraron que este sistema de escáner era atentatorio contra derechos fundamentales de los trabajadores.

#### 4. Conclusiones

A partir de la investigación realizada y que se ha plasmado en el presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. En Chile, el reconocimiento y protección del derecho a la intimidad o vida privada del trabajador es un proceso relativamente reciente, que se ha ido desarrollando progresivamente con más fuerza en las últimas décadas.
  2. El uso de nuevos sistemas de control empresarial a través de elementos tecnológicos, tiene un alto potencial de vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, particularmente de su derecho a la intimidad o a la vida privada.
  3. A partir del desarrollo que el derecho a la intimidad o vida privada del trabajador ha tenido en el sistema jurídico chileno, se ha ido constituyendo paulatinamente como un límite para el poder de dirección y el ejercicio de las facultades del empleador, especialmente respecto del uso de nuevos sistemas de control.
  4. En los casos y sistemas analizados en este trabajo, tanto la administración como los tribunales de justicia al resolverlos, han analizado y ponderado la afectación (o eventual afectación) de los derechos fundamentales de los trabajadores en la implementación de estos nuevos sistemas de control empresarial.
  5. Para determinar si un sistema de control del empleador vulnera el derecho fundamental a la intimidad o a la vida privada del trabajador, especialmente los que ocupan nuevas tecnologías, deberá analizarse tanto el sistema en sí como la utilización que hace de este sistema el empleador.
-

## NOTAS DE RODAPE

---

1

Sobre las diversas denominaciones del derecho a la intimidad, NOVOA MONREAL, E., *El Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información* (México, 1981), Siglo Veintiuno Editores, pp. 30-31.

---

2

NOGUEIRA ALCALÁ, H., "El Derecho a la Privacidad y a la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno", *Ius et Praxis*, Año 4, Nº2, Talca, 1998), p.68. En la misma línea DESANTES, J., "El derecho fundamental a la intimidad", en *Revista de Estudios Públicos* (Santiago, 1992), p. 270.

---

3

REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, (Madrid, 2005), Editorial Dykinson, p. 75.

---

4

Sobre el origen del término *right to privacy*, es imprescindible tener a la vista el muy conocido artículo de Warren y Brandeis titulado "The Right to privacy", publicado originalmente en 1890 en *Harvard Law Review*.

---

5

PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo* (Navarra, 2007), Thomson Civitas, p. 215.

---

6

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., *Privacidad* (Santiago, 2014), Ediciones Universidad Diego Portales, p. 46.

---

7

Entre otros, CEA EGAÑA, J., *El Derecho Constitucional a la Intimidad*, en *Revista Gaceta Jurídica* Nº 194 (Santiago, 1996), NONOA MONREAL, E., *op. cit.*, p. 47, EVANS DE LA CUADRA, E., *Los Derechos Constitucionales, T I* (Santiago, 1999), Editorial Jurídica de Chile, p. 213, y FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., *op. cit.*, p. 46.

---

8

GALÁN JUÁREZ, M., *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho* (Madrid, 2005), Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 27.

---

9

CARBONNIER, Jean, citado por RÍOS LABBÉ, S., *La Protección Civil del Derecho a la Intimidad*, (Santiago, 2003), Lexis Nexis, p. 10.

---

10

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *Honor, intimidad e imagen* (Barcelona, 1996), Bosch Casa Editorial, p. 40.

---

11

GALÁN JUÁREZ, M., *op. cit.*, p. 28.

---

12

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, p. 41.

---

13

UGARTE CATALDO, J., *Derechos, Trabajo y Privacidad* (Santiago, 2011), Abeledo Perrot, p. 76.

---

14

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.; RUBIO SÁNCHEZ, F., *El Derecho de los Trabajadores a la Intimidad* (Navarra, 2006), Editorial Aranzadi, p. 290.

---

15

Numeral modificado recientemente, como aparece en el texto, por la ley de reforma constitucional N° 21.096, de 16.06.2018, que consagra el derecho a protección de los datos personales.

---

16

GARAY OPASO, O.; GONZÁLEZ JARA, M., *Vida privada y honra frente a las libertades de opinión e información* (Santiago, 2008), Librotecnia, pp. 29-30.

---

17

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 31 de mayo de 1993, RDJF 90 sec. 5ª, p. 164).

---

18

FUENTES OLMOS, J., "La defensa de las partes en el procedimiento de tutela laboral fundado en el derecho a la honra del trabajador", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXIX, 2012, Semestre II, p. 145.

---

19

BRONFMAN VARGAS, A.; MARTÍNEZ ESTAY, J.; NÚÑEZ POBLETE, M., *Constitución Política Comentada, parte dogmática* (Santiago, 2012), Abeledo Perrot, p. 158.

---

20

*Ibid*, p. 157

---

21

*Ibid*, p. 161.

---

22

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *op. cit.*, p. 89.

---

23

Mensaje Presidencial N° 136-343, de 16 de noviembre de 2000.

---

24

GOÑI SEIN, J., *El respeto a la esfera privada del trabajador* (Madrid, 1988), Editorial Civitas S.A., p. 23.

---

25

DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad* (Madrid, 1998), Consejo Económico y Social, p. 48.

---

26

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen N° 2856/162, de 30.08. 2002, disponible en [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl).

---

27

MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario* (Madrid, 1965), Instituto de Estudios Políticos, p. 44.

---

28

PALOMEQUE LÓPEZ, M.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo* (Madrid, 2012), Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 676.

---

29

La Dirección del Trabajo es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Su Ley orgánica está contenida en el Decreto con fuerza de Ley N° 2, de 1967. Sus principales funciones son la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral, la interpretación de las leyes del trabajo por medio de dictámenes, la divulgación de los principios de la legislación social, la supervigilancia del funcionamiento de las organizaciones sindicales y la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo.

---

30

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen Ord. N° 2210/35, de 05.06.2009, disponible en [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl).

---

31

FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador* (Albacete, 2016), Editorial Bomarzo, p. 17.

---

32

FABREGAT MONFORT, G., *Op. cit.*, pp. 18-19.

---

33

FERNÁNDEZ TOLEDO, R., *El poder disciplinario del empleador* (Santiago, 2016), Thomson Reuters, p. 43.

---

34

GAMONAL CONTRERAS, S., *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos* (Montevideo, 2004), Fundación de Cultura Universitaria, p.23.

---

35

APARICIO ALDANA, R., *Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen en las Relaciones Jurídico Laborales* (Navarra, 2016), Thomson Reuters Aranzadi, p. 79.

---

36

*Ibid.*, p. 80.

---

37

Cabe agregar, además, que el uso de este sistema por parte de la empresa farmacéutica fue objeto de amplia difusión y comentarios en los medios de comunicación social de Chile.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN****4. TUTELA JUDICIAL DE LA INTIMIDAD, LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y LA HONRA DEL TRABAJADOR****4. Tutela judicial de la intimidad, la inviolabilidad de las comunicaciones y la honra del trabajador****Judicial protection of privacy, the inviolability of the communications and the honor of the worker****(Autor)****JUAN PABLO SEVERIN CONCHA***Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile [juanpablo.severin@ucn.cl](mailto:juanpablo.severin@ucn.cl)***Sumário:**[1.El derecho a la intimidad y la constelación de derechos en torno a la dignidad personal](#)[2.Derecho a la intimidad: el registro corporal del trabajador o sus efectos personales y el control excesivo de la actividad laboral](#)[2.1.Sobre el derecho a la intimidad en las relaciones laborales](#)[2.2.El registro corporal del trabajador o sus efectos personales](#)[2.3.Control excesivo de la actividad laboral](#)[3.Derecho a la honra: vulneración al fundar el despido y difusión de la imputación de delitos o faltas penales del despido](#)[3.1.Sobre el respeto y la protección de la honra en las relaciones laborales.](#)[3.2.Afectación de la honra al fundar el despido](#)[3.3.Difusión de la imputación de delitos o faltas penales del despido](#)[4.Inviolabilidad de las comunicaciones: el control del correo electrónico](#)[5.Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

Avanzando en el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, el Código del Trabajo en Chile estableció, explícitamente, el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores como límite al ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador. Posteriormente, se introdujo un proceso especial aplicable respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se incluyen el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. En este trabajo se analizarán algunos aspectos conflictivos en relación con los mencionados derechos en el ámbito laboral, que han sido abordados en sentencias de tribunales superiores de justicia chilenos.

**Abstract:**

Advancing in the recognition of the efficacy of fundamental rights in relations between private individuals, the Labor Code in Chile explicitly established the respect for the constitutional guarantees of workers as a limit to the exercise of the powers that the law recognizes to the employer. Subsequently, it was introduced a special procedure applicable to issues raised in the labor relationship that affect the fundamental rights of workers, as for example the respect and protection of private life, the honor of the person and the inviolability of all forms of private communication, when these rights are violated in the exercise of the powers of the employer. This paper will analyze some conflictive aspects in relation to these rights in the workplace, which have been addressed by Chilean higher courts of justice.

**Palabras Clave:** Derechos fundamentales, intimidad, honra



**Keywords:** Fundamental rights, privacy, honor, inviolability of the communications

## 1.El derecho a la intimidad y la constelación de derechos en torno a la dignidad personal

El derecho a la intimidad o a la vida privada se refiere a la garantía a cada persona, por una parte, de un ámbito reservado de su existencia, y, por otra, de la autonomía para configurar su vida libremente. Es un derecho que constituye una proyección de la dignidad humana y se funda en el reconocimiento de la soberanía del individuo en su autodeterminación personal.

Frecuentemente este derecho es reconocido junto a otros derechos a los que está estrechamente ligado, pero que pueden ser diferenciados. A este respecto se ha dicho que “[c]abe hablar de un derecho a la intimidad en un sentido estricto y específico, y un derecho a la intimidad en un sentido genérico y abierto, como “constelación de derechos” vinculados a la tutela de la persona y de su dignidad”<sup>1</sup>. Entre los derechos que integran esta constelación, podemos mencionar el derecho al honor o la honra, el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales, y el derecho a la propia imagen. Así, podemos constatar en la Constitución Política de Chile que se asegura a todas las personas, en su artículo 19 núm. 4º, “[e]l respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”, junto a “la protección de sus datos personales”<sup>2</sup>, y en el núm. 5º del mismo artículo se asegura “[l]a inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

El Código del Trabajo en Chile ha establecido explícitamente, a partir de la ley 19.759, de 5 de octubre de 2001, que “[e]l ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”. Posteriormente, mediante la ley 20.087, de 03 de enero de 2006, se introdujo el procedimiento de tutela laboral, aplicable respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se incluyen el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

A continuación, queremos examinar algunos aspectos de los derechos a la intimidad, la inviolabilidad de las comunicaciones y la honra de la persona del trabajador en el ámbito laboral, revisando la delimitación que de ellos se realiza en una selección de sentencias de tribunales superiores de justicia chilenos.

## 2.Derecho a la intimidad: el registro corporal del trabajador o sus efectos personales y el control excesivo de la actividad laboral

### 2.1.Sobre el derecho a la intimidad en las relaciones laborales

Como hemos venido anticipando, este derecho no solo considera el derecho a estar solo<sup>3</sup>, sino que se trata esencialmente de que las personas puedan conducir sus vidas como mejor les parezca, con la mínima interferencia de los demás<sup>4</sup>. Definir la esfera de privacidad que ha de ser tutelada no es tarea fácil<sup>5</sup>. Es evidente que la persona puede reclamar que los terceros permanezcan ajenos a lo relacionado con su intimidad corporal, salud, vida afectiva y sexual, y relaciones familiares, como también lo es que pueda optar sobre quienes acceden a conocer sus ideas, convicciones, opciones y preferencias personales. Junto a lo anterior, se ha ido entendiendo que existen aspectos de las relaciones personales y sociales del individuo de los que cabe esperar permanezcan circunscritos a dichos círculos, sin que se admita el conocimiento ni la injerencia de terceros<sup>6</sup>. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, en causa rol núm. 1894/2011, de 12 de julio de 2011, ha expresado que la vida privada “no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena”. Para la acertada delimitación del ámbito de lo tutelado es relevante tener presente la noción de expectativa razonable de privacidad, entendida como la pretensión justificada del individuo de que su conducta, en razón al lugar o a las condiciones en que esta se desarrolla, no estará sometida al conocimiento de terceros<sup>7</sup>.

Las relaciones laborales constituyen un espacio potencialmente conflictivo para el ejercicio del derecho a la vida privada, pues la inserción laboral del trabajador implica que el empleador acceda a ciertos aspectos de la vida de aquel, en la medida que tal conocimiento sea necesario para una adecuada gestión de la empresa. Sin embargo, los restantes ámbitos de la vida privada del trabajador han de permanecer inaccesibles al empleador, como una “esfera intangible de la intimidad”<sup>8</sup>, esfera que no sólo se refiere a lo estrictamente íntimo, sino que puede alcanzar simplemente a la vida extralaboral del trabajador<sup>9</sup>. Las medidas restrictivas de este derecho que el empleador pudiera adoptar han de estar sujetas al canon de proporcionalidad y a la noción de intervención mínima. Además, “las facultades empresariales de vigilancia y control deben desarrollarse de forma correcta y leal, adecuándose a las específicas causas que las justifican”<sup>10</sup>.

A continuación, nos referiremos a dos cuestiones específicas en lo relativo a la garantía del derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones de trabajo: el registro sobre la persona del trabajador y sus efectos personales y el control empresarial de la actividad laboral.

### 2.2.El registro corporal del trabajador o sus efectos personales

Si bien es razonable que los trabajadores tengan una expectativa de privacidad sobre sus cuerpos y efectos personales, entendiendo que está vedada la injerencia de sus empleadores, estos, por razones de seguridad o de protección del patrimonio, reclaman para sí facultades para efectuar el registro de los mismos. En algunos ordenamientos se admiten medidas de control de este tipo por parte del empleador, bajo determinados supuestos y con ciertas condiciones, mientras que, en otros, son rechazadas<sup>11</sup>. En el caso de Chile no se contempla en la ley esta facultad extraordinaria.

Al respecto, cabe consignar que, tempranamente, el dictamen de la Dirección del Trabajo N°4.958/219, de 28 de agosto de 1992, expresó que tanto la revisión de efectos personales como la inspección corporal de los trabajadores infringen el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de Chile, el cual, en su inciso 1º, asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia<sup>12</sup>.

Con posterioridad, la sentencia de la Corte Suprema causa rol IC 5755-2008, de 26 de enero de 2009, enunció la doctrina del máximo tribunal sobre este tipo de registros, señalando que si se efectúan “han de ser preventivos”, esto significa que “deben estar desvinculados de la investigación de algún hecho concreto, y no han de ser funcionales a alguna investigación que ha de ejecutarse por los órganos de investigación criminal que la ley previene”. Así, la Corte Suprema rechaza la posibilidad de que el empresario ejerza facultades propias de la policía. Para el máximo tribunal, en tanto formas de prevención, estas medidas “deben aplicarse a través de procesos selectivos objetivos, enteramente despersonalizados, para restar toda intencionalidad y conservar su legitimidad”; además, “han de ser conocidas por los trabajadores, estar incorporadas al reglamento de higiene y seguridad de la empresa, y ejecutarse conforme a sus reglas”, y “han de ser adecuadas para disminuir al riesgo de que se trata, porque de otra manera carecerían de justificación”.

En la línea de la doctrina de la Corte Suprema, resulta pertinente revisar la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, causa rol IC 74-2015, de 14 de agosto de 2015. En este caso, conforme a lo establecido en la sentencia de instancia, la representante de la empleadora, mientras la trabajadora se encontraba en un control médico con su hija, “ingresó a la habitación de ésta, revisó sus pertenencias personales y cambió las chapas, luego de lo cual, al llegar la trabajadora, procedió en forma ofuscada, con malos tratos y frente a otros trabajadores a expulsarla del lugar, junto a dos niñas a su cargo, sin permitirle sacar las pertenencias de ninguna de ellas”. Para la mencionada Corte de Apelaciones, “[e]stos hechos claramente relatan un atentado en contra de la vida privada de la trabajadora”, y tal vulneración “fue un antecedente directo del despido de ella, por lo que debe considerarse que tuvo lugar con ocasión de dicho despido”. Esta sentencia da cuenta de la doctrina de nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, que considera amparar a la persona del trabajador y sus efectos personales desde la perspectiva del derecho a la intimidad y rechaza la atribución por parte del empleador de facultades de registro que son propias de las autoridades policiales.

### 2.3. Control excesivo de la actividad laboral

Con cierta frecuencia se cuestionan las medidas de control empresarial por las restricciones que eventualmente pudieran implicar del derecho a la intimidad desde la perspectiva inmiscuirse en un ámbito reservado de la vida del trabajador<sup>13</sup>. Sin embargo, tales medidas podrían tener en algunos casos implicaciones desde la perspectiva de limitar fuertemente la soberanía del individuo en la determinación de sus conductas. Como señalamos en su oportunidad, “el trabajador en la relación laboral se compromete a efectuar determinadas prestaciones, las que ha de efectuar en el tiempo y en el lugar acordado, pero ello no significa que toda su persona esté a disposición del empresario, ni que éste pueda ejercer sobre el mismo una vigilancia permanente y asfixiante”<sup>14</sup>. Un control desproporcionado de la actividad del trabajador puede significar someterlo a una presión que limite en exceso la autodeterminación conductual, afectando a su dignidad personal.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol 367-2013, de 12 de diciembre de 2013, se pronuncia respecto de un caso en que la trabajadora ha estimado vulnerada su intimidad, pues siendo profesora y con ocasión de la denuncia de malos tratos hacia un estudiante, se autorizó por la Dirección del establecimiento educacional la presencia de una psicóloga externa en una clase que ella impartía, quien realizó una grabación de la misma y emitió un informe. Aunque el juez de instancia había acogido la denuncia de vulneración de derechos fundamentales, la Corte revocó tal decisión. Para este último tribunal, “[l]a intimidad debe ser considerada primordialmente en función de la naturaleza de la actividad de que se trata”, agregando que “se entienden conductas protegidas por la intimidad aquellas que se estiman de carácter personal y respecto de las cuales existe una razonable expectativa de que no sean conocidas o reveladas a otros”, concluyendo que “cualquiera que sea la noción de intimidad a la que se adhiera, difícilmente queda bajo alguna de ellas, interpretarse a la vida privada como el derecho a no ser observado por otros en su lugar de trabajo”. En nuestro concepto, la Corte no enfoca adecuadamente el asunto, pues la vulneración al derecho a la intimidad no tendría que ver con el eventual acceso ilegítimo del empleador a aspectos reservados de la vida personal de la trabajadora, sino que con una posible limitación excesiva de la autodeterminación conductual de la misma en su actividad laboral. Por esta vía no necesariamente es descartable que la Corte hubiera podido desestimar la existencia de vulneración, pues podría haber determinado que el control empresarial no fue abusivo o que la medida del empleador era proporcionada y razonable en función de garantizar los derechos del niño involucrado. Lo anterior, en el entendido que no todo control empresarial de la actividad laboral afecta el derecho a la intimidad en la vertiente relativa a la autodeterminación conductual, sino solo aquel que por su permanencia o intensidad pudiera, desconociendo su dignidad, limitar seriamente la libertad del trabajador<sup>15</sup>.

## 3. Derecho a la honra: vulneración al fundar el despido y difusión de la imputación de delitos o faltas penales del despido

### 3.1. Sobre el respeto y la protección de la honra en las relaciones laborales.

La Constitución Política de Chile asegura el respeto y protección a la honra. Se ha entendido por tal “el crédito o prestigio que cada persona tiene en el concierto social o ante terceros”<sup>16</sup>. Como ha recordado la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, causa rol núm. 943-07, de 10 de junio de 2008, “el derecho a la honra, cuyo respeto y protección la Constitución asegura a todas las personas, alude a la “reputación”, al “prestigio” o el “buen nombre” de todas las personas, como ordinariamente se entienden estos términos, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos”<sup>17</sup>. Agrega el Tribunal Constitucional que, “[p]or su naturaleza, es, así, un derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana”<sup>18</sup>.

Pese a que en la Constitución el derecho a la honra es reconocido junto al derecho a la vida privada, cabe diferenciarlos, pues se refieren a objetos distintos: el derecho a la intimidad ampara un espacio de secreto de cada persona y la libertad para autodeterminarse, mientras que el derecho a la honra busca tutelar la reputación y buen nombre de la persona en sus relaciones sociales. La violación de uno no implica necesariamente la del otro<sup>19</sup>, aunque podrían existir conductas pluriofensivas que afecten a ambos derechos.

Este derecho acompaña a la persona del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales y las eventuales vulneraciones a este

derecho se podrían producir a partir de la difusión de expresiones o de informaciones por el empleador que afecten la reputación del trabajador<sup>20</sup>.

### 3.2. Afectación de la honra al fundar el despido

En principio, se ha entendido que no existiría una vulneración del derecho a la honra en la carta mediante la cual el empresario comunica al trabajador su despido y expresa los hechos que, en su concepto, lo fundan. Con todo, podría producirse un atentado a este derecho en la medida que en tal comunicación se contengan expresiones insultantes, injuriosas o descalificadoras, como cuando se divulgue a terceros la carta referida, o en tanto se hagan públicos los motivos en que se funda tal decisión extintiva. También se podría afectar a la honra si, una vez verificado el despido de un trabajador por una causal no imputable al trabajador, la empresa, al informar del despido al resto de los trabajadores, le imputa conductas reprochables que no se invocaron para poner término a la relación laboral. Examinaremos algunos fallos en relación con estas cuestiones.

En primer lugar, revisaremos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol IC 171-2016, de 3 de junio de 2016. Esta considera que no hay una vulneración del derecho a la honra en la carta mediante la cual el empresario comunica al trabajador su despido por falta de probidad y expresa los hechos que, en su concepto, lo fundan, no obstante declararse por los propios tribunales el despido como indebido. En este caso, el actor encomendó a un subalterno cargar combustible en la camioneta que utilizaba, carga efectuada en el surtidor de la demandada sin autorización previa, hecho del cual el actor dio cuenta al día siguiente a quien era su jefe directo, estimándose que el comportamiento desplegado por el demandante demuestra un actuar de buena fe y transparencia frente al hecho anómalo ocurrido. Así, el tribunal de instancia llega a la convicción de que “no existe la falta de honradez que se imputa al trabajador y mucho menos el ánimo de apropiación alegado, concluyendo que no se encuentra configurada la falta de probidad a que se refiere el artículo 160 N°1 letra a) del Código Laboral, por cuanto estima que la conducta que se le imputó al trabajador no puede ser considerada como una actitud reprochable, al carecer del elemento de gravedad y falta de honradez requerido”. Sin embargo, el fallo rechazó la demanda principal de tutela laboral, pues, en su concepto, el solo hecho de invocar el empleador en la carta de despido la causal del artículo 160 N°1 del Código del Trabajo, que no se probó en el juicio respectivo, no importaría la vulneración de las garantías constitucionales. Este criterio fue compartido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por el trabajador.

Distinto fue el criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol IC 887-2014, de 19 de agosto de 2014. En dicha sentencia, se estima vulnerada la honra en su vertiente objetiva, en tanto constata que no es efectivo lo señalado por el recurrente acerca de que terceros no tomaron conocimiento del texto de la carta de despido, ya que por mandato legal copia de la carta de despido debe remitirse a la Inspección del Trabajo respectiva y se remitió, “lo que, necesariamente, implica una exteriorización del contenido y tenor de la misiva en cuestión más allá de los involucrados en la relación laboral”, compartiendo la Corte la calificación jurídica realizada por el juez de instancia de los hechos acreditados, la que, en su concepto “se conforma con una correcta interpretación de la garantía constitucional de respeto y protección de la honra”. Cabe consignar que el tribunal de instancia había constatado que en la carta de despido se habían formulado acusaciones infundadas que no fueron probadas en el juicio, “imputando malas prácticas y falta de compromiso con la empresa”, que “se transforman en acusaciones y menciones gratuitas, que son injuriosas y afectan la honra, pues vulneran la estima y respeto de la dignidad propia, la buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito de la señora Abad, efectuada de manera abusiva y caprichosa, al no ser objeto de actividad probatoria en la presente causa”.

Resulta interesante revisar un caso en el cual el tribunal de instancia y la respectiva Corte de Apelaciones declararon procedente la indemnización del daño moral causado por un despido indebido y carente de motivo plausible, adicional a las indemnizaciones tasadas establecidas en la Código del Trabajo. Criterio que fue confirmado por la Corte Suprema. La particularidad es que esta causa no se tramitó como una denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, sino mediante el procedimiento de aplicación general, sin embargo, su resolución se basa en la noción de que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador “tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. Así la Corte Suprema en sentencia, causa rol IC 2746-2014, de 7 de octubre de 2014, señalará que “[l]as indemnizaciones que la ley establece como consecuencia del término irregular de un contrato de trabajo, son de carácter universal, sin que corresponda demandárseles la satisfacción de esa veta íntima del patrimonio espiritual, como lo son la honra y la integridad...”. Agregará que “[u]na acusación de falta de honradez es directamente sugestiva de ausencia de rectitud, probidad, moralidad, honestidad, integridad” y que “[o]tra de falta de responsabilidad trae de suyo a colación la idea de ineptitud, abandono, indisponibilidad, falta de compromiso, dejación, indiferencia, desidia, desgano, indolencia”, enfatizando que “[c]uando consumadas sobre la base de hechos falsos, normalmente han de generar en el dependiente secuelas que desorbitan el área propiamente cubierta por el Derecho del Trabajo, cuyo apogeo se encuentra recogido en el artículo 2 del Código, en el sentido que la dignidad de la persona ha de presidir las relaciones afines”.

### 3.3. Difusión de la imputación de delitos o faltas penales del despido

Nos proponemos revisar algunas sentencias que se refieren a casos en los cuales se imputa al trabajador la comisión de delitos o faltas penales y en los que esta denuncia que se ha vulnerado el derecho a la honra.

Comenzaremos con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol IC 26-2012, de 22 de febrero de 2012, la cual rechaza recurso de nulidad interpuesto por el empleador sustentado en dos causales: infracción de ley y la errónea calificación jurídica de los hechos. El juez de instancia había determinado que con ocasión del despido se había conculcado el derecho a la honra de la persona, garantizado en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República. En este caso, el empleador señala que hizo uso del procedimiento interno para el caso de sorprender a alguien intentando robar productos, motivo por el cual la actora fue puesta a disposición de la policía (Carabineros) y despedida. La Corte expresa que ha quedado asentado en el fallo de instancia que la denunciante fue retenida en su lugar de trabajo, que no hubo salida de productos ni pérdida de dinero para la denunciada, además de considerar que los productos en cuestión no pasaron por la caja de la denunciante, ya que éstos permanecieron en todo momento en la caja de otra trabajadora, y que “el trato dado a la trabajadora fue denigrante, vejatorio y humillante”. Concluye la Corte que no se advierte en el fallo atacado falta de correspondencia entre dichos antecedentes fácticos asentados y las normas aplicadas a la cuestión planteada.

En otro caso, se imputa a una trabajadora la sustracción de productos desde el local en que servía, se le impide la salida y se llama a la policía (Carabineros), que tarda en hacerse presente, y durante la espera se le habría enrostrado su comportamiento ante compañeros de labores y el público. La sentencia de grado acogió la acción tutelar, pues el juez considera que el empleador “incurrió en una serie de graves, infundados y desproporcionados actos, que significaron la lesión del derecho a la honra de la persona de la demandante”. Sin embargo, pronunciándose sobre recurso de nulidad respecto de esta, la Corte de Apelaciones de Arica, en causa rol IC 20-2014, de 23 de junio de 2014, estimó que los hechos que da por establecidos la sentencia de instancia, a los que debe atenderse, no pueden ser calificados como vulneradores “de los derechos fundamentales de la demandada, en cuanto por ellos se afecte su dignidad u honor”, lo que la conduce al juicio de valor según el cual el fallo motivo del alzamiento de nulidad incurre en “una errónea calificación jurídica de los hechos probados” en cuanto estimó que los mismos importaban una vulneración de las garantías constitucionales de la trabajadora, específicamente una violación a su honra y honor”, considerando al Corte que el despido fue justificado. Creemos que la Corte de Apelaciones de Arica se confunde, pues el hecho de que la trabajadora haya incurrido en una causal de despido no legitima una conducta empresarial desproporcionada como la que constató el tribunal de instancia.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol IC 1198-2011, de 9 de enero de 2012, presenta algunos matices de diferencia con las citadas anteriormente. En este caso el empleador también retuvo al trabajador al terminar su turno de noche, a la espera de la llegada de funcionarios policiales (Policía de Investigaciones), quienes procedieron a su detención imputándole la sustracción de mercaderías de la demandada en complicidad con otros trabajadores, siendo formalizado por delito de robo en lugar no habitado, en calidad de autor y decretándose en su contra medidas cautelares. Cuando el trabajador era llevado por la policía, fue fotografiado por un diario de circulación nacional, que publicó dicha fotografía. La Corte afirmará que para que una acción de tutela pueda prosperar “es indispensable que las actuaciones lesivas para los derechos de los trabajadores sean efectuadas por el empleador en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales y no fuera de ellas, en la medida que dicha afectación provenga de las facultades que la ley laboral confiere al empleador”. Acogiendo el recurso de nulidad, la Corte alterará la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior, puesto que entiende que la actuación del empleador “se ha limitado a formular la denuncia por robo, actuación que es independiente de la relación o vínculo laboral que tenga con el trabajador” y que “las actuaciones supuestamente lesivas no pueden ser imputadas al empleador, ya que fue la Policía de Investigaciones quien detuvo al trabajador y fue un tercero ajeno, un diario de circulación nacional, quien procedió a publicar la fotografía”<sup>21</sup>.

#### 4. Inviolabilidad de las comunicaciones: el control del correo electrónico

El derecho a la inviolabilidad o al secreto de las comunicaciones, si bien se orienta a garantizar la privacidad, ha tenido una consagración específica. Así, como adelantábamos, la Constitución de Chile, en el artículo 19 núm. 5º garantiza la inviolabilidad “de toda forma de comunicación privada”, agregando que sólo puede interceptarse, abrirse o registrarse comunicaciones y documentos privados en los casos y formas determinados por la ley. Se ha entendido que un mensaje privado es aquel que se realiza mediante medios o canales cerrados, “de lo que cabe esperarse sea conocida exclusivamente por los interlocutores de la misma, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros”, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol núm. 2153-11, de 11 de septiembre de 2012<sup>22</sup>.

Este derecho busca mantener al margen de la comunicación a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular; por ello, “este derecho puede invocarse en distintos ámbitos, como el laboral, en el matrimonio, la cárcel, como señala la sentencia recién citada. Debemos afirmar categóricamente que a los empleadores les está vedado acceder a las comunicaciones privadas del trabajador, cualquiera sea el medio o soporte en que éstas se efectúen. No hay ley alguna que le confiera facultades de interceptación de las mismas, por importantes poderes de los que estén dotados.

Se ha señalado por la doctrina que, mientras en el derecho a la intimidad, más impreciso y flexible, se han admitido comportamientos invasivos del empleador, mediante la ponderación de las medidas empresariales, tratándose del secreto o la inviolabilidad de las comunicaciones, dado su carácter formal, no cabe admitirse tales intromisiones<sup>23</sup>. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol núm. 2153-11, de 11 de septiembre de 2012, expresa que “[e]l carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma”, pues “[s]e protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada”.

Dado ese carácter formal de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el conflicto en el ámbito laboral se ha orientado no a la posibilidad de admitir al empresario intromisiones en las comunicaciones privadas de los trabajadores, sino más bien a definir la naturaleza privada o no de las comunicaciones de éstos. Dicho de otro modo, los empresarios argumentarán su acceso a las mismas a partir de la afirmación de que no se trata de comunicaciones privadas y que, por ello, no puede existir expectativas de privacidad respecto de las mismas.

Son múltiples las cuestiones conflictivas que se han dado en torno a la inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores, desde las más antiguas relativas al control de las llamadas telefónicas de los trabajadores, hasta las más recientes relativas al uso del correo electrónico y los programas de mensajería. Nos referiremos brevemente a la revisión por parte del empleador del correo electrónico del trabajador que ha sido puesto a disposición del mismo por la empresa. Cabe consignar que tanto la Dirección del Trabajo como los tribunales han sostenido históricamente doctrinas más bien restrictivas del acceso del empleador a los correos electrónicos de los trabajadores<sup>24</sup>.

Hemos estimado pertinente examinar la reciente sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, rol IC 2134-2017, de 9 de febrero 2018. En este caso, la empresa procedió a la revisión de los correos electrónicos de la demandante desde su computador institucional, sin su conocimiento ni autorización, para posteriormente fundar un despido en la información así obtenida. Como lo consigna la sentencia de la Corte de Apelaciones, el juez de instancia advirtió que con dicho actuar, la empresa vulneró el propio reglamento interno de la misma, en cuanto permite que la empresa revise los computadores entregados a los trabajadores con la presencia del trabajador que así lo solicite. Consideró el juez, además, “que los contenidos de los correos electrónicos que se han mencionado para sustentar la carta de despido son privados”, afirmando que “el hecho que el computador sea de propiedad de la empresa, o la cuenta de correos sea de la empresa, no justifica esta intromisión en la vida privada...”, concluyendo que se ha

vulnerado su derecho fundamental de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, toda vez que el empleador ha limitado el pleno ejercicio de este derecho sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”. Sin embargo, la Corte de Apelaciones, acogerá el recurso de nulidad e invalidará la sentencia de instancia considerando que en él no se vierte razonamiento alguno respecto de las defensas esgrimidas por la demandada para demostrar que su conducta lesiva se debió a motivos objetivos y razonables.

En la sentencia de reemplazo, la Corte señala que se debe tener presente, “en primer término, que el contenido de los correos electrónicos extraídos y examinados por la demandada están relacionados con el incumplimiento del deber de reserva de información privada de personas que son parte de sus estudios, no están referidos a datos de la vida privada o personal de la trabajadora”, que “que no podía existir por parte de la demandante una expectativa fundada y razonable de privacidad o confidencialidad sobre el contenido de los correos electrónicos enviados o recibidos en su computador de trabajo, toda vez que al estar contemplado en el Reglamento Interno de la empresa, la actora sabía de antemano que dicho computador, de propiedad de su empleadora, podía a ser sometido a control empresarial” y que “se trató de una medida justificada, pues se origina en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular de la trabajadora y con el fin de proteger datos empresariales de reserva obligada”, que “[l]a medida fue razonable desde que la eventual vulneración de información confidencial de terceros se habría producido mediante los equipos de propiedad de la empresa” y que “[l]a medida era idónea para la finalidad pretendida, esto es, verificar si la trabajadora compartía herramientas de trabajo a la competencia...”. Creemos que la Corte omite considerar que la inviolabilidad de las comunicaciones tiene un carácter formal y que su vulneración no depende del contenido privado o no de los mensajes. Por otra parte, si bien el reglamento interno contemplaba la posibilidad de revisión de los mensajes, como consigna la sentencia de instancia tal medida se hizo infringiendo las disposiciones del mismo.

Debemos sostener que los mensajes de correo electrónico de los trabajadores, en principio, están amparadas por el derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, el que no depende de la ubicación o la propiedad de los medios electrónicos utilizados. Podrían estar, además, en su caso, cubiertos por el derecho a la vida privada. Tratándose de un correo electrónico proporcionado al trabajador por la empresa exclusivamente para fines profesionales, siempre que exista la prohibición de utilización para otros fines, unida a la debida información acerca de que los mensajes pueden ser controlados, la expectativa de privacidad podría decaer, en especial respecto de los correos enviados por el trabajador; con todo, la medida empresarial de control debiera ajustarse a los procedimientos preestablecidos y a los cánones de intervención mínima y proporcionalidad. Por el contrario, si en la empresa existe tolerancia a la utilización para fines personales del correo electrónico institucional, todas las comunicaciones están amparadas por el secreto y son inviolables. Por último, estarán siempre amparados por el secreto de las comunicaciones el correo personal del trabajador y, tratándose de un correo institucional, los mensajes personales recibidos por el trabajador.

## 5. Conclusiones

Transcurridos diez años desde la entrada en vigencia de la reforma al procedimiento laboral en Chile, que introdujo el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, es posible constatar que no obstante existir una extensa e interesante jurisprudencia judicial al respecto, en la que se refiere a determinadas cuestiones se presenta una doctrina consolidada, mientras hay otras cuestiones que resultan menos pacíficas y en las cuales es posible encontrar importantes diferencias entre los distintos tribunales superiores de justicia de nuestro país.

En lo referido al derecho a la intimidad, es posible constatar una doctrina bastante asentada, en orden a limitar los registros corporales y de los efectos personales por parte del empleador, los que en ningún caso deben extenderse a facultades que son propias de las autoridades policiales. Por otra parte, aunque se evidencia un importante desarrollo de la tutela frente a las medidas de control que pudieran afectar la intimidad desde la perspectiva del derecho al secreto, el tratamiento de las cuestiones relativas a la autodeterminación conductual en la realización de la actividad laboral puede ser catalogado de incipiente.

Sobre el derecho a la honra, a partir de las sentencias revisadas, es posible sostener que, aunque con matices, predomina la doctrina de que si bien la sola invocación indebida de causales de despido que importan imputar al trabajador una conducta deshonesto o carente de probidad, no constituyen necesariamente una vulneración a la honra del trabajador, podrían llegar a configurarla, si la forma en que se comunica el despido y el grado de difusión que pueda alcanzar tal comunicación, afectan injustamente su prestigio o reputación. Mayores diferencias existen a la hora de resolver conflictos en los cuales el empleador ha imputado a un trabajador la comisión de un delito o falta sancionada penalmente y se trata de determinar si aquel ha vulnerado con su conducta el derecho a la honra del trabajador.

Por último, tratándose del derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones, en particular en lo relativo a la revisión de los mensajes de correo electrónico de los trabajadores utilizando cuentas proporcionadas por la empresa, se evidencia que después de una marcada tendencia jurisprudencial a rechazar estas conductas, es posible encontrar pronunciamientos recientes que la admiten, los que se basan en la garantía de otros derechos en conflicto, en la comprensión de que no existiría expectativas razonables de privacidad, y en considerar que la medida empresarial se ajusta a los cánones de proporcionalidad. Sin embargo, se aprecia en ellas que no existe una clara distinción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---



2

Se ha incorporado mediante la Reforma Constitucional introducida por la ley núm. 21.096, de 16 de junio de 2018, pero no agrega un nuevo derecho, sino que desarrolla uno que antes se entendía comprendido dentro de otro. Se señala en la moción que “es necesario consagrar en nuestro país el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, independiente, y con un contenido diferente del derecho a la protección de la vida privada, que merece ser reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico”, pero que la reforma propone su regulación en el artículo 19 núm. 4 de la Constitución, “ya que reconoce que se trata de un derecho derivado de la intimidad, y es en ese entendido, la razón de su ubicación”.

---

3

WARREN, S. D. Y BRANDEIS, L. D.: “*The right to privacy*”, en *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass, Vol. IV, 1890-91, núm.5, 15 de diciembre de 1890, pp. 194-220. La expresión “*the right to be let alone*” había sido utilizada previamente por el juez Cooley, a quienes estos autores citan (Cooley, T. M. *A Treatise on the Law of torts*, 2<sup>nd</sup> Ed., p. 29).

---

4

Consejo de Europa: Resolución núm. 428, 23 de enero de 1970, disponible [en línea] en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=15842&lang=FR> [fecha de visita: 30/08/2018], núm. 16.

---

5

Como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, en sentencia sobre asunto P. G. y J.H. c. Reino Unido, núm. 44787/98, de 25 de septiembre de 2001, “[l]a “*vie privée*” est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive”. Antes se había expresado, en Niemietz c. Alemania, núm.13710/88, de 16 de diciembre de 1992, que “[l]a Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “*vie privée*””.

---

6

En este sentido, el TEDH, en sentencia Niemietz c. Alemania, núm.13710/88, de 16 de diciembre de 1992, expresó con claridad que “[i]l serait toutefois trop restrictif de la limiter à un “*cercle intime*” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d’en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle”, y que “doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l’individu de nouer et développer des relations avec ses semblables”. Por su parte, en la sentencia sobre el asunto Peck c. Reino Unido, núm. 44647/98, de 28 de enero de 2003 que “[l]a Cour a déjà déclaré que des facteurs tels que l’identification sexuelle, le nom, l’orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments importants de la sphère personnelle protégée par l’article 8”, agregando que “[c]ette disposition protège également le droit à l’identité et au développement personnel ainsi que le droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur” y que, incluso, “[i]l peut s’étendre à des activités professionnelles ou commerciales”.

---

7

La sentencia del TEDH Halford c. Reino Unido, núm.20605/92, de 25 de junio de 1997, alude a esta noción en la versión en inglés como “reasonable expectation of privacy”, mientras que en la versión francesa se señala que la persona “pouvait raisonnablement croire au caractère privé...”. Ver también las sentencias del TEDH Perry c. Reino Unido, núm.63737/00, de 17 de julio de 2003; P. G. and J.H. c. Reino Unido, núm. 44787/98, de 25 de septiembre de 2001; Peck c. Reino Unido, núm. 44647/98, de 28 de enero de 2003; Von Hannover c. Alemania núm.59320/00, de 24 de junio de 2004, y Peev c. Bulgaria, núm.64209/01 de 26 julio de 2007.

---

8

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Derecho a la intimidad y relaciones laborales”, ponencia en *Seminario sobre tendencias de la protección jurídica de la intimidad (Privacidad y Relaciones Laborales)*, Universidad de Huelva, 10 de marzo de 2006, p. 5. Para GIL Y GIL, “[l]a protección de la esfera de intangibilidad del trabajador exige que el ordenamiento garantice: la irrelevancia de la conducta privada del trabajador en la relación laboral; la libertad de ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador; el que las facultades y poderes del empresario se hallen limitados por la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, y la protección de la intimidad del trabajador frente a una intervención excesiva de sus propios representantes” (GIL Y GIL, J. L., “Principio de protección de la vida privada y ejercicio profesional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Nº. 4, 1994-1995, p. 89).

---

9

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE, M.E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F., *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley-Actualidad, 2006, s/p.

---

10

ROQUETA BUJ, R. “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario” en BOIX REIG, J. (Dir.), y JAREÑO LEAL, Á. (Coord.): *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010, p. 409.

---

11

Ver, por ejemplo, STEDH en asunto Peev c. Bulgaria, núm. 64209/01, de 26 julio de 2007.

---

12

Dirección del Trabajo, Boletín Oficial N° 44, septiembre de 1992, p. 47. Con anterioridad, es posible remontarse al dictamen núm. 2449, de 4 de noviembre de 1982, por el que se estableció que la revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores atenta contra su dignidad y honra.

---

13

Así lo declara la sentencia de la Corte Suprema, causa Rol IC 5234-2005, de 5 de enero de 2006, al señalar que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros”.

---

14

SEVERIN CONCHA, J.P. , *Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 344.

---

15

No sería respetada la dignidad de la persona del trabajador ni un razonable margen de libertad en su accionar en el cumplimiento de las obligaciones laborales, cuando existe un monitoreo informático extremo. En este sentido, en Chile se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, mediante el Dictamen ordinario núm. 3441/072, de 20 de agosto de 200, al analizar la utilización un programa que sirve para controlar el escritorio de un ordenador de forma remota, señalando que no resulta ajustada a derecho la utilización de dicho programa de control a distancia para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad de los trabajadores, “pues supone una forma de control ilimitado y continuo que, tal como se ha señalado por la doctrina de este Servicio para mecanismos de control semejantes en su poder invasivo [...], provoca en el trabajador un estado de tensión o presión incompatible con la dignidad humana, encontrándose aquél expuesto en forma ininterrumpida al ojo acusador del referido programa computacional”.

---

16

CEA EGAÑA, J. L., “Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 2, Talca, 2000, pp. 153-169.

---

17

Como sostiene Cea Egaña, el derecho a la honra garantizado corresponde al honor en sentido objetivo, pues “no se trata del sentido subjetivo de esa palabra, pues este corresponde a la autoestima, a la consideración o, quién sabe, si al orgullo que cada cual tiene de sí mismo”, y la honra “es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general” (CEA EGAÑA, J. L., *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, Tomo II, p. 180). La Sentencia del Tribunal Constitucional rol núm. 834-2007, de 13 de mayo de 2008, señaló que “la protección constitucional de la honra no se refiere a la valoración que cada persona tiene de sí misma, sino que a la valoración que, objetivamente, ella merece dentro del conglomerado social en que se desenvuelve”.

---

18

Señala la misma sentencia que el derecho a la honra “se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona,



asegurado por el N°1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces generan más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero”. Creemos que frente a tales afirmaciones es necesario aclarar que si bien puede existir en muchos casos un vínculo entre ambos derechos, esto no es necesario, en tanto un atentado al honor será tal en la medida que desmerezca la reputación de una persona con independencia de si ello genera o no consecuencias de carácter psicológico en la víctima de dicho atentado.

---

19

Así, “existirán situaciones en que se vulnere el derecho a la intimidad sin que se vea afectado el derecho al honor, y viceversa” (CASTRO CASTRO, J. F. “El derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el uso del correo electrónico en la empresa”, *Estudios laborales*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, núm. 8, 2013, s/p. )

---

20

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol T-23-2013, de 5 de septiembre de 2013, se aborda el caso de la trabajadora de un colegio a la que se le imputa, en un juicio anticipado del empleador (no se aportó ante el tribunal antecedente alguno en el cual conste la efectividad del hecho punible que le imputó a su dependiente), haber sustraído documentación de la empresa y por esta razón no se le permite ingresar al establecimiento, habiéndose informado de la supuesta conducta de la trabajadora en una reunión con los profesores, colegas de la trabajadora. En concepto del tribunal existe una vulneración a la honra de la trabajadora al atribuirle “un comportamiento basado en hechos falsos o que no corresponden a la realidad, que menoscabaron la valoración o apreciación que las demás docentes y otros colegas tenían de la calidad moral y profesional de esta dependiente”.

---

21

En similar sentido, ver sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco, rol IC 135-2013, de 9 de agosto de 2013.

---

22

Sobre la distinción entre canales cerrados y canales abiertos es posible mencionar dos sentencias relativamente recientes del Tribunal Constitucional español que han generado una importante discusión en la doctrina científica: las SSTCE 241/2012, de 17 de diciembre y 170/2013, de 7 de octubre. Respecto de la primera, el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré formuló un voto particular con importantes y fundadas críticas a los razonamientos de la sentencia.

---

23

MARÍN ALONSO, I., “La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 75, 2004, pp. 95-122.

Es interesante destacar el voto particular que formulara el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré respecto de la STC 241/2012, de 17 de diciembre. En este se manifiesta que “a partir [del] contexto constitucional y en la medida en que en el ámbito de la prestación laboral los diferentes medios utilizados por los trabajadores son de titularidad empresarial, las trabas al uso de los tan mencionados medios informáticos no pueden ampararse de manera dura y ruda en esta circunstancia”. Previamente, se afirma que “desde la perspectiva del derecho a la libertad de comunicaciones del art. 18.3 CE, las órdenes limitativas del uso, incluso privado, de esas herramientas, podrán ser en ocasiones contrarias a aquel derecho fundamental”, en tanto “el contrato de trabajo no incomunica al trabajador, instalándose, en la organización empresarial en la que presta servicios, en una situación de soledad hacia el exterior; y, de su lado, la titularidad de esos medios y herramientas tampoco confiere al empresario un derecho a restricciones caprichosas”. Pero no sólo se funda el art. 18.3 CE, sino que señala que la Constitución “no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general”, sino que al contrario, “no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2)”.

---

24

La Dirección del Trabajo de Chile, en dictamen ordinario núm. 2210/035, de 5 de junio de 2009 (dictamen marco en materia de derechos fundamentales), ha expresado que, “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la

correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores". Es decir, "esta regulación podrá recaer en el uso del correo electrónico, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada".

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN

5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMAGEM NAS REDES SOCIAIS - VISÃO ATUAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

**5. Liberdade de expressão e imagem nas redes sociais - visão atual na relação de emprego****Freedom of expression and image on social networks - current view of employment relations****(Autores)****YONE FREDIANI**

*Doutora e Mestre pela PUC/SP. Advogada. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (cadeira 54). Desembargadora do TRT 2 Região (Aposentada). frediani.y@gmail.com*

**PAULA CASTRO COLLESI**

*Mestra em Ciências Jurídico Laboral pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito do Trabalho pelo COGEAE-PUC/SP. Secretária da Revista de Direito do Trabalho da Editora RDT. Advogada. paula@ov.adv.br*

**Sumário:**[1. Redes sociais e o contrato de trabalho](#)[1.1. Prova lícita](#)[1.2. Potencialidade do dano e sua manutenção](#)[2. Conclusão](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumo:**

Com a nova rede social, a on-line, a quantidade de informações que se alcança é infinitamente maior da encontrada noutras épocas. Assim, comentários que antes se faziam do empregador ou do empregado em determinados locais físicos, hoje, se postados em alguma rede social, podem não só chegar mais facilmente ao acesso da parte contrária, como tomar proporções muito maiores, ensejando até o despedimento por justa causa. Este despedimento decorrente de algum ato cometido nas redes sociais ensejará discussões interessantes antes de se aplicar a justa causa, tais como, se a prova obtida é lícita ou não, o já conhecido limite do direito de crítica será analisado diante do potencial do dano diante da rápida propagação das informações inseridas na rede social, a continuidade deste dano, dentre outras que ainda estão por vir.

**Abstract:**

With the new social network, the online, the amount of information that is reached is infinitely greater than that found in other times. Thus, comments that were previously made by the employer or the employee in certain physical locations, today if posted on a social network, can not only reach the opposite side more easily but also take much larger proportions, even giving up dismissal for just cause. This dismissal arising from any act committed on social networks will lead to interesting discussions before the just cause is applied, such as whether the evidence obtained is lawful or not, the already known limit of the right of criticism will be analyzed in the face of the potential of harm to the rapid propagation of the information inserted in the social network, the continuation of this damage, among others that are yet to come.

**Palavras-Chave:** liberdade de expressão, direito de imagem da empresa, redes sociais, relação de emprego**Keywords:** : freedom of expression, company image right, social networks, employment relations**1. Redes sociais e o contrato de trabalho**

Na definição de Manuel Castells, “redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.”<sup>1</sup>, sendo um conjunto de nós conectados. As redes sociais são inerentes à própria sociedade, pois aglomeram pessoas com os mesmos interesses, gostos ou ideias em pequenas comunidades a fim de discutir e trocar informações a respeito, tendo como exemplo, o clube do livro e clubes de futebol<sup>2</sup>. A principal característica da rede social é a sua abertura, interligando pessoas que possuem identidade entre si, não existindo grau de hierarquia, mas sim uma comunicação horizontal entre os participantes, diferenciando-

a de outras formas de estrutura<sup>3</sup>.

Com a evolução da tecnologia, criou-se “uma nova base material para o desempenho de atividades em toda a estrutura social”<sup>4</sup> e as redes sociais passaram a ser também *online*, podendo ser definidas como: “um serviço Web que permite a um indivíduo (1) construir perfis públicos ou semipúblicos dentro de um sistema, (2) articular uma lista de outros usuários com os quais ele(a) compartilha conexões e (3) visualizar e percorrer suas listas de conexões assim como outras listas criadas por outros usuários do sistema”<sup>5</sup>.

Nem sempre a ideia de rede social estará associada à criação de um perfil, podendo ser também associada ao que se chama de atores sociais, geralmente individualizado e personalizado, e suas conexões (interações)<sup>6</sup>. Ainda de acordo com a doutrina, as redes sociais podem ser definidas como uma “estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações e que, em princípio, compartilham valores e objetivos comuns”<sup>7</sup>.

Apesar das redes sociais já existirem antes mesmo da *Internet*, as redes sociais *online* - denominadas, nesse trabalho, somente rede social - modificaram e ampliaram significativamente o meio de integração entre as pessoas. Por meio de computadores, *tablets* e celulares, os participantes da rede social podem, à distância de um *click*, expressar opiniões, participar de debates, modelar e remodelar seu perfil pessoal e profissional, atualizar-se acerca dos fatos da vida cotidiana, entre outros.

Como bem colocado por REGINA REDINHA, “depois da igreja, do café da praça e do centro comercial, o ponto de encontro parece ser a rede social, que há muito deixou de ser o prolongamento do recreio da escola, para ser um local de convívio, de trabalho, de propaganda política e até de prática de atos ilícitos”<sup>8</sup>. Apesar de facilitar a imediata conexão entre cidadãos de todo um planeta, concorda-se com Maria Regina Redinha no que tange à duvidosa socialização por meio dessas, diante de uma possível “desperfonicação” com auxílio da tecnologia como o Photoshop, assumindo uma espécie de *second life*”<sup>9</sup>.

A primeira rede social surge em 1997<sup>10</sup>, a Sixdegrees, possibilitando aos usuários sua apresentação em um perfil e a comunicação com terceiros. Em princípio, as redes sociais foram utilizadas primordialmente por estudantes, sendo atualmente utilizadas por pessoas de diversas idades, não só físicas como jurídicas. As pessoas jurídicas alteraram sua forma de *marketing* em razão das redes sociais, assim como a forma de comunicação com seus clientes. O *marketing* tradicional de outrora, comumente utilizado antes das redes sociais, é hoje considerado menos eficaz e dispendioso, já que as ações de *marketing* veiculadas na Internet atingem um nível incomparável com qualquer outro meio de comunicação, especialmente se inserido dentro das redes sociais, possibilitando um contato constante do consumidor com a marca.

Atualmente, diversas são as redes sociais<sup>11</sup>, podendo o usuário, a depender do objetivo almejado, escolher aquela(s) que deseja participar. Se o objetivo disser respeito à colocação profissional, terá à sua disposição o LinkedIn, por exemplo. Se seu interesse for em relacionamentos e trocas de informação, terá Facebook, Instagram, Twitter, Google+, Myspace, Badoo; se acadêmicos, (academia.edu), turísticos, (Coushsurfing), e assim sucessivamente.

No que tange ao *WhatsApp*, se utilizarmos a primeira definição de rede social feita alhures, este aplicativo não se enquadraria como tal. No entanto, se utilizarmos a segunda e a terceira definições, poder-se-ia enquadrá-lo, diante da possibilidade de formação de grupos, como um instrumento cada dia mais comum na comunicação entre amigos, colegas de trabalho, prestadores de serviços, ainda mais com os novos botões de encaminhar mensagens, vídeos, fotos, enquadrando-se no quesito compartilhar ideias, valores, etc.

Há a possibilidade de o *WhatsApp* ser utilizado no computador, mas seu principal meio de acesso é o *smartphone*<sup>12</sup>, fato que vem ocorrendo também com o uso da internet<sup>13</sup> e as demais redes sociais, permitindo a inclusão, compartilhamento, consultas ou alterações de informações digitais de forma mais simples e rápida, através do simples toque da tela. Em razão disso, pode-se dizer que esses novos meios de comunicação representam tanto um instrumento de trabalho, como meio de uso pessoal, falando-se em tecnologias de fronteira-limite entre o pessoal e o profissional<sup>14</sup>.

Apesar dos *smartphones* e das redes sociais significarem um risco na divisão entre pessoa do trabalhador e o trabalho, essa preocupação não adveio daí, mas sim do próprio contrato de trabalho, trazendo as novas tecnologias somente riscos maiores.

A subordinação, por si só, autolimita os direitos de personalidade do trabalhador, podendo-se afirmar que o trabalhador perde a sua autonomia ao sujeitar-se às sanções imediatas do empregador<sup>15</sup>. Diante da relação de dependência, caracterizada pela submissão do empregado às ordens do empregador, há, sem dúvida, um perigo para o livre desenvolvimento da personalidade e dignidade do trabalhador<sup>16</sup>.

Além da subordinação, o próprio objeto do contrato, qual seja, a disponibilidade da mão de obra, limita a liberdade do trabalhador que, em face da heterodeterminação do tempo e do local a ser prestado serviço, se vê obrigado a cumprir ordens em um determinado horário e lugar, condicionando o jeito de desenvolver o seu trabalho, destinando o tempo que sobrar à sua vida privada<sup>17</sup>.

Referida limitação ainda é agravada em razão de outra característica essencial que é a pessoalidade, pois é impossível separar a atividade laboral do trabalhador de sua pessoa<sup>18</sup>, estando inserido na forma da prestação de serviço, além das qualidades pessoais do trabalhador<sup>19</sup> no desenvolvimento do seu trabalho.

Como bem salientado por REGINA REDINHA, a preocupação do Direito do Trabalho vem evoluindo no sentido da qualificação do empregado para se contrapor à atual situação de precarização e diferentes modelos de contratação, garantindo aos trabalhadores sua posição de cidadão e humanos que são dentro dos seus empregos<sup>20</sup>.

Se num primeiro momento priorizaram-se os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, como o direito coletivo, agora é assegurado o direito à cidadania na empresa, reconhecendo os direitos fundamentais não específicos de cidadão ao trabalhador enquanto realiza seu trabalho na empresa, mantendo-se todos os seus direitos enquanto pessoa<sup>21</sup>. A despeito dessa intromissão e, em razão dela, é que a tutela da personalidade do trabalhador deve ser reforçada. O empregado não deixa de ser um indivíduo dotado de direito somente por estar integrado na empresa, ainda mais na sociedade hodierna caracterizada pela intervenção da

tecnologia<sup>22</sup>, que se desenvolve em uma celeridade<sup>23</sup> dificilmente alcançada por qualquer meio normativo.

O trabalhador enquanto pessoa é sujeito de direitos, possuindo personalidade jurídica, sendo os direitos de personalidades “direitos subjetivos que projetam a personalidade humana”<sup>24</sup>, tutelam a própria pessoa e possuem como objeto bens da personalidade, que são “figurações, linguística e conceptualmente autonomizáveis, relativas a aspectos ligados ao ser humano (...) biológico: vida, integridade física, saúde, necessidades vitais (...); ser humano moral: integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade, etc.; ser humano social: família, bom nome e reputação, respeito, etc.”<sup>25</sup> Apesar do direito de personalidade ser distinto do direito fundamental<sup>26</sup>, este também é um direito fundamental, pois figuras afins são consagradas na Constituição Brasileira, tais como o direito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como a liberdade de expressão<sup>27</sup>.

Nestas circunstâncias, onde não é possível realizar todos os direitos de todos os titulares, muitas vezes ocorre colisão entre direitos igualmente reconhecidos, havendo limitações dos direitos no âmbito do contrato de trabalho, entre empregado e empregador e também entre colegas.

Plagiando NORBERTO BOBBIO<sup>28</sup>, “na maioria das situações em que está em causa um direito do homem (...), ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. (...) Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que termina e o outro começa, a delimitação do âmbito do direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todos.” Para ROBERT ALEXY, “a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto.”<sup>29</sup> Deve-se, assim, aplicar as regras de conflito de direitos, no caso do Direito brasileiro, por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade<sup>30</sup>, a fim de balancear, nas peculiaridades de cada caso, os direitos e interesses em conflito.

Como se verá a seguir, o ambiente da rede social é um cadeirão de colisão de direitos. Passaremos ao estudo das questões trazidas quando o trabalhador pratica algum ato nas redes sociais.

### 1.1.Prova lícita

Como já mencionado acima, o trabalhador, como pessoa humana e cidadão, não fica à margem do uso das redes sociais. Atos praticados dentro e fora do trabalho, se postados nas redes sociais, chegam ao conhecimento do empregador com muita mais facilidade. E a questão que se coloca é: a obtenção desta prova, alcançada através de publicação na rede social, é considerada lícita ou não, em razão de possível violação do direito à privacidade do empregado, uma vez que é o próprio empregado que muitas vezes expõe a sua vida nas redes sociais.

Primeiramente se analisará o direito de reserva a vida privada e o sigilo de correspondência. A preocupação com a intimidade da vida privada desde o início esteve ligada ao surgimento das novas tecnologias. No primeiro artigo que se alertou sobre o tema<sup>31</sup>, escrito por Samuel Warren e Luis Brandeis, com o nome “Right to privacy”, publicado em 15 de dezembro de 1890, na *Harvard Law Review*, seu objetivo era estabelecer limites da imprensa na vida privada, mormente jornalistas que frequentavam festas sociais e expunham a intimidade das pessoas através de fotografias e comentários extremamente íntimos. Observa-se que, à época, a fotografia na imprensa significava uma nova tecnologia. Para os autores do referido artigo, era necessário estabelecer a extensão sobre até onde as pessoas gostariam de ver divulgadas e conhecidas sua vida privada, reconhecendo-se a proteção ao direito de personalidade, ou até mesmo o “direito a ser deixado só”<sup>32</sup>.

O Direito brasileiro prevê a reserva à vida privada no âmbito constitucional, no artigo 5, inciso X, bem como a reserva da correspondência<sup>33</sup>, no inciso XII, do mesmo artigo 5. No Código Civil, a reserva da vida privada é ressaltada no artigo 21 e, sobre a correspondência virtual, serão consideradas nulas as cláusulas contratuais que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, com necessidade de ordem judicial a fim de se ter acesso às informações das mensagens trocadas, nos termos do inciso I, parágrafo único do art. 8 e parágrafo 1 do art. 10 da Lei n. 12.965/2014 (popularmente conhecida como Marco Civil da Internet). A referida legislação ainda prevê a proteção dos dados pessoais na Internet, na seção II, nos artigos 10 a 12.

No âmbito da lei penal, a Lei 12.737/2012 (vulgarmente chamada de Lei Carolina Diekmann<sup>34</sup>), classifica-se como crime a invasão, a obtenção e a transmissão de comunicações eletrônicas privadas, sejam estas arquivos, conversas ou informações.

As redes sociais, por fim, são consideradas ambientes públicos ou privados? Para responder a essa questão, recorre-se à teoria clássica das três esferas (Spharentheorie), originalmente difundida pela doutrina alemã<sup>35</sup>, a qual divide a esfera pública da esfera privada, que se distingue da esfera íntima. Por esfera pública entende-se tudo aquilo que não for privado, abrangendo fatos e situações que são de conhecimento público, podendo ser divulgados, não havendo qualquer tipo de reserva. No que tange à esfera privada, o indivíduo tem interesse em guardar para si aspectos da sua vida profissional, do seu domicílio e aos hábitos de sua vida, e, se for o caso, partilhar algumas informações com seu núcleo mais íntimo, amigos e familiares, em um plano menos acessível. Na esfera íntima (ou secreta) devem permanecer fatos inacessíveis a terceiros, sendo absolutamente protegida.

Apesar de o *Facebook* trazer a palavra amigos, sabemos que via de regra estes não representam os amigos de verdade, fato esse que, por si só, já justificaria a proteção conferida à vida privada, visto que, estatisticamente, “55% dos nossos amigos são colegas, 16% superiores hierárquicos, 13% clientes e 11% prestadores”<sup>36</sup>, sendo extremamente difícil separar a vida pessoal da vida profissional, podendo-se falar na nudez total do trabalhador, se este quiser compartilhar as informações nas redes sociais.

No nosso sentir, para analisar se o fato posto na rede social se enquadraria na esfera pública ou privada, seria indispensável o estudo do nível de privacidade do perfil do usuário ou grupo em que se trocou a mensagem, apurando-se se o empregado aceita todos que conhece como amigos ou somente aqueles que assim considera, se há funcionários da empresa nesse rol de amigos, ou seja, as peculiaridades de cada caso.

Como exemplo, utilizaremos uma das redes sociais mais com maior número de usuários: o *Facebook*. Em consulta ao próprio site, observa-se ser possível o controle de privacidade no campo noções básicas de privacidade<sup>37</sup>. Nesse item, é possível controlar

quem verá suas publicações, perfil (como seus amigos ou pessoas desconhecidas o veem), curtidas, reações e comentários (quem vê o que o usuário curtiu, reagiu ou comentou bem como quem poderá curtir, reagir ou comentar o que o usuário postou), marcações (o usuário pode escolher se não quiser ser marcado em fotos, podendo optar por ter prévia autorização, ou seja, a marcação aparece para o usuário e, após a sua permissão, ela poderá ser marcada ou não), fotos e vídeos em que o usuário aparece, *feed* de notícias, o que as pessoas publicam na sua linha do tempo, além de ensinar como desfazer publicações.

Em relação aos grupos, estes podem ser públicos, fechados ou secretos<sup>3839</sup>. Nos grupos públicos, qualquer um pode pedir para participar, ser adicionado ou convidado por um membro para participar, estando disponível para visualização pública o nome do grupo, quais os participantes, a descrição do grupo, as marcações, publicações dos membros, *feed* de notícia e aberto para procura no campo de pesquisa.

Os fechados se diferenciam por dois aspectos: somente os participantes podem ver as publicações do grupo e suas histórias. Os grupos secretos são mais restritos, somente sendo admitido o ingresso se convidado por algum membro. O nome desses grupos fica disponível para membros atuais e ex-membros, sua descrição, marcações, bem como a procura no item pesquisa, ao passo que somente estarão disponíveis para os membros atuais a lista de participantes e suas publicações, com as respectivas histórias.

Diante de tantos mecanismos disponíveis, pode-se afirmar que hoje em dia a persona<sup>40</sup> tem diversos mecanismos aptos a controlar a sua privacidade, com a possibilidade de escolher se quer ter um perfil mais ou menos aberto ao público. Por tais motivos, cada vez mais preocupa-se com a preservação dos dados pessoais<sup>41</sup>, e com a privacidade das pessoas, o que forçou as plataformas que operam as redes sociais aprimorarem mais a política de proteção de dados e privacidade, a fim de se manterem os acessos, dado que algumas pessoas, com fundado receio, passaram a excluir suas contas nesses meios de comunicação.

E tal fato de saber se é pública ou privada é essencial para assegurar a validade da prova, pois se violadora da esfera privada (estando incluído o sigilo da correspondência), deve ser considerada ilícita. No Direito Brasileiro, o ônus da prova com relação à conduta ilícita do trabalhador é do empregador, nos termos do art. 818 da CLT e art. 373, inciso II, do CPC Brasileiro. Mas, repita-se, antes de se analisar a prova, deve-se saber se esta foi obtida por meio lícito ou ilícito.

Ao que se analisou da jurisprudência brasileira, parece-nos que esta toma como premissa que o Facebook ou alguma outra rede social, seja considerado um espaço público, dado que não se verificou a discussão desse ponto nas decisões. O que se discute nas decisões brasileiras é se o empregador pode ou não ter acesso às informações contidas no computador do empregado, podendo verificar mensagens de e-mails, de MSN, Facebook, etc., sem que a empresa tenha política a respeito do assunto e, se tal fato violaria ou não a reserva da correspondência e da vida privada.

Sobre o e-mail corporativo, o Tribunal Superior do Trabalho, de forma unânime, entende que, por serem ferramentas disponibilizadas pela empresa, não é exigida privacidade como o e-mail pessoal, sendo bem da empresa e não do funcionário, inserindo-se no direito potestativo do empregador<sup>42</sup>. Já com relação ao acesso ao *Facebook* e *Msn*, pelo computador do emprego, bem como o e-mail pessoal, o Tribunal Superior do Trabalho entende como violação da privacidade, não sendo admitida como prova<sup>43</sup>.

Quando há na empresa política de uso dos aplicativos ou orientação de que no tempo de trabalho referidos instrumentos não possam ser utilizados para fins pessoais, a esfera privada do trabalhador não será considerada violada, pois ciente da norma interna. Foi este o entendimento majoritário (seis votos contra um) do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>44</sup>, ao decidir um caso em que o empregado teve conversa (Yahoo Messenger) de cunho pessoal com sua noiva e irmão, no horário de trabalho, contrariando norma interna da empresa, a qual proibia expressamente que atividades pessoais fossem desempenhadas durante o expediente, tendo sido considerada válida a prova obtida através da conversa pessoal. Situação diversa apresenta-se quando o empregador, através de terceiros ou por fazer parte da rede social do empregado, toma conhecimento de algum fato.

E sobre essa questão é que duas decisões portuguesas se debruçaram, uma do Tribunal da Relação do Porto e, a outra, de Lisboa<sup>45</sup>, de 08/09/2014 e 24/09/2014, respectivamente<sup>46</sup>. Foram analisados diversos fatores relativos às redes sociais: qual o tipo de serviço (se exposto em perfil pessoal, página ou grupo), os membros e características que se revestem a rede social (se profissional, pessoal ou ambas), o conteúdo da publicação, a parametrização da conta (quem consegue visualizar e as restrições) e o número de “amigos” ou membros do grupo. O objetivo dessa análise era saber se existia, efetivamente, uma expectativa de privacidade; se o trabalhador, ao postar texto ou mensagem, sabia que aquilo seria preservado e não divulgado, a fim de justificar a tutela da confidencialidade. E o que se verificou em ambos os casos foi que os trabalhadores, ao exprimiram suas opiniões, não pretendiam que essas fossem preservadas, pois no caso da relação de Lisboa o trabalhador, ao postar texto de cunho próprio sobre a promessa da empresa em regularizar os salários em atraso, o fez no seu perfil pessoal e ao final colocou a frase – “partilhem amigos”, com clara intenção de divulgação da mensagem, e, no mesmo sentido, a conduta do trabalhador analisado pelo Tribunal da Relação do Porto, ao mandar mensagens sobre a organização e vida interna do empregador no grupo fechado de trabalhadores da empresa (cerca de 140 trabalhadores e ex-trabalhadores), também não previa a confidencialidade, pois havia no grupo diversos funcionários que não eram seus “amigos”.

Além disso, os julgadores ponderaram a questão da perda do controle do que se coloca na Internet, principalmente no Facebook, podendo outras pessoas compartilharem e visualizarem as publicações feitas, inclusive o empregador (o que de fato ocorreu), diante da possibilidade dos “amigos” dos “amigos” terem ciência dos posts<sup>47</sup>, podendo-se manter por tempo indeterminado, mesmo após apagados.

Ultrapassada a questão da privacidade, ou seja, a licitude das provas colhidas, foi verificado abuso no direito de liberdade de expressão<sup>48</sup>, com violação do direito de imagem e bom nome do empregador, com a confirmação da justa causa de despedimento em ambos os processos. No nosso sentir, correta a análise da jurisprudência portuguesa, em estudar o nível de privacidade do grupo ou do perfil do trabalhador, a fim de se apurar se houve violação na correspondência ou da sua vida privada.

Se falarmos de redes sociais, como os blogs, com acessos ilimitados, aí concordamos que seja pública, mas se passarmos a analisar, por exemplo, as mensagens trocadas no *WhatsApp*, a conclusão poderá ser diferente. Assim, não é possível generalizar a questão, sendo necessário o estudo de cada caso em concreto, dentro de suas peculiaridades.

## 1.2. Potencialidade do dano e sua manutenção

Como já apontado acima, os empregadores vêm aderindo ao uso das redes sociais pelos novos meios de marketing existentes e os trabalhadores acompanham o jeito de se relacionar e expressar suas opiniões agora por meio das redes sociais. Dentro deste cenário, em que a informação se torna digital, podendo ser transferida infinitamente (o famoso “viralizar”), dificultando seu controle e, mais ainda, o desaparecimento ou o esquecimento<sup>49</sup> dessa informação, especialmente por não se ter acesso ao local em que a informação será processada e armazenada (por tal razão a criação do termo “nuvem”), gerando vastos efeitos na privacidade, reputação e nas formas de expressão, coloca-se o direito de liberdade de expressão, de crítica e o direito de imagem do empregador.

Assim, válida algumas considerações sobre a liberdade expressão, direito de crítica e a imagem do empregador, para depois analisarmos essa questão dentro das redes sociais.

A liberdade de expressão do trabalhador foi inicialmente manifestada no âmbito da representação coletiva, sendo primeiramente desenvolvida a ação para depois se dar a devida atenção à palavra<sup>50</sup>. Como nos ensina Menezes Cordeiro, “Qual é a principal riqueza das nações: É justamente a população, o povo, o conjunto de todas as pessoas. Mais precisamente, o engenho humano. E o engenho humano é a liberdade de pensamento e a liberdade de exprimir o que se pensa – ou teremos um mundo inútil de isolamento”<sup>51</sup>.

No Brasil, não há legislação específica que trate da liberdade de expressão do trabalhador, tendo a Constituição Federal, por meio do artigo do 5, inciso IX e IV, previsto tal garantia de forma ampla. Recentemente, contudo, foi instituída a liberdade de expressão na Internet, por meio da Lei n. 12.965, de 24 de abril de 2014, conhecida como marco civil da Internet, estabelecendo-a como princípio e garantia plena do exercício do direito de acesso à Internet (artigo 2 e art. 3, inciso I e artigo 8), sendo ainda nula de pleno direito as cláusulas contratuais que ofendam o princípio da liberdade de expressão (parágrafo único do art. 8).

Como liberdade de expressão, entende-se toda e qualquer manifestação, englobando-se “opinões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posições, juízos de valor de qualquer matéria ou assunto (questões políticas, económicas, gastronómicas, astrológicas) e quaisquer que sejam as finalidades (influência de opinião pública, fins comerciais) e os critérios de valoração (verdade, justiça, beleza, racionais emocionais, cognitivos, etc.).” Em sentido técnico, traduz-se numa permissão de exteriorizar o pensamento, de forma natural ou artificial, onde natural significa a fala, os gestos ou atitudes, e a artificial compreende a escrita ampliação de voz e meios de comunicação social, inclusive os novos meios, como “chats”, blogs”, “protestos electrónicos”, entre outros. Essa exteriorização pode dar-se sem destinatário, com destinatário determinado, com destinatário indeterminado (comunica ao público) ou de massas (também ao público, mas com os meios de comunicação social). Por tal razão, pode-se dividir a liberdade de expressão em sentido amplo, incluindo-se toda e qualquer liberdade, tais como a liberdade de imprensa, de criação, bem como de acesso aos meios de comunicação social. Em sentido estrito, pode ser entendida como a liberdade perpetuada por meios mais simples e imediatos de exteriorização.

A prática desse direito não deve sucumbir à limitações ou restrições, não havendo qualquer obstáculo ou impedimento no exercício desse, sendo corolário da liberdade de expressão a proibição da censura, o que não significa dizer que pode ser praticada sem limites, não sendo absoluto, dependendo sempre da casuística para se apurar os limites e, se houve ou não abuso no exercício desse direito.

Todo o ordenamento jurídico deve ser desenvolvido através da fórmula política instituída pela Constituição, como melhor esclarece Willis Santiago Guerra Filho: “Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser partilhado por todo o integrante da comunidade política e, por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade”. Como bem ressalvado por MENEZES CORDEIRO, “(...), perante qualquer problema, não é apenas uma norma isolada que se aplica, mas antes toda a ordem jurídica, com a Constituição, as suas normas e os seus princípios, à frente.”

Assim, havendo outros direitos igualmente protegidos pela constituição, designadamente o direito de outros cidadãos, tais como o direito à integridade moral, ao bom nome e à reputação, também a liberdade de expressão deve conter limites, a fim de que não seja configurada punição penal (como a injúria e a difamação) ou administrativa, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, por falta de disposição legal.

Nessa seara, o Tribunal Constitucional Espanhol entendeu que a liberdade civil do trabalhador “não pode, obviamente, ser invocada para romper o quadro normativo e contratual definidor da relação de trabalho, mas também os princípios que informam esta última, preservando o honesto e leal cumprimento pelas partes das suas obrigações, nunca poderão chegar ao ponto de impedir, além dos imperativos impostos pelo contrato, o exercício da liberdade civil que a Constituição tutela”<sup>52</sup>.

Como dito em linhas pretéritas, a expressão de pensamento pode ser feita de forma artificial, por meio da escrita, nos novos meios de tecnologia, como as redes sociais, por exemplo. Algumas empresas proíbem o acesso às redes sociais durante o expediente de trabalho, inclusive com bloqueio dessas páginas pelos computadores da empresa e através de códigos de conduta prevendo expressamente essa restrição. Mas em razão da Internet móvel, acessada pelos *smartphones*, a barreira de acesso é rompida, não sendo possível ao empregador, dentro do seu poder diretivo, retirar acesso das redes sociais dos telefones celulares dos trabalhadores. Todavia, se verificado que o trabalhador fica no celular, postando nas redes sociais durante o horário de trabalho e com clara redução da sua produtividade, este pode ser dispensado por justo motivo<sup>53</sup>.

Outra limitação é a forma de se expressar, que admite uma forma de manifestação que não cause danos<sup>54</sup> à boa fama e imagem do empregador<sup>55</sup> ou demais colegas ou ainda aos clientes da empresa<sup>56</sup>, feitas dentro do dever de urbanidade e probidade decorrente dos deveres acessórios do contrato de trabalho, já visto alhures.

As situações acima descritas foram analisadas dentro dos contextos em que foram produzidas. Quando transportadas para o ambiente das redes sociais, algum fato que antes não era danoso, pode se tornar dentro deste novo ambiente.

A potencialidade do dano e a sua manutenção, dada a dificuldade de se retirar a informação, deve ser analisada quando houver



sopesamento do direito à liberdade de expressão e o risco de ofensa à honra e à imagem da empresa. Este risco não é compreendido somente no comentário, mas e, principalmente, na publicidade deste, visto que uma vez nas redes sociais, podem “viralizar” de diversas formas, especialmente com os mais modernos mecanismos de divulgação, tais como as hashtags e botões de compartilhar.

Mais uma vez, a verificação de dano dependerá da casuística. É justificável a dispensa por justa causa de uma trabalhadora que, durante o expediente, utiliza-se do *Facebook* do seu *smartphone* para tecer comentários pejorativos aos clientes e colegas de trabalho<sup>57</sup>, ou então expõe a situação financeira do seu chefe no *Facebook* ao comentar que estava “cansada de ser saco de pancada do chefe, só Pq ele está sem grana, conta negativa!!! E a pessoa se diz pastor evangélico, só se for do capeta”<sup>58</sup>. Ou, ainda, uma funcionária que faz uma reclamação da empresa com palavras de baixo calão e utiliza-se da hashtag com o nome da empresa, vinculando qualquer procura pelo nome da empresa a este comentário, com nítida ofensa ao bom nome e boa fama da empresa<sup>59</sup>.

É válida também a justa causa ao empregado que no grupo de WhatsApp dos colegas da empresa, incluídas pessoas da área de Recursos Humanos, extrapola ao expressar sua opinião sobre o uniforme da empresa, com mensagens ofensivas à empresa e aos seus representantes<sup>60</sup>.

Outra questão a ser enfrentada se dá quando os trabalhadores curtem comentários considerados danosos ao empregador. Apesar de não terem sido eles a fazerem o post, questiona-se se a curtida seria um apoio e até mesmo um meio de divulgação do post, dado que, em muitos casos, torna-se visível aos amigos do Facebook aquele comentário, dando maior publicidade ao possível dano à imagem e boa fama da empresa.

Dentro dessa discussão, não foi considerada justa causa de despedimento o fato de uma trabalhadora ter curtido um post de outra funcionária sobre a baixa qualidade da cesta básica fornecida pela empregadora. O comentário da trabalhadora era sem dúvida reprovável, mas entendeu-se que, realmente no mês da postagem, houve problema no arroz, possuindo o mínimo de fundamento a reclamação, justificando a curtida da outra funcionária. Apurou-se ainda, se a propagação do comentário através da curtida teria repercussão na imagem da empresa, o que restou afastado, pois a funcionária colocou siglas e não o nome da empresa<sup>61</sup>. No mesmo sentido, não se considerou justa causa de despedimento o fato de uma trabalhadora ter curtido e comentado “é verdade amiga” na publicação de outra colega sobre as difíceis condições de trabalho enfrentadas pelos funcionários de um hospital. A publicação em si não foi considerada abusiva, feita dentro dos limites da liberdade de expressão sem causar dano à honra do empregador<sup>62</sup>.

Diferentemente dos casos acima, foi declarada válida a justa causa de um trabalhador que curtiu e comentou post de outro colega com conteúdo gravemente ofensivo à honra e boa fama da empresa, tendo entendido os julgadores que o fato de curtir o comentário seria um meio de pactuar com este, concordar e, portanto, também violar o direito à honra do empregador<sup>63</sup>.

Por outro lado, não será o caso de dispensa por justa causa ao trabalhador que, no curso de seu aviso prévio, faça um verdadeiro desabafo da situação laboral enfrentada nos mais de 14 anos de serviço prestados à empresa, sem qualquer tom ofensivo, e, ainda, sem ter mencionado o nome do empregador ou seus superiores hierárquicos<sup>64</sup>. Também não será razoável a aplicação da justa causa em funcionário que posta no Facebook sua indignação com relação ao fato de constar no acordo coletivo firmado entre a empresa e o Sindicato o horário de abertura da loja no domingo às 14 horas, mas serem obrigados a chegarem às 12 horas. O entendimento foi de que o empregado não lesou nenhum direito da empresa, não tendo feito através de meios ofensivos, estando dentro do seu direito de crítica, não tendo incitado a greve, como entendido pela empresa<sup>65</sup>. No mesmo sentido, ofende o bom nome e a honra do representante da empresa um trabalhador que envia mensagens a outros colegas no Facebook, com perfil falso, imputando determinadas atitudes ao representante da empresa, que não se provaram verdadeiras, justificando a justa causa aplicada<sup>66</sup>.

Pelas decisões acima, verifica-se que é possível o direito de crítica ao empregador, sendo possível aos funcionários expressarem seu descontentamento com possíveis falhas das empresas, e em alguns casos até expondo a situação laboral enfrentada por esses<sup>67</sup>, mas desde que estes sejam feitos dentro do dever de urbanidade e respeito, sob pena de ofenderem o direito ao bom nome do empregador, e desde que respeitem o dever de confidencialidade.

Válido ressaltar o dever de confidencialidade, o qual consiste na proibição do funcionário na divulgação de dados confidenciais da empresa ou de seus clientes. E, nesse sentido, foi aplicada justa causa a um médico que trabalhava no plano de saúde que dava cobertura a uma paciente, por ter feito também pelo WhatsApp comentários maldosos com relação à situação da paciente<sup>68</sup>.

Em sentido contrário, foi revertida a justa causa de uma médica que divulgou, pelo *WhatsApp*, informações de uma paciente do hospital. A juíza apurou que a divulgação do laudo já estava circulando pelos grupos de *WhatsApp* e o documento seria de um outro hospital, e não do estabelecimento em que a ex-empregada trabalhava. Por ser figura pública a paciente, a juíza condenou ainda o pagamento de danos morais à ex-empregada, diante das notícias que circularam sobre a sua justa causa<sup>69</sup>. Da mesma forma, foi revertida a justa causa de uma funcionária que postou no *Facebook* o comunicado interno da empresa de que a partir de determinado dia um outro funcionário não fazia mais parte do quadro da empresa, pois se entendeu que tal ato não expunha informações sigilosas e confidenciais, muito menos violaria a imagem da empresa<sup>70</sup>.

Outra situação enfrentada é quando o empregado tem conhecimento de alguma conduta ilícita do empregador e se tem o dever de reportar ou se deve manter a confidencialidade da informação. Nos países anglo-saxônicos, principalmente nos Estados Unidos, é incentivada a denúncia por parte do trabalhador de condutas ilícitas nas empresas, chamado de *whistleblowing*, conduta essa não muito incentivada e até reprimida por parte de Países Europeus, como Alemanha, França, Itália e Portugal, e que por razões histórico-políticas até se justificam.

Há quem defenda a publicação de condutas ilícitas: “Consideramos legítimo o comportamento do trabalhador que dê notícia ou critique, através dos órgãos de comunicação social – fora, portanto, do âmbito da organização do trabalho – situações incorrectas ou perigosas imputáveis à entidade empregadora, desde que a divulgação seja feita em determinadas condições, a saber, o cuidado do trabalhador no sentido da prova da veracidade dos fatos, a prossecução de um interesse legítimo ou relevante, a congruência das modalidades de divulgação, a não utilização de termos injuriosos ou difamatórios e, decisivamente, a não

actuação com animus docendi—”.

No Brasil, é muito comum a denúncia anônima de trabalhadores ao Ministério Público do Trabalho, sendo tal prática incentivada por meio de campanhas públicas, e inclusive no próprio site da instituição. Em obediência ao princípio da boa-fé, essa denúncia não pode ser falsa, com intenção de prejudicar terceiro, sob as penas da lei penal. E, nessa seara, foi mantida a justa causa de uma ex-funcionária que publicou na sua página do *facebook* que havia discriminação na política de promoção da empresa, pois teoricamente os funcionários eram promovidos por outros motivos, inclusive sexuais, e não por mérito próprio. O Tribunal Apelações Trabalho do Uruguai entendeu que tal conduta do empregador não foi provada e, por tal motivo, a justa causa foi mantida, sendo considerada como má conduta da ex-empregada expor situação falsa nas redes sociais<sup>71</sup>.

Antes de finalizarmos esse tópico, é válido também ressaltar outra forma de manifestação, qual seja, a postagem de fotos nas redes sociais. E nesse particular, também poderá haver limites, principalmente no que se refere à boa-fé. Por exemplo, um funcionário que estava supostamente doente, em licença médica concedida pela empresa em razão de atestado médico entregue, posta fotos em festas, consumindo álcool, no mesmo período em que deveria estar se recuperando. A justa causa foi aplicada, com validação pela Justiça, por quebra de fides, diante da declaração fraudulenta de doença. No mesmo sentido, a funcionária que entregou atestado médico, mas foi correr uma maratona, tendo postado foto no Facebook da sua corrida<sup>72</sup>.

## 2. Conclusão

Da exposição dos tópicos, conclui-se que antigas discussões atinentes ao direito do trabalho, mormente os limites do direito de crítica em colisão ao direito ao bom nome da empresa, são retomadas nas redes sociais, ganhando-se uma nova roupagem, diante dos mecanismos existentes nessas plataformas, como os botões de curtir, comentar e as *hashtags* e, principalmente, diante da possibilidade de propagação das informações postadas, como também a possibilidade do empregador ter ciência de fatos que, noutros tempos, dificilmente seriam de seu conhecimento.

Embora a era digital encontre-se em constante evolução, necessário buscar-se o devido equilíbrio entre os direitos dos trabalhadores, principalmente no que respeita sua privacidade, e o direito de controle e bom nome da empresa.

Parece-nos essencial a aplicação dos princípios da razoabilidade e da boa-fé para que, examinado o caso concreto, tenha-se em mente que o que seria técnica e validamente possível, pode não se revestir de admissibilidade jurídica, sendo imperioso o respeito aos princípios fundamentais da privacidade das partes envolvidas na relação de emprego.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Edição revista e atualizada. 18 ed. São Paulo: Paz & Terra, 2017, pg. 553.

2

MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões*. Questões Laborais n. 41, ano XX, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pg. 53.

3

Duarte, Fábio e Frei, Klaus. *Redes Urbanas*. In: Duarte, Fábio; Quandt, Carlos; Souza, Queila. *O Tempo Das Redes*, São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008. p. 156.

4

*Ibidem*. CASTELLS, Manuel. (...) pg. 554.

5

Tradução livre feita do texto ELLISON, Nicole B. "Social network sites: Definition, history, and scholarship." *Journal of Computer-Mediated Communication* 13.1 (2007). Pg. 211.

6

Recuero, Raquel. *Redes sociais na internet, difusão de informação e jornalismo: elementos para discussão*. *Metamorfoses jornalísticas* 2, 2009. pg. 1-269.

Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/14759510/artigoredesjornalismorecuero.pdf>

AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1489964062&Signature=%2FCk0OM3KzteRXqDGfWnnMs7WrQA%3D&response-content disposition=inline%3B%20filename%3DRedes\_Sociais\_na\_Internet\_Difusao\_de\_Inf.pdf. Acesso em 19-03-2017.

---

7

Tribunal da Relação do Porto, acórdão de 08-09-2014, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

---

8

REDINHA, Maria Regina. *Redes sociais: incidência laboral*. Centro de Estudos Judiciário - Prontuário de Direito do Trabalho, n. 87, setembro-dezembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Pg.34.

---

9

Expressão utilizada por Teresa Coelho Moreira., "*A privacidade dos trabalhadores e a utilização das redes sociais online: algumas questões*". Questões Laborais n. 41, ano XX, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pg. 57.

---

10

ELLISON, Nicole B. "Social network sites: Definition, history, and scholarship." *Journal of Computer-Mediated Communication* 13.1 (2007). pg. 212.

---

11

[https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_social\\_networking\\_websites#W](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_social_networking_websites#W), acesso em 19-03-2017.

---

12

Inclusive, mais de 90% dos brasileiros usam a *internet* somente para enviar e receber mensagens de texto, imagem e voz pelos celulares, diferentes dos *e-mails*, que ficou somente com 69,3%. Fonte: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/02/10-fatos-importantes-sobre-o-uso-de-internet-no-brasil.ghtml>, acesso em 09 de junho de 2018.

---

13

Em 6 de abril de 2016, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou a Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios (Pnad), onde apurou-se, com base em dados colhidos em 2014, que o brasileiro acessa a internet em 80% dos casos pelo celular, seguido de 77% pelos PC's, 22% tablets, TV's, e 1% outros equipamentos. Fonte: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/smartphone-passa-pc-e-vira-aparelho-n-1-para-acessar-internet-no-brasil.html>, acesso em 09 de junho de 2016.

Em 2015, nova pesquisa denominada TIC Domicílio, realizada pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), demonstrou o aumento do percentual de acesso à internet pelos smartphones para 89%. Fonte: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,celular-vira-o-principal-meio-de-acesso-a-internet-no-brasil,10000075832>, acesso em 09 de junho de 2018.

---

14

Sánchez Abril, Patricia, Avner Levin, and Alissa Del Riego. *Blurred boundaries: Social media privacy and the twenty-first-century employee*. *American Business Law Journal* 49.1, 2012. Pg. 64.

---

15

CORDEIRO, António Menezes. *O respeito pela esfera privada do trabalhador*. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias. Coordenação António Moreira. Coimbra: Almedina, 1998. pg. 19.

---

16

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra: Almedina, 1999. pg. 105.

---

DREY, Guilherme. *DRAY, Guilherme. Justa causa e esfera privada*. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II. Justa causa de despedimento. Coimbra: Almedina, 2001. pg. 36. Entre a separação da vida profissional com a privada, Julio Gomes cita decisão do Tribunal Europeu do Direito do Homem em Acórdão de 16 de dezembro de 1992: “Nas ocupações de seja quem for não se sempre distinguir entre o que pertence ao profissional e o que está fora do mesmo, especialmente nas tarefas de um membro de uma profissão liberal que podem constituir um elemento da vida privada em tão alto grau que não se pode dizer em que qualidade atua em cada momento”. In *Direito do Trabalho – Relações individuais*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pg. 271- nota 717.

PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática geral*. 3. Coimbra: Almedina, 2012. pgs. 459 e ss, divide em três fatores a inseparabilidade da atividade laboral da pessoa do trabalhador: grau de indeterminação desta prestação, em razão da constante adaptação do trabalhador nas tarefas concretas e ainda em razão do caráter duradouro do vínculo; conteúdo amplo dos poderes laborais, principalmente o poder disciplinar, impondo regras de conduta diretamente à pessoa do trabalhador e o dever de obediência, ligada à atitude de disponibilização permanente do trabalhador aos comandos do empregador.

Como bem ressalta Palma Ramalho, em processos de recrutamento cada vez mais as qualidades dos trabalhadores se sobressaem no momento da escolha para o novo cargo, bem como essas características podem vir a ser a causa do rompimento do vínculo, no caso do despedimento por inadaptação. *Ops. cit. Tratado I*, pgs. 462-463. José João Abrantes acrescenta que as aptidões físicas psíquicas e técnicas são empenhadas na conduta laboral. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra: Almedina, 1999. pg.147.

*Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão*. A Reforma do Código do Trabalho. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pg. 161.

ABRANTES. José João. *Ops.cit.* pg. 148-149.

Por causa das tecnologias de informação e comunicação, denomina-se a sociedade atual como “sociedade de informação”, podendo ser aplicado um conceito mais técnico de sociedade da comunicação, “uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação e só em sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem em informação”, conforme Amadeu Guerra (*A privacidade no local de trabalho – as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. Pg. 9) citando Oliveira Ascensão, *Sociedade de Informação*, In “Direito na Sociedade de Informação”, Vol. I, Coimbra Editora, outubro de 1999, pg. 167.

A respeito da evolução da tecnologia, conforme Gordon Moore, o número de transistores em um processador dobraria, em média, a cada 18 meses e mantendo o mesmo (ou menor) custo e o mesmo espaço. Essa conclusão ficou conhecida como Lei de Moore, mostrando-se verdadeira até os dias atuais, pois a cada momento a tecnologia está menor e mais barata. Essa teoria foi demonstrada no artigo “Cramming more components onto integrated circuits”, publicado na Electronics Magazine em 19 de abril de 1965, disponível em: [https://web.archive.org/web/20080218224945/http://download.intel.com/museum/Moores\\_Law/Articles-Press\\_Releases/Gordon\\_Moore\\_1965\\_Article.pdf](https://web.archive.org/web/20080218224945/http://download.intel.com/museum/Moores_Law/Articles-Press_Releases/Gordon_Moore_1965_Article.pdf). Acesso em 09 de junho de 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito (...), ops. cit.*, pg. 373.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado (...)* *Ops. cit.* pg. 26.

Difere-se direitos da personalidade com direitos fundamentais, na medida em que: “os direitos fundamentais foram criados e concebidos tendo em vista a tutela das esferas privadas perante ingerências do poder político – trata-se de direitos dos indivíduos em face ao Estado; os direitos de personalidade, pelo contrário, atendendo ao seu fundo ético, não se circunscrevem a relações de natureza vertical – impõe-se a todos os níveis e em todas as direcções” DREY, Guilherme. *Idem*. pg. 41.

“Art. 5, inciso X, [...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; bem como o art. 220, também da Constituição Federal da República, que assegura a manifestação de pensamento, de criação, e a informação, em conformidade com o art. 5º, incisos IV e V e o rol das garantias fundamentais, entre outros tantos exemplos como base legal.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 7ª Tiragem, tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p.24

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pg. 161.

Para Luís Roberto Barros, Suzana de Toledo Barros e Odete Medauar, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são sinônimos, tratando os dois de forma indistinta. Ainda para Celso Antônio Bandeira de Melo, a proporcionalidade é uma faceta da razoabilidade. Já para outros autores, como Humberto Ávila, eles são distintos. No nosso sentir, eles são distintos, uma vez que a proporcionalidade pretende chegar ao resultado de uma forma a não violar demasiado outro direito, enquanto que a razoabilidade procura justificar a não aplicação de uma norma em casos excepcionais.

Como ressalva Davi de Oliveira Festas, apesar do direito à intimidade privada já tivesse sido resguardado na França, em lei de 11 de maio de 1868, foi a esses autores que grande parte da doutrina confere a emancipação ou descoberta do Direito, por ter sido o primeiro trabalho a chamar atenção à matéria. *O Direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código de Trabalho*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 64, n. 1-2 (ano-2004), pg. 374. O pensamento sobre a vida privada já era difundido por Aristóteles na Grécia Antiga, onde o mesmo separava a *oikos* (esfera privada ligada à casa) da *pólis* (comum a todos os cidadãos). No Estado Liberal, surgem as ideias individualistas no renascimento, difundida por John Locke, John Stuart Mill e Thomas Hobbes. Para mais desenvolvimento, MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Studia Iuridica 78, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pg. 62 e ss.

Paulo Mota Pinto faz essa correspondência, mas ressalva que a expressão “right to be let alone” é de 1888, feita por Thomas Cooley. Ver artigo *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXIX, Universidade de Coimbra: Coimbra, 1993. Pg. 513 e ss.

Válido ressaltar que o sigilo telefônico não se confunde com os registros telefônicos, havendo proteção constitucional da comunicação “de dados” e não “os dados, conforme entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, como exemplo HC 91.867/PA, de 24/04/2012 e MS2179, Pleno, 05/10.95.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm), acesso em 13-03-2017. Com relação ao nome popularmente dado a essa lei, explica-se. A atriz brasileira Carolina Diekmann teve seu computador invadido por *hackers* e teve seus dados pessoais subtraídos, inclusive com a publicação de fotos íntimas que rapidamente se espalharam pela *Internet* através das redes sociais, tempos antes da lei ser aprovada no Congresso Nacional, razão pela qual teve seu nome associado à mesma.

Como nos ensina Paula Quintas, Heinrich Hubmann foi o primeiro autor alemão que primeiramente teorizou a separação entre a esfera privada (*privatsphäre*) da individual (*individualsphäre*), onde a primeira correspondia a proteção do indivíduo contra terceiros, como exemplo o direito ao nome e reputação, enquanto que a segunda correspondia aos aspectos da personalidade sem ligação com os demais. Ver QUINTAS, Paula de Couto. *Os direitos de personalidades consagrados no Código de Trabalho*. Almedina: Coimbra, 2013. pg. 216 e ss.

MOREIRA, Tereza Coelho. *A privacidade (...) ops. cit.* pg. 50, citando JEAN-EMMANUEL RAY, “facebook, salarié...”, pg. 132. Como salientado pela mesma autora, FRIGYES KARINTHY ao falar das redes sociais, criou a teoria da separação das pessoas em 6 graus, alegando que qualquer pessoa do planeta estará distante de outra por 6 conexões ou ligações. Em 2004, esse conceito foi reafirmado por DUNCAN WATTS, que desenvolveu a ideia que o número de ligações cresce exponencialmente com o número de ligações em cadeia e por pequenas ligações o conjunto de conhecidos englobaria toda a população humana. Pg. 53. No Brasil, cresce nos Tribunais os problemas com relação à contradita de testemunha por serem amigas no *Facebook*. Pelo Código de Processo Civil brasileiro, o artigo 447 disciplina quem poderá ou não servir como testemunha em processo, e o amigo íntimo não poderá ser. Os tribunais têm entendido que o simples fato de serem amigas no *Facebook* não pode ser considerado a fim de comprovar a amizade íntima, mas às vezes, através da rede social, pode-se verificar as postagens em conjunto e obter outros meios de prova a corroborar com a alegação de amizade íntima. Nesse sentido, verificar processo n. 1001166-56.2015.5.02.0612, TRT 2 Região, Des. Relatora Alcina Maria Fonseca Beres, disponível em:

[http://search.trtsp.jus.br/easysearch/?template=TRTSP\\_PJE#q=contradita%20testemunha%20facebook](http://search.trtsp.jus.br/easysearch/?template=TRTSP_PJE#q=contradita%20testemunha%20facebook)

<https://www.facebook.com/about/basics/manage-your-privacy>. Acessado em 19-03-2017.

<https://www.facebook.com/help/220336891328465#What-are-the-privacy-options-for-groups>. Acessado em 19-03-2017.

Sobre o assunto, ler: Baden, Randy, et al. *Persona: an online social network with user-defined privacy*. ACM SIGCOMM Computer Communication Review. Vol. 39. No. 4. ACM, 2009. Disponível em: <http://courses.cs.vt.edu/~cs6204/Privacy-Security/Papers/Crypto/Persona-Social-Network-User-Defined-Privacy.pdf>. Acesso em 19-03-2017.

Sobre o assunto, ler: Baden, Randy, et al. *Persona: an online social network with user-defined privacy*. ACM SIGCOMM Computer Communication Review. Vol. 39. No. 4. ACM, 2009. Disponível em: <http://courses.cs.vt.edu/~cs6204/Privacy-Security/Papers/Crypto/Persona-Social-Network-User-Defined-Privacy.pdf>. Acesso em 19-03-2017.

Consoante discurso feito pela Vice-Presidente do Comitê Europeu de Proteção de Dados, ao anunciar a reforma feita em 2012, em pesquisa feita anteriormente à reforma de proteção de dados de 2012, 72% dos europeus se preocupavam se seus dados pessoais seriam utilizados pelas companhias. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>. Acesso em 20-03-2017.

Entre muitos, citamos o processo n. 1542-2005.055.02.40-4, Desembargador Ives Gandra da Silva Martins, publicado em 06-06-2008, disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=9983346D159595A3AE441708B61D159D.tst33?conscsjt=&numeroTst=1542&anoTst=2005&varaTst=055&trtTst=02&seqTst=40&consulta=Consultar>, acesso em 13-03-2017.

Nesse sentido, ementa do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro: “(...) Danos morais. Indenização. Comunicação eletrônica. Programa de mensagem instantânea (MSN). Acesso ao conteúdo das mensagens enviadas e recebidas pelos empregados. Ofensa ao direito à

intimidade. Violação do sigilo da correspondência. Abuso do poder diretivo. (...) Com efeito, a comunicação via MSN - ainda que estabelecida durante o horário de trabalho, por meio de computador fornecido pela empresa -, por ostentar natureza estritamente pessoal, é inviolável, não sendo possível o exercício, pelo empregador, de qualquer tipo de controle material, ou seja, relativo ao seu conteúdo. 5. Nesse contexto, em que os atos praticados pelo empregador não se encontravam dentro de seu poder diretivo, traduzindo-se em violação dos direitos de personalidade dos reclamantes, resta configurado o dano moral passível de indenização. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo RR - 4497-69.2010.5.15.0000, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014. Grifos acrescidos). Disponível em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br) - acesso em 07-04-2017.

---

44

Case Of Bărbulescu V. Romania, Application no. 61496/08, Julgamento em 12 de janeiro de 2016. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-159906"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), acessado em 13.11.2017.

---

45

As duas disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

---

46

Verifica-se que na Espanha, essa questão também é levantada. Ver GARCÍA, Ines Rios y VÁZQUEZ, Ángela Álvares. *Las redes sociales em las relaciones laborales*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.39 (2015), p. 83-87.

---

47

Na França, uma decisão da Corte de Apelação de 15 de novembro de 2011, entendeu que a empresa não conseguiu provar qual era o critério de privacidade existente de acesso da conta da trabalhadora (se as publicações teriam acesso aos amigos ou amigos dos amigos), e como a empregadora teve acesso àquelas publicações - citada em COELHO, Teresa Coelho. *A privacidade (...), ops. cit.* pg. 84. Esta autora entende que se o *post* é possível para visualização somente aos amigos do *Facebook*, este deve ser inserido dentro do contexto da vida privada, não podendo ser utilizado como meio de prova. Pg. 87.

---

48

Na decisão do Tribunal de Lisboa, os dizeres do trabalhador foram os seguintes: “O grande mentiroso, pinóquio e aldrabão do (...) mentiu para toda a população madeirense, disse a comunicação social que até terça-feira passada teria os salários tanto de março como os de abril regularizados, pois é mentira, só pagou os salários de março e só a alguns funcionários. É agora que os seus funcionários devem de ver em quem acreditar se no sindicato de hotelaria, que tudo tem feito para solucionar esta situação, se nas palavras deste trapaceiro que desde dezembro passado tem passado a perna aos seus funcionários vezes sem conta e estes estão sempre prontos a dar o benefício da dúvida a este senhor aldrabão... acordem, abram os seus olhos, os membros desta administração não se preocupam se não com o seu próprio umbigo, e ainda tiveram a lata de culpar o sindicato e a comunicação social por prejudicar a empresa, pois a culpa é sim do vosso desgoverno e da vossa má gestão, não sabem gerir um hotel vão gerir uma tasca, cambada de incompetentes. Viva ao 1º de maio, viva ao dia do trabalhador, lutaremos até o fim pelos nossos direitos, por nós, por nossos filhos e pelas gerações vindouras, rua com estes corruptos... a luta continua sempre e enquanto houver injustiças... a luta continua... partilhem, amigos”. Na decisão do Tribunal da relação do Porto, o ex-funcionário fez diversos comentários, tendo sido punido anteriormente com pena de suspensão, e 4 meses após, voltou a postar no grupo dos trabalhadores da empresa mais ofensas ao empregador, tendo sido verificada que todas eram falsas, configurando a intenção de lesar direito do empregador, com abuso no direito de liberdade de expressão.

---

49

O termo em inglês frequentemente utilizado é o “right to be forgotten”. Hoje a *Internet* lembra de tudo, mas não esquece de nada. Na Europa, há grande preocupação a respeito, apesar de se ter ciência que este direito não é absoluto. Válido a transcrição de trecho do discurso da Vice-Presidente do Comitê Europeu de Proteção de Dados, ao anunciar a reforma feita em 2012: “The right to be forgotten is of course not an absolute right. There are cases where there is a legitimate and legally justified interest to keep data in a data base. The archives of a newspaper are a good example. The right to be forgotten cannot amount to a right of the total erasure of history. Neither must the right to be forgotten take precedence over freedom of expression or freedom of the media. The new EU rules will include explicit provisions that ensure the respect of freedom of expression and information. After all, I have been the EU's Media Commissioner for many years, and I will never compromise in the fight for the fundamental rights of freedom of expression and freedom of the media. This also holds true in the field of data protection, which is another important fundamental right, but not an absolute one”. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>. Acesso em 20-03-2017.

---

50



51

*A liberdade (...) ops. cit.* pg. 43.

---

52

Citação feita por José João Abrantes, *O novo Código do Trabalho (...) ops. cit.* pg. 154, da sentença do Tribunal Constitucional Espanhol de 21 de janeiro de 1988, que exauriu a matéria.

---

53

Em sentido contrário, entendeu o juiz da 1 Vara do Trabalho de Goiânia que a empresa não provou a redução de produtividade da empregada por ela permanecer no celular por acessos ao *Facebook*, ônus que lhe competia. Para o magistrado: “O direito fundamental da liberdade de expressão, abrange a liberdade de comunicação. Não há lei que autorize a empresa a tornar o trabalhador incomunicável (hipótese que lembra cárcere privado). Portanto, a restrição de comunicação deve ser feita por critério de razoabilidade. No caso, a reclamada não trouxe elemento que justifique a proibição do trabalhador acessar o *Facebook*, no seu tempo ocioso pelo celular. Alegou diminuição da produtividade, mas não fez prova disto.” TRT 18 Região, processo n. 0010486-59.2016.5.18.0001, sentença publicada em 03-08-2016, disponível em [https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=280829&p\\_grau\\_pje=1&popup=0&cid=13056](https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=280829&p_grau_pje=1&popup=0&cid=13056), acesso em 11-03-2017.

---

54

Júlio Gomes assim esclarece: “...encontrando a liberdade de expressão o seu primeiro limite na necessidade de conciliação com outros direitos fundamentais e na procura de um ponto de equilíbrio, tal liberdade não pode servir de pretexto para a violação dos direitos de personalidade alheios. Assim, e designadamente, o trabalhador terá, no exercício da sua liberdade de expressão, de respeitar as obrigações de urbanidade e probidade” (*ops. cit.* pg. 276) e sobre o dever de urbanidade e a crítica: “O dever de urbanidade, não é, contudo, incompatível com um direito à crítica por banda do trabalhador desde que essa crítica seja feita, ela própria, em termos corteses e não viole um dever de sigilo, nem prejudique a imagem da empresa” *ops. cit.* pg. 531.

---

55

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil editou a Súmula n. 227 que prevê a possibilidade de dano moral à empresa. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho condenou uma ex-funcionária a indenizar os antigos empregadores (uma clínica de *petshop*) por, após a sua saída da empresa, ter postado na rede social *Orkut* ofensa aos mesmos e ter afirmado que maltratava os cachorros que atendiam. Processo n. 625-74.2011.5.09.0001, disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaTstNumUnica.do?jsessionid=82C49ACB763C9CB3EF46E3C201841A95.tst32?conscsjt=&numeroTst=625&digitoTst=74&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0001&consulta=Consultar>, acesso em 11-03-2017.

---

56

Restou configurada justa causa de despedimento a um atendente de telefonia que agrediu verbalmente uma assinante, tendo a primeira instância entendido que o autor teria somente exercido seu direito de defesa, pois a assinante que iniciou as ofensas. Todavia, esse não foi o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que ao julgar o recurso ordinário interposto, tomou por base também o histórico do autor, que já tinha proferido xingamentos à sua superior hierárquica nas redes sociais, confirmando-se a justa causa. TRT 15ª Região, processo n. 0000663-31.2012.5.15.0051, Desembargadora Relatora Andrea Cuelfi Cunha, data da publicação do Acórdão 17/6/2014. Disponível em <http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>.

---

57

Essa situação foi verificada no processo n. 0001843-84.2012.5.15.0018, de lavra do Des. Relator Lourival Ferreira dos Santos, TRT 15 Região, Acórdão publicado em 14/6/2013 – disponível em [http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:wnhPgYVOIEJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/047/04737413.rtf+inmeta:Data\\_publicacao\\_voto\\_internet:daterange:2013-06-14..2013-0617&proxystylesheet=dev\\_index&ie=UTF8&lr=lang\\_pt&access=p&client=dev\\_index&site=jurisp&oe=UTF-8](http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:wnhPgYVOIEJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/047/04737413.rtf+inmeta:Data_publicacao_voto_internet:daterange:2013-06-14..2013-0617&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF8&lr=lang_pt&access=p&client=dev_index&site=jurisp&oe=UTF-8). As expressões utilizadas foram: “É muita gente feia por metro quadrado!!!”; “Sabe qdo vc está trabalhando na página 11 de 30 e o cliente, tipo burro do Shrek, fica perguntando se já terminou?” e “A hora demorou a passar hj, na Monstros S.A. (rs)”; “Vim fazer uma impressão e a mulher está tentando me vender um hidratante Jequití com aroma de ambrosia (rs) ... E ela lavou o meu braço com o tal produto, mesmo com o meu EVIDENTE desinteresse!!! Hahaha”; “Quando é que vou me livrar da gentalha seres supremos?! AFFFFFFF”; E mais: “Além de

sofrer de TOC a psicopata agora está surda"; "Não dá pra esperar mta coisa de pessoa do sexo feminino que bebe cerveja e joga baralho"; "Mal amadas e suas cobranças. Aff"; "Hoje eu acordei meio Miss Universo, vou de cintura marcada e as monstras que morram de inveja".

---

58

Processo n. 1001196-90.2016.5.02.0019, 17 Turma, Des. Relatora Maria de Lourdes Antonio. Disponível em [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br), acesso em 03-12-2017.

---

59

Sentença proferida no processo n. 1000891-55.2014.5.02.0382, TRT 2 Região. Citamos, por exemplo, a decisão do Tribunal Superior da Catalunha, de 03 de Março de 2016, que reverteu a justa causa aplicada a um trabalhador, por entender que as expressões utilizadas na sua página pessoal do *Facebook* com relação aos representantes do empregador, tais como, "mafioso", "corruptos", "cobarse favores", não foram considerada injuriosas, visto que a entidade patronal, por ser uma entidade que financia fundos públicos, deve se submeter a uma crítica maior. Comentários sobre essa decisão: SERRANO, Antonio Navarro. *Redes sociales y libertad de expresión: puede un trabajador criticar a su empleadora, fuera del centro y jornada de trabajo, y ser sancionado por ello?*, Revista Aranzati Doctrinal. N[úmero 8, setembro de 2016. Thomson Reuters Aranzadi: Pamplona. pgs. 159-163.

---

60

Processo n. 0011907-83.2016.5.15.0093, 6 Vara do Trabalho de Campinas, TRT 15 Região, sentença publicada em 01-02-2017. Disponível em: procurar no dejt 01-02-2017.

---

61

Processo n. 1000673-79.2015.5.02.0612, TRT 2 Região, Desembargadora Relatora Riva Fainberg Rosenthal, publicado em 05.04.2017. O comentário da funcionária foi: "Lá vai meu desabafo. A Dsp dá uma cesta básica do ca(...) que dá até vergonha doar um arroz veio, o feijão preto e duro nem vem sal nessa bosta, toda vez diminui alguma coisa, daqui uns dias vai ser só sacola vazia para usar pra jogar lixo. Pelo amor de deus viu, tô indignada com essa cesta básica cada vez pior aposto que os donos não levam para casa, pronto falei". Disponível em [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br), acessado em 04-04-2017.

---

62

Processo n. 1000588-17.2015.5.02.0702, TRT 2 Região, Desembargador Relator Sérgio Roberto Rodrigues, publicado em 16.02.2017.

---

63

Processo n. 0000656-55.2013.5.15.0002, TRT 15 Região, Desembargadora Relatora Patrícia Glugovskis Penna Martins, publicado em 14-03-2014, disponível em [http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&n\\_idv=1445498](http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&n_idv=1445498), acesso em 11-03-2017.

---

64

Processo n. 0001938-33.2013.5.10.0014, TRT 18 Região, Acórdão publicado em 8/8/2014. No caso ainda foi verificada a questão da crítica ter sido feita após a comunicação de dispensa, o que para os magistrados não poderia ocorrer, sendo possível a justa causa no curso do aviso prévio quando o empregador descobrisse atos gravosos feitos antes da dispensa sem justa causa. Disponível em [www.trt18.jus.br](http://www.trt18.jus.br), acessado em 11-03-2017.

---

65

Processo n. 0000391-22.2012.5.09.0013, TRT 9 Região, Desembargador Relator Cláudia Cristina Pereira, publicado em 3/6/2014. Nesse caso, o ex-funcionário não só conseguiu reverter a justa causa aplicada, como a empresa foi condenada no pagamento de danos morais em razão da dispensa, diante da repercussão que gerou na empresa, com dano à honra do trabalhador.

---

66

Tribunal da Relação de Évora, Acórdão de 30/1/2014, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). No caso, as mensagens enviadas imputavam ao representante gasto errôneo do dinheiro em benefício próprio, com ameaça de denúncia ao ministério público e queixa a segurança social. O empregador era uma instituição sem fins lucrativos que auxiliava na assistência médica e social da comunidade cristã. As

alegações do ex-funcionário chegaram a ser feitas como queixa-crime por difamação.

---

67

Júlio Gomes chama a atenção ao fato de alguns países serem mais ou menos permissivos com relação à exposição da situação da empresa ao público. Menciona que a França adota um entendimento mais permissivo que a Alemanha nesse sentido, citando um caso francês que ficou famoso - o Acórdão Clavaud, em que um trabalhador proferiu entrevista a um jornal de cotidiano expondo a situação difíceis de trabalho, como horários noturnos, ruído em excesso, salário baixo. A Corte de Cassação entendeu não ter sido uma ação que expunha a empresa em si, mas a situação penosa do trabalho operário. Referido autor faz uma análise da jurisprudência de diferentes países nesse sentido, sendo válida a leitura. *Ops. cit. pg. 280.*

---

68

A pessoa pública no caso era a ex-primeira dama Marisa Letícia Lula da Silva, mulher do ex-presidente Lula. O hospital Sírio Libanês dispensou a médica por justa causa (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/medica-do-sirio-libanes-e-demitida-apos-compartilhar-diagnostico-de-dona-marisa-em-grupo-de-whatsapp.ghtml>). A funcionária ingressou com ação cautelar de antecipação de prova, com n. 1000222-07.2017.5.02.0023, TRT 2ª Região, cujo teor não se sabe, por o processo estar em segredo de justiça. Outro caso conhecido foi o de uma enfermeira ter enviado por *WhatsApp* o vídeo do jogador Neymar chegando ao hospital, apenas para conhecidos, mas que caiu na rede, tendo sido dispensada por justa causa - disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204076,101048-O+WhatsApp+e+a+justa+causa>. Acesso em 11/3/2017.

---

69

Tribunal Regional do Trabalho da 2 Região. Processo n1000590-16.2017.5.02.0023, sentença. O processo encontra-se em segredo de justiça e a o teor da decisão não tivemos acesso, mas através de notícia, soubemos da decisão. <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278168,41046-SirioLibanes+deve+indenizar+em+R+577+mil+medica+acusada+de+vazar>. Acesso em 10 de junho de 2018.

---

70

Processo. n. 1000299-24.2014.5.02.0313, TRT 2 Região, Desembargador Relator Jomar Luz de Vassimon Freitas, publicado em XX disponível em [www.trtsp.jus.br](http://www.trtsp.jus.br).

---

71

Nro: 346/2016Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 2ºT. Sentencia definitiva dfa nº 0013-000475/2016. Sef nº 0013-000346/2016. Tribunal de apelaciones del trabajo de 2º turno ministro redactor: dr Luis Tosi Boeri. Disponível em <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=336149>, acesso em 10 de junho de 2018.

---

72

Processo. n. 0001703-74.2012.5.01.0039, TRT 1 Região, Des. Relator Ivan da Costa Alemão Ferreira, publicado em 23-09-2014. Disponível em [www.trt1.jus.br](http://www.trt1.jus.br). Acessado em 13-03-2017.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN

6. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL POR MOTIVOS DE EDAD AVANZADA EN URUGUAY

**6. El derecho a la no discriminación laboral por motivos de edad avanzada en Uruguay****The right to non-discrimination at work based on advanced age in Uruguay****(Autor)****IGNACIO ZUBILLAGA***Universidad de la República - Uruguay izubillaga@asfmabogados.com***Sumário:**

- [1.Introducción](#)
- [2.¿Existe el derecho a la no discriminación por motivos de edad?](#)
  - [2.1.Noción de discriminación laboral](#)
  - [2.2.La edad avanzada como motivo de discriminación](#)
- [3.Discriminación laboral por edad en Uruguay](#)
  - [3.1.Etapa precontractual](#)
  - [3.2.Durante la vigencia de la relación](#)
  - [3.3.Seguridad social](#)
- [4.Prevenición de la discriminación laboral por motivos de edad](#)
  - [4.1.Medidas de discriminación positiva](#)
  - [4.2.Restricciones a la discrecionalidad patronal precontractual](#)
  - [4.3.Actuación de la jurisprudencia](#)
  - [4.4.Reforzar acción de la Inspección de Trabajo](#)
  - [4.5.Creación de una entidad específica para la tutela en casos de discriminación](#)
  - [4.6.Instrumentación de políticas o programas que contemplen la problemática](#)
- [5.Reparación del daño ocasionado por la discriminación por motivos de edad](#)
- [6.Reflexiones finales](#)

**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

El derecho de las personas consideradas de edad avanzada a no ser discriminadas por ese motivo es actualmente reconocido como un derecho humano fundamental. Sin embargo, en Uruguay se ve cotidianamente avasallado, y ello parece ser admitido como una situación inevitable. Es necesario trabajar sobre una serie de medidas que modifiquen esta circunstancia, especialmente en la etapa precontractual, donde más frecuentemente se verifica la vulneración de este derecho.

**Abstract:**

The right of advanced age people to not be discriminated against for this reason is currently recognized as a human right. However, in Uruguay it is usually violated, and this seems to be admitted as an inevitable situation. It is necessary to work on measures that allow change it, especially in the pre-contractual stage, where the violation of this right is most frequently verified.

**Palabras Clave:** discriminación por edad, etapa precontractual, reparación integral**Keywords:** age discrimination, pre-contractual stage, full reparation**1.Introducción**

La trascendencia del factor etario en la composición de la clase trabajadora es un fenómeno que estuvo vinculado al Derecho del Trabajo desde sus inicios. En efecto, no puede soslayarse que una de las primeras normas laborales sobre las cuales se tiene conocimiento es la ley de 1833 de Inglaterra en la que se prohibía el trabajo de los menores de 9 años en la industria textil<sup>1</sup>.

Asimismo, la regulación y limitación del trabajo de los menores fue uno de los primeros temas que suscitó el debate internacional sobre cuestiones obreras, antes incluso del surgimiento de la Organización Internacional del Trabajo, en ocasión de la conferencia de Berlín de 1890<sup>2</sup>. Esa preocupación por regular el trabajo de los menores se vio también en las primeras normas laborales aprobadas en Uruguay, así se dispuso, entre otros aspectos, que los menores no podrían ser contratados para desempeñar tareas de riesgo (ley 5.032 de 1914), que su jornada no podría ser extendida (ley 5.350 de 195) o que su descanso semanal no tendría excepciones (ley 7.318 de 1920). Desde el año 1934, el trabajo de los menores tiene tutela constitucional en Uruguay, en virtud de que el art. 54 establece que el mismo deberá ser especialmente reglamentado y limitado.

Ahora bien, como se puede apreciar, el enfoque etario en la regulación del Derecho del Trabajo apuntaba, tradicionalmente, a regular y proteger el trabajo de los menores de edad. Más adelante en el tiempo, partiendo de una constatación empírica que se da a nivel comparado y de la cual Uruguay no es una excepción, se fue tomando conciencia que la población joven (no necesariamente menor de edad) es uno de los colectivos más vulnerables en cuanto a sus condiciones de trabajo y sus posibilidades de inserción en el mercado laboral. Así fue como se han dictado varias normas destinadas al

fomento del empleo juvenil, entre otras, la ley 16.873 del año 1997, posteriormente derogada por la vigente ley 19.133 del año 2015.

No obstante, sistemáticamente se ha omitido atender desde el derecho del trabajo la situación del otro polo del conjunto de trabajadores, los de edad avanzada. En efecto, a la luz de la regulación existente, puede sostenerse que en Uruguay la problemática del trabajo de las personas de mayor edad es un tema invisibilizado. Este aspecto tiene gran incidencia en Uruguay –al menos en comparación con el resto de los países de América Latina–, dado que su promedio de edad es de los más altos de la región<sup>3</sup>. Es decir, la sociedad uruguaya se caracteriza por ser una población avejentada –donde con frecuencia se consideran jóvenes las personas de hasta 45 años– y que, sin embargo, no genera políticas laborales para atender los problemas de este sector de la misma.

En realidad, un aspecto que no resulta menor es ¿qué debe entenderse por “trabajadores de edad”? Es decir, a qué altura de la vida o de la carrera profesional se puede llegar a entender que un trabajador tiene ya una trayectoria suficiente como para ser “avanzada”. Se trata, evidentemente, de un aspecto muy subjetivo, mientras que con la misma edad un trabajador puede ser inexperto o tener en determinada profesión un amplio campo de desarrollo por delante, quizás ya pueda ser considerado como de “edad avanzada” para otras actividades. Basta pensar, por ejemplo, en tareas que impliquen un importante desgaste físico en contraposición con aquellas que ameriten una intensa formación y capacitación. No es lo mismo a los 40 años ser deportista profesional que ser, por ejemplo, docente universitario. Considerando lo anterior, la Recomendación 162 de la OIT define a los trabajadores de edad como aquellos que por motivos del avance de la misma están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo o formación<sup>4</sup>.

Justamente, en atención a esta dificultad a la que pueden estar expuestos ciertos trabajadores con motivos del avance de su edad, es que en el presente trabajo se busca profundizar en la discriminación que pueden sufrir los mismos.

A estos efectos, proponemos en primer lugar, presentar el marco jurídico que nos permite sostener que en Uruguay existe el derecho a no ser discriminado laboralmente por motivos del avance de la edad. Luego de esa introducción normativa, nos enfocaremos en presentar cierta evidencia que –a nuestro juicio– permite concluir que en Uruguay existe la discriminación laboral por motivos de edad, para luego centrarnos en cuáles pueden ser las causas de que ello se verifique. Cumplida esta etapa de diagnóstico nos proponemos hacer algunas observaciones sobre las posibles alternativas para prevenir estas conductas discriminatorias, así como las mejores alternativas de reparación del daño que se ocasiona con las mismas. Por último, finalizaremos la exposición con algunas reflexiones personales.

## 2. ¿Existe el derecho a la no discriminación por motivos de edad?

### 2.1. Noción de discriminación laboral

Para analizar si existe el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por motivos de edad avanzada, debemos plantearnos en qué consiste la discriminación laboral. El fenómeno de la discriminación, que –sin dudas– constituye un flagelo de las sociedades actuales, cobra mayor relevancia aún en el marco de las relaciones laborales, ya que a la vulnerabilidad habitual a la que está sujeto el trabajador –en tanto parte débil de la relación laboral– se agrega un motivo más de sufrimiento<sup>5</sup>.

Es por ello por lo que, considerando que el trabajador que sufre una conducta discriminatoria se ve afectado en su dignidad<sup>6</sup>, desde hace ya tiempo se ha reconocido al principio de no discriminación como un derecho humano fundamental, que todo trabajador tiene en tanto persona. Ello se concluye del análisis de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1988). Asimismo, instrumentos internacionales que regulan específicamente las relaciones de trabajo también reconocen expresamente el principio de no discriminación. Así, se observa que la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales de 1998, el Convenio Internacional de Trabajo N° 111 y otros Convenios (100 y 156, por ejemplo), regulan y atienden específicamente la problemática que trae consigo la discriminación en el ámbito de trabajo.

Ahora bien, si hay un consenso en que el derecho a no ser discriminado tiene naturaleza de derecho humano fundamental, no necesariamente existe la misma unanimidad cuando se trata de definir qué alcance tiene dicho derecho. En efecto, hay quienes se inclinan por una conceptualización restringida de la discriminación laboral, al exigir que la configuración de la misma contenga –al menos– dos elementos: uno objetivo, consistente en un trato diferencial ante una situación similar, sin que exista para ello un motivo justificado, y otro subjetivo, esto es, que la motivación del acto sea antijurídica<sup>7</sup>. En estos casos se pone énfasis en la necesidad de que el motivo que lleva a diferenciar entre uno y otro trabajador sea contrario a derecho, es decir, el sujeto discriminador debe haber actuado de esa forma por un motivo específicamente ilícito (por razones sindicales, políticas, étnicas, de género, etc.).

Sin embargo, en nuestra opinión, no resulta necesario indagar en los motivos que llevan a realizar un trato diferenciador, basta que éste sea injustificado o irracional para configurar la discriminación laboral. De lo contrario, la prueba de la discriminación implicaría la necesidad de indagar en la conciencia del sujeto discriminador; lo que, evidentemente, dificultará en muchas oportunidades poder develar su existencia. En este sentido, coincidimos con Ermida Uriarte cuando señala que, “dado el estado actual de evolución del tratamiento dogmático de la discriminación laboral, no sería necesaria ninguna enumeración de causas o motivos, ya que el principio es que resulta discriminatoria toda diferencia no justificada (...). Todo motivo carente de justificación es discriminatorio, integre o no algún listado más o menos célebre. Toda diferencia no justificada es discriminatoria”<sup>8</sup>.

### 2.2. La edad avanzada como motivo de discriminación

Cabe preguntarse si la edad avanzada es un motivo de discriminación explícitamente reconocido por la normativa que regula la discriminación laboral, ya que, de no serlo, podría entenderse (en la posición restringida) que la distinción por motivos de edad no es contraria a derecho.

En el elenco de instrumentos internacionales señalado –en virtud del cual se sostiene que el derecho a la no discriminación es un derecho humano fundamental–, se puede observar que no se consagra específicamente la edad como un motivo ilícito de distinción entre trabajadores. Sin perjuicio de ello, coincidimos con Durán cuando señala que el factor edad avanzada es actualmente considerado como un motivo factible de discriminación<sup>9</sup>, ello básicamente por dos razones: en primer lugar, porque en general las diversas normas brindan un listado abierto de motivos de diferenciación que pueden ser causal de discriminación. Este es el caso del CIT N° 111 de la OIT que en su art. 1, núm. 1, literal b) señala que la discriminación comprende cualquier otra distinción, exclusión o preferencia (además de las expresamente contempladas) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.

Un segundo motivo para entender que, actualmente, la edad es un motivo prohibido de discriminación es que en el año 1980 se aprobó la Recomendación 162 de la OIT, especialmente destinada a tratar la situación de los trabajadores de edad y que en su art. 3 prevé específicamente que todo miembro debería adoptar medidas para garantizar el derecho a la no discriminación de este colectivo de trabajadores.

Por lo tanto, aun cuando nos atuviéramos a un alcance restringido de la discriminación laboral, entiendo que la diferenciación injustificada basada en motivos de edad constituye un motivo prohibido, que, por lo tanto, vulnera un derecho humano fundamental, integrante del bloque de constitucionalidad.

## 3. Discriminación laboral por edad en Uruguay

Habiendo concluido que el derecho a la no discriminación por motivos de edad tiene plena vigencia en nuestro país, en tanto se trata de la expresión de un derecho humano fundamental, cabe analizar qué tanto se respeta el mismo. Concretamente, ¿las prácticas laborales uruguayas incluyen frecuentes violaciones al derecho de las personas de no ser discriminadas por motivos de edad?

Una repuesta completa a esta pregunta implicaría –sin dudas– una labor de investigación de campo mucho más extensa, multidisciplinaria y compleja que lo que se puede esbozar en estas líneas. Sin embargo, sí resulta viable aportar alguna evidencia que, a nuestro juicio, demuestra que, al menos en la

etapa precontractual, de selección de personal, la diferenciación injustificada que sufren los trabajadores a partir de determinada edad es incuestionable. A estos efectos, se consultó “el Gallito Luis” -probablemente la principal página de ofertas laborales *online* del Uruguay- con el fin de constatar cuántos de los avisos de trabajos ofrecidos incluían requisitos que pudieran implicar discriminación por motivos de edad. Bastó simplemente con limitarnos a la búsqueda de los avisos publicados en el día para comprobar que ello ocurre con frecuencia.

En efecto, al momento de hacer la búsqueda, el día 11 de septiembre de 2018<sup>10</sup>, se habían publicado 12 avisos, de los cuales el 25% incluían una limitante por motivos de edad. Así, por ejemplo, se demandaba contratar un herrero con 5 años de experiencia, pero cuya edad debía estar entre los 25 y 35 años. El aviso aclaraba que este último factor era “EXCLUYENTE. Si no cumples con eso no pierdas tiempo enviando tu CV” (sic). También se pudo apreciar que para contratar a un mozo se publicó un aviso que exigía que los postulantes tuvieran entre 20 y 30 años, o que para contratar un limpiavidrios era necesario encontrarse en un rango etario de entre 20 y 45 años, sin que en ningún caso se justificara ese extremo. El cuarto aviso que contenía elementos de discriminación por edad avanzada se destinaba a la contratación de un pistero de estación de servicios; en este caso, se exigía que los postulantes fueran mayores de 50 años, pero “preferentemente jubilados”. Esta es otra modalidad mediante la cual se puede plasmar discriminación por edad avanzada, ya que, seguramente, el hecho de pretender contratar un trabajador ya jubilado (lo que, en principio, no es ajustado a derecho) se debiera a que no había intenciones de efectuar los aportes de seguridad social correspondientes. De esta forma, a través del ofrecimiento de condiciones irregulares de trabajo también se discrimina a los trabajadores de edad.

Si bien estos son algunos ejemplos muy puntuales, basta revisar diariamente la oferta de empleos de esta página web<sup>11</sup>, o de otras similares, para apreciar que la limitación de la edad como requisito en las ofertas laborales es cotidiana. Y este fenómeno no se limita al ámbito privado, sino que es incluso frecuente en llamados de oficinas públicas, habiendo una gran discrecionalidad al respecto.

Lo llamativo es que, pese a que se trata de una modalidad cotidiana y flagrante de discriminación, parecería que se trata de un problema invisibilizado, porque no hay mayores debates al respecto. Se trata de una discriminación que se ha internalizado como necesaria, aun cuando pueda implicar consecuencias gravísimas para una parte importante de la población.

Ahora bien, a efectos de poder esbozar algunas posibles soluciones a esta problemática, entendemos que no resulta suficiente con constatar el fenómeno de la discriminación, sino que habría que indagar en las causas que la originan. Al respecto, entendemos de utilidad distinguir entre lo que ocurre en la faz precontractual, es decir antes de concretarse el vínculo laboral, y lo que acontece una vez que la relación de trabajo comenzó, dado que si bien hay motivos que están siempre presentes, hay otros que pueden variar.

### 3.1. Etapa precontractual

Una de las causas que probablemente incida en la diferenciación que al momento de contratar se realiza respecto de los trabajadores de edad es que -con frecuencia- contratar trabajadores jóvenes es menos oneroso. Si bien en teoría debería existir igualdad de oportunidades (Recomendación 162, art. 3) para unos y otros, debiendo en todos los casos cumplirse con los salarios mínimos por categoría fijados por los Consejos de salarios, lo cierto es que la experiencia que generalmente tienen los trabajadores de edad lleva a que sus exigencias salariales sean superiores a las de trabajadores que no cuentan con la misma. Es por lo que, al futuro empleador, en muchos casos, le resulta conveniente contratar personal más joven por un aspecto puramente económico.

Ahora bien, frente a esta posible causa de distinción -que en muchos casos puede ser atendible y ajustada a derecho- también es posible intuir otras motivaciones más espurias. Así, debe tenerse presente que, en muchas oportunidades, dadas las dificultades que el ingreso al mercado de trabajo puede suponer, los trabajadores jóvenes que están buscando sus primeras experiencias laborales suelen estar más dispuestos a tolerar abusos de parte del empleador. A ello se le suma que, al ingresar al mercado laboral por primera vez, no se cuenta con experiencia colectiva de reivindicación de derechos, por lo que puede resultar más sencillo al empleador mantener al personal joven al margen de la actividad sindical.

Resulta evidente que la decisión que adopte el empleador respecto a qué trabajador contratar siempre tendrá un cierto halo de discrecionalidad que resulta impenetrable, fruto de su libertad de contratación<sup>12</sup>. Es por lo que es en esta etapa donde la discriminación se verifica más habitualmente y sin mayores consecuencias prácticas. Sin embargo, parece claro que esta libertad no puede de ninguna manera amparar un trato discriminatorio, por cuanto ello violaría un derecho humano fundamental, afectando directamente la dignidad del postulante.

### 3.2. Durante la vigencia de la relación

El trato diferencial respecto de los trabajadores de edad una vez que se verificó la relación de trabajo también -al igual que en la etapa precontractual- puede tener motivaciones económicas. Esto se debe a que a medida que los trabajadores tienen más edad y trayectoria laboral van generando mayores derechos, por lo que el pago de sus salarios resulta más oneroso para los empleadores. A vía de ejemplo: en muchos sectores de actividad se abona una partida salarial vinculada a la antigüedad (prima por antigüedad), la cual va por lo general aumentando cuanto más antigüedad tiene el empleado en determinada empresa o sector, por lo que indirectamente se relaciona con la mayor edad<sup>13</sup>. De la misma manera, cuánto más antigüedad tiene un trabajador en una empresa genera más días de licencia y ve aumentado (hasta cierto límite) el monto de su indemnización por despido.

El hecho de que se trate de un empleado cuyo salario represente un mayor costo para la empresa suele ser un motivo para considerar especialmente por el empleador a la hora de desvincular un trabajador. Al momento de plantear una reestructura, es habitual que las empresas tengan preferencia por la desvinculación de los trabajadores más “caros”.

A su vez, más allá del aspecto estrictamente económico, hay otros factores que muchas veces inciden para que los trabajadores de cierta edad reciban un trato diferencial. Así, se puede señalar que en determinado tipo de trabajos donde se requiere cierta actividad física, el transcurso del tiempo puede implicar que los trabajadores vean dificultada la prestación de sus tareas.

Por otra parte, puede ocurrir que las empresas vean al trabajador de edad como menos eficiente, por cuanto a medida que se tienen más edad aumentan las probabilidades de sufrir alguna enfermedad, lo que trae consigo mayor ausentismo.

También es posible señalar como otra de las causas que generan un trato distinto a los trabajadores de edad, la dificultad de adaptabilidad que se les atribuye al respecto de las innovaciones tecnológicas que modifican cotidianamente las modalidades de prestación de las tareas. Se suele señalar que los trabajadores de edad son más reacios a asumir cambios y no logran cumplir con las necesidades de capacitación continua que la tecnología impone. Si bien en muchas ocasiones este tipo de aseveraciones carecen de fundamentos ciertos, es una objeción constante que se ha impuesto y que genera -sin dudas- una mayor inestabilidad para este colectivo de trabajadores.

La suma de estas consideraciones supone una mayor fragilidad de la estabilidad en el empleo de estos trabajadores, lo que ilustra claramente la situación de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse. Pero no sólo la situación de vulnerabilidad se suscita por el hecho de ser un colectivo preferido por los empleadores al momento de despedir. Lo anterior se ve agravado si tenemos en consideración que las consecuencias del desempleo son notoriamente más penosas cuánto más edad tiene el trabajador, dadas las dificultades de reinserción para los trabajadores de más de 45 años.

En virtud de lo señalado, resulta claro que la situación de los trabajadores de edad, al menos la de aquellos cuyos puestos de trabajo no requieren una intensa capacitación, merece ser atendida.

### 3.3. Seguridad social

A nuestro juicio, las consideraciones efectuadas precedentemente justifican cabalmente la necesidad de atender concretamente la situación de los trabajadores de edad. Sin embargo, cabe agregar también algunos argumentos vinculados a la seguridad social que abonan la misma conclusión.

Dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran algunos trabajadores de edad, una de las alternativas a las que con frecuencia se recurre es

al amparo de algún instituto de seguridad social, fundamentalmente a la jubilación. A estos efectos, se ha entendido que flexibilizar las condiciones de acceso a la jubilación puede favorecer la situación de trabajadores de edad<sup>14</sup>, y ello es cierto.

Ahora bien, como fuera señalado, la población uruguaya ha trascendido por un proceso de paulatino envejecimiento<sup>15</sup>, y no hay indicadores que apunten a que ello pueda revertirse en el mediano plazo, por lo que es de esperar que ello supondrá para la seguridad social un natural aumento de sus costos. Ello puede traer consigo un problema de financiamiento, por lo que, si fuera posible atender la problemática de los trabajadores de edad en una etapa previa a que estos tengan que recurrir a la seguridad social, resultaría más conveniente. Por eso, conviene bregar por una mayor tutela de su situación laboral, de forma que no se vean expulsados del mercado laboral debiendo recurrir a la seguridad social.

Junto a lo anterior, debe señalarse que el aumento de la expectativa de vida también implica que a la edad promedio de retiro<sup>16</sup> son muchos los trabajadores que aún sienten que pueden tener una vida laboral activa, por lo que sería importante buscar mecanismos que contemplen esas situaciones. En ese sentido, las políticas de jubilación parcial, como la implementada recientemente mediante la ley 19.160, que compatibiliza el trabajo con la jubilación, incentivando un retiro gradual de la actividad, son sin dudas herramientas sumamente útiles para contemplar las necesidades de este grupo de trabajadores.

Por otra parte, no puede soslayarse que los montos de las prestaciones jubilatorias resultan muchas veces insuficientes para los beneficiarios. Debe tenerse presente que la tasa básica de reemplazo, conforme la ley 18.395, es de 45%, por lo que es claro que el pasaje de una situación de actividad a una de retiro puede significar un ajuste económico trascendente para la vida del trabajador. Ello trae consigo que no sea infrecuente constatar que hay jubilados que, a efectos de complementar sus ingresos, realizan labores de manera informal, ya que en la mayoría de los casos estarían impedidos de hacerlo regularmente. De esta manera, nuevamente se verifica la fragilidad a la que está expuesta este colectivo de trabajadores, ya que su vulnerabilidad se incrementa al trabajar de manera informal.

#### **4.Prevenición de la discriminación laboral por motivos de edad**

Dadas las importantes consecuencias que tiene la discriminación de los trabajadores por motivos de edad avanzada, conviene profundizar en dos clases de medidas: preventivas y reparatorias. A nuestro juicio, el especial énfasis habría que ponerlo en las primeras, ya que el objetivo principal debe ser evitar conductas violatorias de un derecho humano fundamental, las que se enfocarían principalmente a la etapa precontractual. No obstante, también es importante pensar en la faz reparatoria, lo que sirve no sólo para compensar el daño que pueda haber sufrido el trabajador afectado, sino que -ante la eventual responsabilidad que puede tener que asumir el empleador- supone también un des estímulo para las conductas discriminatorias.

Entras las diferentes opciones de medidas destinadas a prevenir la discriminación por motivos de edad, podemos destacar las siguientes.

##### **4.1.Medidas de discriminación positiva**

La discriminación inversa o positiva es aquella que establece un trato desigual buscando favorecer a colectivos vulnerables, es decir, se trata de establecer ciertas diferencias a favor de aquellos sectores que laboralmente se encuentran más desfavorecidos. En general están destinadas a atender la etapa precontractual, adoptando criterios desiguales para intentar equilibrar las condiciones de acceso al empleo.

Actualmente, no existen en Uruguay políticas o normas concretas mediante las cuales se busque favorecer la contratación de trabajadores de edad. No obstante, se encuentra a estudio del Parlamento un Proyecto de Ley de fomento del empleo, entre cuyas disposiciones se encuentra un artículo que prevé que el Poder Ejecutivo podrá implantar un Programa Temporal de Subsidio al Empleo que otorgue un subsidio de hasta 40% del salario de nuevos trabajadores mayores de 45 años<sup>17</sup>.

##### **4.2.Restricciones a la discrecionalidad patronal precontractual**

Como se señaló, en la etapa previa a la conformación del vínculo laboral, los potenciales empleadores gozan de una cierta discrecionalidad, no obstante, lo cual, la misma nunca podría amparar conductas o actitudes discriminatorias. Sin embargo, como se señaló, estas se verifican con frecuencia.

En virtud de ello, sería conveniente establecer a texto expreso la prohibición para los eventuales empleadores de exigir ciertos requisitos que no tengan estricta relación con las características del cargo. En efecto, salvo que las particularidades de la posición a ocupar supongan algo en contrario, no habría porqué solicitar que el postulante cuente con determinada edad. Asimismo, tampoco sería imprescindible la presentación de una fotografía en el Currículum, que podría dar lugar, por ejemplo, a la discriminación por apariencia etaria<sup>18</sup>.

Entendemos que una norma en este sentido otorgaría más claridad y garantías a los postulantes a un empleo, asimismo brindaría más herramientas para poder acreditar la discriminación en caso de reclamo al respecto.

##### **4.3.Actuación de la jurisprudencia**

Una alternativa eficaz para el combate de la discriminación en sus diferentes facetas es la actuación de la jurisprudencia<sup>19</sup>. En ese sentido, en la faz preventiva, a efectos de evitar la ocurrencia de nuevos actos discriminatorios en el acceso al empleo, cuando se ha constatado la existencia de ese tipo de conductas, sería factible que algún colectivo que representase los intereses de esa minoría discriminada iniciara acciones en aras de lograr que -al menos- en las próximas selecciones la empresa se vea obligada a restablecer la igualdad.

Es el caso, por ejemplo, de lo que ha ocurrido en Estados Unidos con una demanda colectiva impetrada contra PricewaterhouseCoopers, al haberse comprobado que en esa empresa se discriminaba a trabajadores cualificados, pero que ya ostentaban cierta edad<sup>20</sup>.

##### **4.4.Reforzar acción de la Inspección de Trabajo**

A efectos de combatir con mayor eficacia la discriminación en el empleo y, sobre todo en relación con el acceso al mismo, sería recomendable, a efectos de generar una mayor concienciación en la sociedad, que la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social pusiera énfasis en la detección de situaciones que pueden dar lugar a la verificación de conductas discriminatorias precontractuales<sup>21</sup>.

A vía de ejemplo, de oficio, la IGTS podría -eventualmente- objetar algún llamado a postulantes que incluyera requisitos de edad injustificados, que pudieran abrir la puerta a una discriminación. Podría, en ese caso, ordenar que se efectuara nuevamente el mismo eliminando los requerimientos vulneradores del derecho a la no discriminación.

##### **4.5.Creación de una entidad específica para la tutela en casos de discriminación**

Si bien la discriminación en el ámbito laboral siempre requiere de una pronta respuesta, es claro que cuando ésta se verifica en la etapa precontractual, si se pretende una tutela eficaz, será necesaria una respuesta rápida. Para ello, se aprecia que en algunos países se han creado organismos especializados en atender esta clase de denuncias, llegando incluso a resolver los problemas por sí mismos. Son los casos de Argentina y Estados Unidos que cuentan con órganos administrativos que tienen competencia para recibir denuncias en caso de discriminación laboral y, si corresponde, darles curso<sup>22</sup>.

##### **4.6.Instrumentación de políticas o programas que contemplen la problemática**

Según un informe de la OIT del año 2008<sup>23</sup>, las políticas de mercado de trabajo pueden ser muy eficaces para promover oportunidades de empleo entre los trabajadores de edad avanzada. Así, pueden citarse, entre otros, mecanismos de orientación y asistencia en la búsqueda de empleo; la formación y



capacitación permanente que permita una mayor adaptabilidad a los cambios tecnológicos o de la naturaleza que sean; programas de creación de empleo, etc.<sup>24</sup>.

Incluso la negociación colectiva puede ser una vía útil para establecer este tipo de políticas o prácticas a nivel sectorial. A modo de ejemplo, en un acuerdo del Consejo de Salarios del Sector Metalúrgico se ha previsto: “La contratación de personas mayores de 55 años será incentivada por las partes por entender que coadyuvará en los programas de aprendizaje, comprometiéndose las partes profesionales a gestionar mecanismos de promoción a través de exoneración de aportes patronales u otros”<sup>25</sup>. Entendemos que sería conveniente que el poder Ejecutivo a través de sus delegados en los Consejos de Salarios incentivara la aprobación de acuerdos similares, de forma de comprometer a los actores sociales en el combate a la discriminación por motivos de edad.

En el plano de la seguridad social, también existen varias herramientas que permitirían contribuir a generar igualdad en el empleo de los trabajadores de edad. Por ejemplo, la instauración de un sistema de cuidados, tal como el que se está comenzando a implantar en Uruguay, permitiría a quienes hoy destinan muchas horas de su tiempo al cuidado de familiares, disponer de mayores posibilidades de insertarse en el mercado de trabajo, o de no verse obligados a abandonar el mismo. Este fenómeno se aprecia, sobre todo, en relación con mujeres que son quienes muy mayoritariamente se ocupan del cuidado de menores (hijos o nietos) o de familiares enfermos o incapaces.

Por otra parte, el hecho de que en Uruguay no exista en el sector privado –a diferencia de lo que ocurre en varios países– una edad de retiro obligatoria resulta, sin dudas, un mecanismo que contribuye a la no discriminación de este colectivo de trabajadores. No obstante, debe señalarse que en la función pública sí es frecuente que para el desempeño de ciertas funciones se fije un tope de edad<sup>26</sup>.

## 5. Reparación del daño ocasionado por la discriminación por motivos de edad

La alternativa más frecuentemente utilizada para pretender la reparación de la afectación de la dignidad que supone una conducta discriminatoria es la vía judicial. En efecto, el rol que la jurisprudencia ha jugado, y el que tiene por delante en el combate a la discriminación laboral es clave, especialmente en Uruguay, donde la normativa al respecto –y, especialmente, la relativa a la discriminación por edad– es muy escasa.

El primer punto en que el que la jurisprudencia debe intervenir es en la determinación de cuál es la forma más adecuada de reparar la violación del derecho a la no discriminación. En ese sentido, creemos firmemente que la única manera de garantizar eficazmente la tutela de un derecho humano fundamental es reconocer que el acto violatorio del mismo es nulo. Esto implica que se tenga por no ocurrido y las cosas deban volver al estado anterior.

En efecto, compartimos la opinión de autores como Zas, para quien los despidos discriminatorios (podríamos ampliar dicho concepto a cualquier acto que suponga una discriminación) violan derechos fundamentales que forman parte del *jus cogens* y, por tanto, habilitan a la víctima a solicitar la nulidad del acto y la readmisión en el empleo<sup>27</sup>. Es decir, que si se lograra acreditar –por ejemplo– que un trabajador fue despedido como consecuencia de su edad avanzada, ello supondría un acto de discriminación por edad y debería ser declarado nulo, ordenándose la reinstalación del trabajador.

Si bien esa posición ha tenido amplia recepción en diversos países de la región, no se ha logrado imponer en Uruguay. En efecto, la jurisprudencia ha sido sistemáticamente reacia a admitir la reinstalación del trabajador despedido, aún en casos de discriminación que implicaban vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, entendemos que la discriminación afecta la dignidad de las personas y supone la violación de un derecho humano fundamental, por lo que nos resulta meridianamente evidente que no basta con una indemnización monetaria para reparar el acto u omisión que la causa; por el contrario, es necesario considerarlo nulo y, por tanto, sin efectos. En virtud de lo anterior, entendemos que un desafío importante que tiene la jurisprudencia nacional por delante consiste en avanzar en la posibilidad de ordenar la reinstalación al empleo en casos de despido discriminatorio, como forma de garantizar el derecho fundamental a la no discriminación.

Dejando sentado el punto anterior, que entendemos es la meta hacia donde debe orientarse la actividad jurisprudencial en esta temática, parece conveniente analizar *qué ocurre actualmente en materia de despidos de trabajadores de edad avanzada*. Es decir, ya se dijo que nuestros jueces no optan por declarar la nulidad en estos casos, pero ¿se compensa de forma particular la pérdida de trabajo cuando se trata de trabajadores de edad avanzada?

La jurisprudencia ha ido mutando su posición al respecto. Dos décadas atrás parecía bastante firme la posición de que, si se verificaba el despido de un trabajador de edad avanzada o próximo a jubilarse, el mismo debía obedecer a una grave inconducta del trabajador; de lo contrario, constituía una modalidad de despido abusivo y daba lugar al pago de un daño moral adicional al despido común<sup>28</sup>. No obstante, estas consideraciones ya no parecen ser la opinión de la mayoría de los jueces laborales, habiéndose negado en recientes oportunidades que la edad avanzada fuera por sí sola una causal que motivara reconocer un despido como abusivo<sup>29</sup>.

Otra alternativa para la reparación de la discriminación sufrida por motivos de edad tiene que ver con el *otorgamiento de ciertas prerrogativas de reingreso* al empleo para trabajadores de edad avanzada, las que podrían establecerse tanto normativamente como mediante negociación colectiva<sup>30</sup>. En Uruguay, no se ha previsto normativamente nada similar y tampoco es frecuente encontrarse con convenios colectivos que incorporen cláusulas del estilo.

Por último, también puede recurrirse a la *seguridad social* para paliar la situación de quienes han sufrido una afectación en su empleo contando con edad avanzada. A modo de ejemplo, en Uruguay se ha previsto un seguro de desempleo ampliado (1 año) para aquellos trabajadores con más de 50 años<sup>31</sup> y también un subsidio especial por inactividad para trabajadores que al ser despedidos se encuentran en situación muy próxima de poder acceder a la jubilación, de esta forma se les otorga el derecho a percibir una prestación hasta que puedan acceder a la jubilación<sup>32</sup>.

## 6. Reflexiones finales

En virtud de lo expuesto, es posible realizar las siguientes consideraciones:

- a) La edad es actualmente considerada como un motivo prohibido de diferenciación entre trabajadores, por lo que el derecho a no ser discriminado por tal razón es un derecho humano fundamental, reconocido así por normativa nacional e internacional. No obstante, la normativa suele limitarse a cuestiones más bien declarativas, sin profundizar en la tutela efectiva del derecho, lo que atenta contra su eficacia.
- b) Como corolario de lo anterior, es posible señalar que en Uruguay la edad avanzada es un motivo recurrente de discriminación laboral, especialmente en la faz precontractual, donde no resultan poco comunes los llamados o avisos de ofertas laborales que incluyen límites de edad sin justificación alguna. No obstante, se trata de una forma de discriminación que aparece como invisibilizada, asistimos a la misma con pasmosa inacción, de tal forma que se ha normalizado el fenómeno y no se denuncia, no se visualiza el mismo como violatorio de un derecho fundamental, pese a que ello trae consecuencias sumamente graves, no sólo a nivel individual sino incluso para la sociedad toda.
- c) Se trata de una forma de discriminación que, sin perjuicio del proyecto de ley que prevé estímulos tributarios para la contratación de mayores de 45 años, no ha tenido mayor atención por parte de la normativa laboral.

Una de las causas que quizás pueda explicar ello es que, a diferencia de otros colectivos vulnerables que se han agrupado para la defensa de sus intereses, este colectivo es más heterogéneo y, por tanto, de más difícil organización.

Otro factor que puede incidir en esta falta de atención que el derecho laboral tiene sobre el tema es que tradicionalmente se ha entendido que la tutela de los trabajadores de edad debe quedar supeditada a la seguridad social, básicamente a través de prestaciones de pasividad. En ese sentido, es cierto que en el sistema de seguridad social uruguayo existen diversos institutos que tienden a tutelar a este colectivo: la jubilación parcial, el seguro de paro ampliado para mayores de 50 años y el subsidio especial para quienes se encuentran próximos a la jubilación. Debe tenerse presente que los niveles de

formalidad laboral que posee Uruguay son los más altos en América Latina<sup>33</sup> lo que hace que la cobertura de seguridad social sea mayor a la que existe en el resto de la región. Es importante señalar esto porque da la pauta de que dejar que la seguridad social atienda la problemática de los trabajadores de edad avanzada puede ser más eficaz en Uruguay que en la mayoría de los países de la región.

d) Ahora bien, las herramientas que brinda la seguridad social tienden, en general, a tratar la situación de quienes se ven afectados especialmente en su situación laboral por motivos de edad, es decir, se destinan a paliar el riesgo social. No obstante, entendemos que la labor primaria debe ser trabajar en la prevención del fenómeno discriminatorio, propender a la erradicación del mismo, para lo cual es necesario adoptar otro tipo de medidas, tales como la regulación de la etapa precontractual, la implementación de programas que atiendan específicamente la problemática de los trabajadores de edad avanzada o la instauración de instituciones específicas para la tutela de este tipo de discriminación.

e) Por otra parte, es necesario generar un cambio en la forma en que se repara la situación de los trabajadores que han sido discriminados por motivos de edad. En particular, entendemos que sólo puede lograrse una tutela efectiva de este derecho si se considera todo acto u omisión que genera discriminación como nula. Esto implica que debe producirse un cambio en la forma en que la jurisprudencia resuelve estos temas, pero ello no sólo supone un desafío para los jueces sino para todos los operadores del derecho.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

<sup>1</sup>

Cfr. BARBAGELATA, H. H., *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista* (Montevideo, 2009), FCU, p. 77.

<sup>2</sup>

RAMOS VÁZQUEZ, I., *Derecho internacional obrero. Origen y concepto*, consultable en <https://www.upf.edu/documents/3885005/140470042/13.Ramos.pdf/f653948-2761-e6b9-826f-05c5c797d862>, p. 354.

<sup>3</sup>

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2177.html>

<sup>4</sup>

Recomendación de la OIT N° 162, Sobre los trabajadores de edad, 1980, art. 1.

<sup>5</sup>

ERMIDA URIARTE, O., *Meditación sobre el Derecho del Trabajo* (Montevideo, 2011), Cuadernillos de la Fundación Electra N° 1, p. 14.

<sup>6</sup>

BOLAÑOS, F., “Relatoría general al Tema I: El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación”, en *IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Guayaquil 2013), Poligráfica, p. 32

<sup>7</sup>

ALVES LIMA, F. *Mecanismos antidiscriminatorios nas relações de trabalho* (Sao Paulo, 2006), LTr, p. 133, citado por Goldstein, E. *La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales* (Montevideo 2009), FCU, p. 65.

<sup>8</sup>

ERMIDA URIARTE, O. op. cit., pp. 16-17

<sup>9</sup>

DURÁN, B. “Trabajadores de edad avanzada”, en *Derecho del trabajo* (Montevideo, 2016) T. III, Raso, J. (Director), FCU, p. 110.

<sup>10</sup>

Día en que se recabó la información a efectos de incorporarla en el presente trabajo

<sup>11</sup>

<https://trabajo.gallito.com.uy/>

<sup>12</sup>

Cfr. GARMENDIA, M., El período pre-contractual laboral, en *rev. Der. Lab.* T. L N° 228, Montevideo 2007, p. 818.

---

13

ERMIDA URIARTE, O. “La tercera edad en el derecho laboral y de la Seguridad Social”, en *Libro de ponencias del X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tema III* (Montevideo 1989), p. 48.

---

14

Este fue, por ejemplo, uno de los motivos esgrimidos por el Poder Ejecutivo al presentar su proyecto de ley sobre flexibilización del acceso a la jubilación, que luego se convirtiera en la ley 18.395. El mensaje del poder Ejecutivo al Parlamento se puede consultar en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/36820>

---

15

<https://www.bps.gub.uy/bps/file/13259/1/boletin-adulto-mayor-2017.pdf>

---

16

En Uruguay actualmente se ubica en el entorno de los 63 años <https://www.bps.gub.uy/bps/file/13259/1/boletin-adulto-mayor-2017.pdf>

---

17

Actualmente este Proyecto de Ley cuenta con media sanción parlamentaria, habiendo sido aprobado por la Cámara de Representantes el 28 de agosto de 2018.

---

18

ZUBILLAGA, I., “Discriminación precontractual”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año III N° 6, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2015, p. 100.

---

19

BOLAÑOS, F., op. cit., p. 14.

---

20

PWC USA “Rabin v. PricewaterhouseCoopers LLP, U.S. District Court for the Northern District of California, No. 3:16-cv-02276”.

---

21

ZUBILLAGA, I., op. cit. p. 101.

---

22

BOLAÑOS, F. op. cit. p. 37.

---

23

OIT, *Derechos, empleos y seguridad social: Una nueva visión para hombres y mujeres de edad avanzada*, consultable online en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_098935.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_098935.pdf)

---

24

Cfr. DURÁN, B., “Discriminación por edad madura en el acceso al empleo”, en *rev. Der. Lab.*, T. LI N° 231, Montevideo 2008, p. 509.

---

25

Grupo 8, sub grupo 1, acuerdo de 14 de noviembre de 2011, cláusula 11.

---

26

A modo de ejemplo, la Universidad de la República está analizando por esta época la posibilidad de establecer ese límite con carácter general para todos sus docentes al alcanzar los 70 años. Sin perjuicio de los argumentos que puedan existir a favor de esta medida, entendemos que, de aprobarse, se trataría de una medida discriminatoria que, además, en una rama como la docencia donde la experiencia y el conocimiento adquirido resultan relevantes, significaría privarse de personal sumamente capacitado.

---

27

ZAS, O., “El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en que es parte el empleador”, en *rev. Der. Lab.*, T. LIII, N° 237, Montevideo 2010, p. 97.

---

28

MANGARELLI, C., “El despido abusivo en la jurisprudencia uruguaya”, en *rev. Der. Lab.*, T. XXXVIII Nº 180, Montevideo 1995, p. 814.

---

29

Sentencia 0511-000007/2014, TAT 4º, de fecha 7/2/2014, consultable en la Base de Jurisprudencia Nacional <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=44310>

---

30

ERMIDA URIARTE, O., “La tercera edad...”, op. cit., p. 50.

---

31

Decreto-Ley 15.180, art. 6 (en la redacción dada por la ley 18.399).

---

32

Ley 18.395, arts. 9 y siguientes.

---

33

[https://www.mtss.gub.uy/web/mtss/noticia-ampliada/-/asset\\_publisher/hK9T/content/uruguay-lidera-en-america-latina-en-materia-de-formalizacion-laboral](https://www.mtss.gub.uy/web/mtss/noticia-ampliada/-/asset_publisher/hK9T/content/uruguay-lidera-en-america-latina-en-materia-de-formalizacion-laboral)

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN****7. ACOSO, DISTRÉS Y BURNOUT: CALIFICACIÓN, CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDAD QUE APAREJAN****7. Acoso, distrés y burnout: calificación, consecuencias y responsabilidad que aparejan****Mobbing in the workplace, stress and burnout: classification, consequences and the responsibility they carry****(Autor)****MARÍA SOLEDAD DE FRANCO ABALOS***Doctora en Derecho (Uruguay) doctoradefranco@yahoo.com***Sumário:**

- [1. Antecedente histórico](#)
- [2. Protección constitucional a la salud y al bienestar laboral del trabajador](#)
- [3. Violencia, maltrato y acoso en el ámbito laboral](#)
- [4. La violencia laboral y sus consecuencias](#)
- [5. Riesgos psicosociales](#)
- [6. Estrés laboral y síndrome del quemado](#)
- [7. Mobbing y cybermobbing](#)
- [8. ¿"Derecho a la desconexión"?](#)
- [9. Tutela jurídica del trabajador ante las situaciones previamente analizadas](#)
- [10. Responsabilidad del empleador en los ámbitos público y privado](#)
- [11. Conclusión](#)

**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

En este artículo analizaré la diferencia entre acoso, distrés y síndrome del quemado a fin de distinguir figuras que con frecuencia se confunden, lo que es esencial para calibrar las consecuencias jurídicas que aparejan. Referiré a la incidencia que está teniendo la tecnología en la vida laboral y privada y, consecuentemente a la necesidad de reconocer el derecho a la "desconexión". Expondré una visión crítica del sistema de enfermedades profesionales y de accidentes de trabajo vigente en Uruguay. Me enfocaré, en la necesidad de aprobar una ley que regule el acoso moral en el trabajo, y comentaré el proyecto de ley de mi autoría a estudio del parlamento. Concluiré reflexionando sobre la importancia de que el empleador actúe con responsabilidad ética, como norte y ejemplo a seguir por sus representantes y subordinados en aras de lograr ambientes laborales saludables.

**Abstract:**

In this article I will analyze the difference among harassment in the workplace, distress and the burnout syndrome, in order to help distinguish words which are frequently misused. The difference is essential to visualize the legal consequences they imply. I will refer to the incidence technology has in our labour and private life that keeps us hyperconnected. Consequently, our need and right to disconnect. You will read about a project of law, of my authorship, which is at present under study in our Parliament. You will find here a critic vision of professional diseases and current cases of work accidents in Uruguay. You will see that my work is based on the necessity of passing a law regulating the moral harassment in the workplace. I conclude reflecting on the importance of the employer's ethics and responsible actions as the North that guides and stimulates his subordinates and representatives to follow to create a healthy work environment.

**Palabras Clave:** acoso, acoso laboral, estrés, distrés, síndrome del quemado**Keywords:** harassment, mobbing, stress, distress, burnout**1. Antecedente histórico**

Uruguay no ha sido ajeno a la violencia en el trabajo. En épocas de esclavitud, en la segunda década del Siglo XIX, Montevideo se vio conmovido por el asesinato de una mujer patricia<sup>1</sup>. Tres esclavos dieron muerte a su ama como forma de poner fin al trato *violento* y ultrajante al que esta los sometía. El caso, un ejemplo prototípico de *acoso laboral*, nos dejó entre otras, las siguientes reflexiones: en primer lugar, que lo que actualmente conocemos con el anglicismo mobbing, lejos de ser novedoso es tan antiguo como la humanidad misma; en segundo término, que si no existen mecanismos eficaces para frenar la violencia en sus primeros avances, el resultado puede ser mortal, por enfermedad, suicidio u homicidio; en tercer lugar, que el rótulo de *acoso psicológico* para calificar la violencia sistemática es notoriamente *insuficiente* dado que existen casos en que el hostigamiento incluye violencia física.

Retomando el antecedente en comentario, cabe señalar que el destino de los esclavos fue aleccionador, siendo dos de ellas condenadas a muerte, mientras que el tercero fue enviado al destierro. Próximo a cumplirse los 200 años del triste episodio, el mundo cambió y Uruguay evolucionó no sólo jurídicamente, sino en materia tecnológica, trasladándose al área laboral tanto las ventajas como las desventajas que la misma aparejó: hiperconexión extralaboral, limitación de la privacidad del trabajador, sofisticación de los mecanismos de acoso e incremento de diversas nuevas formas de violencia en el ámbito laboral.

Nos dedicaremos en este artículo a analizar las consecuencias más salientes de la violencia laboral, teniendo en cuenta el régimen jurídico vigente, así como la necesidad de su adaptación en algunas áreas, siguiendo como directriz los postulados iusnaturalistas. Este trabajo se aboca a las consecuencias jurídicas de fenómenos cuyo diagnóstico y tratamiento pertenecen a la medicina, siendo por tanto de ineludible referencia la cita de profesionales de dicha ciencia, en base a cuyas opiniones extraeremos nuestras consideraciones. En modo alguno este artículo pretende incursionar sobre discusiones

que competen a la medicina, pero en tanto el Derecho regula todas las áreas de la vida, no puede ser ajeno al surgimiento de patologías que vulneran el derecho a la salud de los trabajadores. En ese punto y como juristas, tenemos el deber de encarar realidades originariamente propias de la medicina. Un jurista que no sea capaz de distinguir entre un diagnóstico de ansiedad aguda de otro de ansiedad crónica claramente no podrá cumplir a suficiencia su cometido como operador del Derecho. En este marco, se desarrolla este trabajo.

## 2. Protección constitucional a la salud y al bienestar laboral del trabajador

2.1. Ámbito objetivo de aplicación: relación de trabajo. Según la Constitución, el “trabajo está bajo la protección especial de la ley”. Necesario es recordar aquella máxima en materia de interpretación que establece que donde no distingue el constituyente –en el caso– no debe distinguir el intérprete. Es claro que la Carta refiere al trabajo, sin distinguir si este se desarrolla en el ámbito privado o en el público, por tanto, la protección calificada como “especial” a cargo de la ley debe beneficiar y comprender a los trabajadores de ambos sectores.

2.2. Bien jurídico tutelado. Debe complementarse lo anterior con lo dispuesto por el artículo 54 de la Constitución, que especifica el marco mínimo que debe contemplar la ley para hacer efectiva esa protección especial. En ese sentido, el artículo 54 reza: “La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral”. En lo que concierne a este estudio, la parte de interés es la relativa a la tutela de la “higiene física y moral”. La preservación del bienestar físico de los trabajadores a la fecha cuenta con abundante normativa tuitiva al respecto. Lamentablemente no ocurre lo mismo en cuanto a la protección de la salud psicológica.

El vocablo higiene, utilizado por el constituyente proviene del francés “hygiene” y este, a su vez, del griego “hygieinós”, que significa sano, saludable, y deriva, por su parte, de “hygieia”, traducible como salud<sup>2</sup>. Por su parte, moral proviene del latín “moralis”, siendo una de sus acepciones “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico”<sup>3</sup>. El espíritu es definido como “ser inmaterial y dotado de razón”, derivado del latín “spiritus”<sup>4</sup>. Por lo anterior, cuando el constituyente alude a la protección de la higiene física y moral, debe entenderse que encomienda a la ley la tutela especial de la salud física y de las facultades del espíritu de los trabajadores, todos, sin excepción.

2.3 Ámbito subjetivo de aplicación: empleador y trabajador. Como el constituyente no distingue al referir a relación de trabajo tampoco puede hacerlo el intérprete, con lo que, tratándose de la protección de un derecho humano fundamental, los términos empleador y trabajador deben entenderse en sentido amplio, abarcando al Estado en su rol de empleador y –a todos– los funcionarios que laboran bajo su dependencia. Por lo expuesto, no es pleonástico insistir en el hecho de que la protección de la higiene física y moral abarca tanto al sector privado, en el que se aplican las reglas del Derecho Laboral, así como al sector público, regido por normas de Derecho Constitucional y Administrativo. Esta insistencia en un punto que puede interpretarse como redundante no lo es, dado que en casos la doctrina, al referir a temas de salud laboral, se aboca únicamente al ámbito privado, sin recordar el universo de funcionarios públicos que en esa tesitura quedarían exentos de toda protección<sup>5</sup>. A título de ejemplo, hay quienes afirman que en Uruguay existen mecanismos suficientes de protección en materia de acoso moral, acudiendo por ejemplo a las figuras del despido indirecto y abusivo, ambas defensas invariables en caso de que el afectado sea un trabajador público.

## 3. Violencia, maltrato y acoso en el ámbito laboral

Al adentrarnos en el objeto de estudio que nos convoca, procede remitirme a lo expresado en trabajo conjunto con el Prof. Trujillo, relativo a que “no todo maltrato es acoso, ni hay acoso institucional sin acoso moral”<sup>6</sup>.

3.1. *Violencia laboral* Al referir a violencia en el trabajo, aludimos al género en el que se subsumen distintas especies. La violencia laboral es una especie de la violencia social, prima cercana de la violencia intrafamiliar, vecinal, escolar, sexual, etc.

3.2. *Acoso moral laboral*. Producto de la banalización mediática a la que se ha sometido el tema, muchas personas se autodiagnostican como víctimas de mobbing, lo que como efecto inmediato produce una resistencia al término y, en el peor de los casos, hace que se endurezcan los criterios para su aceptación por parte de la jurisprudencia. Esto ha llevado a una intolerancia, a situaciones que si bien no configuran acoso sí pueden calificarse como estilos autoritarios de dirección, gerenciamiento poco empático, o mera aplicación lícita del poder disciplinario. En mi experiencia ha sido frecuente atender clientes que concurren con un diagnóstico de mobbing realizado por sí mismos conforme los criterios vistos en un programa de televisión, y otros con diagnósticos efectuados por profesionales tras una entrevista de no más de veinte minutos. En una oportunidad, recibí a una funcionaria que había iniciado un juicio contra el Estado alegando acoso moral, religioso, sexual, discriminación racial y política. Al acceder a la demanda, pude apreciar que sus fundamentos se hallaban en la ocurrencia de hechos aislados, que no contenía prueba y sólo basaba sus alegaciones en un informe elaborado por un psicólogo, que, según la consultante, había sido elaborado tras una entrevista de veinte minutos. El informe no arrojaba luz sobre los hechos denunciados, puesto que sus conclusiones se remitían *in totum* a lo que la persona había expresado al realizar los tests. Este caso, expuesto a título de ejemplo, debe oficiarse de alerta. Amén de la situación concreta en la que la perención de la instancia no permitió conocer la opinión del Magistrado actuante, cabe señalar la frustración de la persona que estaba convencida de haber sido víctima de mobbing.

Para evitar falsos positivos, cabe especificar qué es acoso moral o mobbing, términos que utilizaremos como sinónimos de aquí en más. Existen varias definiciones del fenómeno, pero más allá de la impronta de cada autor, lo que a mi juicio importa es el relevamiento de los *elementos* a reunir como *conditio sine qua non* para poder hablar de mobbing. Estos elementos pueden resumirse en: “1) la existencia de actos hostiles aparentemente anodinos, 2) perpetuados a lo largo de un periodo de tiempo, 3) por parte de un individuo o grupo, 4) contra la persona de un trabajador”<sup>7</sup>.

De lo anterior se desprende que lo indispensable para la configuración del mobbing es la existencia de presión sobre el trabajador, de parte de otra persona o grupo de ellas, pertenecientes a la organización para la que labora, debiendo la *hostilidad reiterarse* con una cadencia de continuidad durante un lapso razonable de tiempo. Si bien autores del prestigio de Leymann hablan de la necesidad de que estas hostilidades se perpetúen a lo largo de un periodo de seis meses a una frecuencia de dos actos hostiles a la semana, ello no parece razonable de ser exigido. La protección de la *dignidad* de una persona no puede estar condicionada a la tolerancia de acciones hostiles durante medio año. ¿Cómo encontrar el justo término entonces? El mismo deberá ser confiado a la prudencia de los jueces, quienes deberán sopesar en el caso concreto la existencia de una *actitud hostil continuada que se reitera en el tiempo*. En consecuencia, deberá descartarse como acoso, los actos hostiles aislados. En dicha hipótesis, estaremos en presencia de maltrato laboral, por ejemplo, mas no de mobbing.

3.3. *Acoso moral y acoso institucional*. La diferencia entre uno y otro radica en el *aval* que se esconde detrás de los actos de hostigamiento reiterados. Habrá acoso moral cuando nos enfrentemos a una serie reiterada y continuada de actos hostiles, perpetrados de parte de un compañero, subalterno o superior jerárquico de la víctima, con la complicidad de un grupo al que Marina Parés define gráficamente como *gang* de acoso<sup>8</sup>. Este acoso ameritará ser catalogado, además, como institucional, en aquellos casos en que los sujetos activos del hostigamiento cuenten con el aval explícito o implícito de la organización a la que pertenecen.

Por este motivo, es importante que el trabajador ponga en conocimiento de las autoridades lo que está ocurriendo, y que lo haga de forma escrita para facilitar su actividad probatoria a futuro. El aval explícito existe y se consolida a través de jefes faltos de ética que suelen tener como lema el “divide para reinar”, fundados en la falaz idea de que presionando y generando discordia, los empleados serán más productivos. En esos casos, no dudarán en alentar el hostigamiento prometiendo benditas a quien elimine de la plantilla al trabajador considerado un estorbo para los fines de la jefatura inescrupulosa. El aval implícito lo brinda aquella organización que en conocimiento de un presunto *mobbing* guarda silencio, mira para el costado, no investiga o si lo hace lo realiza *pour la galerie* (por mera formalidad).

En Uruguay, en un caso, se enfrentaron dos posturas jurisprudenciales antagónicas. En primera instancia, la trabajadora ganó el juicio porque el Magistrado entendió que, si bien no había logrado probar acoso moral, sí había logrado probar la institucionalización del mismo. El juez expresó: “la abundante prueba testimonial diligenciada en la causa no revela la existencia de un acoso moral jerárquico directo”, sin embargo y no “obstante lo expresado, sí se considera en el grado que han quedado demostrados elementos que revelan, de manera indiciaria, el acaecimiento de un hostigamiento

laboral “institucional”, al no haberse adoptado por la demandada medidas apropiadas a la situación planteada por la promotora”, y continuó “No es un hecho jurídicamente irrelevante que luego de que la actora denunciara la situación de acoso y hostigamiento laboral ante la Inspección General de Trabajo..., donde se formalizó expediente administrativo y tuvo la participación de la demandada, no se adoptaran por la DGI medidas internas para determinar la existencia del acoso moral denunciado; sino que, por el contrario, puede entenderse que se “institucionalizó” una suerte de acoso moral, mediante la adopción de medidas inapropiadas..., como la extensión de la licencia médica *sine die*”<sup>9</sup>.

Recurrida la sentencia, el Tribunal *ad quem* la revocó por entender que: “el eventual acoso moral “institucional” o de la propia estructura organizacional no fue probado en lo más mínimo puesto que como bien se señala en los agravios para llegar a esa conclusión se parte de la base de lo que se debía probar y no lo fue, como la recurrida lo reconoce. Esto es la existencia de una situación de acoso laboral contra la actora” y agregó, “si como se ha reconocido en la recurrida que el acoso moral jerárquico no fue probado... y teniendo en cuenta que la actora jamás denunció tal situación no puede concluirse como se hizo en el primer grado que se hubiera configurado un acoso “institucional” a partir de omisiones en instrumentar las medidas que sugerían los médicos tratantes”<sup>10</sup>.

Se comparte lo relativo a que, para poder hablar de acoso institucional, resulta de orden, comprobar previamente la existencia de acoso moral. Esta conclusión no quita que, si se hubiera probado la existencia de hechos o actos ilícitos por parte de la Administración, hubiera correspondido su responsabilidad producto de la violación por acción u omisión de un deber jurídico a su cargo. Esta será la hipótesis que consideraremos *infra*.

3.4. *Maltrato laboral*. Estamos en presencia de maltrato en el trabajo en aquellos casos en que, si bien existen situaciones que atentan contra la dignidad del trabajador, las mismas no se reiteran a lo largo de un período de tiempo de forma sistemática. La jurisprudencia ha reconocido que un solo hecho de gravedad puede ser suficiente para que exista daño indemnizable aun cuando se trate de un hecho aislado. Así lo expuso el juez actuante en un proceso en el que entendió que: “en el caso no se acreditó suficientemente una situación de “mobbing” con todos sus elementos, pero sí se probaron algunos actos de violencia moral realizados por el demandado, que aun cuando fueran más o menos *aislados*, configuran un maltrato de la dirección, que alcanzan para causarle un grave perjuicio moral a la trabajadora accionante al afectar su dignidad como tal, que le genera el derecho de obtener su resarcimiento”<sup>11</sup>.

En sede doctrinaria, respecto al maltrato de dirección, el mismo es catalogable como ejercicio abusivo del poder de dirección que la ley le reconoce al empleador. Como frecuentemente tiende a confundirse el ejercicio abusivo del poder de dirección con el acoso moral, cabe acotar siguiendo lo expuesto por Charrutti, que en “el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial el *bien jurídico afectado* es el de los derechos laborales..., mientras que el acoso moral atenta contra la dignidad del trabajador y su derecho a la integridad física y salud mental”<sup>12</sup>. En el Proyecto de Ley de Acoso Laboral de propia autoría, el artículo 5 crea una figura que denomina “ultraje moral” y abarca situaciones en que existe un único acto hostil, de suficiente envergadura como para lesionar la integridad física, mental, moral o emocional de la persona, o que aún sin producir daño, sea apto para vulnerar la dignidad humana.

3.5. En conclusión, respecto de las categorías enunciadas, puede advertirse que una correcta distinción entre estas figuras conexas, pero diversas, será clave no sólo para interponer correctamente la reclamación, sino que será vital para elegir con eficiencia la prueba a desplegar. En caso de duda sobre la posibilidad de acreditar una situación como *mobbing*, puede ser una alternativa válida la acumular en subsidio una reclamación por maltrato.

Como dijera al inicio de este numeral, puede reafirmarse tras tomar posición en las áreas de controversia que “no todo maltrato es acoso, ni hay acoso institucional sin acoso moral”. Que no todo maltrato es acoso resulta claro ya que puede existir un daño indemnizable por un solo incidente de entidad que vulnere la dignidad del trabajador. Por su parte, en hipótesis en que ha existido más de un hecho, pero los mismos se han ejecutado sin sistematicidad, será posible reclamar una indemnización, siempre que se reúnan todos los elementos de la responsabilidad civil.

Entiendo entonces que puede existir acoso moral sin acoso institucional, pero no viceversa. El acoso institucional va más allá del *mobbing*, pues presupone la existencia de este y la complicidad –tácita o expresa- de parte de la organización.

#### 4. La violencia laboral y sus consecuencias

La violencia en el trabajo tiene múltiples efectos negativos, no solo sobre la persona del trabajador sino también sobre el clima de trabajo. El lugar de trabajo es una isla inserta en el campo social, el cual se halla contaminado de una violencia cotidiana sin precedentes. De este modo, la violencia que se respira en la calle se traslada de diversas formas tanto al hogar como al trabajo.

Dentro de esta generalización de la violencia, hay trabajos con mayor exposición a la misma, tal el caso de las fuerzas policiales y armadas, del personal de salud de nosocomios psiquiátricos, de los cuerpos de custodia privados, entre otros.

La violencia es multicausal, pero entre las múltiples concausas existen factores que potencian su incremento, algunos de los cuales son evitables. Así, si bien el empleador no puede controlar la violencia existente en la calle, las demandas excesivas de los clientes o la insatisfacción de la vida personal del trabajador, sí puede hacer del lugar de trabajo un ambiente afaible en el que imperen el respeto, la cooperación, la lealtad, favoreciendo espacios y momentos que permitan incrementar la cohesión grupal. Los empleadores deben entender que si toman medidas que contribuyan al bienestar laboral, como resultado tendrán un plantel mejor dispuesto, menos violento y más saludable, lo que impactará positivamente en la productividad, reducirá la siniestralidad laboral, así como atenuará la incidencia de las ausencias por bajas psicológicas y/o psiquiátricas.

Cabe preguntarse de qué modo el empleador puede intervenir desde la organización para mitigar focos de violencia en la misma. Entiendo que existen dos instancias claves en las que debe ejercer este control: de forma previa y durante la ejecución del contrato laboral.

Alonso Fernández, experto en salud español, señala la importancia de trabajar precozmente en el diagnóstico de posibles personalidades violentas desde la selección del personal, fundando su argumentación en el hecho de que el adulto violento ha dado señales de violencia desde muy joven. Señala como punto de conexión entre el universo jurídico y el de la psiquiatría, que “El trastorno de personalidad más susceptible para perpetrar actos de violencia se reparte entre estos cinco tipos: la personalidad psicopática o antisocial, la personalidad de organización límite, la personalidad narcisista asocial, la personalidad paranoide o la personalidad explosiva”<sup>13</sup>. El autor agrega que, si a estas condiciones de base se le suma el consumo de algún tipo de drogas, ello conduce a un incremento del riesgo de que este manifieste conductas violentas con la consiguiente alteración del clima laboral. De aquí la relevancia de incorporar al proceso de selección de personal una instancia de evaluación psicológica.

Más allá de las secuelas perniciosas que la violencia laboral aparea tanto para la empresa como para el trabajador, socialmente las consecuencias no son menores. En Estados Unidos –por ejemplo- en el trabajo “más de veinte personas son asesinadas por semana”, a lo que se suman “los ataques físicos y los abusos sexuales, ambos mediante el empleo de la fuerza corporal, y los actos de violencia psíquica, como los insultos, las amenazas, la intimidación o el acoso se producen con mucha asiduidad”<sup>14</sup>. Estas cifras muestran una realidad que no se quiere ver, pero que conectan la muerte con el trabajo en aquellos casos en que no se supo o no se quiso frenar la escalada de violencia en forma tempestiva.

De lo anterior surge que el rol del empleador en establecer políticas –y cumplirlas- de intolerancia hacia cualquier forma de violencia en el trabajo resulta fundamental. De este modo, el patrono estará cumpliendo con su deber de garantizar la inocuidad física y moral de sus dependientes si, y sólo si, ante la primera manifestación de violencia utiliza su poder aplicando los correctivos necesarios a fin de no crear antecedentes negativos a emular. Una actitud comprometida por parte del patrono es de máxima importancia, considerando que su inacción en todo caso se verá como un visto bueno a futuras conductas violentas. Por tanto, su rol radica en impedir conductas por contagio teniendo en cuenta que la “violencia se propaga con tremenda facilidad al ser una de las conductas más sensibles al mimetismo”<sup>15</sup>.

#### 5. Riesgos psicosociales

Originalmente el estudio de los riesgos presentes en el trabajo se centró sobre los factores con potencialidad de dañar la salud física de los trabajadores. Más recientemente, producto de la globalización, comenzó a hablarse de factores de riesgo psicosocial. Según Mangarelli, por riesgo psicosocial deben



entenderse “los riesgos que provienen de las relaciones entre el trabajador y otras personas en el ambiente de trabajo”<sup>16</sup>, entre las que incluye expresamente a los clientes.

5.1. *Características.* Según Moreno-Jiménez, los riesgos psicosociales poseen las siguientes características: “1) se extienden en el espacio y el tiempo, 2) son difíciles de objetivar, 3) tienen repercusiones sobre otros riesgos como accidentes y enfermedades, 4) tienen escasa cobertura legal, 5) están moderados por otros factores como las variables personales y contextuales amplias, 6) son difíciles de intervenir. Este tipo de características que dificultan su objetivación, evaluación y modificación es lo que ha hecho de los factores psicosociales de riesgo un tema escurridizo y de difícil gestión, pero esta dificultad no disminuye su importancia, sino que obliga a una atención mayor debido a que constituyen riesgos reales con mayor dificultad de control”<sup>17</sup>. Agrega que el “factor causal, sobre el que *hay* que intervenir y actuar, sigue siendo el *organizacional*”<sup>18</sup>. Y es, precisamente, sobre el factor organizacional que el empleador tiene incidencia directa y potestades suficientes, derivadas del poder de dirección de la empresa. En mi experiencia, las organizaciones tóxicas, tarde o temprano, afectan a sus trabajadores con direcciones autoritarias, padecen altas tasas de ausentismo, la comunicación es deficiente, sufren crisis de confianza y se transforman en caldo de cultivo ideal para que en ellas germine el acoso.

Entre los riesgos de este tipo, me detendré en el distrés laboral, por ser el más frecuente, así como en el burnout y el *mobbing*, por ser estos los más perniciosos.

## 6. Estrés laboral y síndrome del quemado

Originariamente, la protección de la salud del trabajador se enfocaba en su aspecto físico, creándose en consecuencia normas protectoras de la higiene física. Al ir evolucionando el concepto de salud, se comenzaron a contemplar las necesidades psicológicas de los trabajadores. Según Dejours<sup>19</sup>, este cambio se produjo a partir de la primera guerra mundial, ya que implicó una mutación en la relación del hombre con su trabajo. Tras la conflagración, el mercado laboral debió absorber un número significativo de heridos con minusvalías físicas. A partir de ese hito histórico, según este autor, la preocupación por la supervivencia laboral dio paso a la preocupación por las mejoras de las condiciones de trabajo. En este proceso, el enfoque clásico de la salud laboral amplió su abanico pasando de un sistema automatizado en el que no se requería prácticamente la intervención de las aptitudes mentales del trabajador, a otro en el que no sólo era relevante su aporte, sino que era necesario. Así concluye que el eje de la salud laboral pasa a ubicarse en el *comportamiento humano*, lo cual expresa del siguiente modo: “la lucha por la supervivencia condenaba la excesiva duración del trabajo. La lucha por la salud del cuerpo conducía a denunciar las condiciones de trabajo”<sup>20</sup>. Y añade que “el sufrimiento mental resulta de la organización del trabajo”<sup>21</sup>, entendiendo por tal “la división del trabajo, el contenido de la tarea, el sistema jerárquico, las modalidades de la gestión, las relaciones de poder, las cuestiones de responsabilidad, etcétera”<sup>22</sup>.

6.1. *Estrés y distrés laboral.* Siguiendo el razonamiento desplegado, la mala organización del trabajo, tiene repercusión directa en la salud de los trabajadores, siendo la patología más frecuente la que Alonso Fernández denomina como “estrés ocupacional crónico”<sup>23</sup>.

Lo primero a diferenciar es la presión laboral (causa) del estrés (efecto). La presión de la tarea, de los jefes, compañeros, el público son el *estresor*; esto es la acción externa al individuo que incide en el mismo. Estas presiones en la medida que no sean excesivas contribuyen a que el trabajador se mantenga en actividad e, incluso, pueden resultarle estimulantes, generando estrés positivo o eustrés. En cambio, cuando la presión excede los límites de tolerancia, comienza a generar estrés negativo, denominado *distrés* o hiperestrés<sup>24</sup>. Es el *distrés* y no el estrés el que produce consecuencias negativas al trabajador.

Este *distrés laboral* se define, por la Organización Mundial de la Salud (OMS, en adelante), como “la reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades, y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación”<sup>25</sup>. La magnitud de los efectos del distrés dependerá primordialmente de su duración en el tiempo, ya que es la perpetuación del mismo a lo largo de un período considerable de tiempo lo que lo cronifica, desembocando casi indefectiblemente en enfermedades que, en casos extremos, pueden resultar incapacitantes, cuando no mortales, para el individuo. A este respecto, hay que distinguir entre distrés agudo y crónico.

El distrés agudo “se caracteriza por tener un comienzo definido, una alta intensidad y una duración breve”<sup>26</sup> y es provocado por la incidencia de un suceso vital desafortunado, en psiquiatría denominado *life event*<sup>27</sup>. En el ámbito laboral pueden considerarse causa de distrés agudo, el despido, accidentes, traslados no consentidos, etc. El autor en comentario afirma que, al menos una vez en la vida, un 70% de la población mundial adulta ha padecido un episodio de este tipo<sup>28</sup>. Agrega que un episodio de estrés agudo puede conducir a la depresión en los siguientes seis meses de su acaecimiento. En casos de gravedad, un solo episodio de suficiente enjundia puede desembocar en el establecimiento de un cuadro de estrés post traumático<sup>29</sup>, tal en caso de un copamiento u homicidio en el lugar de trabajo.

Por contraposición, el distrés crónico “se caracteriza por un comienzo insidioso o indefinido, una intensidad variable y una duración larga en forma de persistencia continua o una repetición con breves intervalos”, siendo accionado “por una situación de agobio o sobreexigencia”<sup>30</sup>. Comparando uno y otro tipo, encontramos que la génesis en el distrés agudo es un hecho puntual, a diferencia del crónico que se genera a raíz del mantenimiento de una situación a través del tiempo.

Alonso Fernández advierte, asimismo, que el distrés “puede extenderse dentro de la empresa en forma de *estrés colectivo*, ateniéndose a la propagación por contagio o mimetismo”<sup>31</sup>. Estas situaciones de estrés colectivo pueden producir degeneración del clima laboral y, en casos extremos, lindar con la muerte, tal ocurrió en Corea en la empresa Foxconn, que se vio afectada por la amenaza de un suicidio colectivo, dado el incumplimiento de las promesas realizadas por la gerencia.

Inciden como potencialmente riesgosos, entre otros, los siguientes estresores: a) defectuosa organización del trabajo; b) comunicación institucional deficiente, insuficiente u obstruida; c) estilo de gestión autoritario, rígido, cerrado y jerarquizado; d) relaciones profesionales competitivas; e) clima tenso y dominado por el conflicto; f) trato discriminatorio y existencia de prebendas y privilegios que no obedecen a causas objetivas; etc. El lector, el control de estos estresores está bajo la incidencia del *empleador*, motivo por el cual el mismo, en cumplimiento del deber constitucional de preservar la salud física y moral de sus dependientes, debería intervenir adoptando medidas que atenúen los riesgos. A modo de ejemplo, el empleador en uso de su potestad de ordenación empresarial tiene bajo su égida la facultad de elegir los directivos, capataces, etc., que lo representen frente a los trabajadores. En consecuencia, puede optar entre elegir personas que ejerzan su función desde el respeto, la motivación y la confianza, o, por el contrario, optar por directivos con características negativas, que fomenten la división, el temor, la inseguridad, los chismes, la delación, entre otras. Lamentablemente, existen organizaciones que eligen gestionar mediante gobiernos del terror, explotando el miedo, organizaciones tóxicas sin ética ni responsabilidad social empresarial, las que –a mi entender– deben ser juzgadas con mayor severidad dado que su política interna vulnera el derecho de las personas a trabajar en un ambiente laboral saludable. Este concepto de ambiente de trabajo saludable tiene una vinculación ínsita con el concepto de salud brindado por la OMS. Dicho organismo define el trabajo saludable como “aquel en que la presión sobre el empleado se corresponde con sus capacidades y recursos, el grado de control que ejerce sobre su actividad y el apoyo que recibe de las personas que son importantes para él”<sup>32</sup>.

Un equipo médico que estudió la relación del distrés con la psicopatología y las variables orgánicas advirtió la sorprendente “relación del estrés laboral con los lípidos en sangre”, al punto de que “hay una alta correlación negativa del factor 9 (Capacidad de desconectar con el trabajo) con el nivel de triglicéridos. También el factor 3 (Identificación y autorrealización en el trabajo) tiene una correlación, curiosamente negativa, con el nivel de HDL”<sup>33</sup>.

Otro estudio, analizó la relación entre el estrés –negativo– y el cáncer, revelando que “existen datos que relacionan los sucesos estresantes con el sistema inmunológico debilitándolo, y llevando al organismo a sufrir una enfermedad de este tipo. En relación con esto último, una de las teorías sostiene que el estrés de gran intensidad es capaz de verter en el cuerpo grandes cantidades de corticoides circulantes, potentes inmunodepresores que poseen la propiedad de debilitar las defensas frente a la enfermedad”<sup>34</sup>. Grafican lo expresado con una serie de ejemplos que justifican ser compartidos para reflexionar: “Citando ciertos casos célebres que aportan datos positivos a nuestra hipótesis encontramos a Carolina Bonaparte, fallecida de cáncer uterino tras la ejecución de su marido; Charles Lindberg, muerto de cáncer de ganglios linfáticos, al no haber conseguido nunca reponerse del asesinato de su hijo; Aristóteles Onasis, muerto por un tumor pocos meses después del accidente de su hijo; o el caso de Sigmund Freud, quien sufrió cáncer en el maxilar y que, a pesar de fumar más de un paquete de tabaco diario, cabe señalar, además, ciertos shocks psicológicos: la muerte de su hija Sofía, la de su

hijo Heinz, los conflictos con sus colegas..., pues son factores coadyuvantes al desarrollo de su cáncer”<sup>35</sup>. Si bien aún no se ha demostrado la incidencia específica del estrés en el desarrollo de esta enfermedad hasta la fecha sin cura, sí debemos tener en cuenta los resultados de este tipo de investigaciones que ratifican una vez más, la indeleble conexión existente entre la mente y el cuerpo, entre psique y soma como una unidad.

De lo expuesto, se vuelve necesario que el jurista adquiera un conocimiento básico de la terminología médica usada en esos casos, a fin de poder fundamentar correctamente sus reclamos. Deberá tener presente que el daño, por sí solo, no es suficiente para configurar responsabilidad, siendo vital contar con prueba no solo del daño, sino de los hechos o actos ilícitos a cuya vinculación se repunte la relación de causalidad.

Por último, dos palabras sobre la consecuencia más dramática de la patología laboral: el suicidio. En Uruguay no existe norma específica que reconozca como accidente laboral el suicidio producido a causa del trabajo. Diferente es la situación de España, donde desde 1970 el suicidio que cumple con determinadas condiciones puede ser calificado como contingencia profesional. El Prof. Sánchez expresa al respecto que “se asumía que el trabajo - considerado en el sentido más amplio- puede “generar, o en su caso, agravar determinados trastornos o desequilibrios mentales que, por su especial intensidad, sean susceptibles de conducir al suicidio de un trabajador”<sup>36</sup>. Esta referencia al derecho comparado debe servir de guía para comenzar a recorrer nuevos caminos en Uruguay, el país de América con la tasa más alta de suicidio. En 2017, las autoeliminaciones alcanzaron su clímax con 19.64 muertes cada 100.000 habitantes<sup>37</sup>.

6.2. *Síndrome del quemado, burn out o surmenage*. Para el análisis de este apartado, me orientaré prioritariamente por lo estudiado a este respecto por el Dr. de Rivera, médico especialista en el tema. Puede definirse como el conjunto de signos y síntomas que presenta un trabajador producto del estrés crónico, derivado de una tensión psicosocial excesiva en el ámbito laboral. De Rivera define la “sobrecarga psicosocial” como “una exigencia exagerada o desproporcionada que actúa de manera continuada, deriva de los procesos de integración del individuo en su entorno humano y puede ser contrarrestada durante largo tiempo por los mecanismos de afrontamiento y defensa, sin que se observen grandes efectos a corto plazo”<sup>38</sup>. Agrega que la sobrecarga laboral puede proceder de las condiciones de trabajo, o de las relaciones humanas existentes en el trabajo.

En el burnout, los estresores más frecuentes provienen de los requerimientos de las personas que se benefician de los servicios prestados por el trabajador, por ejemplo, en la salud, las exigencias provienen de los pacientes, sus familiares, amigos, etc. De Rivera indica que las consecuencias de estar quemado pueden apreciarse luego de una *evolución larvada* en la que los síntomas son inespecíficos, o tras la “eclosión repentina de síntomas de sufrimiento, agotamiento o rebelión” a lo que cataloga como “evolución brusca”<sup>39</sup>.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por burnout? Esta palabra inglesa significa “desgastarse, quedar exhausto por excesiva exigencia de energía, esfuerzo o recursos” explica De Rivera citando a Freudenbergier quien la utilizó por vez primera en 1974<sup>40</sup>. Define el burnout como “el resultado de un *estrés crónico* experimentado en el contexto laboral, producido por una *interacción negativa* entre el trabajador, el lugar de trabajo, el equipo o unidad en que se integra, la estructura organizativa y la labor en sí misma”<sup>41</sup>. De la definición se desprende que el burnout se diagnostica a pacientes que padecen *estrés crónico*, el cual no remite con descanso y que se asocia a un intercambio negativo entre el trabajador y su medio de labor. Es frecuente que se confundan los efectos del burnout con las secuelas del mobbing, por lo que debe recurrirse a la causa subyacente a fin de realizar un encuadre jurídico adecuado.

En el burnout encontramos un trabajador quemado por su trabajo, por el desarrollo de su labor en un contexto que lo agobia, y en consecuencia se presenta agotado, le bajan las defensas, padece diversas molestias físicas, se vuelve irritable y frustrado respecto de todo lo relacionado con su profesión. En cambio, el mobbing es un proceso ilícito, de causa dolosa y en modo alguno configura una patología en sí. En otras palabras, el acoso como hostigamiento que es tiene una naturaleza ilícita, mientras que el burnout hunde sus raíces en el desgaste profesional propio de las profesiones de servicio en las que prima una alta demanda por parte del beneficiario, tal ocurre con los médicos y docentes.

¿Qué sintomatología exhibe un trabajador quemado? La medicina alude a la Tríada de Maslach compuesta sintéticamente por: 1) *cansancio emocional*, “que se traduce por agotamiento físico y psíquico, abatimiento emocional, sentimientos de impotencia y desesperanza, actitudes negativas hacia el trabajo y la vida en general, dificultad para levantarse de la cama por las mañanas, pérdida de motivación y del entusiasmo profesional, frustración y sensación de que cualquier exigencia laboral es excesiva. es un síntoma muy próximo a la depresión, y con frecuencia se acompaña de sentimientos de agresividad, hostilidad e irritabilidad”; 2) *inhibición empática con evitación y aislamiento de los demás*, que se caracteriza por conductas de evitación, absentismo y en el extremo la “deshumanización”; 3) *baja realización profesional*, la que se traduce en un “deterioro progresivo de la capacidad laboral y pérdida de todo sentimiento de gratificación personal con el trabajo”<sup>42</sup>. De Rivera agrega que además de los enunciados por Maslach hay una serie de síntomas tales como “dificultades de concentración y fallos de memoria”, “tendencias a la irritabilidad y el descontento, tendencia a la soledad...”, “disminución de la resistencia inmunológica... hipertensión arterial o síndrome metabólico”, así como alteraciones de la conducta “de tipo adictivo, como abuso de alcohol, sedantes y otras drogas, y en ocasiones, comportamientos autodestructivos, etc.”<sup>43</sup>.

A los efectos probatorios, este síndrome no está descrito como tal en el manual diagnóstico de clasificación de las enfermedades mentales recientemente adoptado por el país, el DSM V. Por este motivo, el mismo se ve frecuentemente vinculado a lo que en el DSM V se denominan “trastornos de ansiedad”. El “capítulo de los trastornos de ansiedad del DSM-5 supone un reagrupamiento distinto de los cuadros clínicos indicados en la edición anterior. Lo más significativo es la exclusión de este apartado del trastorno de estrés posttraumático (TEPT) y del trastorno obsesivo-compulsivo (TOC), que ahora se describen en *capítulos propiamente independientes* para resaltar el carácter distintivo de la reexperimentación del suceso traumático en el caso del TEPT o el de las obsesiones en el caso del TOC. Lo que se incluye en este capítulo son las fobias (social, específica y agorafobia), el trastorno de pánico, el trastorno de ansiedad generalizada y, además, el trastorno de ansiedad de separación y el mutismo selectivo (este último muy asociado a las respuestas de ansiedad), que figuraban en el DSM-IV-TR en el apartado de trastornos de inicio en la infancia”<sup>44</sup>. En otras palabras, con la vigencia del DSM V, técnicamente ya no se habla más de estrés -al menos a los efectos de realizar el diagnóstico- usándose en su lugar *trastorno de ansiedad*. Por su parte sí se alude al trastorno de *estrés posttraumático*, cuyo diagnóstico es consecuencia *frecuente en los casos más severos de acoso moral*.

## 7. Mobbing y cybermobbing

7.1. *Acoso laboral cibernético*. La figura del mobbing la analizamos en los numerales 3.2 y 3.3 precedentes, en la modalidad clásica de su ejercicio. Actualmente, el desafío lo presenta la tecnología con sus rápidos avances, que está haciendo cada vez más frecuente el hostigamiento mediante el uso de medios informáticos. La proliferación de redes -WhatsApp, Facebook, e-mails, LinkedIn, Twitter, etc.- garantizó el anonimato lo que, sumado a la decadencia de los valores tradicionales han facilitado a los cobardes la realización de sus fechorías. De este modo, jefes y compañeros de trabajo mediocres, tratan de compensar sus diferencias con quien perciben como una amenaza, mediante la propagación y difusión de calumnias, en las redes sociales. Estos sujetos suelen infiltrarse con nombres falsos a perfiles de amigos y de su víctima como forma de robar información que les permita acceder a la intimidad de la misma, medir sus reacciones ante las calumnias propagadas, a la vez que conservar el control, su fuente de poder.

El acosador utiliza la tecnología para desprestigiar laboralmente a quien eligió blanco de su odio, de deteriorando su imagen, invadiendo la esfera de su privacidad. La violación de estos derechos fundamentales puede aparejar responsabilidad contractual y extracontractual, por hecho propio o del dependiente, según corresponda. El riesgo ínsito en este tipo de acoso es el *efecto multiplicador* que facilita la expansión veloz de los infundios, sumado a la dificultad para eliminar de las redes el contenido agravante ya subido al ciberespacio. Ante estos desafíos, nuestra legislación debe realizar un esfuerzo para *agigornarse* y acompasar el avance frenético de la tecnología con normas que incrementen la protección de las víctimas frente al acoso, teniendo en cuenta que, en casos extremos, el daño es de tal entidad que se evade con el suicidio del hostigado.

En otros países de la región, tal el caso de Colombia, -quien cuenta con una ley de acoso laboral<sup>45</sup>- se realizó un estudio sobre 1000 casos en los cuales se evaluó el grado de uso y dependencia de los usuarios respecto de los teléfonos móviles<sup>46</sup>. Fundándose en los resultados de este estudio, un suplemento empresarial de ese país publicó: “Norton Rose Fulbright define el acoso digital como una conducta por medio de la cual “se presiona y se intimida” al trabajador por medio de chismes o rumores a través de WhatsApp, redes sociales o correos electrónicos. Del mismo modo explica que el acoso digital se puede identificar en aquellos escenarios en los cuales se hace uso de las tecnologías de la información en el trabajo: Grupos de WhatsApp, conversaciones privadas a través de chats, redes sociales y correos electrónicos laborales o personales, “espacios que los victimarios usan para causar daño. Los empleadores que incurrir en esta tipología de acoso, según Norton Rose Fulbright, se caracterizan por enviar constantemente mensajes en

horarios no laborales o utilizar ‘memes’ humillantes contra su personal a través de grupos de WhatsApp”<sup>47</sup>.

En mi experiencia profesional, a modo de ejemplo, he observado actos agraviantes realizados a través de medios de comunicación e internet, los cuales, si bien han constituido episodios aislados en cuanto al uso de la tecnología, sí han sido parte de una cadena de hechos ilícitos y abusivos. En un caso, en el marco de un grupo de WhatsApp *de trabajo*, la empleadora envió un mensaje a su principal directivo, preguntándole: “*Fulanito, ¿tu sos o te hacés?*”. Este modismo arrabalero implica el cuestionamiento a las capacidades intelectuales de la persona, puede ser traducido como: Fulanito, ¿tu sos idiota o te hacés el idiota? Esta agresión se realizó frente al grupo de colaboradores de la persona agraviada y motivó que el 99% se llamara a silencio por temor a represalias. A la única persona que salió en defensa del agraviado, a partir de ese momento no volvió a entregársele tareas para realizar, a la vez que se la condenó a la más absoluta incomunicación.

Para dimensionar el impacto que sobre la salud aparea el trabajo en condiciones hostiles, una investigación médica realizada en 2013 estudió la relación entre mobbing y depresión. El mismo -citando cifras de la OMS- afirma que “en el mundo hay más de 350 millones de personas con depresión”<sup>48</sup> y que “se encontró una relación positiva entre el acoso y la depresión”<sup>49</sup>. Los autores, concluyeron que “todos los estudios incluidos en esta revisión encuentran una asociación positiva y significativa entre el ser víctima de Acoso Laboral y el manifestar alteraciones en su salud mental”<sup>50</sup>, y agregan que “estas alteraciones incluyen la depresión, la ansiedad y el estrés”<sup>51</sup>.

Algunos autores han aludido a lo que denominan “contrato psicológico”<sup>52</sup>, vínculo invisible que une al trabajador con la empresa, de cuyo haz obligacional se desprenden entre otras, la expectativa de que el trato dispensado sea decoroso y digno. Ocurre que, cuando este contrato se quiebra, el trabajador percibe dicho incumplimiento “como una forma de deslealtad de la organización hacia él, incrementándose los niveles de carga psíquica (Neffa, 1988) con consecuencias tales como el estrés laboral, entre otros”<sup>53</sup>.

En vista de la magnitud de los daños que causa el mobbing, parece más que necesario que la ley intervenga para poner coto a este tipo de atropellos, implementando castigos acordes al daño causado. A título personal, entiendo que la ley, además de su función clásica de mandar y de prohibir, tiene asimismo la función social de señalar el camino a seguir.

## 8. ¿“Derecho a la desconexión”?

Europa ha avanzado en comparación con América Latina respecto de la regulación de lo que ha denominado derecho a la desconexión. Lamentablemente, en estas latitudes resta mucho por avanzar en ese sentido, no siendo Uruguay una excepción en el tema. La doctrina discute si corresponde hablar siquiera de “derecho” a la desconexión, puesto que, de existir el mismo, este supondría el deber previo de mantenerse conectado. Amén de disquisiciones técnicas, lo rescatable y que amerita respuestas concretas es el derecho del trabajador a no tener que seguir respondiendo a su empleador trasvasada la jornada laboral. Entiendo que esto, en el acierto o en el error, es a lo que los defensores del “derecho a la desconexión” apuntan. Y sí, sin duda es loable la intención, teniendo en cuenta que la tecnología ha permeado la frontera que existía antaño entre trabajador y patrón fuera del horario laboral.

Si bien no existe el deber de mantenerse conectado, en los hechos sucede que el empleador tiene acceso al dependiente a cualquier hora del día. Así, lo que procede analizar es lo que ocurre si el trabajador decide no responder. Si la ausencia de respuesta no le aparea ningún perjuicio, el derecho a desconectarse, carecerá de sentido. Por el contrario, si la falta de contestación implica consecuencias negativas expresas o solapadas, ahí sí, y más allá de la calificación que se le dé, resulta relevante garantizar la efectiva desconexión.

En Uruguay no existe norma que prevea este derecho a desconectarse fuera del horario de trabajo. En cambio, sí existe una jornada laboral doblemente limitada: diariamente en ocho horas y semanalmente, dependiendo el sector los topes máximos de trabajo se encuentran en cuarenta y cuatro para el comercio y cuarenta y ocho para la industria. En este contexto, entiendo que toda actividad a la orden del empleador, que exceda los límites horarios previstos en la legislación, puede ser considerada como trabajo extra. Cabe acotar aquí, que cada situación deberá ser juzgada por el juez con consideración a la reiteración de las comunicaciones, así como al contenido y tiempo que las mismas insumen. Esta acotación es fundamental, ya que una aplicación simplista, puede conllevar a yerros de gravedad, considerando la proliferación de grupos de trabajo que interactúan sin límite horario, pero con fines diversos al laboral, generalmente de camaradería. En consecuencia, entiendo que, si un trabajador logra probar fehacientemente que de forma usual sigue bajo la égida de su empleador y por motivos laborales fuera del horario de trabajo, podría pretender el abono como extra de las horas que estuvo a la orden de su patrón.

Por su parte, cabe señalar que el 15 de marzo de 2017 se presentó ante el Senado de la República un proyecto de ley para regular el “derecho del trabajador a desconectarse del trabajo fuera del horario laboral”<sup>54</sup>, considerando como tal: “el pleno ejercicio del derecho del asalariado a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías de la comunicación (mensajerías, chats, correos electrónicos, teléfonos móviles, tablets, notebooks, pc, y demás medios online) para garantizar el respeto del tiempo de descanso *fuera del horario laboral* y durante el goce de la *licencia*”. Este derecho no se prevé como absoluto, sino que cede ante situaciones de emergencia. De la historia parlamentaria surge que ni siquiera fue considerado.

## 9. Tutela jurídica del trabajador ante las situaciones previamente analizadas

El régimen uruguayo distingue entre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y se halla regulado en la materia civil por la Ley 16.074 y el Decreto 210/011, y en el ámbito penal por la Ley 19.196 (la que menciona a los solos efectos de que quien desee pueda profundizar en su estudio).

La Ley 16.074 impone a todo empleador la contratación de un seguro obligatorio para cubrir tanto los accidentes de trabajo como las enfermedades profesionales de sus dependientes. La asistencia médica en dichos casos es monopólicamente brindada por el Banco de Seguros del Estado (BSE en adelante) el que servirá asimismo las prestaciones indemnizatorias que correspondan. Conforme el artículo, el BSE asistirá a todo trabajador que se accidente o enferme a causa o en ocasión de su trabajo, con independencia de que el patrono lo haya asegurado o no. En caso de no haber cumplido con la obligación de asegurar, será pasible de sanciones y repetición de lo pagado por el organismo más intereses y actualizaciones correspondientes.

En el artículo 7 de la Ley 16.074 prevé que “Las personas amparadas por la presente ley y, en su caso, sus derechohabientes, *no tendrán* más derechos como consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que los que ella les acuerda, *a no ser que* en estos haya mediado *dolo o culpa grave* por parte del patrono en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención”. De la prescripción legal transcrita surge que la regla, para el patrón cumplidor de la obligación de asegurar es que en caso de accidente o enfermedad profesional responde el asegurador -BSE- ante el trabajador asegurado. La excepción a esta regla ocurre cuando el accidente o enfermedad profesional se produce a raíz de la existencia de dolo o culpa grave por parte del patrón -o sus representantes- en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención.

9.1. *Accidente de trabajo, concepto jurídico.* En definición que se comparte, y siguiendo a Mangarelli, en sentencia N° 238/2009, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo expresó que “se configura accidente de trabajo cuando se produce un *suceso*, repentino, frecuentemente violento y limitado en su duración, de *origen externo*, que ocasiona al trabajador una lesión corporal por causa del trabajo o en ocasión del mismo, que ejecuta en relación de subordinación”, y agregó que, “con todo, es sostenible que ninguno de los caracteres enunciados es esencial para la configuración del accidente, ya que *incluso en situaciones en que el daño es lento y progresivo se ha considerado que existe accidente laboral*”. Asimismo, “es necesario que el trabajador sufra una *lesión física o psíquica* en su persona”<sup>55</sup>.

De lo anterior se desprende que el concepto de accidente de trabajo es muy amplio abarcando aquel o aquellos sucesos de origen exógenos al trabajador que es afectado en su salud física o psíquica. Esta definición interesa en tanto permite que el accidente laboral se produzca como consecuencia de uno o de varios hechos que por ser reiterados terminan produciendo un daño en la salud física o mental del trabajador. El de accidente de trabajo es un concepto jurídico indeterminado a diferencia del que pasamos a exponer.

1. *Enfermedad profesional, definición.* El artículo 38 de la ley 16.074 “considera enfermedad profesional la causada por agentes físicos, químicos o biológicos, utilizados o manipulados durante la actividad laboral o que estén presentes en el lugar de trabajo”. El artículo 40 de la ley, determina

que las “enfermedades profesionales indemnizables son aquellas enumeradas por el Decreto N° 167/981”, norma que fue expresamente derogada por el Decreto N° 210/011 que se dictó en su sustitución. El decreto 210/011 agregó 77 enfermedades a la lista contenida en el decreto de 1981, reconociéndose actualmente 106 patologías como “enfermedad profesional”, *excepto* las enfermedades referidas “en el numeral 2.4” *Trastornos mentales y de comportamiento*, contenidas en la Lista de enfermedades profesionales de la Organización Internacional del Trabajo, de 25 de marzo de 2010.

Esta exclusión –por vía reglamentaria– implicó dejar de lado nada más y nada menos que los trastornos mentales y de comportamiento, entre los que se encuentran: “2.4.1. Trastorno de estrés postraumático 2.4.2. Otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el (los) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador”<sup>56</sup>. A los efectos prácticos, la excepción realizada por el Decreto 210/011 significa que una persona que contraiga una enfermedad mental como consecuencia de la existencia de agentes patógenos presentes en su trabajo no podrá pretender la cobertura del daño como enfermedad profesional amparada por el BSE. En su lugar deberá ampararse al subsidio de enfermedad común que brinda el Banco de Previsión Social (BPS en adelante).

Nótese lo que representa para un damnificado en su salud mental que, aunque pueda probar que la causa de su dolencia es exógena, más concretamente debida a situaciones padecidas en su trabajo, deba, sin embargo –forzosamente–, ampararse a un seguro de enfermedad que por su naturaleza cubre patologías de causas endógenas o extralaborales. Por su parte, el BPS está siendo sobrecargado –a riesgo de no poder seguir solventando el sistema previsional<sup>57</sup>– con múltiples prestaciones que de implementarse la lista de enfermedades profesionales sin la exclusión prevista en el Decreto 210/011, claramente debería abonar el BSE.

6.4. *Distrés de causa laboral, síndrome del quemado y acoso laboral, como accidente de trabajo*. En oportunidad de las XVIII Jornadas Binacionales de Derecho del Trabajo celebradas en 2013, expuse que, a mi criterio, el mobbing podía ser considerado accidente de trabajo<sup>58</sup>, fundándome en la acepción de accidente dada por doctrina y jurisprudencia. Esto porque la acepción de accidente laboral –vista en el numeral 9.1.– es amplísima. Si bien lo lógico sería que estas consecuencias fueran tipificadas como enfermedad profesional, en virtud de la exclusión practicada por el Poder Ejecutivo, la última chance de amparo, coherente con la *causa* de la dolencia sería su consideración como accidente laboral.

En resumen, entiendo aplicables a los casos de distrés laboral y burnout las conclusiones a las que arribé en 2013 en relación con la posibilidad de considerar el mobbing como accidente laboral. En dicha oportunidad expresé: “que los daños producidos en la salud psico-física de un trabajador como consecuencia del mobbing, probada la relación de causalidad deberían estar siendo considerados accidente de trabajo conforme a la ley 16.074. Que, sin perjuicio de lo anterior, conociendo la resistencia tanto a la admisión del acoso como plaga laboral real y actual, así como el rechazo de esta postura por parte de la entidad aseguradora, estimamos que se hace necesaria la promulgación de una ley que regule el acoso y califique expresamente sus consecuencias psico-físicas como accidente laboral”<sup>59</sup>.

## 10. Responsabilidad del empleador en los ámbitos público y privado

La responsabilidad del empleador por la violación del deber de resguardar la salud física y psicológica del trabajador a su cargo es en definitiva lo que hace que el precepto se cumpla. Cuando –pese a los mandatos legales y éticos– el patrón igualmente transgrede su deber de protección, tras el daño procede la reparación.

10.1. *Responsabilidad estatal*. Según el artículo 24 de la Constitución, el Estado responde directamente por el “daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”. El damnificado “que invoca la responsabilidad de la Administración debe probar la existencia de una *falta de servicio*, esto es, que el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente”, teniendo en cuenta “si existe diferencia entre lo que razonablemente cabría esperar del servicio y lo que efectivamente aconteció”<sup>60</sup>. Una vez el Estado paga, conforme el artículo 25 de la Constitución puede repetir lo pagado contra el autor de la conducta que generó la responsabilidad estatal, siempre que este haya actuado “en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio”, y sólo cuando haya “obrado con *culpa grave o dolo*”.

10.2. *Responsabilidad civil del empleador privado*. En Uruguay, ambas partes se vinculan mediante el contrato de trabajo, bastando para su existencia el acuerdo de voluntades y el intercambio de la fuerza laboral a cambio de dinero, sin solemnidad alguna para su validez. Siempre que exista norma laboral expresa que prevea una responsabilidad específica, debe primar la norma especial sobre la general del Derecho Civil. En cuanto exista laguna, corresponderá aplicar el régimen de responsabilidad previsto en la ley civil.

Si bien son múltiples las obligaciones que emergen del contrato de trabajo, aquí me avocaré a la *obligación de protección*. Conforme Mangarelli, “el contrato de trabajo impone al empleador una serie de obligaciones que tienen que ver con el respeto de la persona del trabajador. Debe respetar la dignidad, la intimidad, y la vida privada del trabajador, y su conciencia moral y cívica. Asimismo, tiene una obligación contractual de protección del trabajador ante todo daño que pueda sufrir en el ambiente de trabajo, que comprende no sólo la seguridad y la higiene, sino también la dignidad y moralidad”<sup>61</sup>. El empleador tiene el deber de proteger la persona y los bienes del trabajador, de sí mismo, de sus restantes dependientes, así como respecto de los terceros que utilizan los servicios de la empresa. El contenido de esta obligación de protección es de medios, de la que se libera probando que actuó con la diligencia media de un buen padre de familia, efectivizando así el crédito de seguridad que tiene a su respecto el trabajador. Por lo general, las consecuencias del incumplimiento de esta obligación de protección “en la mayor parte de las situaciones, se habrá configurado un accidente de trabajo o una enfermedad profesional”<sup>62</sup>.

Cabe preguntarse qué ocurre cuando el trabajador presenta daños derivados del incumplimiento de esta obligación de seguridad, adquiriendo un trastorno de estrés postraumático o un trastorno de ansiedad (como actualmente denomina el DSM V) como resultado de una persecución laboral de parte de un colega, por ejemplo. En esa hipótesis, debe recordarse que las *enfermedades mentales* fueron *descartadas* por el Decreto 210/011 *como enfermedad profesional*, razón por la cual –a mi juicio– procedería analizar si la situación encuadra en la definición de accidente de trabajo. En cuanto a la configuración de accidente de trabajo la jurisprudencia admite que el trabajador tenga una *herida psíquica*, así como lo admitió la sentencia N° 238/2009 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo: es “necesario que el trabajador sufra una lesión física o psíquica en su persona”.

10.2.1. *Régimen de accidentes de trabajo: posibles escenarios, diversas responsabilidades*. Al respecto deben distinguirse tres hipótesis: A) la primera, en que sí se admita la existencia del accidente de trabajo, pese a que el empleador ha adoptado todas las medidas de protección a su alcance. En este caso, el trabajador recibirá –por toda indemnización– el amparo del BSE, no teniendo más que reclamar del empleador por tal concepto. B) La segunda hipótesis se configuraría en el caso en que sí se admita la existencia de accidente de trabajo, pero se constate que el empleador actuó con dolo o culpa grave al incumplir con la obligación de protección. En esta situación, el trabajador será indemnizado por el BSE, pudiendo él –o sus causahabientes–, reclamar al empleador más allá del cobro de la indemnización tarifada. C) En la tercera hipótesis puede ocurrir que la situación no configure accidente de trabajo, pero que sí genere daños que ameriten ser indemnizados, en cuyo caso, el actor conservará las acciones civiles para reclamar contra el empleador. En caso de que el accionante sea el propio trabajador, su demanda será por incumplimiento de contrato, en cambio si el demandante fuera uno de sus causahabientes o familiares deberá hacerlo invocando las reglas de la responsabilidad aquiliana.

Debe tenerse en cuenta que el empleador responde no sólo por el hecho propio, sino que también lo hace por los actos de sus dependientes. Mangarelli a este respecto señala como un factor clave a considerar *el conocimiento del patrón*, distinguiendo que si los actos lesivos los realizan personas que lo representan deberían reputarse conocidos por el empleador. En los restantes casos entiendo que sí debe estar en conocimiento de los hechos para que pueda actuar.

Personalmente, entiendo que no sólo para darle certeza jurídica al trabajador, sino para actuar de buena fe, corresponde comunicar los hechos al empleador, en todos los casos y hacerlo por escrito a fin de facilitar la prueba de dicho conocimiento. La realidad demuestra, sobre todo en empresas de gran porte, que el empleador –que puede ser perfectamente una sociedad anónima, por ejemplo– aún en casos en que sea diligente controlando a sus representantes frente a los trabajadores, puede no conocer la faceta negativa de alguno de estos, siendo por ello fundamental su puesta en conocimiento. Mandos medios con caracteres psicopáticos, frecuentemente son muy distintos con sus jefes a cómo actúan con sus subordinados, lo que me hace

insistir –en beneficio de ambas partes- en la necesidad de que el trabajador afectado denuncie ante el empleador los hechos que entiende lesivos a sus derechos.

Me parece oportuno citar lo expresado por Plá Rodríguez<sup>63</sup>, respecto a que “el empleador, además de responsable de sus propios actos, lo es de aquellos que puedan provenir de los otros trabajadores en la medida en que no son cortados y sancionados por el empleador”. Responsabilidad del empleador que no enerva la del ejecutor directo del acto, quien será extracontractualmente responsable.

10.2.2. *Jurisprudencia en la materia.* Como puede verse en las hipótesis manejadas, el patrón diligente se beneficia con la limitación de su responsabilidad, y, por el contrario, el que actuó con culpa grave o dolo no goza de esa prebenda. La jurisprudencia da cuenta de ello. La Suprema Corte de Justicia (SCJ en adelante), en un caso en el que un trabajador asesinó a un compañero, desestimó un recurso de casación contra una Sentencia –de segunda instancia- que había condenado al empleador a pagar a la madre y hermanos del occiso una indemnización por la muerte de su familiar. Los argumentos esgrimidos por la corporación y pueden resumirse en: A) que en “las hipótesis del art. 7 de la normativa en cuestión de comprobarse “dolo o culpa grave” por parte del empleador se va más allá de la renta o indemnización tarifada que prevé la Ley, es decir, se puede reclamar un conjunto de “rubros” del derecho común. Dicho de otro modo, es posible exigir el pago de lucro cesante, daño material y daño moral (cf. Sent. de la SCJ No. 933/96). El patrón sólo puede ser demandado en los casos indicados, *fuera de ello*, debería iniciarse acción contra el Banco de Seguros del Estado (cf. Sent. de la SCJ No. 54/98)”<sup>64</sup>. B) Que es culpa grave aquella “*omisión injustificable... para evitar el riesgo*”<sup>65</sup> la entendió verificada porque la “empresa, estando *enterada* de estos hechos, no tomó medidas que evitaran su reiteración y que brindaran seguridad a sus trabajadores. Por el contrario, a través del Sr. KK, ordenó al Sr. CC embarcar junto con quien resultó ser la víctima de éste”<sup>66</sup>. Entiende que el empleador actuó con culpa grave, ya que “estando en conocimiento de la peligrosidad de su empleado Sr. CC, omitió las medidas elementales para apartarlo de sus funciones hasta al menos poder evaluar la entidad de su peligrosidad. Además, dispuso a través del Sr. KK que el Sr. CC embarcara...a sabiendas de que con ello daba inicio a una convivencia forzada entre ambos hombres a cumplirse en un ámbito reducido, el del buque. *No* habiendo *adoptado* tampoco previamente *medida alguna ante* los planteos y *denuncia* efectuados por el Sr. LL”<sup>67</sup>. Concluye que: “La demandada incumplió entonces con la obligación de brindar seguridad a sus trabajadores entre los que se encontraban la víctima y el victimario, lo que le era exigible en función de su calidad de empleador. El hecho dañoso era *previsible* a la luz de los extremos antes referidos. Por lo expresado se concluye que la demandada respecto de las obligaciones aludidas incurrió en culpa grave”<sup>68</sup>. C) Que cuanto al desplazamiento de la responsabilidad tarifada prevista en la Ley 16.074 por la prevista en el derecho común, cuando el empleador incurre en culpa grave o dolo, sostuvo: “Teniendo en cuenta que en el caso de autos el autor material directo del acto dañoso era un dependiente de la demandada al igual que la víctima, que actuó ilícitamente ocasionando la muerte del Sr. JJ, nada obsta a que se entienda configurada la responsabilidad indirecta del empleador”, pudiéndose el caso de autos subsumirse “como hipótesis de responsabilidad objetiva (artículo 1324 inc. 5 del CC), con *fundamento en la noción de garantía*, originado en el hecho del dependiente”<sup>69</sup>. Y culmina expresando que el acreedor damnificado “tiene ante sí a dos deudores” pudiendo optar por demandar al responsable directo conforme las reglas del artículo 1319 del CC, o contra el empleador como responsable indirecto conforme al artículo 1324 inc. 5 del CC.

10.3. *Resumiendo.* La regla ha de ser que se aplican las normas específicas del derecho laboral en primer orden y si las mismas no existen o contienen vacíos, el mismo se suple recurriendo a las normas contenidas en el Código Civil. La alusión al caso comentado refuerza nuestra posición respecto de que es factible aplicar las reglas de la ley de accidentes de trabajo en aquellos casos en que el daño deriva de un hecho ilícito producido en el *ámbito laboral*, sea este único y repentino o que por la reiteración de una serie de hechos ilícitos el resultado dañoso obedezca a causa laboral. Esta interpretación del concepto de accidente de trabajo permite cubrir no solo los accidentes en que un trabajador se cae de una escalera, sino que permite proteger a aquel trabajador que termina con su salud dañada o privado de su vida, a raíz de un hecho ilícito sea este puntual y violento o plural y reiterativo, tal lo que ocurre en casos de mobbing. Por su parte, este caso de jurisprudencia confirma lo que expusiera en el Capítulo 1 relativo a que la violencia que no se frena en sus primeras manifestaciones, frecuentemente termina en enfermedad o muerte. A casi 200 años –como pudo verse- el ámbito laboral fue escenario de sendos crímenes. En uno, los esclavos asesinaron al ama abusiva, en el otro, el hijo abusivo del dueño asesinó a un empleado. En ambos casos, el resultado podría haberse evitado si las autoridades hubieran sido más eficientes.

## 11. Conclusión

Insuficiencia de la normativa vigente y necesidad de normas específicas. En virtud de todo lo expresado, Razones de estricta justicia imponen que, tanto en casos de distrés laboral aislado, como en casos de burnout, los pacientes tengan derecho a los mismos beneficios que brinda el BSE en casos de enfermedad profesional por radiación química, por ejemplo. Por lo dicho, debería el legislador incluir las enfermedades mentales al elenco de patologías aseguradas por el BSE, en tanto las mismas tengan su origen en causas laborales.

Respecto al mobbing, el riesgo psicosocial más peligroso, mi aporte consistió en redactar y entregar al parlamento un proyecto de ley sobre acoso moral, que califica las consecuencias del mobbing como accidente de trabajo.

En cuanto al contenido del Proyecto de Ley, a cuya lectura me remito para mayor abundamiento<sup>70</sup>, puedo destacar que: A) el bien jurídico tutelado es la dignidad humana; b) el ámbito de aplicación comprende tanto a públicos como a privados; c) define el mobbing, así como al ultraje moral constituido por un único acto de gravedad; d) impone el deber de prevención; e) prevé una acción sumaria de cese de hostigamiento; f) habilita la denuncia ante la inspección general de trabajo y le otorga a esta iguales facultades de actuación ante empleadores públicos y privados; g) prevé medidas de protección a denunciante y testigos; h) establece sanciones para el denunciante falso; i) tipifica el mobbing como falta grave y configurador de notoria mala conducta; j) crea un fondo de asistencia a la recuperación de víctimas; y k) finalmente, entre otras, establece una presunción simple a favor del trabajador, como forma de aliviar la fatigosa carga probatoria que pesa sobre el mismo.

Decía Recesvinto en su *Iudicorum Liber*, que lo antiguo de los vicios exige actualizar las leyes. Personalmente, entiendo que la tarea del legislador patrio consiste en *aggiornar* la legislación oriental en materia de accidentes de trabajo, preservación de la salud psicológica en el ámbito laboral y mobbing. Confío en que, en este caso, al menos, lo importante y necesario se impondrá a lo urgente.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

CABRERA, Susana, “Las esclavas del rincón” (Montevideo, 2001), Fin de Siglo.

2

Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=KNL4lwt>.

3

Ibidem.

---



4

Ibíd.

5

Conforme lo publicado por el Diario El País, la cifra de funcionarios empleados por el Estado, asciende a unos 300.000. Cfr. <https://www.elpais.com.uy/que-pasa/uruguay-podio-regional-empleados-publicos.html> .

6

TRUJILLO PONS, Francisco y DE FRANCO ÁBALOS, María Soledad, “Uruguay y España frente al mobbing: una visión jurídica crítica”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Número 30, 2016, p. 119, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2017/03/TRUJILLO-Francisco-y-DE-FRANCO-Ma.-Soledad-Uruguay-y-Espana-frente-al-mobbing.pdf> .

7

Proyecto de Ley sobre Acoso Moral en el Trabajo, prevención, corrección y sanción, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/tramite> .

8

LEMBO, Norberto, ABADI, Mauricio y PARÉS SOLIVA, Marina, “Acoso laboral” (Buenos Aires, 2010), Anaké.

9

Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do Turno, Sentencia N° 9 de 11 de febrero de 2015.

10

Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno, Sentencia N° 85 de 29 de julio de 2015.

11

Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 13er Turno, Sentencia N° 1 de 6 de febrero de 2008.

12

CHARRUTTI GARCÉN, María del Luján, “Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador” (Montevideo, 2018), Fundación de cultura universitaria, p. 115.

13

ALONSO FERNÁNDEZ, Francisco, ¿“Por qué trabajamos?” (España, 2008), Díaz De Santos, p. 272.

14

*Ibíd.*, p. 270.

15

*Ibíd.* DÍAZ DE SANTOS, p. 270.

16

MANGARELLI, Cristina, “Acoso y violencia en el trabajo” (Uruguay, 2014), Fundación de cultura universitaria, p. 28.

17

MORENO-JIMÉNEZ, “Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socio - económico”, *ORP Journal*, 2014, p. 7, file:///C:/Users/docto/Downloads/Dialnet-LosRiesgosLaboralesPsicosociales-5454011.pdf .

18

IBÍDEM, p. 8, file:///C:/Users/docto/Downloads/Dialnet-LosRiesgosLaboralesPsicosociales-5454011.pdf .

19

DEJOURS, Cristophe, “Trabajo y desgaste mental” (Buenos Aires, sin fecha), Humanitas, p. 18.

---

20

*Ibídem*, p. 26.

---

21

*Ibídem*.

---

22

*Ibídem*.

---

23

ALONSO FERNÁNDEZ, Francisco, ¿“Por qué trabajamos?” (España, 2008), DÍAZ DE SANTOS, p. 111.

---

24

*Ibídem*, p. 113.

---

25

OMS, “La organización del trabajo y el estrés”, Institute of work, health & organisations, Serie Protección de la salud de los trabajadores número 3, p. 3, [http://www.who.int/occupational\\_health/publications/pwh3sp.pdf?ua=1](http://www.who.int/occupational_health/publications/pwh3sp.pdf?ua=1) .

---

26

ALONSO FERNÁNDEZ, Francisco, ¿“Por qué trabajamos?” (España, 2008), Díaz De Santos, p. 118.

---

27

*Ibídem*.

---

28

*Ibídem*, p. 119.

---

29

*Ibídem*.

---

30

*Ibídem*, p. 120.

---

31

*Ibídem*, p. 122.

---

32

OMS, “La organización del trabajo y el estrés”, p. 4, [http://www.who.int/occupational\\_health/publications/pwh3sp.pdf?ua=1](http://www.who.int/occupational_health/publications/pwh3sp.pdf?ua=1) .

---

33

HERNÁNDEZ, L., ROMERO, M., GONZÁLEZ DE RIVERA J. L., RODRÍGUEZ-ABUÍN, M. J., “Dimensiones del estrés laboral: relaciones con psicopatología, reactividad al estrés y algunas variables orgánicas”, Revista Psiquis, 1997; 18 (3), 1997, pp. 115-120.

---

34

ORJUELA SÁNCHEZ, Briyi, PIMÁS I TORRES, Isabel, CULEBRAS I FITÓ, Nuria, & DAVIDOCH, Carlos, “Estrés y cáncer”, Psicología Maresme, pp. 4 y 5, <https://www.psicologiamaresme.com/descarga/Estresycancer.pdf> .

---

35

*Ibídem*.



---

36

SÁNCHEZ PÉREZ, José, “Una “relación fatal”: El estrés laboral lleva al suicidio”, Revista del Trabajo y la Seguridad Social, N° 376, 2014, p. 172.

---

37

Diario El País, Uruguay, “Tasa de suicidio en Uruguay, entre las más altas de Latinoamérica” <https://www.telenoche.com.uy/nacionales/tasa-de-suicidio-en-uruguay-entre-las-mas-altas-de-latinoamerica.html>

---

38

GONZÁLEZ DE RIVERA y REVUELTA, Luis, “Síndrome de desgaste profesional. “Burnout” o síndrome del quemado”, p. 53, [http://www.psicoter.es/component/option,com\\_docman/Itemid,73/gid,223/task,doc\\_view/](http://www.psicoter.es/component/option,com_docman/Itemid,73/gid,223/task,doc_view/) .

---

39

*Ibidem.*

---

40

*Ibidem*, p. 54, [http://www.psicoter.es/component/option,com\\_docman/Itemid,73/gid,223/task,doc\\_view/](http://www.psicoter.es/component/option,com_docman/Itemid,73/gid,223/task,doc_view/) .

---

41

*Ibidem.*

---

42

*Ibidem*, p. 56.

---

43

*Ibidem*, p. 57, [http://www.psicoter.es/component/option,com\\_docman/Itemid,73/gid,223/task,doc\\_view/](http://www.psicoter.es/component/option,com_docman/Itemid,73/gid,223/task,doc_view/).

---

44

ECHEBURÚA, Enrique, SALABERRÍA, Karmele & CRUZ-SÁEZ, Marisol, Terapia psicológica, Vol. 32, N° 1, 2014, p. 68.

---

45

Colombia, Ley 1010 sobre acoso moral en el trabajo, <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/573203/887553/Ley+1010+de+2006+%28Medidas+para+prevenir%2C%20corregir+y+sancionar+el+acoso+laboral%25a27-47d2-bfab-b792b998762e>.

---

46

Deloite, “Consumo móvil”, Colombia, file:///C:/Users/docto/Downloads/Consumo%20movil(VF1).pdf .

---

47

Mensajes de WhatsApp fuera del horario laboral bordean las fronteras del acoso, Colombia, <https://www.dinero.com/empresas/articulo/acoso-laboral-en-redes-sociales-y-whatsapp/247602>.

---

48

HARASEMIUC, Víctor & DÍAZ BERNAL, Jesús, “Evidencia científica de la relación entre acoso laboral y depresión”, Medicina y Seguridad del Trabajo, V. 59, 2013, pp. 361-371.

---

49

*Ibidem*, p. 361.

---

50

*Ibidem*, p. 370.

---

51

*Ibídem.*

52

GUTIÉRREZ, Fabiana, “Contrato psicológico” (Montevideo, 2011), Fundación de Cultura Universitaria.

53

*Ibídem*, p. 52.

54

Proyecto de ley que regula el derecho del trabajador a desconectarse del trabajo fuera del horario laboral, file:///C:/Users/docto/Desktop/Proyecto%20de%20ley%20sobre%20derecho%20a%20la%20desconexion%20laboral%20Bordaberry%20oficial.PDF .

55

Anuario de Jurisprudencia Laboral, 2009, pp. 17-18.

56

Listado de enfermedades profesionales elaborado por la OIT, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms\\_125164.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms_125164.pdf) .

57

<https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/bps-contrata-auditoria-externa-creciente-deficit.html> .

58

Ponencia realizada por la autora en el marco de las XVIII Jornadas Binacionales de Derecho del Trabajo, efectuadas en Colonia en el año 2013. En el correr de 2018, este artículo fue incluido en una de las publicaciones de La Ley de Uruguay.

59

DE FRANCO, María Soledad, “El acoso moral laboral como accidente de trabajo a la luz de la normativa actual y bajo el Proyecto de Ley sobre acoso moral en el trabajo” (Montevideo, 2018), “La Justicia Uruguaya”, enero-febrero 2018, año LXXIX, Tomo 156, Derecho y actualidad 6.

60

Uruguay, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do Turno, Sentencia N° 193 de 3 de junio de 2013.

61

MANGARELLI, Cristina, “Daños en el Derecho del Trabajo” (Montevideo, 2017), La Ley Uruguay, p. 48.

62

*Ibídem.*

63

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Curso de Derecho Laboral”, Tomo II, Vol. II. Acali, Montevideo 1978, p. 170.

64

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, “Tratado jurisprudencial y doctrinario Derecho de Daños” (Montevideo, 2018), La Ley Uruguay, T. III, p. 808.

65

*Ibídem.*

66

*Ibídem*, pp. 808 y 809.

67

*Ibidem*, p. 809.

---

68

*Ibidem*.

---

69

*Ibidem*, p. 815.

---

70

Proyecto de Ley sobre Acoso Moral en el Trabajo, prevención, corrección y sanción, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125820/tramite> .

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN****8. CORRUPÇÃO E DIREITOS HUMANOS LABORAIS****8. Corrupção e direitos humanos laborais****corruption and labor human rights****(Autor)****LUCIANE CARDOSO BARZOTTO***Professora da UFRGS e Juíza do Trabalho do TRT4, Porto Alegre. lucicard@terra.com.br***Sumário:**

- [1.Introdução](#)
- [2.Direitos humanos no trabalho e suas transformações globais: o combate à corrupção](#)
  - [2.1.Direitos humanos na OIT e o trabalho decente](#)
  - [2.2.A luta anticorrupção num contexto de governança e o trabalho decente](#)
- [3.Legislação brasileira anticorrupção o compliance laboral e sua implementação](#)
  - [3.1.Custos da corrupção: a necessidade de compliance laboral preventivo](#)
  - [3.2.Soft law e trabalho decente anticorrupção](#)
- [4.Conclusões](#)

**Área do Direito:** Trabalho**Resumo:**

Este estudo analisa, em linhas gerais, a relação entre direitos humanos e o mundo trabalho a partir das novas tendências globais de combate à corrupção. Verificam-se ideias sobre trabalho decente e de governança corporativa e os principais marcos normativos na legislação brasileira.

**Abstract:**

In this study, the relationship between human rights and the world is analyzed in a general way, working with the new global trends in the fight against corruption. Part of the idea of decent work and corporate governance and the main regulations in Brazilian legislation.

**Palavras-Chave:** corrupção, direitos humanos laborais, compliance**Keywords:** corruption, labor human rights, compliance**1.Introdução**

Os direitos humanos clássicos no mundo do trabalho, segundo a OIT (liberdade, igualdade, ausência de trabalho escravo e de trabalho infantil) devem ser vistos no contexto global de direitos humanos e seus desdobramentos, com a inclusão de novos itens de trabalho decente na pauta mundial. Entre estes itens está o combate à corrupção, que pode ser considerado um elemento da agenda do trabalho decente em condições de seguridade, que significa um trabalho não sujeito aos riscos da corrupção.

Constata-se a necessidade de examinar o combate a corrupção a partir do exame das regulamentações globais da ONU, seja pelo Pacto Global de sustentabilidade do ano 2000, como pelos objetivos Desenvolvimento do Milênio de 2015, atualmente em execução, entre os quais está presente o combate a corrupção, fortemente proclamado pela Convenção de Mérida, ainda na ONU, em 2003. Perquire-se se de que modo o combate à corrupção como direito e dever de todos os cidadãos atinge especificamente, o trabalhador, na execução de seu trabalho, e o empreendedor, no exercício da livre iniciativa. Hoje há um debate grande sobre a corrupção e como ela atinge todos os níveis de desenvolvimento econômico, social, cultural, gerando pobreza, exclusão e violação de direitos. Se a corrupção se instala em instituições laborais estamos diante do paradoxo de que aqueles que deveriam proteger o ambiente de trabalho por vezes são os primeiros violadores de direitos humanos.

No aspecto normativo as questões de corrupção migraram de um espaço reservado ao Direito Penal e Administrativo para todas as áreas do direito, evidenciando a necessidade em se apostar em condutas preventivas, mesmo em âmbito laboral, a fim de se evitar que os riscos, sejam trabalhistas, ambientais, administrativos, penais, de toda a ordem, inibam iniciativas produtivas e limitem o crescimento econômico sustentável.

A corrupção sistêmica agride, além do prestígio, imparcialidade e bom desempenho público da administração, a legitimidade dos governos, a renda das nações, a economia empresarial e, não menos importante, os direitos básicos dos trabalhadores. Estes últimos ficam privados dos bens gerados pela virtuosidade econômica. Por isso se perquire se existiria um direito ou dever fundamental de participação do empregado em uma empresa que possua uma gestão e governança éticas. Se considerarmos a empresa uma comunidade, com certeza o empregado, ao participar desta comunidade, tem expectativas e motivações legítimas de contribuir pessoalmente para o êxito de um empreendimento econômico, mediante a prática de valores que se identificam com os próprios, ou de sua família, do grupo a que se vincula, ou do Estado a que pertence.

Discutir corrupção e relações de trabalho importa em implementar, no ambiente laboral em época de virtualização, digitalização, indústria 4.0, além dos procedimentos sugeridos pelas *regtechs* (*startups* de *compliance* anticorrupção) e de programas de integridade, uma dimensão global de governança contra a corrupção. Entender de corrupção nas relações de trabalho implica uma revisão sobre os direitos laborais, no sentido de que o trabalho possui uma dimensão cidadã global, tanto para empregador como para empregado, em que ambos são agentes de governança contra corrupção, em níveis diferentes. Ainda, faz-se necessário abordar as formas normativas privadas e públicas, com o devido redimensionamento do estudo da responsabilidade social empresarial e regulamentos de *soft* e *hard law*. Estes são temas que tangenciam este breve estudo.

Num primeiro momento se evidencia quais são os direitos humanos e fundamentais no trabalho a partir da OIT, o que significa o trabalho decente e quais suas transformações globais. Afirma-se que o trabalho decente possui uma dimensão ética de combate à corrupção. Encerra-se este tópico colocando-se a

questão de que se o combate à corrupção pode ser visto como direito e dever do empregado, bem como obrigação do empregador. Uma chave de resposta sobre a anticorrupção como direito inespecífico do empregado ou dever de eticidade no agir profissional. Verifica-se, a seguir uma teoria sobre o poder de luta contra corrupção (*governança anticorrupção*) e sua importância na proteção de direitos humanos no trabalho em seu atual contexto global, a partir de um instrumento gerencial, o *compliance*, que, entre outros instrumentos, no contexto da legislação brasileira, tem se alterado rapidamente. Por fim, analisa-se as responsabilidades dos atores trabalhistas num cenário de governança anticorrupção.

## 2. Direitos humanos no trabalho e suas transformações globais: o combate à corrupção

Conceitua-se direitos humanos dos trabalhadores, como os fundados na dignidade da pessoa humana que trabalha, nas suas dimensões jurídica, econômica e política. Nesta lógica dos direitos sociais a OIT, de 1919 a 1944, possuía um objetivo central: proteger os trabalhadores das práticas mais abusivas através da elaboração de normas internacionais, mediante a integração destas na legislação doméstica dos Estados membros, preferindo a concepção de direitos humanos dos trabalhadores como direitos subjetivos<sup>1</sup>. Embora alguns padrões trabalhistas possam desafiar a universalidade dos direitos humanos, dadas certas especificidades culturais, no seu conjunto, as normas tidas como princípios fundamentais são dotadas de propriedades que buscam proteger a vida e dignidade de todo ser humano no ambiente de trabalho, nas mais diversas circunstâncias. A evolução da atividade normativa da OIT demonstra que a ênfase dada aos princípios do trabalho, em 1998 através da Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, traduz uma opção da organização em favor da concepção do trabalho como princípios, especialmente de liberdade e igualdade, como fonte de direitos humanos, parte do *“jus cogens”*<sup>2</sup>. Os princípios reconhecidos pelas nações civilizadas não se encontram unicamente em tratados internacionais, mas emanam de declarações e diversos instrumentos jurídicos, que expressam o consenso da comunidade internacional, especialmente quando dizem respeito à dignidade humana<sup>3</sup>.

A OIT sempre privilegiou os princípios gerais de proteção ao trabalhador, em função de sua dignidade, como se observa no preâmbulo da sua Constituição. Estes princípios foram ampliados pela Declaração de Filadélfia, em 1944, na proclamação de que o trabalho não é uma mercadoria. No mesmo documento proclama que a paz duradoura só é possível com om base na justiça social e refere que: “a) todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, tem o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais”. Neste trecho da Declaração de Filadélfia se encontram as sementes da Declaração de 1998, relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, a tese do trabalho decente de 1999 e ainda, as ações do Pacto Global de 2000, bem como os empenhos anticorrupção assumidos pela ONU no Tratado de Mérida.

É reconhecido hoje, pela OIT, que há perigos para a dignidade humana no mundo do trabalho quando a atividade exercida está imersa em fenômenos corruptivos. A boa *performance* econômica dos países e das empresas exige a eliminação destes fenômenos sistêmicos e endêmicos. Parece que uma ideia anticorrupção para favorecer as bases de crescimento e produtividade é admitida no discurso recente da OIT ao proclamar como preocupação atual o diálogo sobre governança, o que inclui, políticas anticorrupção<sup>4</sup>.

Em outros termos, paz, justiça social, são objetivos da OIT que tendem a se atualizar hoje com discurso engajado na governança global anticorrupção. Numa acepção mais corrente, a *Transparency International* define corrupção como o *“abuso de poder para ganhos particulares”*. É este abuso do poder econômico patronal, descolado de virtuosidade produtiva e da sustentabilidade da comunidade que o mundo do trabalho, para OIT, pretende evitar para dar-se cumprimento a metas de justiça, paz e instituições sustentáveis representado pelo Objetivo 16 de Desenvolvimento Sustentável, promovido pela ONU, a ser desenvolvido numa parceria dos setores públicos e privados.

O tema da corrupção ao ser regrado em documentos de Direitos Humanos traz vantagens adicionais quanto às máximas de respeitar, proteger e cumprir por parte dos Estados e dos particulares, por uma eficácia expansiva horizontal destes direitos. Adiciona um enfoque complementar no sentido de acrescentar às disposições domésticas administrativas e penais elementos de responsabilidade dos estados, dar “status” às vítimas, enfatizar a prevenção e unificar ao discurso anticorrupção uma meta ulterior que é o respeito aos direitos humanos. Ainda é importante salientar que a corrupção mina indiretamente os direitos humanos, como decidiu a Suprema Corte da Índia em 2012, sempre quando não for tipificada uma conduta de violação direta. A OIT identificou no Comitê de Liberdade Sindical (Caso 2116, de 2001) um *case* de vinculação direta de suborno para que um líder sindical renunciasse, na Indonésia, mas, via de regra as relações entre violações e os direitos humanos laborais são indiretas<sup>5</sup>. Por isso a abordagem deve ser feita também indiretamente, mas complementariamente pela própria linguagem da OIT, pelo discurso da responsabilidade social empresarial, sustentabilidade e governança.

Um exemplo direto de violação de direitos humanos por sindicato, a partir de atos de corrupção também pode ser encontrado no caso ERE em que o Sindicato em Andaluzia, em 2011, o qual desviou valores que deveriam ser usados para recolocação no mercado de trabalho de trabalhadores despedidos coletivamente.

Nesta linha e tornando concreto o discurso da OIT, a demanda por um trabalho decente e livre de corrupção, em sentido amplo significa trabalho exercido sem gerar ganhos ilícitos pela perversão no exercício do poder econômico. O trabalho decente encontra suporte na tese de Honneth, para o qual o mercado de trabalho e o contrato de trabalho não operam em neutralidade, do ponto de vista moral, mas expressam necessidades emancipatórias e éticas do trabalhador e do empreendedor<sup>6</sup>.

### 2.1. Direitos humanos na OIT e o trabalho decente

Os direitos fundamentais no trabalho não são imutáveis porque condições sociais produtivas e conceitos evoluem e de forma vertiginosa na era da revolução da Indústria 4.0. Cria-se demandas e oportunidades novas para ação social com a consciência maior a respeito de direitos humanos, ao mesmo tempo que novos riscos e desafios. Problemas de insegurança humana e desemprego voltaram ao topo da ordem do dia política na maioria dos países diante da crise global. O apelo para dar uma face humana à economia global está surgindo de vários pontos<sup>7</sup>. Por isso a OIT desenvolveu, no final dos anos 90, a tese do trabalho decente. O trabalho decente é definido como “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>”. A Declaração de Direitos Fundamentais, de 1998 trouxe princípios que traduzem um núcleo fundamental de *jus cogens*<sup>9</sup> no que diz respeito à abolição do trabalho escravo, erradicação do trabalho infantil, não-discriminação e liberdade sindical. Eles traduzem aspectos dinâmicos da justiça social, que atualizam a Constituição da OIT, integrando-se ao patrimônio jurídico universal dos trabalhadores, mas são patamares mínimos de civilização. O trabalho decente, foi uma política da OIT adotada em 1999, no sentido de declarar os direitos fundamentais no trabalho servem para todos os setores produtivos. Inclusive os trabalhadores informais fazem jus a um trabalho justamente remunerado, em condições de seguridade, e em respeito à dignidade humana. Apontava no sentido de avançar na proteção de todo o tipo de trabalhador num mundo globalizado. Pode-se dizer que a teoria do trabalho decente ou digno autoriza que o empregado o exerça suas atividades em condições de confiança, livre de pressões para realizar atividades imorais, inadequadas ou ilícitas. Este é um aspecto contratual do trabalho decente que autoriza o empregado a negar-se, em tese, a realizar uma atividade que extrapole o que ficou convencionado como cláusula lícita do contrato de trabalho, ou objeto lícito. Daí se observa que há um conteúdo implícito na noção de trabalho decente que aponta para a sustentabilidade social, ambiental e lucrativa da atividade produtiva<sup>10</sup>, o que, por sua vez exige trabalho livre de corrupção, o que é algo que as empresas devem internalizar.

O objeto da prestação laboral deve ser lícito e produtivo e a licitude implica que o trabalho decente deve ser exercido e condições de seguridade, com menor grau de risco possível. Quando a normativa da OIT refere que o trabalho decente deve se dar em condições de seguridade relaciona-se esta seguridade à limitação dos riscos, não apenas quanto aos aspectos físicos da vida do empregado. Articula-se este conceito ao cuidado que empregador deve ter ao se engajar, enquanto dador de serviços, em direção a um ambiente sustentável, do ponto de vista dos valores cultivados pela empresa e pela sociedade. A seguridade diz respeito a uma limitação dos riscos para empregado e para a atividade econômica. O empresário inserido em atuação responsável busca limitar, para o empreendimento, os riscos. As condutas preventivas apontam para decisões empresariais éticas que antecipam riscos. A políticas globais anticorrupção adotadas no âmbito interno da empresa devem ser interpretadas juntamente com a ideia de trabalho decente, em condições de seguridade, em respeito à dignidade do trabalhador. Somente num ambiente sustentável é possível a garantia da liberdade e igualdade, que podem sempre atingir melhores graus de realização. Deste modo, o exercício do poder na empresa deve se realizar mediante uma governança de

negócios éticos, ao considerar todas as dimensões, ainda que implícitas, do trabalho decente.

## 2.2.A luta anticorrupção num contexto de governança e o trabalho decente

Trabalho livre de corrupção seria um enfoque implícito do trabalho decente, com já dissemos, em condições de seguridade. Advoga-se a tese que existe um direito fundamental inespecífico do trabalhador<sup>11</sup>, de trabalhar em condições de seguridade econômica, social, cultural, previdenciária, somado ao fato de desenvolver suas atividades em ambiente livre de corrupção, com boa governança. Este tipo de trabalho decente está fundado na história e no arcabouço normativo da OIT<sup>12</sup>. Utiliza-se aqui a noção de direitos inespecíficos fundamentais como aqueles que o empregado possui pelo simples fato de ser cidadão. Com base no art. 1º e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a este direito deve corresponder ao dever comunitário de garantir aos demais uma participação numa cidadania livre de corrupção<sup>13</sup>. Aqui recorda-se que há uma dimensão comunitária importante nas relações de trabalho<sup>14</sup>.

Portanto, ao lado dos demais direitos humanos no trabalho enunciados na Declaração da OIT em 1998, surge um direito fundamental negativo que diz respeito à ausência de corrupção no mundo do trabalho, a ser garantido em especial pelo empregador, mas com a colaboração do próprio destinatário deste dever, o empregado.

Isto fica evidenciado na necessidade de diálogo social em rumo ao que a OIT tem mencionado nova governança nas relações de trabalho<sup>15</sup>. Governança como um conceito ainda em aberto, implica em estudar as relações de poder dentro da empresa, de uma sociedade, de um Estado e como estas relações estão articuladas entre si, inclusive em termos globais<sup>16</sup>. *Governança* extrai o seu significado original do conceito de *Corporate governance* elaborado pelas escolas de administração e direito norte-americanas. O conceito de *governança* é polimorfo em suas concepções<sup>17</sup>. Implica na passagem bem delineada entre um modelo de política e administração essencialmente pública e estatal, em favor de gestão privada com elementos de transparência pública, mas não estatal, contemplando interação entre os atores decisoriais.

Nesta passagem de orientações de governança do espaço público para o privado, as Declarações de Direitos Humanos são suporte e orientação à ação das empresas. É preciso que haja uma governança global em favor do trabalho decente na medida em que se vislumbram relações estreitas com a necessidade de combate a um só tempo à corrupção e outras violações de direitos humanos, sobretudo laborais. A corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos direitos humanos e fundamentais, porquanto os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico em sua totalidade<sup>18</sup>. A existência de corrupção em qualquer segmento – público ou privado – causa algum tipo de discriminação individual e social porque se desviam recursos que seriam utilizados para promover o desenvolvimento de todos, ou de um setor necessitado, em favor de um grupo que se locupletaria indevidamente deste desvio. No âmbito da Corte Interamericana dos direitos humanos, constata-se que a corrupção impacta mais a grupos vulneráveis que já são discriminados, ou seja, aumenta a dificuldade que se alcance um trabalho decente. Quando existe a corrupção, do ponto de vista do Estado, há uma violação do princípio da progressividade da proteção em caso de direitos sociais visto que os recursos são limitados e quando não seguem a planificação original deixam de melhorar a vida dos trabalhadores de uma dada comunidade. Com a corrupção há uma vulneração dos direitos humanos por omissão na melhoria das condições sociais do trabalho<sup>19</sup>.

No plano internacional a ONU, em 2017 o Conselho de Direitos Humanos da Assembléia geral da ONU propõe projeto o qual busca implementar Resolução sobre as consequências negativas da corrupção para o gozo dos Direitos Humanos. Considera-se que a corrupção na gestão dos recursos públicos compromete a capacidade dos governos para cumprir suas obrigações de direitos sociais. Além disso, há o problema da cadeia causal dos atos corruptos: questão de responsabilidade dos estados e um problema para as empresas: emerge a tese da causalidade concorrente.

A ideia de prevenção com o núcleo de respeitar, proteger e cumprir deve trazer novos elementos: 1) trazer segurança aos denunciantes; 2) fortalecer a sociedade civil; 3) aumentar a vigilância no regime democrático, 4) incrementar a idoneidade das instituições.

Em síntese, a corrupção viola a liberdade vista como possibilidade de desenvolvimento sustentável na linha enunciada por Amartya Sen<sup>20</sup>. Se os pilares de liberdade e igualdade no trabalho ruem, atingidos pela corrupção, inexistirá possibilidade de trabalho decente.

## 3.Legislação brasileira anticorrupção o *compliance* laboral e sua implementação

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção- Convenção de Mérida (2003), no seu Preâmbulo, expressamente vincula a questão do desenvolvimento sustentável à ausência de corrupção. Ela foi adotada internamente no Brasil em 2005 e incentiva os países a implementarem legislação e política anticorrupção, com base em prevenção, repressão, cooperação internacional e retorno das divisas extorquidas do país lesado, ou seja, recuperação de ativos com a criminalização dos responsáveis. Além da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a lei nacional recebeu influências da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e da Convenção Interamericana contra a Corrupção, bem como da Convenção de Palermo, a qual inseriu a corrupção no contexto da criminalidade internacional<sup>21</sup>.

Os riscos de corrupção no setor corporativo vão além dos pagamentos indevidos (suborno), pois incluem, entre muitos outros ilícitos, obtenção de financiamento fraudulento, concorrência desleal, conluio para vencer licitações, fraude empresarial contábil, manipulação de contas e uso de informação privilegiada, relações indevidas entre fornecedores e clientes, relações indevidas das empresas com o poder público em troca de favores econômicos e políticos.

No Brasil, segundo relatório da OCDE de 2018<sup>22</sup>, as condutas mais frequentes de corrupção são uso de caixa dois, propinas para desvio dos recursos do contribuinte, fraude em contratações públicas e licitações, inclusive por empresas estatais, uso de crédito subsidiado e dos incentivos fiscais para empresas e setores específicos, subornos políticos. A OCDE indica uma série de tópicos que são úteis para vincular o trabalho de combate à corrupção setor privado com esforços vinculados às agendas de direitos humanos, emprego, ambiente e outras questões de desenvolvimento sustentável. No entanto, existem sérios problemas com a implementação das diretrizes, seja da OCDE, seja da ONU, incentivadas na Convenção de Mérida. Apesar das deficiências, estas agências oferecem indicativos fundamentais para a sociedade civil e governos. Sugere-se o uso de tecnologia da informação para o combate à corrupção, na esfera pública e na privada.

O quadro brasileiro da participação conjunta do setor público e privado no combate à corrupção começa a ser desenhado mais fortemente a partir da reforma administrativa com a Emenda Constitucional 19/98. Justamente é quando o Estado adota princípios de eficiência administrativa e permite o ingresso do terceiro setor, acentua-se a tentação da corrupção. É neste trânsito entre público e privado que as situações corruptivas, as quais sempre existiram, encontram espaço para exacerbar-se. Se a corrupção nasce do abuso de poder, interessante reportar que um antídoto seria uma teoria de governança para limitar a gestão indevida. Uma governança anticorrupção justamente deve emergir tanto do setor público quanto do setor privado, tanto dos tratados internacionais quanto das leis estatais e instrumentos privados de gestão, como são os códigos de conduta<sup>23</sup>.

O compromisso do legislador brasileiro no combate à corrupção pode ser avaliado, a nosso ver, na evolução de leis básicas. No nosso sentir os principais diplomas legais anticorrupção da legislação brasileira são a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, lei da lavagem de dinheiro, alterada em 2012; Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, lei da transparência ou acesso à informação; Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, lei anticorrupção; Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei de Proteção de dados, alteração do Marco Civil da Internet. Ainda poderia ser mencionada a Lei da Delação Premiada, Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013.

Sendo a mais importante a Lei 12.846/13, implementada a partir de 2015, a mesma deve ser analisada brevemente, em linhas gerais<sup>24</sup>. Uma primeira observação sobre o conjunto dos diplomas legislativos permite dizer que o compromisso anticorrupção deve atentar para a chamada colisão de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a Lei de Proteção de Dados, aprovada em agosto de 2018 estabelece, a grosso modo, a prevalência do interesse do indivíduo frente a utilização de seus dados, o que, em tese limitaria o potencial das investigações do poder público, no combate à corrupção, dependendo como vão preponderar os direitos numa situação concreta. Sinala-se, ainda, que a corrupção está diretamente ligada à transparência, ao acesso cívico e a difusão das informações, principalmente, por parte da Administração Pública, já regulada na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, lei da

transparência ou acesso à informação. Como a Lei n.12.846/13 estabelece padrões gerais anticorrupção, após os primeiros anos de sua aplicação vê-se a necessidade de fomento à cooperação e coordenação entre todos os órgãos de controle e a expansão da Lei Anticorrupção para abranger com maior efetividade a esfera privada<sup>25</sup>. A legislação brasileira é de natureza civil e administrativa e a tipificação de novas condutas seria interessante, como a criação do crime de enriquecimento ilícito<sup>26</sup>. A lei anticorrupção estabelece a responsabilidade objetiva da empresa por atos de corrupção praticados, em seu interesse e benefício, por seus dirigentes, empregados gestores e mesmo terceiros que a representem. É prevista a punição pela prática de atos lesivos à administração pública, como, por exemplo: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada; financiar, custear, patrocinar ou subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na lei; utilizar-se de interposta pessoa para ocultar ou dissimular seus interesses ou a identificação dos beneficiários dos atos praticados, e ainda, diversas condutas relacionadas à licitações fraudulentas. São igualmente puníveis condutas que visem dificultar investigações realizadas por órgãos públicos ou intervir em sua atuação, como previsto no inciso V, no qual se trata, especificamente da atividade de fiscalização dos órgãos públicos, como o Ministério do Trabalho, alvo de tentativas de suborno<sup>27</sup>. São atos lesivos contra a administração pública todos os atos que atentem aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A lei anticorrupção teria uma aplicação imediata para as questões de suborno direto ou indireto praticado por pessoas jurídicas no relacionamento com a administração pública nacional ou estrangeira. Prevê a Lei nº 12.846/13, art. 5º: “Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”<sup>28</sup>.

Colocadas, portanto, algumas das premissas relevantes da lei brasileira, assinalam-se os pontos de contato desta lei com as relações de trabalho. A lei brasileira anticorrupção prevê vantagens para as empresas (leniência), mas para o delator (*whistleblower*) surge uma proteção extra, lei especial, em janeiro de 2018. Porém, o incentivo maior são instrumentos de integridade anticorrupção como forma de gestão empresarial, o que passamos a analisar.

**Leniência e whistleblower.** Os acordos de leniência estão previstos na legislação brasileira em benefício da pessoa jurídica. Para as empresas que já estão sendo processadas administrativamente, como forma de cooperação e em caráter preventivo, vem previsto, no art. 16 da Lei anticorrupção, o acordo de leniência. O objetivo do acordo de leniência é fazer com que as empresas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, resultando na identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, e, quando couber, a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração. É dever da empresa a reparação integral do dano. Os pactos de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013 são “acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares envolvidos em ilícitos administrativos, por meio dos quais estes últimos colaboram com a investigação e recebem em benefício a extinção ou a redução das sanções a que estariam sujeitos por tais ilícitos”<sup>29</sup>. Pelo Decreto nº 8.420/2015, art. 30: “A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; II - ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; III - admitir sua participação na infração administrativa; IV - cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa”. Sobre acordo de leniência de pessoas jurídicas, elas terão vantagens, como se verifica pelo Decreto acima citado, desde que colaborem de modo repressivo e preventivo com o poder público para a erradicação da corrupção. Ao lado desta cooperação fica um ponto secundário o problema do emprego dos delatores<sup>30</sup>. Igualmente, ainda se tratando da delação da pessoa física, hoje no Brasil, temos a recente Lei n. 13.608, de 10 de janeiro de 2018, que criou o “*whistleblower*”, através de um canal de denúncia público, para a polícia, mediante uso de um número telefônico. Esta lei veio a sanar uma lacuna que faltava para delimitar a participação de um particular, terceiro aos fatos, numa delação. No caso de empregado, entende-se que o mesmo poderia vir a se beneficiar da referida lei. Ou seja, o empregado teria uma opção entre utilizar o canal de denúncia interno empresarial da ouvidoria, do setor de *Compliance corporativo* ou o canal público. A crítica que se faz à Lei anticorrupção é que ela não trazia garantias à pessoa física que é o delator. O denunciante detinha menos proteção que a empresa. Isso não tornava atraente os instrumentos de *compliance* laboral, os quais, ainda que aparelhados por canal de denúncias, eram desincentivo ao empregado, porque desprovidos de alguma garantia, seja de emprego, ou outra vantagem importante, ainda que temporária. A Lei n.13.608/18 expressamente previu, em favor do denunciante, prêmios e outras benesses, caso colabore com o poder público. A forma de estimular a efetivação de declarações e fornecimento de dados, documentos e informações relevantes, é trocada pelo resguardo do sigilo do denunciante e o local da denúncia passa a não ser mais a empresa<sup>31</sup>. Refere a nova Lei n.13.608/18: “(...) Art. 3º O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados. Art. 4º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Parágrafo único. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie”.

Um pressuposto implícito ao que se examina da lei é que o denunciante aja de boa-fé. De qualquer modo, o bem maior a ser protegido, no caso de denúncia por um empregado, seria o seu próprio emprego, por isso é interessante o sigilo. Enquanto por lei não forem dadas maiores garantias ao delator, além do sigilo, este tipo de direito - estabilidade provisória, por exemplo, poderia ser garantido por negociação coletiva, via sindical, códigos de conduta, ou, ainda, no âmbito de ações administrativas de judiciais de improbidade, mediante TACs- Termos de Ajustamento de Conduta, sendo este último possível mediante interpretação da Resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, de julho de 2017.

**Procedimentos de integridade: o Compliance.** Compliance ou conformidade é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico (empresa) e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores<sup>32</sup>. O instrumento de *compliance* para ser efetivo deve tratar dos diversos riscos: tanto o ambiental, o trabalhista e de anticorrupção. Diríamos que *compliance* é uma tendência de gestão empresarial que consiste no monitoramento do grau de cumprimento de diversos aspectos da legislação nacional e internacional<sup>33</sup>. Isso é feito mediante criação de instrumentos, setores e até mesmo *startups*, aplicativos, plataformas, no interior da empresa, a qual será auditada e monitorada no grau de atingimento de seus objetivos. A teoria geral do *compliance* refere que a existem certos pilares necessários visto que é um processo de conscientização envolvendo pessoas, sistemas, cultura empresarial em favor da não corrupção. Através de programas de *compliance*, as empresas reforçam seu compromisso com os valores e objetivos explicitados, primordialmente com a missão empresarial, mas com o cumprimento da legislação, seja ela nacional ou internacional. Uma tendência que se tem observado nas empresas é a conferência de que não existam violações de direitos humanos nas cadeias produtiva, de fornecimento e circulação de mercadorias. Haveria necessidade de se incentivar mais fortemente a adoção do *compliance* anticorrupção em todas as suas formas porquanto o *compliance antilavagem* de dinheiro já está presente em lei própria (Lei n. 9.613/98) a qual obriga um sistema de controle a auditoria interna para averiguação de transferências financeiras de algumas empresas que operam em setores específicos, como o bancário<sup>34</sup>. A lei anticorrupção prevê, no art. 7º: *Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.* A atenuação da pena quando houver sanções administrativas pela existência de um *compliance anticorrupção* previsto no art. 7º da Lei 12.846/13 é medida pouco atraente, porquanto é baixa a redução da multa, em caso de condenações administrativas. Outra crítica à lei diz respeito ao regime de responsabilidade administrativa capaz de impor sanções a todo um grupo empresarial e aos indivíduos, mas não deixa claro os graus e intensidade das responsabilidades, inclusive individual<sup>35</sup>. O art. 4º, parágrafo 2º da Lei 12.846/13 ampliou a responsabilidade objetiva para o grupo econômico, incluindo sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas. Em que pese a intenção do legislador quanto a estimular o combate à corrupção no contexto de conglomerados econômicos, parâmetros claros para delimitar o alcance dessa solidariedade, inexistem. Investimentos acionários e operações de fusões e aquisições tornam difícil a análise da participação dos agentes em ilícitos, por parte das autoridades. Outra dificuldade significativa foi a expansão dos trabalhos de monitoramento e diligência para entes externos à organização. A diligência feita em terceiros, o que inclui fornecedores, distribuidores, representantes, agentes e terceirizados elastece e dificulta os contornos da responsabilidade empresarial<sup>36</sup>.

O que se deve ter claro é que as políticas anticorrupção no âmbito empresarial dependem inicialmente de um poder de gestão patronal<sup>37</sup>, de uma governança corporativa que tenha a consciência da necessidade ética destas boas práticas e de uma adesão dos empregados chamados a assumirem posturas idôneas, a partir de treinamentos. A política legislativa brasileira conta com a responsabilidade social empresarial e utiliza sua versão *light*, à luz das declarações de direitos, para a erradicação da corrupção, com base em iniciativa privada voluntária, mas não fornece um suficiente apoio do ponto de vista econômico para a atuação do empreendedor, em conjunto com o setor público, no combate à corrupção. Em síntese, um sistema de combate *anticorrupção* no enfoque específico da legislação trabalhista é, de certo modo, facultativo, e representa um custo para empresa, já sobrecarregada pelas demandas produtivas setoriais. Porém, se o olhar deste custo for na ótica preventiva, o enfoque passa a ser o de investimento. O



enfoque do *compliance* anticorrupção e trabalhista pode ser efetivado em três modos de investimento: mediante um gestor de *compliance*, o *compliance officer*, um setor de *compliance*, ou, em último caso, na contratação de *startups* de *Compliance*, as *regtech*.

### 3.1. Custos da corrupção: a necessidade de *compliance* laboral preventivo

Na esfera privada, a abordagem correta e transparente deve, em primeiro lugar, ser feita por todos aqueles que trabalham dentro de uma empresa ou instituição, na forma de governança corporativa. Por isso o treinamento desempenha um papel essencial, na formulação da integridade ao identificar riscos, definir e estruturar ações. Se uma empresa que opera sistemas eficientes de combate à corrupção, aumentará a confiança dos investidores na gestão e, consequentemente, a confiança no mercado, com efeitos positivos em termos de competitividade e reputação corporativa. É o que em teoria dos jogos se chama de jogo de soma positiva. A luta contra corrupção, de um olhar construtivo, se transforma numa ferramenta de negócios que coloca em movimento um círculo virtuoso, gerando vantagens para a própria empresa.

O risco de reputação tanto do delator como o da empresa deve ser avaliado como um fator, ao lado dos outros riscos operacionais. É do interesse da empresa criar um sistema forte anticorrupção que gere valor para as partes interessadas. Este sistema deve conter: políticas normativas claras com um programa definido, treinamento constante e sistemas de controle atualizados e eficientes. Uma vez estabelecido o programa de conformidade ou integridade a empresa dispõe-se a alterá-lo continuamente, com base em novos riscos, mudanças no mercado ou nas pessoas, num *feedback* renovado.

Na legislação brasileira, entretanto, como já referido, o dever de colaborar ou delatar contido em regulamentos empresariais e programas de *compliance*, ao não indicar a garantias ao empregado delator, diminui a eficácia deste instrumento. Ao contrário, os acordos de leniência não precisam necessariamente ter cláusulas sobre este aspecto, o que dificulta a implementação dos instrumentos de *compliance*. O comportamento proativo de um *whistleblowing* (delator) no canal de denúncias ou ouvidoria, deveria vir acompanhado de vantagens visto que não existe, necessariamente, uma contrapartida segura em termos de trabalho, garantia de emprego, estabilidade provisória. A lei do delator, Lei n. 13.608, de 10 de janeiro de 2018, se prevalecer a tese de que é aplicável ao empregado, significaria uma diminuição do controle da empresa, quando o empregado optar pelo canal público.

Um sistema de conformidade eficaz de uma empresa que opera a nível global e certifica seus padrões de controle sobre as melhores práticas internacionais. Entretanto, o mesmo comportamento corre o risco de ser investigado e potencialmente sancionado, em mais de uma jurisdição, por métodos e sistemas avaliativos diversos. Com a globalização, incluindo multiplicidade de legislação, o tema *nebis in idem* (punição dupla pelo mesmo fato em mais de uma jurisdição ou na área administrativa e penal) requer melhor abordagem e preocupa as empresas multinacionais.

Sinala-se que, por mais custoso que seja um sistema de integridade, maiores ainda serão os investimentos usados para recuperar a confiança do mercado e a imagem da empresa junto ao consumidor<sup>38</sup>. Atitudes desconformes também custam caro aos gerentes corporativos, quando não perdem o próprio cargo.<sup>39</sup> As novas gerações de talentos e CEOs digitais<sup>40</sup> não aceitam trabalhar em uma empresa não ética. Algumas informações que antes eram mantidas apenas na circulação gerencial das empresas, com as facilidades de circulação de dados na era da big data, rapidamente caem no domínio público e são difundidas em todos os setores da empresa e fora dela, para os *stakeholders* e consumidores. Além disso, uma onda de transparência é hoje gerada pelo movimento de tecnologias digitais, as quais identificam transgressões corporativas nos diversos níveis e setores. Refira-se aqui plataformas digitais com possibilidades de monitoramento imediato de milhões de e-mails onde aparecem as palavras “dinheiro” e “pagamentos” ou, ainda exercem invasiva e rápida varredura digital nos computadores dos empregados identificando documentos, instrumentos ou atividades suspeitas.

Ainda que a tecnologias auxiliem o monitoramento de condutas irregulares, os sistemas de *compliance* ainda apresentam problemas de eficácia, motivo pelo qual, em âmbito de certificações privadas surgiu a ISO 37001<sup>41</sup>. Ao lado das diversas certificações sociais, ambientais, laborais, surge a ISO do *compliance*. A ISO do *compliance*, ISO 37001<sup>42</sup>, envolve sete aspectos para este instrumento seja bem avaliado, tais como: o envolvimento da alta direção, a qual deve dar o exemplo; estruturação de um departamento para supervisionar o cumprimento das ações anticorrupção (o porte da organização justifica a nomeação de um profissional ou mesmo a contratação externa de *startups-regtechs*); adoção de políticas anticorrupção; treinamento para os colaboradores; realização de mapeamento e avaliação de riscos e *due diligence* em projetos próprios e de parceiros de negócios (seguimento de *stakeholders* de toda a cadeia produtiva, cadeia de fornecimento e distribuição); implementação de controles financeiros; elaboração de procedimentos de comunicação e de investigação. A ISO 37001 é instrumento de gestão preventivo e repressivo o qual certifica setores de *compliance* nas empresas. A crítica é que esta certificação seria um *compliance do compliance*. O problema para empresa é encontrar o equilíbrio entre a inevitável rigidez de uma estrutura de regras, procedimentos e controles, e a flexibilidade necessária para realização de suas atividades comerciais. Uma questão importante a ser considerada seria “o quanto” de controle difundido pela cultura da conformidade pode inibir a iniciativa empresarial, a sua criatividade e inovação por receio de riscos, os quais são próprios da iniciativa empreendedora.

À luz de um mundo em contínua evolução, inovações e novas demandas da *lex mercatoria*, não apenas certificações, indicativos, boas leis que resolvem as fraudes, mas mudanças culturais são necessárias em todos os âmbitos corporativos que devem compatibilizar as inovações com eticidade e cumprimento.

### 3.2. Soft law e trabalho decente anticorrupção

Atualmente a *lex mercatoria* diz respeito a um direito produzido pela sociedade globalizada, pelo costume internacional, significando um direito universal em analogia ao direito dos mercadores da época medieval<sup>43</sup>. Num contexto costumeiro é que se inserem estas obrigações oriundas da discussão de responsabilidade social dos agentes privados do mercado. As normas de *soft law*, como são aquelas criadas no interior das organizações internacionais e se exprimem como princípios gerais, acordos, protocolos, relatórios, entre outros inúmeros instrumentos legislativos superabundantes que atuam como rede legislativa e são utilizadas para implementar normas de *jus cogens*.

As questões anticorrupção possuem um núcleo duro de obrigatoriedade, mas se expressam em versão leve de *soft law*. A legislação anticorrupção não está mais delimitada nos âmbitos estritos de atuação dual da *soft-law* contra *hard-law*, mas se apresentam como formas universais de condutas. A partir das inúmeras condutas corruptivas, uma abordagem global de integridade torna-se exigível<sup>44</sup>. Programas de integridade são, portanto, considerados elementos essenciais das boas práticas negociais, em nível global, implementados pelo tanto regulamento empresarial, como o código de conduta, quanto pela lei nacional, quanto os princípios do Tratado de Mérida, por exemplo.

De qualquer modo, o conteúdo destas várias fontes anticorrupção é similar, complementar coordenado, independente do meio legislativo utilizado, num verdadeiro diálogo das fontes<sup>45</sup>, tipos normativos novos ou não identificados.

As normas regulamentares de conformidade representam uma estratégia de governança global para as empresas, ou seja, um controle do poder para que ele se exerça dentro de parâmetros aceitáveis e não implique em abuso. O *compliance* significa um instrumento preventivo de gestão, mas deve ser admitido como um cumprimento de um dever patronal de manter hígido o ambiente laboral, livre dos riscos de corrupção. Do ponto de vista dos empregados um instrumento de integridade é garantia de que serão cumpridos seus direitos fundamentais clássicos de liberdade, igualdade, mas também outros direitos inespecíficos de cidadania (proteção à informação, personalidade) e de seguridade (proteção aos riscos), os quais, em conjunto, permitem o exercício de um trabalho decente.

Entretanto, outros instrumentos tecnológicos podem servir para o combate à corrupção no mundo do trabalho. O desenvolvimento tecnológico visto como instrumento na efetivação do trabalho decente é cada vez mais urgente. Na cadeia produtiva o consumidor acompanha a fabricação de certo produto e se este se originou a partir de atos de violação de direitos humanos. Este é o exemplo da indústria têxtil, a qual desenvolveu aplicativos os quais rastreiam, a partir das etiquetas das roupas, o histórico da sua cadeia produtiva, dando visibilidade aos processos de sua confecção<sup>46</sup>. Logo a tecnologia auxilia os instrumentos de *compliance* laboral e anticorrupção a um só tempo.

Entretanto, para se reforçar a ideia da vinculação da corrupção com violações a direitos humanos, finaliza-se com o tema do trabalho em condições análogas a de escravo ou forçado. Segundo a OIT, a maioria do trabalho forçado existe na economia privada, gerando lucros anuais ilícitos, vinculados com a corrupção, de 150 mil milhões de dólares, sendo que as vítimas trabalham muitas vezes em atividades silenciosas, sem fiscalização, longe do público de onde pudesse aparecer possível delator, em oficinas clandestinas, alto mar, latifúndios, ou, ainda em centros urbanos, no invisível trabalho

doméstico. O trabalho destas pessoas possui valor econômico oculto, ilicitamente explorado numa economia de mercado. Porém, a rentabilidade econômica destes trabalhos exercidos em condições degradantes não eleva a vida dos trabalhadores. Aí surge a necessidade de que o combate ao trabalho escravo envolva especialmente o setor privado, com seus códigos de conduta e sua adesão a políticas anticorrupção, programas de conformidade e tecnologias avançadas de prevenção aos abusos. Se há uma teoria que diz que os empregadores são responsáveis pelos direitos fundamentais dos trabalhadores dentro da empresa, uma nova tendência de governança surge para dizer que os direitos fundamentais dos prestadores de serviços, da cadeia de fornecimento e cadeia de circulação também são da responsabilidade do empreendedor. As pessoas que trabalham merecem ter respeito aos seus direitos fundamentais, numa forma de aplicação da tese do trabalho decente. O que se torna inviável é o ocorrido em julho de 2018, numa fazenda de café certificada pela Starbucks, no qual foram resgatados 18 trabalhadores em condições análogas a de escravo, no interior do Brasil<sup>47</sup>. Este fato demonstra que a corrupção é um mal que se apresenta em diversos modos de ganho ilícito, ainda que “certificado”.

#### 4. Conclusões

Com a corrupção, muito dinheiro é desperdiçado em transações superfaturadas as quais não geram riqueza e sequer benefícios reais no mercado, salvo para o proveito de poucos. Os recursos são limitados e quando desviados para favorecer ilegalmente alguns indivíduos destinam outros cidadãos à ausência de acesso a serviços públicos vitais. Os trabalhadores sofrem e empresas idôneas ficam sujeitas à concorrência desleal.

A luta contra corrupção, a partir de treinamento, conscientização, sanções premiais e uso de mecanismos tecnológicos, pode se transformar em uma ferramenta de negócios que coloca em movimento um círculo virtuoso, gerando vantagens para a própria empresa, para o empregado, para todos os envolvidos na cadeia produtiva.

A Lei brasileira anticorrupção, Lei n. 12.846/13, estabelece padrões gerais e está de acordo com as linhas gerais da ONU, contempladas no Tratado de Mérida. Além destes instrumentos gerais Estadais, supraestatais de prevenção, faz-se necessário para efeitos de combate a corrupção, num esquema de governança global, a participação voluntária das empresas, a qual se expressa com elaboração de compromissos em códigos de condutas, ISOs, selos, certificações e, entre outras boas práticas inspiradas pela tecnologia e instrumentos de conformidade. O que se observa é que estes padrões influenciam e são influenciados por políticas públicas, demonstrando uma intersecção virtuosa do espaço público e privado. Além disso, a empresa em versão tecnológica impõe uma nova governança corporativa em prol da responsabilidade social empresarial anticorrupção que reverterá em favor dos direitos humanos no trabalho, potencializando sua dimensão ética.

Entretanto, nenhuma política ou norma funciona de modo eficaz sem engajamento dos envolvidos, inclusive os empregados, numa mudança de valores e cultura institucional.

---

#### NOTAS DE RODAPÉ

---

<sup>1</sup>

RUBIO, Ignacio A. Donoso. Economic Limits on International Regulation: a case study of ILO standard-setting. Queen's Law Journal. Fall, 1998, núm. 189 p. 190-236.

<sup>2</sup>

URIARTE, Oscar Ermida. La declaración sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, p 151-74, abril/junho, 2000. O papel das declarações analisado por Uriarte no âmbito da declaração sociolaboral do MERCOSUL serve igualmente para a Declaração da OIT de 98.

<sup>3</sup>

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 76-102.

<sup>4</sup>

OIT: Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites. Escritório da OIT no Brasil, 2018. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-ima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_626908.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-ima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf) capturado em 13 de maio de 2018.

<sup>5</sup>

PETERS, Anne. Corrupción y derechos humanos. In TABLANTE, Carlos e ANTONIAZZI, Mariela M.(org) Impacto de la corrupción en los derechos humanos. México: Instituto de Estudios constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 23-83.

<sup>6</sup>

HONNETH, Axel, Trabalho e Reconhecimento. Tentativa de uma Redefinição, Porto Alegre: Civitas, 2008, p. 45.

<sup>7</sup>

Motivos de interesse de promoção aos direitos humanos são motivos vocacionais da OIT visto que há um consenso sobre a necessidade de definir-se patamares de trabalho justo conforme pensamento de Weiss. WEISS, Friedl. International Economic Law with a Human Face. London: Kluwer Law International, 1998, p. 106-7.

<sup>8</sup>

OIT, doc. GB 280/wp/sdg/1, de março de 2001.

<sup>9</sup>

Conforme art. 53 da Convenção de Viena. Embora seja discutível se todas as normas de direitos humanos no trabalho da OIT sejam de jus cogens, ao menos as que proibem escravidão seriam pelo menos pelo conjunto da jurisprudência da CIJ. MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. La protección internacional de los derechos humanos laborales. 2008, p. 449.

---

10

ELKINGTON, John. "25 Years Ago, I Coined the Phrase "Triple Bottom Line." Here's Why It's Time to Rethink It", *Harvard Business Review*, 25 June 2018.

---

11

ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos Laborais Inespecíficos dos Trabalhadores no Âmbito da Empresa, in: *Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o Enfoque dos Direitos Fundamentais*. Organização: Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Rubia Zanotelli de Alvarenga. São Paulo: LTr, 2015. p. 47-49.

---

12

No âmbito da União Europeia está expressamente enunciado o direito à boa governança ou à boa administração, no art. 41, da Carta dos Direitos Fundamentais. No Brasil, advoga a tese de que há um direito fundamental à boa governança, com base na Constituição Federal de 88 Ingo Sarlet e Juarez Freitas. Na esfera internacional suportam a ideia Robert Alexy e J. Canotilho.

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

---

13

Outro fundamento mais geral do direito do trabalhador a uma atividade livre de corrupção está expresso na própria Declaração dos Direitos Humanos, como uma enunciação da ideia de fraternidade nas relações de trabalho. Sinala-se que a Declaração de Direitos da OIT, de 1998, acentuou o exercício da liberdade e da igualdade como valores. Entretanto, pode-se considerar que há um valor de fraternidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, logo depois da 2ª guerra mundial, prevê no seu art. 1º: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras, com espírito de fraternidade". O artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos expressa a força da fraternidade como dever ao estabelecer que "Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível." Alain Supiot fornece teórico para aplicar a ideia de fraternidade às relações de trabalho'. A fraternidade implica, assim, um conjunto de direitos e de deveres de ajuda e de assistência entre aqueles que os une. SUPLOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 169.

---

14

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2003, p. 151.

---

15

OIT: Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites. Escritório da OIT no Brasil, 2018. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_626908.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf) capturado em 13 de maio de 2018.

---

16

MAGLIACANE, Alessia - MARTINI, Sandra Regina - RUBINO, Francesco. Le mani in tasca. Une riflessione su corruzione, alienazione e autonomia del politico. Florença - Paris: Classi, 2018.

---

17

RUBINO, Francesco. Conferenza sulla governance. Florença: Classi, 2015 (2a ed. 2016).

---

18

Neste sentido, LEAL, Rogério Gesta. Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/368/303>.

---

19

ANTONIAZZI, Mariela. Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidade democrática Y derechos humanos. In TABLANTE, Carlos e ANTONIAZZI, Mariela M.(org) Impacto de la corrupción em los derechos humanos. México: Instituto de Estudios constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

---

20

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

---

21

PIOVESAN, Flávia, RODRIGUES, Anna Dias, OLMOS, Eduardo Alonso, NUNES, Tatiana Mesquita, LIRA, Laura Fernandes de Lima. La corrupción y los derechos humanos em Brasil In TABLANTE, Carlos e ANTONIAZZI, Mariela M.(org) Impacto de la corrupción em los derechos humanos. México: Instituto de Estudios

constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 83-140.

---

22

<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>

---

23

ARAÚJO, Raul, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Estudos sobre a Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da lei nº 12.846/2013 / Coordenadores: – Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. 189 p.

---

24

MARQUES, Jade (org.). O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

---

25

Veja obra de VERÍSSIMO, Carla. Compliance – incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

---

26

<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-onu>

---

27

<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/servidor-do-ministerio-do-trabalho-em-bauru-sp-e-condenado-por-receber-propina-para-concessao-ilegal-de-beneficio>

---

28

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção comentada. Belo Horizonte: Ed Forum, 2017, p. 93.

---

29

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 280.

---

30

Cfe. Edmilson Machado de Almeida Neto <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.estudo-sobre-o-acordo-de-leniencia-da-lei-no-128462013.590387.html> Estudo sobre o Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013. Veja-se também Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) Victor Alexandre El Khoury M. Pereira, RBINF | Belo Horizonte, ano 5, núm. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016, p. 79

---

31

Cfe. [Leandro Bastos Nunes](#). <http://meusitejuridico.com.br/2018/01/17/lei-13-608-de-10-de-janeiro-de-2018-criou-o-whistleblower/>

---

32

BRASÍLIA. Guia para programas de compliance. Ministério da Justiça, jan. 2016. Disponível em: </guia-compliance-versao-oficial%20CADE.pdf>. Acesso em: 16 de ago. de 2018

---

33

JOBIM, Rosana de Souza Kim. Dissertação de mestrado Compliance e Trabalho:  
Entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado, UFRGS, 2017, Luciane Cardoso Barzotto (Orientadora).

---

34

Também verifica-se lei própria para o Compliance das empresas estatais, mantendo as estruturas internas, conforme disposto na Lei 13.303/2016.

---

35

VERÍSSIMO, Carla. Compliance – incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

---

36

A evolução da responsabilidade empresarial, no Brasil, é sentida nos seguintes diplomas legais: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (artigo 25 da Lei 7.492/1986); Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (artigo 11 da Lei 8.137/1990); Lei de Defesa da Concorrência (artigo 32 da Lei 12.529/2011); Lei de Defesa do Meio Ambiente (artigo 2º da Lei 9.605/1998); Lei de Lavagem de Dinheiro (artigo 12 da Lei 9.613/1998); Lei de Defesa do Consumidor (artigo 75 da Lei 8.078/1990).

---

37

AGUIAR, Antonio Carlos. Compliance um direito fundamental nas relações de trabalho: uma marca da hipermodernidade. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 79, núm. 10, p. 1227-1241, out. 2015.

---

38

Veja-se o case da OTE é o mais importante provedor grego no setor das telecomunicações que pagou caro após denúncias de corrupção.

---

39

Veja-se notícias de CEO da Fargo que abria contas a revelia de clientes, deve que devolver mais de US\$28 milhões, tendo saído do cargo em 2016; CEO da Intel saiu do cargo em 2018 após violação de regra de “não confraternização”, por manter relacionamento com colega; diretor criativo da Guess indenizou cinco mulheres por assédio, em US\$500 mil cada, e saiu do cargo em julho de 2018. <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/07/etica-na-era-digital-o-ceo-esta-nu.html>.

---

40

<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/07/etica-na-era-digital-o-ceo-esta-nu.html>. Até meados de junho, no Brasil, a investigação Lava jato condenou 132 pessoas — entre elas, presidentes e altos executivos das maiores empreiteiras do país, como nos casos como Siemens levaram à condenação de gerentes por corrupção.

---

41

[https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso\\_37001\\_anti\\_bribery\\_mss.pdf](https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_37001_anti_bribery_mss.pdf)

---

42

MARQUES, Jade (org.). O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

---

43

FRADERA, Vera Jacob de. O Caráter Internacional da CISG. In: Venosa, Sílvio de Salvo; Gagliardi, Rafael Villar; Terashima, Eduardo Ono (Orgs). A convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Atlas, 2015. p. 207.

---

44

<https://www.transparency.org/glossary>

---

45

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. São Paulo: Revista Doutrinas Essenciais de responsabilidade Civil, vol. 4, p. 57 - 90, out / 2011. Usamos o termo de Benoit Fridman.

---

46

Folha de São Paulo, 15 de setembro de 2018. Setor da moda investe para dar transparência à produção.

---

47

<http://reporterbrasil.org.br/2018/08/fazenda-de-cafe-certificada-pela-starbucks-e-flagrada-com-trabalho-escravo/> acessada em 29 de agosto de 2018.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL****1. A 'SIMBIOSE' ENTRE A VIDA PRIVADA E A VIDA PROFISSIONAL DO EMPREGADO DIANTE DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL****1. A 'Simbiose' entre a Vida Privada e a Vida Profissional do Empregado Diante da Quarta Revolução Industrial****The 'Simbiose' Between the Private Life and the Professional Life of the Employee Before the Fourth Industrial Revolution****(Autor)****ALINNE MARCI CORRÊA BARBOSA**

*Alinne Marci Corrêa Barbosa Advogada trabalhista pós-graduanda pela Universidade Estadual de São Paulo- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.  
alinne.marci@tmradvogados.adv.br*

**Sumário:**[1.Introdução](#)[2.Contrato de trabalho](#)[2.1.Poder empregatício](#)[2.2.Poder diretivo do empregador](#)[2.3.Poder de regulamentar do empregador](#)[2.4.Poder fiscalizatório do empregador](#)[2.5.Poder disciplinar do empregador](#)[2.6.Vida privada do empregado](#)[3.Quarta revolução industrial: o rearranjo das interações entre empregados e empregadores](#)[3.1.Limites ao poder fiscalizatório do empregador](#)[4.A 'simbiose' entre a vida privada e a vida profissional do empregado diante da quarta revolução industrial](#)[5.Considerações finais](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumo:**

É inegável que a quarta revolução tem impactado o mundo laboral, modificando os modos de produção e os modelos de gestão ao ponto de o trabalho deixar de se restringir a um escritório ou fábrica. Desse modo, com o uso de tecnologias, a fiscalização do empregador, na quarta revolução industrial, tende ser mais impessoal e flexível, a exemplo do que ocorre no teletrabalho e do smart work. Todavia, apesar das novas formas de gestão apresentarem-se mais flexíveis, o poder diretivo do empregador não desaparece e para tanto, quando se utiliza ilimitadamente as ferramentas tecnológicas como forma de controle ou para obter mais produtividade, viola-se a vida pessoal do trabalhador e acarreta um contexto preocupante na medida em que não se estabelece mais uma distinção entre a vida privada e a vida laboral do trabalhador, principalmente nos casos de trabalhos remotos, conforme destacou um recente relatório divulgado pela OIT e a Eurofund. Nesse sentido surge a seguinte problemática: qual o limite do poder diretivo e fiscalizatório do empregador ante a 'simbiose' entre a vida privada e profissional do trabalhador ininterruptamente conectado?

**Abstract:**

It is undeniable that the fourth revolution has impacted the world of work, changing production modes and management models to the point that work is no longer confined to an office or factory. Thus, with the use of technologies, employer supervision, in the fourth industrial revolution, tends to be more impersonal and flexible, as in telework and smart work. However, although the new forms of management are more flexible, the managerial power of the employer does not disappear and for that, when the technological tools are used unlimitedly as a form of control or to obtain more productivity, the personal life of the worker is violated and entails a worrying context in that no further distinction is made between private and working life, especially in the case of remote work, a recent OIT and Eurofund report noted. In this sense, the following problem arises: what is the limit of the directive power of the employer before the symbiosis between the private and professional life of the worker uninterruptedly connected?

**Palavras-Chave:** indústria 4.0, novas formas de gestão, poder diretivo do empregador**Keywords:** industry 4.0, new forms of management, directive power of the employer**1.Introdução**

Sabe-se que o direito vive em constante mutação, com o intuito de acompanhar as evoluções advindas do meio social no qual é inserido. Com o direito do trabalho não seria diferente, posto que, este ramo específico do direito acompanha as mudanças sociais e políticas em uma determinada sociedade, as quais acontecem, muitas vezes, com uma rapidez assustadora. Nessa linha, o direito do trabalho, para se adequar aos novos rumos propostos pelas revoluções industriais, sofreu mudanças drásticas ao longo da história, acompanhando as relações de trabalho que surgem diante das descobertas de diferentes meios de produção.

No atual contexto histórico, com o avanço das novas tecnologias e o fenômeno da quarta revolução industrial, o direito do trabalho se viu novamente obrigado a se rearranjar diante das modernas relações de trabalho, as quais se diferem das relações de trabalho conhecidas como típicas ou *standards*, as quais, atualmente, vem perdendo espaço para relações de trabalho mais flexíveis, como por exemplo os teletrabalhos, os *smart work* e *home work*. Diante dessa transmutação que se estabelece, a relação entre empregado e empregador também sofre um grande impacto. Com isso, torna-se frequente

nos depararmos com relações trabalhistas nas quais o poder diretivo do empregador, diante de ampla inovação tecnológica a seu dispor, torna-se menos impositivo e mais flexível, ao passo que, a fiscalização poderá ser exercida de forma mais acentuada. Quanto a figura do empregado, com o uso da tecnologia, agora, lhe é oferecido um mundo com muitas vantagens, no qual há possibilidade de conexão ao trabalho por rede, podendo a prestação de serviço ocorrer à qualquer hora e em qualquer lugar, como por exemplo, em sua casa, em um parque, em uma biblioteca, ou seja, qualquer lugar além da estrutura física da empresa, diferentemente do que ocorria com as relações de trabalho chamadas *típicas*. Todavia é inegável que de frente desse mundo novo começam a surgir várias preocupações no direito do trabalho, principalmente no que se refere a flexibilização das relações trabalhistas.

Nessa perspectiva, este estudo tem como principal objetivo, através de uma pesquisa bibliográfica, estudar o impacto oriundo com as possibilidades ofertadas pelas tecnologias e a quarta revolução industrial no direito do trabalho, as quais serviram de estímulo para reorganização do trabalho, com enfoque no poder diretivo e fiscalizatório do empregador de frente a simbiose que pode ocorrer entre a vida privada e profissional de um empregado que permanece conectado a qualquer hora ou em qualquer lugar.

## 2. Contrato de trabalho

A relação empregatícia, considerada uma das modalidades do gênero relação de trabalho ou contrato de trabalho<sup>1</sup>, terá relevância para o presente estudo, na medida em que, trataremos da figura do empregado e empregador. A relação empregatícia, para assim ser denominada, deve reunir alguns elementos fático-jurídicos: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador; b) pessoalidade do trabalhador; c) não eventualidade; d) subordinação ao tomador dos serviços; e) onerosidade<sup>2</sup>. Diante disso, cumpridos os requisitos acima, podemos afirmar que estamos diante de uma relação empregatícia e nesse caso, consequentemente, estará presente a figura do empregado e do empregador.

De acordo com a legislação vigente no Brasil<sup>3</sup>, empregado é aquele que se coloca à disposição do tomador dos serviços (subordinação), pessoalmente, de forma não eventual e há uma contraprestação (onerosidade) aos serviços prestados. Entretanto, é importante esclarecermos que a definição de empregado não está descrita em leis trabalhistas de todos os países industrializados, sendo que, em vários países a análise da figura do empregado fica a cargo da jurisprudência, de acordo com cada caso concreto<sup>4</sup>. Por outro lado, em linhas gerais, empregador é aquele que admite o empregado mediante salário e assume seu poder diretivo sobre ele. Dessarte, considerando os elementos fático-jurídicos acima, de modo geral, pode-se afirmar que estamos diante de um vínculo empregatício.

No contrato de emprego, existe uma pactuação de vontades entre as partes sobre a prestação de serviços, de forma livre. Todavia, o Estado utiliza-se do seu poder de intervenção sobre essa relação, estabelecendo normas a serem respeitadas, com o intuito de tornar a relação empregatícia menos desigual frente aos poderes conferidos ao empregador e a subordinação na qual o empregado é inserido. Nesse prisma, os poderes, diretivo, fiscalizatório e disciplinar do empregador, não são ilimitados pois esbarram nas normas impostas pelo Estado, com o intuito de preservar vários direitos dos empregados, principalmente no que se refere a dignidade deste, a sua integridade moral, a vida, a privacidade, a intimidade e a saúde, impedindo que aquele exerça de forma exacerbada os poderes que lhe foram conferidos em razão do contrato empregatício.

### 2.1. Poder empregatício

É inquestionável que, em um contexto empregatício, o empregador, estando em um patamar superior em relação ao empregado, pois é responsável pela contratação, direção e remuneração, detém em suas mãos enorme poder e influência sobre este, que por sua vez, é subordinado àquele. De acordo com Delgado<sup>5</sup> “Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego”. Em linhas gerais, no vínculo empregatício, há a presença intrínseca da subordinação, sendo esta definidora desse poder do empregador sobre a obediência do empregado. Diante disso, entende-se que:

A subordinação consiste na situação jurídica que emana da relação de emprego através da qual o empregado permite que sua força de trabalho seja utilizada como fator de produção na atividade econômica exercida por outrem, comprometendo-se a aceitar o poder de direção do empregador no sentido de dirigir a sua prestação pessoal de serviços<sup>6</sup>.

Nesse sentido, compreende-se que na relação de emprego, as partes assumem várias obrigações, as quais devem ser cumpridas. O empregado, dentre tais obrigações, tem o dever de prestar serviços ao empregador, com assiduidade e mediante subordinação. Quanto ao papel do empregador nessa relação, cabe a ele, o dever de assalariar e fornecer trabalho. Ademais, cabe ao empregador utilizando-se do poder empregatício que lhe é conferido, direcionar, fiscalizar, regulamentar e punir o empregado, respeitando os limites impostos nas normas trabalhistas vigentes.

Isto posto, Delgado divide o poder empregatício nas seguintes modalidades: *poder diretivo*, *poder de regulamentar*, *poder fiscalizatório* e *poder disciplinar*; ressaltando que, quanto ao poder de regulamentar e fiscalizar alguns doutrinadores entendem que são extensões do poder diretivo do empregador<sup>7</sup>.

### 2.2. Poder diretivo do empregador

O poder diretivo, também denominado de poder organizativo ou de comando, de modo geral, consiste nas prerrogativas disponíveis ao empregador, com o intuito de organizar a estrutura da empresa, havendo a possibilidade de criação de regras internas de organização e direção que devem ser seguidas pelo empregado. Como exemplo de tais regras podemos citar a estipulação de jornada de trabalho, definição de funções a serem desempenhadas e ainda, qual a remuneração será paga como contraprestação, dentre outras formas de externalização desse poder. Nesse sentido, assevera-se que, o poder diretivo: “...seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços”<sup>8</sup>.

Dito isso, o poder diretivo do empregador de um lado, está intrinsecamente relacionado a subordinação do empregado do outro lado:

Ao ser contratado pela empresa o empregado transfere ao empregador o poder de direção do seu trabalho, passando a ser subordinado ao mesmo. Assim estrutura-se a relação jurídica objeto do direito do trabalho: de um lado o poder de direção reconhecido pela ordem jurídica ao empregador e exercido como contrapartida aos riscos da atividade econômica inerentes à atividade empresarial; de outro lado: o estado de subordinação do empregado, que se submete às regras de caráter hierárquico emanadas do empregador<sup>9</sup>.

No Brasil, por exemplo, o poder direito do empregador está previsto, mesmo que de forma indireta, no artigo 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>10</sup>. Entretanto, o poder diretivo do empregador, assim como o poder fiscalizatório, geram bastante discussões, posto que, o empregado fica sujeito às ordens e vigília do empregador, o qual detém sua força de trabalho e consequentemente, impõe ao empregado o cumprimento de deveres de obediência. Portanto, uma das questões que mais gera polêmica diz respeito às estas prerrogativas do empregador (dirigir e fiscalizar). Face ao exposto, indaga-se essas prerrogativas são ou não absolutas? Onde se estabelece o limite dos poderes de dirigir e fiscalizar conferidos ao empregador?

### 2.3. Poder de regulamentar do empregador

Quando falamos em poder de regulamentar do empregador, logo o associamos ao regulamento interno de uma empresa. De fato, o ato de elaborar um regimento interno em uma empresa faz parte do poder regulamentar do empregador, mas não apenas isso. Em várias empresas podemos não encontrar o regulamento interno, escrito, conforme conhecemos, o que não significa que o poder regulamentar não existe, pois ele também está presente na criação de planos de metas e carreira, regras contratuais unilaterais fixadas no ato da contratação, elaboração de circulares, convenções ou acordos coletivos, instruções quanto a vestimenta e demais atos praticados através do poder diretivo do empregador, com o intuito de regulamentação interna da empresa, seja de forma verbal ou expressa. Diante disso, muitos consideram o poder de regulamentar uma extensão do poder diretivo. Nessa senda, Delgado esclarece que, “para a vertente interpretativa dominante a atividade regulamentar seria simples meio de concretização externa das intenções e metas diretivas colocadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”<sup>11</sup>.



#### 2.4. Poder fiscalizatório do empregador

O poder fiscalizatório do empregador, também é conhecido como poder de controle, e é utilizado por este para acompanhar o desempenho ou desenvolvimento das atividades laborais, as quais são realizadas pelo empregado dentro do espaço empresarial. Assim, o ato de fiscalizar e controlar, por exemplo, a jornada de trabalho, a qualidade ou quantidade da produtividade, o uso de equipamentos de segurança, e várias outras atividades, são atitudes que externam o poder fiscalizatório do empregador. O poder fiscalizatório é essencial para manter a ordem estrutural e produtiva da empresa, e com o passar dos anos e o uso de tecnologias e aprimoramentos dos meios de produção, passou a ser muito mais eficaz e intenso. Atualmente, com instrumentos tecnológicos tem-se uma fiscalização em rede, e é possível fiscalizar um grande número de funcionários, setores e até filiais quando necessário, o que não era possível sem o advento da tecnologia.

#### 2.5. Poder disciplinar do empregador

No que se refere ao poder disciplinar do empregador, este se estabelece frente ao descumprimento pelo empregado das regras advindas do contrato de trabalho, tanto daquelas impostas pela lei ou pelas convenções ou acordos coletivos, quanto aquelas regras contratuais internas, criadas a partir do poder regulamentador pelo empregador. Dessa maneira, o empregador tem autonomia para aplicar ao empregado, as penalidades, através de sanções disciplinares como advertências, suspensões ou até mesmo, em caso de faltas graves, a despedida por justa causa. Diante disso, observa-se que o poder disciplinar pode ser preventivo ou repressivo, dependendo da falta do empregado: “O poder disciplinar age preventiva e repressivamente na manutenção da ordem da empresa e do bom ambiente de trabalho. Atua preventivamente, através de medidas profiláticas, defendendo a ordem antes que ocorra a lesão. Atua repressivamente, depois da ocorrência da lesão, através da aplicação das sanções disciplinares, com vistas à restituição da ordem interna e para servir de exemplo ao empregado para que não reitere na prática faltosa”<sup>12</sup>.

#### 2.6. Vida privada do empregado

De acordo com o exposto anteriormente, na relação emprego, sempre há a presença do empregador e empregado, e este, por sua vez, presta serviços de forma subordinada àquele. Parte da doutrina criou algumas teorias sobre a forma na qual a subordinação se estabelece, hierárquica, econômica técnica ou jurídica, sendo essa última a doutrina prevalecente: “prevalece a teoria da subordinação jurídica que explica a posição do empregado perante o empregador, para demonstrar que não é a sua pessoa, como equivocadamente sustentou a doutrina clássica italiana da subordinação como status, mas o modo como seu trabalho prestado, é o objeto do contrato”<sup>13</sup>.

Nesse viés, analisando o conceito acima, a subordinação do empregado face ao empregador, deve ser respeitada levando-se em consideração o modo como o trabalho é prestado, o que não se confunde com a pessoa do empregado, inclusive nos momentos em que não há a prestação de serviço. Diante disso, ao empregado, ainda que subordinado ao empregador em razão da força de trabalho ofertada, lhe são asseguradas várias garantias e direitos fundamentais como trabalhador e acima de tudo, como pessoa humana. Assim, vale ressaltar que “a incidência dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho está diretamente ligada com a necessidade de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador e estabelecer um limite ao exercício do poder diretivo do empregador”<sup>14</sup>.

Dessarte, importante salientar que, atualmente, a ideia de direitos fundamentais conferidos ao humano é tratada de forma universal, inclusive pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo inegável que as sociedades, de um modo geral, consagram tais princípios, tanto advindos da pessoa humana como do trabalhador. O tema sobre direitos fundamentais é de tamanha relevância para o direito do trabalho, pois é aí que podemos aferir limites aos poderes conferidos ao empregador. Romita define os direitos fundamentais como sendo: “fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Estes é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa”<sup>15</sup>.

A Constituição Federal Brasileira, em seu art. 1º, inciso III<sup>16</sup>, prevê a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais. Por seu turno o inciso IV do mesmo artigo, prevê os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, também como direitos fundamentais. Ainda, no art. 170 da Constituição tem-se a valorização do trabalho humano. Nesse sentido, a livre iniciativa e a valorização do trabalho devem-se equilibrar para manter a ordem social e econômica, servindo a valorização do trabalho como um limite à iniciativa privada e o poder de direção do empregador. Assim, os princípios acima são essenciais na relação social, e principalmente na relação trabalhista, e devem ser respeitados.

Arelados aos princípios acima citados, podemos citar os princípios da intimidade e da vida privada, também previstos na Constituição Federal Brasileira em seu art. 5º<sup>17</sup>. De acordo com Nascimento, “O direito à intimidade, por estar consagrado expressamente no texto constitucional, é oponível ao empregador, devendo ser respeitado, independentemente do fato de o trabalhador figurar numa relação de emprego”<sup>18</sup>. Nessa perspectiva, o direito à intimidade do empregado é inseparável da sua personalidade e persegue-o tanto na vida privada quanto na vida profissional. O autor acima citado complementa que: “O direito a vida privada está relacionado com o respeito à vida exterior da pessoa humana no âmbito das seguintes esferas: vida familiar, vida profissional, liberdade e inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondências, sigilo de comunicações, convicção sexual. É o conjunto de atributos que cada pessoa elege para fazer parte de sua vida privada e mantê-la a salvo de intromissões indesejadas de estranhos”<sup>19</sup>.

No mesmo sentido, quanto ao direito à intimidade, preleciona Romita que “a intimidade é um direito da personalidade do indivíduo e, portanto, direito do trabalhador no âmbito da relação de emprego. Proteger a vida privada significa assegurar proteção a certos aspectos da vida íntima da pessoa, que tem o direito de resguardá-los da intromissão de terceiros”<sup>20</sup>.

Ainda, além do princípio da intimidade e vida privada, os quais acompanham o ser humano, podemos citar o direito a honra e a imagem, também consagrados pela Constituição Federal Brasileira no art. 5º citado acima.

Verifica-se que no Brasil, os direitos fundamentais e da personalidade do empregado encontram-se previstos na Constituição do País. Nesse sentido, desrespeitados os direitos fundamentais do homem, inclusive como trabalhador, o Estado tem como dever, de proteger o empregado com a máxima efetividade possível, empregando os dispositivos acima consagrados e demais leis vigentes no país.

### 3. Quarta revolução industrial: o rearranjo das interações entre empregados e empregadores

Conforme já ressaltado, em uma relação de emprego, o empregador detém o poder empregatício, podendo utilizá-lo para dirigir, fiscalizar, regulamentar e disciplinar seus empregados com o intuito de manter a ordem e a organização empresarial. Todavia, diante das novas tecnologias que vem revolucionando os meios de produção, o rearranjo das relações de trabalho, inclusive das relações empregatícias, é medida que se impõe, até mesmo para a sobrevivência do direito do trabalho. Diante desse rearranjo, o direito do trabalho, mesmo que a passos lentos, vem reelaborando conceitos que permaneceram inalterados durante vários anos, e, como exemplo, podemos citar a reelaboração do conceito de subordinação, aceitando-a em um grau mais brando, como nos trabalhos em domicílio, agora possíveis com o uso de tecnologias. Barros esclarece que, no caso da prestação de serviço a domicílio “a subordinação tem como substrato a livre manifestação volitiva das partes, isto é, tem base contratual, sendo, portanto, compatível com os princípios da igualdade e da liberdade”<sup>21</sup>.

Nesse cenário globalizado, o qual proporciona uma gama de novas tecnologias para as relações de trabalho, inclusive para as relações empregatícias, as formas tradicionais de interação entre empregador e empregado, as quais se estabeleciam apenas através da presença física do trabalhador todos os dias na sede da empresa, sempre o mesmo horário de trabalho, vem sendo alteradas. Essas relações de trabalho apresentavam, como principal característica, a subordinação intensa do empregado, e o empregador, por outro lado, exercia o poder diretivo no mesmo grau. Ocorre que, nas novas relações, principalmente aquelas que permitem o teletrabalho, essa dinâmica tradicional, conforme já mencionado antes, vem cedendo espaço não só para uma subordinação em grau acentuado, mas também para um poder diretivo menos pessoal.

É inegável que essas formas de trabalho a distância apresentam ao empregado várias vantagens atrativas, como por exemplo, não ter que sair da comodidade de sua residência, evitando assim, as aventuras em trânsitos caóticos, principalmente nas grandes metrópoles, e assim, obtém-se maior otimização do seu próprio tempo de trabalho, mais liberdade no modo de produção, etc. Entretanto, apesar dessas formas de trabalho ofertarem diversas vantagens sedutoras para o empregado, também ofertam várias desvantagens, pois, muitas vezes, sendo o empregado responsável por organizar e administrar seus próprios horários de trabalho, há grandes chances que este perca a noção de tempo de descanso e tempo de trabalho, formando-se assim, uma miscigenação entre os dois tempos, de modo que, o trabalhador não consiga mais distinguir a sua vida privada da sua vida laboral ou profissional. Ainda, importante salientar que, nessas relações há uma forte tendência em modular-se também o poder fiscalizatório do empregador, transmutando-o, pois, fiscaliza-se menos os horários de trabalho, dando-se enfoque a fiscalização da produção e de cumprimento de metas, diante do mercado competitivo que se impõe e da grande oferta de informação existente. Nesse seguimento, passam a surgir dúvidas e discussões quanto a esse poder fiscalizatório do empregador que agora, sai do campo estrutural da empresa e adentra, muitas vezes, a residência do empregado ou qualquer outro local que esteja ocorrendo a prestação de serviço. No mesmo viés, pode-se indagar se há limitação de horários para que o empregador exerça seu poder de fiscalização sobre um empregado que se conecta ao trabalho a qualquer hora.

### 3.1.Limites ao poder fiscalizatório do empregador

Com a inclusão das novas tecnologias no mundo do trabalho, as relações de trabalho que foram se estabelecendo se distanciam cada vez mais das relações tradicionais que conhecíamos, nas quais os empregados exerciam suas atividades do interior das fábricas, conforme o modelo fordista. Verifica-se que, nessas novas relações de trabalho o local de prestação de serviço não é realizado apenas dentro da estrutura concreta da empresa, não podemos dizer que nesses casos a subordinação não mais existe, assim como o poder diretivo do empregador, esses elementos existem sim, mas podem ocorrer em graus mais atenuados conforme mencionado anteriormente:

O fato de o empregador ter permitido que o trabalhador execute as atividades em seu domicílio não significa que tenha renunciado o poder diretivo. O controle é exercido sobre a atividade desenvolvida e sobre o resultado final do produto, devendo o empregado a domicílio ater-se às ordens preventivas e sucessivas, sem nenhuma margem de discricionariedade.<sup>22</sup>

Nesse sentido, percebe-se que, no caso das relações de trabalho, nas quais a prestação de serviço é desenvolvida pelo empregado em local diverso de onde é estabelecida a empresa, os poderes diretivos e fiscalizatórios vão além do espaço empresarial, pelo menos daquela estrutura que conhecemos, como uma fábrica ou um escritório, por exemplo. Por conseguinte, diante desse cenário, no qual o empregador se viu obrigado a adequar seu poder diretivo, do mesmo modo, encontrou no uso das tecnologias novos meios de fiscalização do seu empregado e é inegável que, com esses meios revolucionários em mãos, o empregador pode exercer o poder fiscalizatório de forma mais intensa, tanto para os empregados que trabalham dentro da empresa, como aqueles que laboram no exterior da empresa.

Assim, dentre os instrumentos tecnológicos usados por empregadores, com o propósito de fiscalizar as atividades do empregado, podemos citar: aplicativos de celular; internet, e-mail corporativo; programas de computador desenvolvidos para avaliar controles de jornada e de produção. Conforme já mencionado, esse mundo tecnológico é novo para o direito do trabalho, e vários dos métodos de fiscalização estão sendo questionados pela doutrina e jurisprudência trabalhista, pois podem sair do campo da vida profissional do empregado e invadir sua vida privada. Atualmente, diante dessa onda de tecnologia que avança de forma assustadora, empresas chegaram ao ponto de criar um crachá inteligente, capaz de monitorar e gravar as conversas dos funcionários, no local de trabalho, no horário de trabalho, na pausa para as refeições, ou seja, o dispositivo rastreia e monitora a qualquer hora os funcionários dentro da empresa. Verifica-se, portanto que, os meios de fiscalização do trabalhador são tantos e permite coisas que há pouco tempo atrás não eram possíveis.

Diante dessas novas possibilidades de fiscalização acima descritas, há que se ressaltar que, apesar do direito do trabalho acompanhar em passos lentos o avanço tecnológico, pode-se afirmar que, o poder fiscalizatório do empregador não se torna absoluto, mesmo diante dessa gama de tecnologias a sua disposição e da ausência de regulamentação específica sobre o uso e limitação de cada instrumento tecnológico e, conseqüentemente, o empregador não pode utilizar de maneira indiscriminada e ilimitada os instrumentos disponíveis para a fiscalização do empregado. Assim, o poder fiscalizatório encontra limites nos princípios protetores do empregado, tanto no ambiente estrutural da empresa quanto fora dele, inclusive para aqueles que trabalham à distância.

Conforme já mencionado o direito do trabalho encontra dificuldades para acompanhar as mudanças advindas dessa crescente onda tecnológica e cada país irá caminhar a seu modo, em ritmos diferentes uns dos outros. A Consolidação das Leis do Trabalho no Brasil, por exemplo, acabou de ser atualizada através da Lei 13.467 de 2017, mas nessa atualização não foi dada a devida atenção quanto aos rearranjos das relações de trabalho com a inserção das tecnologias no mundo trabalhista, deixando a Lei de tratar de um assunto inevitável e de extrema importância. Há sim, um dispositivo na referida Lei tratando sobre o teletrabalho, de forma bem superficial, mas, quanto as formas de uso das tecnologias nas relações de trabalho, mais especificamente sobre o limite dessa utilização, tanto pelo empregado como pelo empregador, nada foi tratado, o que pode gerar infindáveis controvérsias para os juristas brasileiros. Contudo, conforme já mencionado anteriormente, apesar de não haver previsão de limites e sanções ao uso do poder diretivo e fiscalizatório do empregador nas leis infraconstitucionais, a Constituição Federal Brasileira tutela os direitos fundamentais do trabalhador e assim encontramos a proteção devida ao trabalhador. Nascimento complementa que, o poder diretivo do empregador, incluindo nesse caso o poder de controle e o disciplinar, importa na redução da privacidade do empregado, mas a “Constituição Federal de 1988 rejeita a adoção de condutas de fiscalização e de controle que possam assumir caráter discriminatório ou ofendam a intimidade, vida privada, honra e a imagem do trabalhador”<sup>23</sup>.

Em Portugal, por outro lado, no Código do Trabalho, há uma seção dedicada aos direitos da personalidade do empregado, como reserva à intimidade e à vida privada, direito de ter resguardados seus dados pessoais e biométricos, e os artigos 20º e 21º do Código<sup>24</sup>, tratam especificamente dos meios de vigilância à distância, no qual há a previsão de utilização desses meios, mas diante de justificativa pela empresa, fundamentada na segurança de pessoas ou bens, mediante autorização de uma Comissão de proteção de dados e, desde que essa vigilância seja informada ao trabalhador através de comunicados afixados no local de trabalho. Por sua vez, o art. 22º do mesmo diploma legal protege o envio e recebimento de mensagens pessoais do empregado através do correio eletrônico, resguardando o direito à privacidade nesse aspecto, o que não impede o empregador de estabelecer as regras para utilização desse dispositivo no ambiente laboral.

Entretanto, por mais que haja uma regulamentação sobre tais aspectos, com o avanço tecnológico tudo se tornou novo aos olhos do Direito do Trabalho, sendo inegável que o Judiciário encontra-se diante de uma tarefa árdua na aplicação de tais dispositivos a cada caso concreto. Redinha<sup>25</sup> entende que os dispositivos do Código do Trabalho de Portugal acima citados, tratam-se de normas genéricas, com a ausência inclusive de uma sanção mais específica em caso de descumprimento e que, diante desse empecilho, deve-se aplicar dois princípios que estão sendo utilizados pela jurisprudência comparada, quais sejam: o princípio da proporcionalidade e da adequação: “só deve ser permitido o estritamente necessário sem sacrifício de bens jurídicos superiores, para que se encontre um justo equilíbrio entre a necessidade de assegurar a livre gestão dos meios produtivos e dos interesses individuais”.

## 4.A ‘simbiose’ entre a vida privada e a vida profissional do empregado diante da quarta revolução industrial

É indubitável que a quarta revolução industrial, assim como ocorreu com as outras antes dela, vem alterando as relações de trabalho, com a disponibilidade de várias tecnologias, o número de pessoas conectadas por meio da internet cresce drasticamente e é evidente que isso vem afetando os modos de produção e as relações de trabalho na medida em que, essas tecnologias são utilizadas inclusive como ferramentas de trabalho. No novo mundo tecnológico, o trabalhador pode se conectar a qualquer tempo com qualquer pessoa, ou seja, amigos, familiares e inclusive com pessoas do trabalho como, por exemplo, seu coordenador ou gestor. Nesse cenário, para muitos trabalhadores isso representa uma enorme vantagem, pois poderão trabalhar a qualquer hora e de qualquer lugar.

Todavia, em contraponto, com o uso de tecnologias disponíveis, a fiscalização por parte do empregador inserido na quarta revolução industrial tende ser mais impessoal e flexível, a exemplo do que ocorre no teletrabalho e do *smart work*, nos quais os resultados da produção passa a ter maior destaque do que a execução das atividades, explica Bastos<sup>26</sup>. Apesar das novas formas de gestão já despontadas apresentarem-se mais flexíveis, o poder diretivo do

empregador, não desaparece, apenas transmuta-se diante do infindável avanço tecnológico. Ademais, para além de tais exigências, Redinha ressalta que empregador se utilizando ilimitadamente das ferramentas tecnológicas como forma de controle ou mesmo com o intuito de obter mais produtividade, faz com que o empregado permaneça conectado ao emprego em momentos de descanso<sup>27</sup>. Nesse sentido, o uso indiscriminado dessas ferramentas é preocupante pois vem ocasionando uma transcendência entre a privada e a vida laboral do trabalhador principalmente nos casos de trabalhos remotos, conforme destacou um recente relatório divulgado pela Organização Internacional do Trabalho- OIT<sup>28</sup> e a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho- Eurofound.

Diante disso, os juslaboralistas, assim como várias instituições internacionais, como por exemplo a OIT e a Eurofound, estão preocupadas com a saúde e a qualidade de vida desses trabalhadores. No relatório acima citado, cujo título é *Trabalho a qualquer hora, em qualquer lugar e seus efeitos no mundo do trabalho*, foi baseado em pesquisas realizadas em 15 países, e dentre eles inclui-se o Brasil, sobre pessoas que se utilizam dos meios tecnológicos para trabalhar fora das dependências da empresa, como por exemplo em casa. O relatório demonstra várias vantagens de se trabalhar em casa, mas demonstra também algumas desvantagens de se trabalhar o tempo todo conectado, pois com a possibilidade de otimização do tempo, sempre se produz mais e mais, o que pode ocasionar uma confusão entre a vida privada e profissional do trabalhador.

Essa simbiose entre a vida privada e a vida profissional do trabalhador, principalmente do empregado, além de ser muito prejudicial a sua saúde e inclusive ao seu estado mental, apresenta-se como um grande problema a ser enfrentado no direito do trabalho, inclusive quando se tratar da questão do poder diretivo e fiscalizatório do empregador, na tentativa de identificar onde começa e onde termina o direito do empregador de dirigir e fiscalizar seu empregado em contraposição aos direitos fundamentais do empregado de ter sua vida privada reservada. Diante dessa questão, em razão do uso ilimitado dos meios tecnológicos pelo empregador e do desrespeito aos direitos fundamentais do empregado pelo Estado, aquele poderá ser responsabilizado pelos danos causados ao empregado, inclusive por danos morais, na medida da(s) lesão(ões) causada(s) a este, o que deverá ser analisado de acordo com cada caso concreto.

O importante é fazer uma análise sobre essas novas formas de controle e fiscalização das atividades laborativas instituídas pela empresa no ambiente de trabalho para o fim de estabelecer se o poder de controle assegurado ao empregador legitima essa prática ou se as mesmas encontram limites e restrições nos direitos fundamentais do trabalhador<sup>29</sup>.

No Brasil, além das normas constitucionais e demais normas infraconstitucionais que regulamentam a indenização por danos extrapatrimoniais em caso de lesão aos direitos fundamentais, a Lei nº. 13.467/2017 incluiu na CLT um título dedicado as regras de reparação de danos, em caso de ofensa à esfera moral ou existência da pessoa física ou jurídica, inclusive limitando-a, fato este que vem gerando bastante discussões junto aos juslaboralistas. O Artigo 223-C, estabelece um rol exemplificativo de bens tuteláveis inerentes à pessoa física: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física<sup>30</sup>. Isto posto, frente ao uso dos meios tecnológicos pelo empregador, através do poder diretivo e fiscalizador que lhe é conferido numa relação empregatícia, ocasionando a conexão intensa do empregado, aquele fere diversos direitos fundamentais inerentes ao ser humano e ao trabalhador; a saber, a intimidade, a vida privada, a saúde, o lazer e o direito ao descanso, este último, após vários anos de luta, atualmente vem sendo tão consagrado pelo direito contemporâneo, ante as exigências advindas com a aceleração dos meios de produção e competitividade instauradas pelas mais variadas fontes de informação.

## 5.Considerações finais

É incontestável que, atualmente fazemos uso de tecnologias para qualquer tarefa que vamos realizar em nossas vidas, principalmente como meio de comunicação, e essa situação já se arraigou em nosso cotidiano que se torna difícil imaginar um mundo sem esses meios tecnológicos.

Dessarte, deparando-se com essa tendência tecnológica mundial, a qual se tornou inquestionavelmente necessária e inevitável, a qual se instaurou de forma definitiva às relações de trabalho, diante das vantagens que se impõem como, por exemplo, a otimização do tempo e a possibilidade de trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora. Defronte esse cenário, essa onda tecnológica vem alterando drasticamente os meios de produção e consequentemente as relações de trabalho. Como resultado, o direito do trabalho procura se com adequar aos novos rearranjos. Nesse sentido, em razão da ausência de positivação de normas que abarquem todas as situações que podem surgir diante dessa mudança nas relações de trabalho, estudiosos, doutrinadores e juristas vem apontando vários questionamentos e debates acerca dessas mudanças e quais as consequências delas, o que representa um grande progresso no mundo juslaboral. Como vimos no presente trabalho, dentre esses questionamentos instaurados, citamos o poder diretivo e fiscalizatório do empregador diante da simbiose entre a vida privada e a vida profissional do empregado constantemente conectado, situação causada pelo avanço da inovação tecnológica. Diante dessa realidade que se impõe, os meios tecnológicos, agora indispensáveis aos meios de produção e às relações de trabalho, não podem ser utilizados de forma ilimitada pelo empregador, independentemente se o empregado exerce a atividade produtiva dentro da estrutura física da empresa ou em sua residência, em um parque ou biblioteca pública. Nesta ocasião deve-se ponderar o poder diretivo e fiscalizar do empregador frente institutos que tutelam os direitos do ser humano, inclusive como empregado.

Nesse contexto, diante da ausência de regulamentação, ou da regulamentação genérica, quanto ao uso dos meios tecnológicos com o intuito diretivo e fiscalizatório pelo empregador, na prática juristas se deparam com uma dificuldade enorme em estabelecer os limites entre a vida privada do empregado e o poder diretivo, incluindo também o poder fiscalizatório do empregador. Irrefutável que, a regulamentação do uso desses meios tecnológicos ocorrerá de forma lenta, baseada em decisões reiteradas de acordo com casos concretos. Não obstante, não dúvidas, diante da utilização de inúmeras tecnologias disponíveis, no momento de se definir até onde pode ir o poder diretivo e fiscalizatório do empregador em contrapartida aos direitos fundamentais e personalíssimos do empregado. Nada obstante que, diante da afronta pelo empregador, dos direitos fundamentais e personalíssimos do empregado em razão do uso indiscriminado dos meios tecnológicos para dirigir ou fiscalizar o empregado, aquele responderá pelos danos de ordem moral e existencial causados ao empregado e para a efetiva tutela dos direitos.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

DELGADO, M.G., *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, 1627p.

2

Ibidem.

3

CLT(1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 15 set. 2018.

4

NASCIMENTO, A. M/ NASCIMENTO, S.M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

---

5

DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, 1627p. (p. 732).

---

6

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009. (p. 46).

---

7

DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, 1627p.

---

8

DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, 1627p. (p. 734).

---

9

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009. (p. 61)

---

10

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. CLT(1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 15 set. 2018.

---

11

DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, 1627p. (p. 735).

---

12

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009 (p. 74).

---

13

NASCIMENTO, A. M/ NASCIMENTO, S.M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2017 (p. 493).

---

14

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009 (p. 80).

---

15

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. Ed. Ver. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014. (p. 53)

---

16

BRASIL. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 set. 2018.

---

17

Ibidem.

---

18

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009 (p. 88).

---

19

Ibidem.

---

20

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. - 5. Ed. Ver. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014 (p. 53).

---

21

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016 (p. 211).

---

22

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016 (p. 211).

---

23

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009 (p. 118).

---

24

PORTUGAL. *Código do trabalho* (versão atualizada-20 de março de 2018) Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=64>>. Acesso em 23 set. 2018.

---

25

REDINHA, Maria Regina Gomes. *Os direitos de Personalidade no Código do Trabalho: Actualidade e Oportunidade da sua Inclusão*. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/publications/os-direitos-de-personalidade-no-c%C3%B3digo-do-trabalho-actualidade-e-oportunidade-da-sua>> Acesso em: 22 set. 2018.

---

26

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Teletrabalho (Telework ou Telecommuting): uma Nova Forma de Ver o Tempo e o Espaço nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_26145622\\_TELETRABALHO\\_TELEWORK\\_OU\\_TELECOMMUTING\\_UMA\\_NOVA\\_FORMA\\_DE\\_VER\\_O\\_TEMPO\\_E\\_O\\_ESPACO\\_NAS\\_R](http://www.lex.com.br/doutrina_26145622_TELETRABALHO_TELEWORK_OU_TELECOMMUTING_UMA_NOVA_FORMA_DE_VER_O_TEMPO_E_O_ESPACO_NAS_R)> Acesso em: 29 set. 2018.

---

27

REDINHA, Maria Regina Gomes. *Os direitos de Personalidade no Código do Trabalho: Actualidade e Oportunidade da sua Inclusão*. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/publications/os-direitos-de-personalidade-no-c%C3%B3digo-do-trabalho-actualidade-e-oportunidade-da-sua>> Acesso em: 22 set. 2018

---

28

Eurofound and the International Labour Office (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva. Disponível em: <[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1658en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf)> Acesso em: 29 set. 2018

---

29

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009. (p. 118).

---

30

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> . Acesso em: 01 out. 2018.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

2. EL VALOR DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO GARANTÍA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO FRENTE A LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

**2. El Valor del Tiempo de Trabajo como Garantía de las Condiciones de Trabajo frente a la Revolución Tecnológica****The Value of Working Time as a Guarantee to the Work Conditions in the Face of the Technologic Revolution****(Autor)****JADDY MILCA LADRÓN DE GUEVARA LANDA***Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal y especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca- España. Tesista en la Maestría de Derecho del Trabajo PUCP jaddymilca@gmail.com***Sumário:**[1.Introducción](#)[2.El valor del tiempo de trabajo como garantía de las condiciones de trabajo frente a la revolución tecnológica](#)[2.1.Tiempo de trabajo como objeto del contrato de trabajo y sus desafíos](#)[2.1.1.Jornada de trabajo y horario de trabajo](#)[3.Flexibilización laboral, evolución del tiempo de trabajo e impacto de las tecnologías](#)[3.1.Flexibilización numérica interna](#)[3.1.1Escenario Jurídico](#)[3.1.2.Evolución del tiempo de trabajo en el Perú](#)[4.Conclusiones y aportes](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

El tiempo de trabajo resulta ser una institución tan originaria de las luchas sociales que hoy se mantiene vigente, no solo por la naturaleza que reviste frente a las condiciones de trabajo, sino también por el impacto que de forma directa genera sobre otras condiciones de trabajo, como es las de seguridad y salud, salarios, que repercuten en la vida de todo trabajador. En ese sentido, el presente estudio tiene como objetivo analizar el tiempo de trabajo como valor permanente de cara a la globalización y flexibilización laboral, en el cual se circunscribe al tiempo de trabajo bajo el marco de la flexibilización numérica interna, así como desarrolla el escenario jurídico peruano en el cual convergen las horas de trabajo, a razón de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el sector privado; las que permiten el surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo. En esta línea de pensamiento, el tiempo de trabajo como valor, por un lado, garantiza las condiciones de trabajo de toda persona y, por otro lado, permite que el empleador optimice el tiempo del trabajo relacionado a la productividad, lo que aunado a la tecnología representa un desafío para el Derecho del Trabajo.

**Abstract:**

The working time proved to be an institution so original of the social struggles that today it is still in force not only because of the nature that reviews the working conditions, but also because of the impact of the direct form of the genders on other work conditions such as safety and health, wages, among other factors that affect the life of every worker. In this context, the present study aims to analyze working time as a permanent value of globalization and flexibilization labor in which it confines to working time within the framework of internal numerical flexibilization as well as the development of the Peruvian jurisdictional field in which converge working hours in favor of new information and communication technologies in the private sector; those allow the emergence of new forms of work organization. In this regard of thought, working time as a value on the one hand guarantees the working conditions of a person and on the other hand allows the employer to optimize the work time related to productivity, which joined with the technology represents a challenge for labor law.

**Palabras Clave:** tiempo de trabajo, horario de trabajo, jornada de trabajo, globalización, flexibilización y tecnologías**Keywords:** working time, working hours, globalization, flexibilization - technology**1.Introducción**

El impacto de las nuevas tecnologías y la globalización del mercado han incidido en las relaciones laborales, generando transformación en el trabajo y en las unidades productivas. Siendo así, el tiempo de trabajo se ha significado en el proceso histórico como una construcción en la limitación del trabajo, abarcando el estudio del tiempo puesto a disposición del empleador, a fin de garantizar derechos como los de seguridad y salud en el trabajo o salario, entre otros, que guardan relación directa con el tiempo de trabajo. Sin embargo, en este proceso de transformaciones y el impacto de las nuevas formas de organización del tiempo de trabajo y la mirada en conjunto de la sociedad, se vuelve a las discusiones del tiempo de trabajo, su limitación, flexibilidad y los descansos que permitan conciliar la vida personal y familiar del trabajador, así también podemos entre otras grandes líneas referirnos a las brechas existentes en las normativas que incide en el tiempo de trabajo de las mujeres, el acceso a al empleo entre otros factores que presentan una gama de discusiones en razón al tiempo del trabajo y su valor.

**2.El valor del tiempo de trabajo como garantía de las condiciones de trabajo frente a la revolución tecnológica****2.1.Tiempo de trabajo como objeto del contrato de trabajo y sus desafíos**

"El tiempo de trabajo también tiene incidencia en el cumplimiento del objeto del contrato de trabajo desde un punto de vista cualitativo; el contrato de trabajo determina no solo la obligación de prestación de servicios del trabajador, sino la obtención de un determinado rendimiento. El trabajador no

queda solo obligado a trabajar, sino a que el resultado de su producción sea productivo, de forma que el empresario obtenga la necesaria rentabilidad del tiempo de trabajo<sup>1</sup>. Así, el tiempo de trabajo, visto desde varias aristas, guarda relación con el tiempo a disposición del empleador, la subordinación, incluyendo, así también, no solo el punto de vista cualitativo, sino cuantitativo, en la relación laboral, reflejándose a través del tiempo de las jornadas de trabajo y su distribución, marcando así otros aspectos, como son los despidos por tardanzas reiteradas o las ausencias del lugar de trabajo, lo que determina que el análisis del tiempo del trabajo resulte vigente y medular en las transformaciones del Derecho del Trabajo y sus efectos en la protección de la persona como trabajador y como ciudadano.

Por cuanto, el tiempo como valor, en su dimensión del tiempo puesto a disposición del empleador y su distribución, ha tenido una gran revolución por las influencias de las tecnologías e información, así como otros factores, como el impacto del cambio climático, que generan desafíos en el Derecho del Trabajo y su futuro, por lo que resulta necesario su estudio, a fin de evaluar si este tiempo puesto a disposición garantiza las condiciones del trabajador en un mundo laboral con mayor dinamismo.

### 2.1.1. Jornada de trabajo y horario de trabajo

En su consideración más amplia, la jornada de trabajo es aquel tiempo en el cual el trabajador se encuentra bajo disposición del empleador con el propósito de cumplir las funciones o actividades determinadas. “La jornada de trabajo es una institución sensible a este complejo panorama de transformaciones, tanto por los cambios en el proceso de producción, en la actividad económica, en la estrategia patronal o empresarial y en el comportamiento de las organizaciones sindicales”<sup>2</sup>. Dentro de la jornada de trabajo, es facultad del empleador el organizar el tiempo de trabajo, sin embargo, tal facultad se encuentra limitada por la jornada máxima de trabajo, siendo de ocho horas diarias y un máximo de 48 horas semanales.

El horario de trabajo es el tiempo en el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, siendo que “se configura por la hora de ingreso y la hora de salida, o lo que es lo mismo, la hora de inicio y de término de las labores”<sup>3</sup>. Tal figura es regulada como una facultad expresa del empleador, tanto por el Decreto Legislativo N° 728 como por los decretos supremos emitidos sobre jornadas de trabajo y horarios de trabajo, así como en los convenios colectivos. Es importante destacar lo señalado por Cervantes en cuanto a las jornadas de trabajo, dentro del cual se encuentra incluido en el horario de trabajo, asimismo habría que agregar la era de las tecnologías y sistemas de información inciden sobre el tiempo de trabajo, lo cual se ve reflejado en las prácticas expresadas e impulsadas por las crisis económicas y las economías globales.

## 3. Flexibilización laboral, evolución del tiempo de trabajo e impacto de las tecnologías

### 3.1. Flexibilización numérica interna

Existe una diversidad de conceptos y clasificaciones en cuanto a la flexibilización laboral, a las críticas tanto positivas o negativas recibidas, podemos señalar que la flexibilización ha surgido frente a la crisis de la economía, organización de la actividad productiva, entre otros, por lo cual es importante la clasificación que realiza Canessa<sup>4</sup>, partiendo de hacer “una mixtura de propuestas, tomando como criterio la organización de la unidad productiva de la unidad económica”. En tal sentido, tal clasificación es el horizonte del presente análisis, toda vez que la clasificación parte de la organización productiva, lo que tiene una mayor aproximación al impacto de las relaciones laborales en la sociedad. El autor define entonces a la flexibilidad numérica como “la libertad en el uso de la cantidad de fuerza de trabajo necesaria para realizar actividades económicas requeridas por unidad productiva”, dividiendo aquella en flexibilización numérica externa e interna. La primera es la “libertad del empleador de contratar servicios externos de subcontratistas para realizar actividades necesarias o complementarias para el ciclo productivo de su empresa”, y, la segunda, “es propiamente la libertad en el uso de la fuerza de trabajo dentro de la unidad productiva”, la cual a su vez la divide en flexibilización del empleo (desregulación normativa de la contratación y despido) y de las condiciones de trabajo (a la libertad de la organización productiva de la empresa).

En tal sentido, ubicamos a las condiciones de trabajo: jornada de trabajo y horarios de trabajo en la clasificación de flexibilidad numérica interna, la cual en el periodo precedente (1990-2000) se ha caracterizado por la libertad del empleador; de otorgar mayores facultades, sobre la organización del tiempo de trabajo como premisa y estableciendo como consecuencia el impacto en la esfera del trabajador (y que señalado por Canessa está referido a la reducción de derechos y beneficios del empleador).

#### 3.1.1. Escenario Jurídico

Con la caída del gobierno de Fujimori, se dio lugar al regreso de la democracia en nuestro país, así como al fortalecimiento de diversas instituciones que han tenido incidencia en el impacto de la organización del tiempo de trabajo. El periodo del año 2001 al 2016 es un periodo que se caracteriza por el crecimiento económico – inversión en el sector inmobiliario y una política de gestión por los cambios climáticos en el cual la flexibilización seguirá siendo parte de la agenda del Estado, empresarios y trabajadores.

A continuación, se presenta el marco normativo vigente en el cual se desenvuelven las jornadas y horarios de trabajo, así como las instituciones que han influido en la regulación normativa durante este periodo en nuestro país. La Constitución Política del Perú dispone, en su artículo 25°, que “la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo”, así también precisa que “el periodo de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar el máximo señalado”. Conforme a lo señalado, el límite máximo permitido de horas de trabajo por semana son cuarenta y ocho horas, lo adicional es una afectación al derecho de jornada máxima, sin embargo, es la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la que señala expresamente que lo referido a los derechos y libertades otorgadas por la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que ratifique nuestro país. En tal sentido, al tratarse de una norma imperativa que establece el tope máximo, todo acuerdo debe estar por debajo del tope máximo establecido.

El Tratado de Libre Comercio suscrito entre Perú y EE. UU. suscrito el 12 de abril del 2006 también es relevante. Si bien el objetivo principal es el intercambio comercial entre ambos países, su incidencia se ha reflejado en las condiciones de trabajo en el compromiso al respeto y garantía de los derechos establecidos por la OIT, lo cual ha generado una presión de cumplimiento de los estándares sobre condiciones de trabajo sobre el Estado Peruano.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional también es clave. Con el regreso de la democracia en el periodo de análisis, el TC ha tenido y tiene un rol significativo en el impacto en las relaciones de trabajo, es así que en materia de jornadas y horarios de trabajo ha emitido sendos pronunciamientos, entre los cuales podemos citar el Expediente N° 04635-2004-AA, emitido el 17 de abril de 2006, en el cual establece los parámetros de interpretación y aplicación constitucional sobre la jornada de trabajo de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales; sentencia que ha sido establecida como precedente vinculante sobre jornadas atípicas.

Otras normas Legislativas relativas al tiempo de trabajo. 1) Es pertinente señalar que el Decreto Legislativo N° 728 establece que “el empleador está facultado para introducir cambios, modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad”. Ante ello, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como otros mecanismos han generado un freno a este poder desmedido cubierto bajo la flexibilización numérica. 2) Decreto Legislativo N° 713 (08/11/1991) - Ley sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Norma emitida en el gobierno de Fujimori. 3) Decreto Supremo N° 012-92-TR (03/12/1992) – Reglamento del DL N° 713, sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Norma emitida en el gobierno de Fujimori. Modificado por el Decreto Legislativo N° 1405 (12/09/2018) en los artículos 10, 17, 19, el mismo que tiene por objetivo establecer regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar de los servidores de las entidades públicas. 4) Decreto Supremo N° 007-2002-TR (04/07/2002) – Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo. Horario y Sobre tiempo de Trabajo. Norma emitida durante el gobierno de Toledo. 5) Decreto Supremo N° 008-2002-TR (04/07/2002) – Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre Tiempo. Norma emitida durante el gobierno de Toledo.

Políticas y fortalecimiento de inspección del Ministerio de Trabajo. El Consejo Nacional de Trabajo ha sido instalado el 4 de enero del año 2001 y, mediante el consenso institucionalizado, desarrolla políticas de trabajo, salario mínimo vital entre otras. Así, durante el periodo de análisis se han instalado comisiones y acuerdos en materia de trabajo, a través de un consenso de los actores sociales. Es importante señalar el Acuerdo Nacional del 5



de marzo del año 2002, en el cual el Estado Peruano se compromete a crear empleos en el marco de la economía nacional, con un énfasis directo de protección, calidad de empleo y condiciones adecuadas.<sup>5</sup>

### 3.1.2. Evolución del tiempo de trabajo en el Perú

Es importante tener en cuenta los datos estadísticos en el periodo 2001 al 2016 (que son los datos verificables) en cuanto al crecimiento económico en el Perú, así como la población económicamente activa.

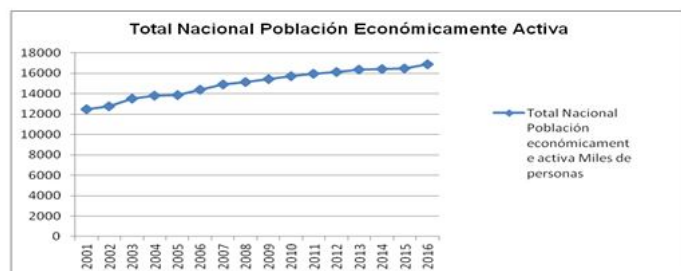
a) Población económicamente activa en el sector privado

Gráfico N° 1



Fuente: INEI - Series Nacionales - PBI - Variación porcentual del PBI a nivel nacional en el periodo 2000 - 2016.

Gráfica N° 2

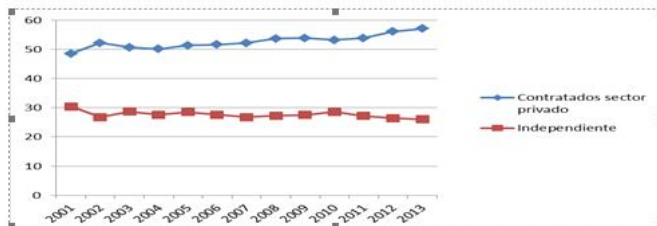


Fuente: INEI - Series Nacionales - PBI - Población Económicamente Activa a nivel nacional en el periodo 2000 - 2016

El crecimiento económico en el Perú es una constante, a pesar de la situación política, económica y social que representa en este periodo. Si bien se ha producido un incremento económico, se verifica, conforme a la data recogida por el Ministerio de Trabajo, un incremento en la contratación de trabajadores, con lo cual el crecimiento económico marca una estrecha relación con el aumento de contratación de trabajadores, sin embargo, debemos tener en cuenta que se trata de la formalidad de la información, en la cual no se realiza un estudio en cuanto a que si ese incremento en la contratación de trabajadores cumple con la protección de los derechos laborales.

Así, en la gráfica 3 se presenta el incremento de contratados en el sector privado en forma general, es decir, no se establece el tipo de contratación.

Gráfica N° 3



Fuente: Ministerio de Trabajo: Perú: distribución de la pea ocupada por estructura de mercado, según Departamento 2001 - 2013 - Elaboración Propia.

Es importante tener en cuenta que la proyección de contratación para el periodo 2014 a 2016 se mantiene, es decir, que la contratación de trabajadores en el sector privado mantiene la constante de crecimiento.

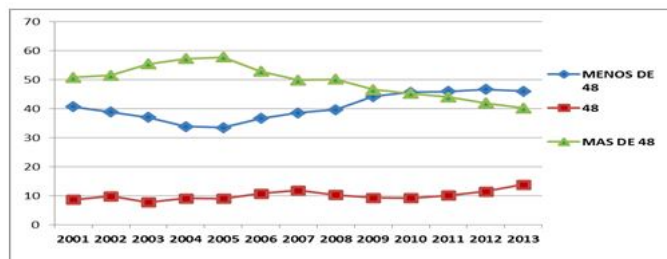
b) Horas de trabajo: tendencias

La tendencia de horas de trabajo en el Perú se ha reducido en las últimas décadas, presentándose diferentes posibilidades en los motivos, entre ellos se han planteado una diversidad de hipótesis relacionadas con la influencia de algún acontecimiento ocurrido en un sector o grupo poblacional lo suficientemente grande como para influenciar la tendencia agregada de las horas trabajadas. Se plantea, pues, que la heterogeneidad entre sectores y/o categorías podría explicar la tendencia negativa de las horas trabajadas. La segunda hipótesis que sugerimos se centra en la ocurrencia de algunos eventos económicos agregados que podrían haber influenciado la caída de las horas trabajadas. En este punto, nos centramos en los efectos de la productividad agregada y en las tendencias de la oferta laboral que podrían identificar la tendencia negativa de las horas trabajadas. Se discuten, asimismo, otras posibilidades<sup>6</sup>. Dentro de estas otras posibilidades, se valora la efectividad de las normas laborales, y la reducción de costos laborales, que buscan reducir las jornadas laborales a efectos de lograr una mayor eficiencia laboral, la misma que hoy se ve influenciada por la alta influencia de la tecnología en las relaciones laborales.

Por lo que se presenta el escenario jurídico como una de las influencias en la reducción de las jornadas laborales, teniendo como hipótesis que la reducción de horas de trabajo en el Perú se debe al cumplimiento de la normativa nacional por influencia de las normas internacionales suscritas, con el TLC con Estados Unidos, lo cual ha incido en el cumplimiento de las cláusulas sociales.

En la gráfica 4, se presenta que hay una disminución de horas de trabajo, las cuales sobrepasan las 48 horas semanales como jornada máxima; es decir, se aprecia una tendencia a la reducción de las jornadas que superan los máximos legales. Para el caso de trabajadores que laboran 48 horas, se ha producido un incremento de trabajadores que tienen una jornada de máximo laboral, y, en el caso de los que trabajan menos de 48 horas, también se ha producido un incremento; situación que se mantiene como constante hasta el año 2016, conforme a los datos publicados en el Ministerio de Trabajo.

Gráfica N° 4



Fuente: Ministerio de Trabajo - Rango de horas semanales de trabajo, según departamento: 2001 - 2013 - Elaboración propia.

En tal sentido, tenemos que se ha producido una mayor producción de bienes y servicios - PBI en el Perú. Aun cuando se han presentado factores como el escenario económico y político, que inciden en la economía peruana, se ha producido un incremento en los contratados en el sector privado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si bien se produce un crecimiento o estandarización de las jornadas de trabajo de 48 horas respetando los límites máximos, no se tiene en cuenta en este factor el incremento de las horas extras, el cual está permitido y si se encuentran pagadas. De los datos recabados, se muestra que cada vez más trabajadores cumplen la jornada máxima de 48 horas semanales, es decir, los empleadores contratan más mano de obra con una jornada de trabajo de 48 horas, y, para los trabajadores que laboran menos de 48 horas, también se ha incrementado.

De lo cual podemos advertir dos situaciones, una de ellas es que en el Perú se viene incrementando la contratación con trabajadores que cumplen la jornada máxima de 48 horas semanales, por lo que las empresas aprovechan el máximo legal establecido. Y la otra situación, es la marcada influencia que este ligero cumplimiento de la jornada laboral máxima de forma formal se verifica a partir del año 2006 como una constante; año en el cual coincide la suscripción del TLC con los Estados Unidos, el mismo que mantiene una cláusula laboral, lo cual no implica la protección de derechos laborales pese al crecimiento económico.

Tenemos que tener en cuenta tres aspectos en base al crecimiento económico y contratación. Primero, en el caso de los que trabajan menos de 48 horas, estos se encuentran en el rango establecido, incrementándose el porcentaje, lo que quiere decir que, si se requiere mayor productividad y mi jornada de trabajo es de 36.6 como en el año 2006, entonces como empleador estoy en la facultad de organizar el tiempo de trabajo hasta el límite permitido. En este caso, para el año 2013, se llegó a 45.9 horas como jornada, considerando que debido al crecimiento económico se han demandado más mercancías y servicios, por lo que, como empleador en la facultad de organizar el tiempo de trabajo, amplió la jornada laboral de mi personal, que, por ejemplo, estaba a tiempo parcial o con una jornada inferior al límite establecido, teniendo en cuenta que el salto en las jornadas de trabajo se produce en el pico del PBI.

Como segundo punto, en el caso de trabajadores que laboran la jornada máxima, se ha producido un incremento de esta jornada, con lo cual podemos destacar el incremento de contrataciones, con lo cual en los contratos se está pactando una jornada ordinaria máxima (lo cual representa un análisis estadístico en relación al escenario jurídico, lo cual no significa que de plano se hayan mejorado las condiciones de trabajo en la realidad, toda vez que el Perú presenta una precarización en el empleo en razón a los regímenes especiales de contratación), así si se produce un incremento con los que trabajan menos, también el empleador puede establecer la jornada máxima. Y, como tercer punto, el caso de los que trabajan menos de 48 horas ha disminuido; podemos especular que se trata de una mejora en las condiciones de trabajo o de un incremento de los contratos a tiempo parcial, flexibilización de las jornadas de trabajo, así como mayor contratación de trabajadores por destajo, a fin de satisfacer las necesidades del mercado desde la óptica empresarial.

Sobre este tercer punto señalado, verificamos en el cuadro 3 que la disminución se produce a partir del 2006, en tal sentido cabe analizar cuál han sido los acontecimientos jurídicos importantes que se han presentado. Al respecto, en el año 2006, se produjo la suscripción de la firma del TLC, la cual ha ejercido una presión sobre un cumplimiento de los estándares mínimos de cumplimiento de las normas laborales. Sin embargo, la brecha de horas de trabajo en sobretiempo es un tema latente, así como en el mismo año se estableció como precedente vinculante sobre jornadas de trabajo, mediante Exp. N° 04635-2004-AA (Fundamento 29: Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio n° 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25° de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora - Fundamento 36: La jornada laboral de doce horas para los trabajadores mineros tampoco es compatible con el concepto de trabajo decente adoptado por la Organización Internacional del Trabajo desde hace varios años y que, en palabras de su Director General, consiste en promover oportunidades para que las mujeres y los hombres obtengan el trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humanas. Por ello, las normas, principios y derechos fundamentales del trabajo establecen criterios que definen elementos esenciales del trabajo decente). La obligación dispuesta en el Capítulo laboral del TLC es una de las causas de un mayor respeto del límite máximo de la jornada de trabajo; el problema es que su formulación se reduce al momento de su entrada en vigor. ¿Cómo poder demostrarlo?

En cuanto a la influencia de la suscripción del TLC con Estados Unidos y el fortalecimiento de las instituciones, como el Tribunal Constitucional Peruano, resulta claro que esos hechos han generado un impacto en la evolución del tiempo de trabajo, lo cual se encuentra marcado por la transformación de las redes empresariales en el marco del crecimiento económico en un mundo, cada vez más globalizado. En efecto, son las normas internacionales y los acuerdos internacionales los que representan una de las soluciones alternativas al tratamiento del Derecho del Trabajo y sus desafíos. En cuanto a la incidencia cada vez más mayoritaria y necesaria de las tecnologías, nos encontramos frente a uno de los retos del Derecho del Trabajo desde una óptica internacional de protección de los derechos humanos laborales y, en opinión de Miguel Canessa, "asistimos a un cambio de paradigma normativo, que se traslada desde el Derecho del Trabajo hacia el Derecho Internacional del Trabajo, donde ahora son los derechos humanos laborales los nuevos pilares de protección de la libertad en el mundo del trabajo"<sup>7</sup>.

En ese sentido, el tiempo de trabajo es un valor en sí mismo, por el impacto que genera en la vida de toda persona y en las condiciones de trabajo que le permiten un desarrollo digno. El tiempo del trabajo guarda relación directa con las condiciones del derecho a la seguridad y salud, y, en tal relación, se presentan cada vez más riesgos en la vida de todo trabajador, por lo que su estudio y desarrollo resulta una tarea pendiente en el marco del tiempo de trabajo. También es relevante el conocer su relación con la conciliación de la vida privada del trabajador o las brechas de género existentes en las normativas laborales que regulan el tiempo de trabajo de las mujeres y su contribución a la sociedad. Por lo que resulta de suma importancia conocer datos estadísticos sobre el tiempo de trabajo puesto a disposición del empleador, y su desarrollo frente a los cambios empresariales por el impacto que genera las nuevas tecnologías y sistemas de información, las cuales reorganizan la distribución del tiempo de trabajo.

#### 4. Conclusiones y aportes

El valor del tiempo de trabajo mantiene su vigencia respecto a los trabajadores, debido a que, a mayor incremento en el PBI, se produce un efecto de mayor crecimiento de la población económicamente activa, lo cual incide en un mayor incremento de producción que requiere un aumento en las horas

de trabajo hasta la jornada ordinaria máxima establecida.

Los efectos de las normas laborales, el fortalecimiento de instituciones como el Tribunal Constitucional, Ministerio de Trabajo: 1) Las normas laborales sobre establecimiento de jornadas y horarios de trabajo se vienen cumpliendo en el sector privado elevándose el incremento de trabajadores que tengan que cumplir el límite de la jornada preestablecida, se evidencia un cumplimiento pero no se tiene en cuenta que el tiempo de trabajo como condición de trabajo representa un impacto en la seguridad y salud en el trabajo, salarios, etc. 2) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ha tenido un impacto sobre las jornadas de trabajo, por ejemplo, la discusión de jornadas de trabajo superiores a 48 horas se produce a partir del 2006 en el cual el TC establece como precedente vinculante la organización de las jornadas de trabajo dentro de los límites constitucionales y legales siempre y cuando se garantice el cumplimiento del principio de dignidad de todo ser humano. 3) En relación con el punto anterior, los tratados de libre comercio, como en el caso de Perú y EE. UU., y el cumplimiento del compromiso de estándares mínimos laborales se ha producido una disminución de horas de trabajo aun respecto a horas fuera del marco de la jornada ordinaria. 4) Ministerio de Trabajo, su fortalecimiento a partir del año 2001 ha conllevado a generar políticas sobre cumplimiento de empleos adecuados y bajo el cumplimiento de condiciones de trabajo, es importante destacar el rol inspector que ha cumplido en este periodo, sin embargo, resultan aun una limitante sobre medidas inspectoras que garanticen un adecuado cumplimiento de las normas. 5) Las cláusulas de cumplimientos laborales establecidas en el TLC entre Perú y EE. UU. han generado impacto en la mejora en la disminución de horas de trabajo desde una óptica formal. Se ha producido una disminución de las horas de trabajo, pero respecto a los trabajadores que laboran más de 48 horas, los cuales no necesariamente representan el pago de horas extras.

El Perú representa un mayor crecimiento económico y un mayor incremento de jornadas de trabajo al límite establecido en la norma, producto de la mayor producción, lo cual no necesariamente significa un valor en sí mismo del tiempo de trabajo, toda vez que la disminución de horas de trabajo está asociado a un estándar no permitido (es decir, se ha reducido las jornadas fuera de los estándares máximos permitidos) y que no garantiza el cumplimiento de las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta que el tiempo de trabajo resulta ser, además, un eje en las condiciones de trabajo por su impacto que genera en la esfera del trabajador.

Es importante destacar que las unidades productivas cada vez presentan una mayor transformación a razón del uso frecuente y cada vez básico de la tecnología, lo cual conlleva a una globalización y transformación de las redes empresariales, en la cual el derecho nacional resulta insuficiente para garantizar las condiciones de trabajo, por lo que las normas internacionales resultan ser una gran fuente y respuesta en la globalización e impacto de las tecnologías en el mundo del trabajo. Por todo ello, se requiere que se fortalezcan los actores sociales a fin de garantizar no solo el cumplimiento de las jornadas de trabajo, sino que las horas de trabajo contribuyan a la productividad tan constante y ansiada por el sector empresarial y que se encuentre sustentada en el respeto de los derechos fundamentales y laborales.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

MORENO VIDA, Nieves, “Configuración General del Tiempo de Trabajo: Algunas reflexiones críticas” en “La Ordenación del tiempo de trabajo. Retos, oportunidades y riesgos emergentes”. p. 49.

2

CERVANTES HERRERA, José, “La Jornada de trabajo - Flexibilización y desregulación, Breve referente al caso español” En Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato - Año 1, N° 1 (2011). p. 18.

3

Guía Operativa N° 5 - Jornada, horario de trabajo y horas extras en soluciones laborales 2009. p. 23.

4

CANESSA MONTEJO, Miguel. En “La aplicación de la flexibilización laboral en el Perú (1990-2000)” - Tema 4- p. 3 - Sociología del Trabajo.

5

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y otros. Retos pendientes para implementar la flexiguridad en el Perú - p. 70-71.

6

.CÉSPEDES, Nikita en “Tendencias de las horas de trabajo en el mercado laboral peruano” - Revista Moneda - Mercado Laboral - págs. 14-15.

7

CANESSA MONTEJO, Miguel. En *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 68, 2012. “El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo” pp. 285-300.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL****3. O TRABALHO PORTÁTIL E O TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR****3. O Trabalho Portátil e o Tempo à Disposição do Empregador****“Mobile Work” and Time at the Employer's Disposal****(Autor)****ANA PAULA SILVA CAMPOS MISKULIN**

*Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo e integrante do Núcleo de Estudos «O trabalho além do direito do trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral» da Faculdade de Direito da USP; Juíza do Trabalho do TRT da 15ª Região, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás (Brasil). anapaulasilvacampos1@terra.com.br*

**Sumário:**

- [1. Introdução](#)
- [2. A internet e o mundo do trabalho](#)
- [3. Tempo à disposição](#)
- [4. A reforma trabalhista no Brasil](#)
- [5. Vantagens e desvantagens da jornada flexível](#)
- [6. Considerações finais](#)

**Área do Direito:** Trabalho**Resumo:**

O artigo trata das novas modalidades de trabalhar que se tornaram possíveis graças ao uso de equipamentos tecnológicos, como smartphones e tablets, que, conectados à internet 24 horas por dia, permitem a interação entre as pessoas a qualquer momento e lugar do mundo. O objetivo do trabalho é analisar em que medida a flexibilidade de horário pode ser compatibilizada com uma jornada que não seja exaustiva nem submeta o trabalhador a riscos ocupacionais físicos e psíquicos, em decorrência do uso desenfreado da internet. O artigo demonstra que, enquanto alguns países já apresentam regulamentação voltada à limitação de jornadas e direito à desconexão, no Brasil, que recentemente passou por uma grande alteração na legislação trabalhista, não houve nenhum avanço nesse sentido. O trabalho defende que o desenvolvimento tecnológico, que possibilitou profundas alterações nas estruturas organizacionais e criou novas formas de organização do trabalho, deve também ser aplicado na criação de mecanismos que delimitem o tempo efetivo de trabalho, pois, ao mesmo tempo que a flexibilidade de horários é uma vantagem para trabalhador e empregador, se não for exercida adequadamente, poderá causar sérios danos à saúde física e mental do trabalhador, com efeitos negativos para toda a sociedade.

**Abstract:**

This article addresses the new ways of working that have become possible thanks to the use of technological equipment, such as smartphones and tablets, which, connected to the Internet 24 hours a day, allow people to interact with each other at any time and from anywhere in the world. The objective of the study is to analyze the extent to which time flexibility can be compatible with a work journey that is neither exhaustive nor subjects the worker to physical and psychological occupational risks due to the excessive use of the internet. This article suggests that, while some countries already have regulations aimed at limiting working hours and assuring the right to disconnect, Brazil, which recently underwent a major change in its labor legislation, has made no progress in this regard. This paper argues that technological development, which made possible profound changes in organizational structures and created new forms of work organization, should also be applied in the creation of mechanisms that delimit the effective working time, since, while the flexibility of working hours is an advantage for the worker and employer, if not exercised properly, it can cause serious damage to the physical and mental health of the worker, having negative effects for the whole society.

**Palavras-Chave:** Jornadas flexíveis - Trabalho portátil - Direito à desconexão**Keywords:** Flexible working hours - Portable work - Right to disconnect**1. Introdução**

Houve um tempo em que comercializar pessoas e exigir delas quaisquer tipos de serviços, sem nenhuma contraprestação, eram atitudes inerentes ao exercício regular de um direito. E, assim como “[...] a lógica comercial impulsionou a escravidão<sup>1</sup>”, houve também um tempo em que essa mesma lógica estreou a prática de submeter a pessoa do trabalhador a jornadas extenuantes, inclusive para crianças, a ponto de considerar um marco evolutivo a edição do *Peel's Act* na Inglaterra, que limitou a jornada dos menores a doze horas em 1802. Na mesma época (entre 1847 e 1887), vários países, como França, Suíça, Áustria, Estados Unidos, Rússia e Austrália, também editaram “[...] parâmetros razoáveis dentro dos quais o trabalho humano passaria a ser prestado<sup>2</sup>”.

Hoje, cerca de duzentos anos depois da edição das primeiras medidas que limitaram a jornada em vários continentes do mundo, ainda se registra a preocupação com a delimitação da quantidade de horas dedicadas ao trabalho, especialmente num momento histórico quando, não raro, o trabalho pode ser considerado portátil, capaz de acompanhar o trabalhador para onde quer que ele se desloque, em decorrência dos equipamentos tecnológicos colocados à sua disposição para trabalhar.

Nesse contexto, este artigo pretende demonstrar como a tecnologia revolucionou o modo de trabalhar, a qual, ao mesmo tempo que facilita o acesso ao trabalho, pode servir como instrumento que vincula permanentemente o trabalhador, sendo necessária a adoção de medidas que lhe possibilitem desconectar-se do trabalho. Para tanto, será feita uma breve exposição dos impactos da *internet* no mundo do trabalho, destacando que, para muitas pessoas, esse recurso tecnológico tão fascinante se tornou um vício, fazendo-se necessário limitar as jornadas praticadas, para que, de fato, os equipamentos tecnológicos sirvam como veículos de melhoria das condições sociais dos trabalhadores nos moldes preconizados pelo art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Será feita também uma breve menção às recentes alterações da legislação brasileira que perdeu uma grande oportunidade de regulamentar questões

importantes, tais como o direito à desconexão, as quais suscitam muitas dúvidas nos empregados e empregadores que não podem mais abrir mão da tecnologia para desempenhar suas atividades laborativas.

## 2.A internet e o mundo do trabalho

A *internet* revolucionou os meios de comunicação e seu uso se espalhou de forma tão rápida, que é praticamente impossível para o pesquisador acompanhar os impactos de sua utilização na vida das pessoas. Desde sua difusão nos anos 1990, com o uso de correspondências eletrônicas por meio de microcomputadores, até os dias atuais, com o acesso a *sites* e aplicativos, via telefone móvel inteligente ou *tablets*, a internet tornou-se onipresente.

E, nesse contexto, Klaus Schwab fala em uma quarta revolução industrial, a qual “[...] começou na virada deste século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma Internet muito mais onipresente e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos, e por inteligência artificial e aprendizado automático<sup>3</sup>”.

Castells ressalta que “[...] a internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global<sup>4</sup>” e que atividades essenciais de âmbito econômico, político, social e cultural se estruturam através de uma rede, por todo planeta.

Nesse contexto, surgiu também a *internet* das coisas, que pode ser assim entendida: “Em suma, trata-se da incorporação de objetos, coisas de todos os tipos, à infra-estrutura e ao funcionamento da Internet de maneira semelhante aos dispositivos mais clássicos e comuns dessa rede, até agora, como computadores, tablets ou celulares<sup>5</sup>”. Nesse cenário, pessoas e coisas passam a ser catalogadas em uma única rede virtual e global, interagindo entre si e com outras coisas ou pessoas, seja para viabilizar negócios, serviços, pesquisas, trabalho, lazer ou relacionamentos, seja para outras infindáveis possibilidades que a *internet* oferece. Todas as coisas e pessoas são transformadas em dados, os quais passaram a ter não só tamanha relevância como ainda valor econômico.

Essa nova maneira de se comunicar “anywhere-anytime”, sem a limitação de espaço e de tempo revolucionou também o mundo dos negócios e, por consequência, o mercado de trabalho e o próprio trabalho, conforme demonstra o recente estudo realizado pela OIT e Eurofound<sup>6</sup>.

Os trabalhadores da atualidade ficam conectados à *internet* 24 horas por dia, fazendo desaparecer a tripartição do dia em oito horas de sono, oito horas de lazer e oito horas de trabalho, a qual foi objeto de luta na Inglaterra no início do século XX<sup>7</sup>. O acesso à internet tornou-se uma obsessão, a ponto de existirem programas de informática que bloqueiam o acesso a ela ou a sites específicos, tais como o *selfcontrol e freedom*, os quais auxiliam o usuário a limitar o tempo despendido com navegação na web.

Recentemente, a revista *Superinteressante* noticiou a existência de várias clínicas de reabilitação para viciados em *internet*, mencionando que “*Tratamentos buscam o equilíbrio entre a vida real e o mundo online*<sup>8</sup>”. O uso excessivo da internet tomou proporções tão grandes, que virou questão de saúde, de modo que hoje existem centros de tratamento para pessoas com dependências tecnológicas (“uso abusivo de *internet*, jogos pela *internet* e uso abusivo de celular”), no âmbito do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

E, no contexto das relações laborais, o uso contínuo de correspondências eletrônicas e aplicativos de mensagens instantâneas ou redes sociais tornou invisível a linha fronteira entre local de trabalho e a casa do trabalhador, fazendo surgir a necessidade de impor limites ao uso dessas tecnologias.

## 3.Tempo à disposição

Sabe-se que o Direito do Trabalho surgiu no contexto pós-primeira Revolução Industrial, em um momento em que as jornadas eram excessivas e os trabalhadores menores e do sexo feminino eram muito exigidos. Tanto é que as normas incipientes sobre limites de jornada marcaram a origem do Direito do Trabalho em âmbito mundial.

Hoje já se fala em quarta revolução industrial e o que se vê é uma carência de regulamentação de limite entre o que se considera tempo de trabalho e tempo livre, ou espaço para trabalho e para atividades particulares.

A comunicação através da *internet* dá origem a relações de trabalho que, muitas vezes, dispensam o contato pessoal entre o trabalhador e o empregador, trabalhador e trabalhador ou entre trabalhador e consumidor, pois os vínculos podem formar-se virtualmente, através de sites, programas ou de um algoritmo instalado em aplicativos de celulares. No mundo virtual, não há a certeza de veracidade e de que, *de fato*, há um humano interagindo numa rede telemática, ou mesmo em qual localidade se encontra o interlocutor<sup>9</sup>.

No entanto, a despeito de as relações laborais terem se transformado bastante, há um elemento comum que continua sendo objeto de preocupação por parte de todos, que é o tempo destinado ao trabalho. Nesse sentido, foi desenvolvido estudo da OIT, em conjunto com a Eurofound, que destaca a importância do “[...] equilíbrio entre vida e trabalho e saúde ocupacional e bem-estar<sup>10</sup>”.

Diante do ingresso definitivo de equipamentos telemáticos no âmbito das relações laborais, já se percebe um tímido avanço da legislação de alguns países no sentido de dar algum norte na busca do almejado equilíbrio entre o tempo de trabalho e o tempo livre do trabalhador.

Em 2016, alguns países reconheceram a necessidade de assegurar o direito à desconexão do trabalho, como ocorreu na França<sup>11</sup>, ou pelo menos rememoraram a importância do direito ao repouso para aqueles trabalhadores que fazem uso de equipamentos tecnológicos para exercer o seu mister, como se denota pelo art. 19 da Lei Italiana 81/2017, que diz: *19. Forma e rescisão 1. O acordo relativo à modalidade de trabalho sem vínculos precisos de local e horários é estipulado por escrito, tendo por objetivo a formalização administrativa e da prova, e normatiza a realização da execução trabalhista realizada fora dos locais de trabalho, mesmo resguardando as formas de exercício do poder de mando do empregador e os instrumentos utilizados pelo trabalhador*<sup>12</sup>. O acordo identifica também os períodos de repouso do trabalhador, bem como os meios técnicos e organizativos necessários para assegurar a separação do trabalhador da instrumentação tecnológica do trabalho<sup>13</sup> (tradução nossa).

O Código do trabalho de Portugal, ao se referir ao teletrabalho, também se preocupa com a “privacidade de trabalhador em regime de teletrabalho”, destaca a importância de respeitar o direito ao descanso e repouso e limita o direito à fiscalização por parte do empregador, na residência do empregado, a determinados horários. Dispõe o art. 170: *1 - O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico. 2 - Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada*<sup>14</sup>.

No Brasil, não há uma norma regulamentadora específica que trate do direito à desconexão ou mesmo trace diretrizes sobre as peculiaridades referentes aos trabalhos realizados com a utilização de mecanismos tecnológicos.

Em 2011, a Lei 12. 551 incluiu um parágrafo único no art. 6.º da CLT para esclarecer algo óbvio, ao dizer: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio<sup>15</sup>”.

Na realidade, a questão central dessa temática, porém, não é o meio utilizado pelo empregador para comandar, controlar ou supervisionar o trabalho, e sim definir o que deve ser considerado como tempo de trabalho efetivo, uma vez que evidentemente o trabalhador também tem acesso a conteúdos virtuais particulares seus durante a sua jornada. Logo, o fato de estar conectado às ferramentas de trabalho não significa necessariamente que esteja trabalhando.

Note-se que, mesmo antes da existência da *internet* e de sua institucionalização como instrumento de trabalho, já havia previsão no art. 244, parágrafos segundo e terceiro da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>13</sup>, de que o tempo em que o trabalhador ficasse aguardando, em casa ou nas dependências do empregador, o chamado para o trabalho, também deveria ser considerado tempo à disposição e, como tal, ser remunerado, a título de sobreaviso ou prontidão.

Daí se conclui que, se o tempo em que o trabalhador permanece aguardando ser chamado para o trabalho, deve ser considerado tempo à disposição do empregador, apto a ensejar alguma medida de contraprestação; da mesma forma, o tempo gasto com acesso às ferramentas virtuais, fora do horário de trabalho, também deve ser considerado como tempo dedicado ao trabalho.

Desse modo, é importante assegurar que, nos períodos não destinados ao trabalho, não se exija do empregado que responda *e-mails*, mensagens ou acesse os dispositivos eletrônicos, para não prejudicar o seu direito ao descanso, ou melhor, o seu direito ao “não trabalho”, pois, como assevera Souto Maior, a defesa do direito à desconexão do trabalho ou proteção jurídica do “não-trabalho” serve como “[...] fator de resgate da natureza humana”<sup>17</sup>.

#### 4.A reforma trabalhista no brasil

Num momento em que já havia muito se discutiam os efeitos da globalização e da revolução tecnológica nas relações de produção e os impactos daí decorrentes nas relações de trabalho, foi promulgada no Brasil a Lei 13.467/17, que ficou conhecida como lei da reforma trabalhista. A lei veio ao encontro de uma tendência flexibilizadora que percorreu vários países, sob a justificativa de que se fazia necessário modernizar as leis trabalhistas e tornar as relações de emprego mais maleáveis, para supostamente atender a uma necessidade econômica.

Não tratou, porém, somente da flexibilização que Alice Monteiro de Barros chama de interna ou externa<sup>14</sup>, mas também do que ela chama de “flexibilização autônoma”, a qual “[...] pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais” e ficou popularmente conhecida como a prevalência do negociado sobre o legislado.<sup>15</sup>

Todavia, dos mais de duzentos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que foram alterados, nenhum deles cuidou de regulamentar a forma de utilização dos equipamentos eletrônicos no âmbito das relações de emprego, ou foi capaz de aparelhar as partes dessa relação com mecanismos efetivos para a mensuração do tempo efetivo de trabalho, o que era de esperar na “era da Informação”.

A única modalidade de trabalho realizada fora das dependências do empregador e mencionada pela lei refere-se ao trabalho realizado no domicílio do empregado e, mesmo assim, ficou longe de ser considerada satisfatória.

Os arts. 75-A a 75-E, em síntese, limitaram-se a conceituar o teletrabalho, determinar que o empregador instrua os empregados quanto às precauções para evitar acidentes e doenças de trabalho. E, pior, acrescentou ao art. 62 o inciso III, que excluiu o trabalhador das normas protetivas que tratam da duração do trabalho, sem considerar que, em tempos de quarta revolução industrial, é perfeitamente possível para o empregador monitorar o trabalho executado pelo empregado de forma remota. Aliás, isso foi reconhecido pelo próprio legislador, ao incluir o parágrafo único no art. 6º da CLT.

A Lei 13.467/17 também introduziu no ordenamento jurídico-trabalhista a figura do contrato intermitente, que cria uma modalidade de relação de emprego cujo fator distintivo é a não habitualidade, o que vai de encontro ao que a Consolidação das Leis Trabalhistas exige como requisito para que essa mesma relação de emprego exista, pois diz o artigo terceiro desse ordenamento: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Dito de outro modo, para utilizar as palavras de Flávio da Costa Higa, “[...] concebe, assim, uma antinomia, porquanto ninguém pode ‘ser e não ser’ ao mesmo tempo”<sup>16</sup>.

Percebe-se, portanto que o legislador brasileiro está em descompasso com a modernização das relações de trabalho, no contexto da quarta revolução industrial, momento em que os juristas já estudam a “[...] inteligência artificial e a autonomia em robôs e avatares e a sua relação com o teletrabalho”<sup>17</sup>.

#### 5.Vantagens e desvantagens da jornada flexível

Ter uma jornada flexível pode implicar muitas vantagens, tanto para o empregado como para o empregador. Enquanto este diminui custos com a infraestrutura de imóvel para abrigar os trabalhadores, despesas tais como água, energia elétrica, material de higiene, além de custos com ergonomia, aquele, por sua vez, ao flexibilizar seu horário de trabalho, pode conciliar seus afazeres com suas atividades pessoais. Isso facilita o acesso de mulheres e jovens ao mercado de trabalho e pode reverter numa melhoria da qualidade de vida do empregado, pois pode dedicar-se mais à família, ao cuidado com os filhos, aos estudos, além de lhe proporcionar um aproveitamento melhor do tempo, pois não há deslocamento nem perda de tempo no trânsito.

Por outro lado, o empregador enfrentará dificuldades em relação ao acompanhamento e orientação das atividades do empregado e também no treinamento, uma vez que nem sempre os horários das atividades do empregado serão concomitantes com os horários praticados pelo empregador ou seus prepostos.

Outro fator que também chama a atenção refere-se à produtividade, pois, se, por um lado, o tempo que o trabalhador deixa de perder no deslocamento, por outro, pode ser aproveitado para incrementar o ritmo de produção, e as suas atividades pessoais também podem dispersá-lo, sem falar que há estudos que comprovam que as pessoas são mais colaborativas quando trabalham juntas.

Em relação ao empregado, as desvantagens também existem, pois há um isolamento do trabalhador que desempenha suas atividades longe do estabelecimento do empregador, o que lhe pode despertar um sentimento de solidão. Além disso, a falta de convivência com seus pares, em similitude de condições, gera uma falta de solidariedade e uma crise de identidade, a qual resulta na dificuldade de associação e atuação sindical, podendo enfraquecer as negociações coletivas.

Para o meio ambiente, certamente há um ganho, pois, quanto menos carros nas ruas, haverá menos trânsito e menos poluição.

#### 6.Considerações finais

Num contexto de desregulamentação de direitos trabalhistas, muitas vezes sob rótulo de flexibilização, aparecem novas modalidades de trabalhar, as quais certamente trarão vantagens e desvantagens para os trabalhadores e empregadores. É inegável, porém, o fascínio que a tecnologia provoca em todos, bem como as facilidades proporcionadas com o uso de telefones móveis inteligentes e aplicativos com as mais diversas funcionalidades, capazes de satisfazer os anseios de forma imediata.

O trabalho exercido em locais e horários flexíveis facilita o acesso da mulher ao mercado de trabalho, assim como daqueles jovens que ainda querem dedicar-se aos estudos em boa parte do dia. O fato, porém, é que a onipresença da *internet* desperta no usuário um impulso quase incontrolável de responder a mensagens ou *e-mails*, assim como o remetente também se posiciona com expectativa de obter uma reação instantânea do destinatário, formando-se um ciclo interminável de exigência, cujo fim não pode ser outro que não a extrema fadiga mental.

Além do mais, apesar de vários países já se terem apercebido dos riscos que o uso desenfreado dos instrumentos eletrônicos pode causar ao trabalhador, com repercussão negativa para toda sociedade e para o empregador, no Brasil não houve nenhum avanço normativo nesse aspecto. Diante disso, o que se espera é que essas tecnologias disruptivas que serviram ao progresso mundial dos meios de comunicação e foram capazes de revolucionar o modo de viver das pessoas sejam também empregadas com o mesmo esmero para desenvolver algoritmos, *softwares*, aplicativos, ou, pela *internet* das coisas, mecanismos eficientes para salvaguardar a saúde, a privacidade e o tempo livre da pessoa do trabalhador, a fim de que a tecnologia sirva ao homem e não o homem sirva à tecnologia.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História do direito do trabalho no Brasil*: curso de direito do trabalho. v. I. São Paulo: LTr, 2017. p. 40.

2

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 272.

3

SCHWAB, Klauss. *Eurofound and the international labour office. Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Luxembourg: International Labour Office, 2017. p. 7.

Textooriginal: “*It began at the turn of this century and builds on the digital revolution. It is characterized by a much more ubiquitous and mobile internet, by smaller and more powerful sensors that have become cheaper, and by artificial intelligence and machine learning*”.

4

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003. p. 8.

5

INSTITUTO CUATRECASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH. *Proyecto technos: internet of things y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*. 1 ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2017. p. 28.

Texto original: “*En síntesis, se trata de la incorporación de los objetos, cosas de todo tipo, a la infraestructura y funcionamiento de Internet de manera similar a como lo hacen los dispositivos más clásicos y comunes de esta red, hasta ahora, como son los ordenadores, tabletas o móviles*”.

6

A OIT e a Eurofound realizaram, conjuntamente, um estudo sobre o impacto da tecnologia da informação e comunicação no mundo do trabalho, analisando dados de diversos países.

7

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 273.

8

Disponível em <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-uma-clinica-de-reabilitacao-para-viciados-em-internet/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

9

AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0*: digital e disruptivo. São Paulo: LTr, 2018. p. 17.

10

Idem, p. 28.

11

FRANÇA. LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/8/8/ETSX1604461L/jo#JORFSCTA000032983228>>. Acesso em: 02 set. 2018.

12

ITÁLIA. *Codice del lavoro*. 2017. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/06/13/135/sg/pdf>>. Acesso em 01 out. 2018.

Texto original: “*19. Forma e recesso 1. L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.*”

13



Artigo 244, § 2º da CLT: “Considera-se de “sobre-aviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobre-aviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de “sobre-aviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal”.

§ 3º “Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal”.

---

14

De acordo com a festejada autora, há dois tipos de flexibilização: “A flexibilização interna, atinente à ordenação do trabalho na empresa, compreende a mobilidade funcional e geográfica, a modificação substancial das condições de trabalho, do tempo de trabalho, da suspensão do contrato e da remuneração”. E a flexibilização externa “que diz respeito ao ingresso do trabalhador na empresa, às modalidades de contratação, de duração do contrato, de dissolução do contrato, como também à descentralização com recurso a formas de gestão de mão-de-obra, de subcontratos, empresa de trabalho temporário, etc.”.

---

15

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017. p. 65.

---

16

HIGA, Flávio da Costa. *Reforma Trabalhista e Contrato de Trabalho Intermitente*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente>>. Acesso em 01 out. 2018.

---

17

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino. (Coord.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017. CORDEIRO, Tiago. *Como é uma clínica de reabilitação para viciados em internet?* 2015. Disponível em <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-uma-clinica-de-reabilitacao-para-viciados-em-internet/>>. Acesso em 30 set. 2018.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

4. TELETRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EN TORNO A LA POSIBILIDAD DE INTEGRAR UN VACÍO NORMATIVO EN CHILE

**4. Teletrabajo y Derechos Fundamentales. En Torno a la Posibilidad de Integrar un Vacío Normativo en Chile****Telework and Fundamental Rights. Around the Possibility of Integrating a Normative Vacuum****(Autor)****FRANCISCO ALBERTO RUAY SAEZ***Facultad de Derecho. Universidad de Chile Fruaysaez@gmail.com***Sumário:**

- [1.Introducción](#)
- [2.Sobre el teletrabajo en Chile](#)
- [2.1.Una breve referencia a su mínima regulación](#)
- [3.La protección de derechos fundamentales en el contexto del teletrabajo](#)
- [4.Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

La presente ponencia tiene como objetivo exponer, de manera general, el estado del teletrabajo en Chile, su regulación normativa (o ausencia) y la posibilidad de integración iusfundamental ante la ausencia de norma de rango legal a través de la interpretación de algunos derechos fundamentales cautelados procesalmente por la vía del procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador. Se concluye con una exposición de los elementos positivos y negativos de optar por dicha vía hermenéutica.

**Abstract:**

The purpose of this paper is to present, in a general way, the status of telework in Chile, its normative regulation (or absence), and the possibility of fundamental integration in the absence of a legal standard through the interpretation of some fundamental rights procedurally protected. through the process of protection of fundamental rights of the worker. The research concludes with an exposition of the positive and negative elements of opting for this hermeneutic.

**Palabras Clave:** teletrabajo, derechos fundamentales, derechos laborales inespecíficos, vulneración iusfundamental**Keywords:** teleworking-fundamental, rights-nonspecific, labor rights-fundamentally vulnerable**1.Introducción**

El devenir histórico de las formas de producción modernas ha decantado contemporáneamente en el movimiento centrífugo de la organización laboral (progresiva descentralización productiva) y en el abandono progresivo de las políticas que, desde el segundo cuarto del siglo XX, definieron lo que se denominó "Estado de Bienestar" o Estado Keynesiano.

El tránsito evolutivo de la organización del trabajo y de la producción ha permitido que, en cierta medida, ya no sea necesaria la presencia física del trabajador en las dependencias de la fábrica, la tercerización de la economía y las nuevas formas de regulación laboral han permitido que, incluso, quienes comparten un mismo espacio físico de producción se encuentren jurídicamente sujetos a una dependencia diversa, que disgrega no sólo la organización funcional interna del trabajo, sino también la identidad y co-identificación de los propios trabajadores como colectivo. En efecto, en países de alto y mediano desarrollo, como es el caso de Chile, la realidad de los trabajadores ya no se puede referir sin modulaciones a la del clásico proletario vinculado físicamente a una fábrica. El trabajo a distancia, primeramente, y el teletrabajo, en la actualidad, representan aparentemente los últimos estadios en el retiro del trabajador de la fábrica, pero hay que ser cauteloso con dicha afirmación y ahondar en su profundidad, alcance y nuevos riesgos. El retiro físico del trabajador de la fábrica no es equivalente a su desapego subjetivo (y jurídico, obviamente) del trabajo mismo, pues, por el contrario, las formas de producción contemporáneas vienen simplemente a ser expresión de un modelo "superior" de producción y eficiencia que pareciera ya no contar, de manera exclusiva, con el control del tiempo como eje disciplinante de la actividad laborativa, sino que quiere hacerse de la subjetividad misma del empleado.

La sociedad contemporánea ha difuminado no sólo la sustancialidad de las relaciones intersubjetivas en su intercambio cotidiano<sup>1</sup>, sino que también ha institucionalizado dichas formas contemporáneas de comunicación, tornándose algo común y usual la interacción virtual y a distancia en tiempo real e instantáneo. Esto afecta no sólo a las formas ordinarias de comunicación intersubjetiva con la utilización de medios tecnológicos avanzados para fines ociosos o de realización personal, sino que, obviamente, también se aplica a la forma de organización de la producción<sup>2</sup>.

En el mundo del trabajo han sido dos fenómenos los que han acompañado su devenir histórico contemporáneo, y si bien atienden a dimensiones diversas, nos parece que existen suficientes razones para exponer la relevancia de su posible confluencia, al menos a fin de aventurar un análisis preliminar en la materia, precisamente porque ambas instancias jurídicas coinciden en evidenciar nuevos aspectos de la forma contemporánea de producción. Nos referimos aquí, por un lado, a la flexibilidad laboral (en sentido amplio) y, en particular, al teletrabajo, y, por otro, a la protección de los derechos fundamentales del trabajador (fenómeno nominado doctrinariamente como ciudadanía laboral o ciudadanía en la empresa<sup>3</sup>) por el reconocimiento dogmático, legislativo y jurisprudencial de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales inespecíficos.

Se torna particularmente relevante la referencia a los derechos fundamentales en la retórica jurídica en aquellas instituciones en que el legislador ha omitido una regulación legal específica, al menos desde un punto de vista típico (en el sentido de tipicidad normativa), en el caso chileno. Al consagrarse

en Chile el contrato de trabajo como uno de carácter consensual, pero dirigido<sup>4</sup>, la falta de regulación mínima de dicha especie de contrato no implica necesariamente un abandono absoluto del estándar mínimo de protección laboral que asegura el ordenamiento chileno a todos sus trabajadores, sin distinción. En dicho contexto, y al estar sujetos los trabajadores al estatuto general del Código del Trabajo, resulta interesante analizar en qué medida los derechos fundamentales del trabajador, resguardados en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en Chile, podrían en un determinado análisis servir como parámetro regulatorio o normativo de esta relación atípica, qué ventajas y qué deficiencia podríamos encontrar en un modelo que pretenda sustentarse, y la necesidad o ausencia de necesidad de una regulación legal en la materia.

Conforme a lo señalado, en el presente texto, pretendemos fundamentalmente esbozar la posibilidad de un análisis de la regulación del teletrabajo como una clase atípica, innominada y especial del contrato de trabajo en Chile, a través de diversos cuestionamientos. Con ellos, nos preguntaremos sobre la flexibilidad laboral asociada a dicha modalidad de empleo, y, en particular, la posibilidad de moldear un estatuto regulatorio desde la interpretación de los derechos fundamentales con eficacia horizontal, por tratarse ésta de la corriente doctrinaria predominante en materia de derechos fundamentales y Derecho del Trabajo, al menos en Chile.

## 2. Sobre el teletrabajo en Chile

### 2.1. Una breve referencia a su mínima regulación

La promesa tentadora inicial con la emersión del teletrabajo anunciaba que “no hace falta ser un experimentado prospector para darse cuenta de que los beneficios pueden ser considerables, tanto para la compañía empleadora como para el empleado. La gente ya no estará atada a ciudades o centros industriales. Al integrar el trabajo con la vida en casa, podrán concentrarse en la calidad de vida en vez de cumplir con ciclos rutinarios casa-trabajo-casa. Puede ser la llave que abre nuevas oportunidades. Muchos ya lo están viviendo”<sup>5</sup>. La visión optimista de su instauración ha sido enunciada no solo en comunicaciones de prensa<sup>6</sup>, sino en variados artículos científicos que reiteran sus beneficios tanto para trabajador como para empleador, desde un punto de vista económico, jurídico, y psicosocial, e incluso a través de una innovadora forma de su inclusión en sede administrativa<sup>7</sup>. Sin embargo, ¿resultó ser efectiva la promesa liberadora y emancipadora propuesta en dicha dirección?

Tal como han existido variados pronunciamientos favorables ante la llegada del teletrabajo, han existido también otros de tono más crítico, que atienden, por ejemplo, a lo negativo que resulta la baja interacción intersubjetiva de los teletrabajadores con otros operarios, y lo pernicioso que esto resulta en miras del ejercicio de la libertad sindical, o desde una perspectiva psicosocial, seguridad en el trabajo, formalidad de la relación laboral, entre otras.

En esta breve exposición, trataremos sucintamente de exponer y problematizar la situación de dichos trabajadores en Chile, conforme a la normativa laboral vigente, y, principalmente, los pronunciamientos de la autoridad administrativa que ha pretendido ilustrar la materia, siempre en la medida de lo posible, en particular atendiendo a si existe alguna regulación especial para este tipo de trabajadores.

El primer problema metodológico que hemos de resolver, si queremos analizar este fenómeno, es el de definir qué temas se abordarán a propósito del “teletrabajo”, o más precisamente, qué comprendemos por la expresión “teletrabajo”. En ese sentido, en su momento planteó Caamaño que comprendía a aquel “trabajo a través de redes computacionales, el que por su propia naturaleza se ha desarrollado, particularmente en los últimos años, junto con el surgimiento y masificación de las nuevas herramientas tecnológicas e informáticas, pero que, aun así, encuentra sus raíces en una forma de ocupación atípica más antigua como es el trabajo a domicilio”<sup>8</sup>. Por su parte, Ruiz Godoy ha señalado que “se trataría de todas aquellas actividades profesionales desarrolladas a través de equipos informáticos que hacen uso del teletatamiento y la telecomunicación para enviar información en tiempo real al centro de trabajo, producción o servicio con el fin de generar un valor añadido a los usuarios. En otras palabras, del producto de la unión de las redes de telecomunicaciones y los sistemas informáticos nace lo que algunos llaman el *working-house* informático, teletrabajo o *e-work*, que, en su concepción simple, atañe a la actividad profesional desarrollada por teletrabajadores, que no están presentes físicamente en la empresa para la que trabajan, pero si virtualmente a través del uso de tecnologías de la información que se requieran para esto”<sup>9</sup>.

Por nuestra parte, creemos que el teletrabajo, atendida la extensiva utilización de teléfonos móviles que cuentan con sistemas de programación similares a un computador (telefonía inteligente), incluye también las prestaciones de servicio de carácter remoto desarrolladas por los trabajadores a través de cualquier medio tecnológico, sean computadores portátiles, laptop, o incluso teléfonos inteligentes, y, por tanto, sostenemos que la propuesta de Ruiz resulta más acertada. Aunque cabrá decir que, evidentemente, se trata de una figura que, precisamente por vincularse a la vanguardia tecnológica, varía constantemente.

Isaías Rodríguez<sup>10</sup> ha desarrollado el tránsito normativo histórico que el trabajo a distancia, el trabajo a domicilio y, en particular, el teletrabajo ha recorrido en el devenir ordenamiento jurídico nacional chileno. Así, destaca la regulación pretérita iniciada por la exclusión de esta figura genérica del ámbito regulatorio propio del Derecho Laboral<sup>11</sup>, pasando por el requerimiento expreso de su registro especial<sup>12</sup>, a su desregulación absoluta<sup>13</sup>, para desembocar en la regulación aislada que, actualmente, tras la reforma del Código del Trabajo introducida en la ley N° 19.759 de 2001, regula la condición de quienes se desempeñan en teletrabajo, limitándose a señalar que estos trabajadores no se encuentran sujetos a jornada<sup>14,15</sup>.

La situación normativa actual permite afirmar que resulta evidente que existe desregulación específica sobre la materia, y que aun bajo la especial regulación que se ha pretendido efectuar a propósito de la jornada laboral, más que representar un efectivo beneficio, “termina precarizando aún más la situación laboral de los teletrabajadores, ya que al no hacerles aplicables el límite de duración máxima de jornada de trabajo, los excluye también del control de asistencia o de la posibilidad de pactar jornada extraordinaria”<sup>16</sup>. Precisamente, volveremos sobre este punto a propósito del “derecho al descanso” de los trabajadores, un supuesto “derecho a la desconexión” y los límites a la jornada.

Dicha situación pretendió ser modificada con la presentación de un proyecto de ley por el poder ejecutivo, a través del Mensaje N° 224-558 (“Proyecto de ley que regula el Contrato de Trabajo a Distancia”), y que ingresó a la Comisión de Trabajo y Legislación en el mes de noviembre de 2010, presentándose, con posterioridad, en el mes de marzo de 2011, las últimas indicaciones del ejecutivo. Recientemente, el día 10 de agosto de 2018 ingresó un nuevo proyecto de ley presentado por el gobierno (mismo gobierno y presidente que en 2010, esto es, Sebastián Piñera), y que “Modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia”<sup>17</sup>, y al que no nos referiremos en detalle, por tratarse aún de un proyecto ingresado al congreso, en una etapa preliminar y no ley vigente en Chile.

La situación de ausencia de una regulación específica en la materia conlleva consecuencias relevantes en garantías iusfundamentales y laborales, que, evidentemente, se encuentran en una situación de alta indeterminación, que, por ahora, han de ser resueltas casuísticamente por los órganos administrativo-laborales competentes, y el órgano que ejerce la función jurisdiccional<sup>18</sup>. En este contexto y bajo la predominante doctrina jurídica iusfundamental (y laboral en este caso) que acoge la aplicación directa de la Constitución, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la colusión de los derechos fundamentales y la teoría de la ponderación o proporcionalidad<sup>19</sup> como método de resolución de conflictos normativos, podría sostenerse que la fórmula de texto que hubiese utilizado el legislador pasa a ser irrelevante, y se constituye a lo sumo en una anécdota o mera indicación referencial, pero no decisiva en última instancia por su derrotabilidad hermenéutica constitucional. En otras palabras, una de las consecuencias críticas que ha conllevado la propagación ideológica de la doctrina iusfundamental antedicha es la devaluación del texto legal, y con ello, la irrelevancia jurídica institucional que pasa a adoptar la decisión democrática (legislativa) de fijar en un código, o en una ley cualquiera, alguna disposición normativa que pretenda regular la convivencia. La ley se ha vuelto irrelevante, y, por ello, el material de trabajo del juzgador parece encontrarse de manera completa y acabada en la fórmula de texto indeterminada consagrada en la constitución, o en la eventual remisión que la ley haga a la norma suprema, como ocurre en el caso de nuestro procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Sin embargo, bajo la comprensión anterior puede plantearse que, si bien el teletrabajo no cuenta con un estatuto regulatorio especial, en principio, le serían aplicables las normas que son constitutivas del estatuto general de los trabajadores privados contenido en el Código del Trabajo, pero, incluso, para el caso que lo particular de su dinámica real supere los estatutos regulatorios mínimos e irrenunciables en materia laboral, podría sostenerse que bajo la influencia del neoconstitucionalismo el juez se encontraría facultado también para moldear un estatuto regulatorio casuístico utilizando como material argumentativo fundamental el “lenguaje de los derechos fundamentales”<sup>20</sup>. Obligaciones de seguridad, límites del ejercicio del poder del empleador, límites a los controles de medios de trabajo (correo electrónico u otro), todas dichas materias quedarían entregadas a la determinación

ulterior del juzgador, a través de alguna interpretación particular de los derechos fundamentales que en su dinámica retórica resultará imprevisible para las partes. Ya volveremos sobre este tema.

En relación con la aplicación supletoria a los teletrabajadores del estatuto general de los trabajadores privados, contenida en el Código del Trabajo, podemos señalar, por ejemplo, si bien en materia de derechos colectivos no existe ningún impedimento para su desarrollo y ejercicio, éste naturalmente ha de regularse simplemente por la regulación ordinaria, no facilitándose la unión de trabajadores atendido el uso de tecnologías, y la ausencia de convivencia en un mismo espacio físico. Sin duda al encontrarse los teletrabajadores disgregados física y espacialmente, la clásica convivencia laboral y el espíritu colectivo ha estado también ausente, sin embargo, inmediatamente, hemos de notar que el trabajo que realizan les permite de manera paradójica un contacto permanente e íntimo con su empleador, bajo el uso de comunicaciones instantáneas o de redes sociales. Al respecto, Rodríguez, en una visión aún clásica de la interacción de relaciones laborales, pero que demuestran que las limitaciones no son tales, señala que, “pese a que por las condiciones del teletrabajador pudiese ser más difícil que las organizaciones sindicales logren captar su atención y participación, debe tenerse en cuenta muchos de los planes de teletrabajo contemplan su ejercicio, como una modalidad de ejecución a optar por trabajadores de planta cuando han cumplido cierta antigüedad y en cargos que reúnen ciertos requisitos”<sup>21</sup>. Aquello es evidente, precisamente, a la luz de lo dispuesto en el Convenio N° 177 de la OIT, sobre el trabajo a domicilio.

Otra cuestión de relevancia relacionada con las modalidades de regulación del trabajo a distancia, y del teletrabajo en particular, resulta de la verificación de ausencia de normas especiales de seguridad en el empleo. Al quedar los teletrabajadores sujetos al canon general de protección laboral (art. 184 y siguientes del Código del Trabajo chileno) presenciamos evidentemente una desarmonía entre una norma protectora de riesgos, seguridad y accidentabilidad general, pensada desde sus orígenes para una organización industrial tradicional, por un lado, y la realidad efectiva de los teletrabajadores, que se ven expuestos a otras vicisitudes propias de la naturaleza de la labor desempeñada (tendinitis, problemas oftalmológicos, o accidentes laborales en el hogar, por ejemplo), por el otro lado. Asimismo, no existe para estos casos un criterio útil que permita diferenciar prístinamente entre hipótesis de enfermedad o accidentabilidad común o laboral, si es que precisamente el trabajo es realizado desde el domicilio, aunque podríamos aventurar un intento. La situación paradigmática ocurriría en aquellos casos en que se necesite que el trabajador realice labores *on line* y el incidente ocurriese precisamente en ese instante (por ejemplo, en una transmisión vía *streaming*); estaríamos ante un accidente que resultaría, incluso posible, en ese caso expuesto en vivo y directo por las redes sociales; un accidente laboral clásico, pero video grabado y transmitido en la realización de sus labores (¿podríamos dar cabida en estos casos, por ejemplo, a un accidente provocado por la acción de alguna mascota de casa?).

Sin perjuicio de la desregulación en esta materia, y lo ya señalado previamente sobre la resolución casuística de estas situaciones hipotéticas, hemos de afirmar, desde ya, que la sola circunstancia de realizar una nueva forma de trabajo no directamente industrializado desde la subordinación física (en tanto concurre la ausencia de un elemento locativo en la relación de prestación de servicios) no debe implicar en ningún caso una situación de desprotección de los trabajadores respecto de las contingencias o padecimientos que tengan como causa el desempeño en sus labores. Tal como señala Rodríguez, “no puede ni debiera entenderse que un futuro contrato de trabajo a distancia operará con absoluto desconocimiento de la obligación establecida en el artículo 184 del Código del Trabajo, mediante el cual el empleador esté obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Por el contrario, de conformidad a las particulares características del trabajo a domicilio, se debe adecuar dicha obligación a labores necesarias y plausibles con objeto de asegurar el mandato legal del respeto a la seguridad de los trabajadores”<sup>22</sup>. El régimen general supletorio, que regiría en estos casos, resulta ineficiente, y tal como señala Caamaño, “este es el caso, por ejemplo, del alcance que tendrá respecto del teletrabajo el deber general de protección del artículo 184 CdT o el ejercicio del derecho a la negociación colectiva”<sup>23</sup>.

La Dirección del Trabajo, autoridad administrativa laboral de Chile, en ORD. N° 6483 de 10.12.2015, señaló que “que el Informe de Actualidad Laboral N° 1, del Departamento de Estudios de esta Dirección (publicado bajo el título “Una mirada a la figura del Teletrabajo”, pág. 19, año 2011), consigna que “el actual Código del Trabajo no recoge ampliamente esta modalidad, dejando de lado aspectos tales como la especificación de los tipos de contratos, cantidad de horas de trabajo, prevención de riesgos y accidentes laborales, incluso delitos informáticos, entre otros elementos, no reconociendo su particularidad”<sup>24</sup>. Inmediatamente, tras esta constatación señala que: “la propia ley entiende excluido de la limitación de jornada ordinaria de trabajo prevista en el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo, entre otros, al personal contratado bajo alguna de las modalidades antes indicadas, lo cual implica que el mismo podría desempeñarse sin sujeción a un horario determinado sin que ello importe una vulneración de normativa prevista en el mencionado precepto. Con todo y teniendo presente que, como se expresara, nuestra legislación no contiene un marco normativo especial que regule otros aspectos de tal contratación, no procede que este Servicio emita un pronunciamiento sobre la legalidad de los contratos de que se trata o proporcione más información sobre el particular”<sup>25</sup>.

De lo transcrito, evidenciamos que la autoridad administrativa simplemente ha constatado que, al no existir una regulación particular o especial para el teletrabajo, carece de competencia para emitir un pronunciamiento sobre el contenido de la regulación contractual que definirá la posición de las partes (radicará, por tanto, en el legislador, o, en principio, en el juzgador, caso a caso).

Sin perjuicio de la interpretación realizada por la Dirección del Trabajo, y por esta ausencia normativa precisamente, serían aplicables en materia iusfundamental de norma supletoria las normas que resguardan la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, en general, consagradas en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, que regulan el procedimiento de tutela laboral, pero también el artículo 5° del Código del Trabajo, que consagra lo siguiente: “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. En el mismo sentido, se ha pronunciado Ricardo Juri, oportunamente y de manera sintética, en la doctrina nacional<sup>26</sup>.

Tres conclusiones podemos anticipar hasta este momento: a) el tele-trabajador es en general contratado, por defecto, sin sujeción al límite horario, en virtud de lo que preceptúa el artículo 22 del Código del Trabajo<sup>27</sup>. b) Los derechos fundamentales resguardados en el procedimiento de tutela laboral, como regulación normativa específica, y a través de la cláusula amplia del artículo 5° del Código del Trabajo, cautelan también la situación jurídica del tele-trabajador. c) Los términos, derechos y obligaciones pactadas entre empleador y teletrabajador, entre las partes, serán principalmente aquellos que regule el contrato de trabajo respectivo.

Al no encontrar una regulación legal expresa, el trabajador se encuentra cubierto por el estándar mínimo e irrenunciable que establece el Código del Trabajo, y desde esa posición jurídica, el haz obligacional del empleador queda en gran medida cubierto por lo que ha dispuesto el legislador chileno en todo lo que refiere a prestaciones mínimas, como remuneraciones, vacaciones, fuero (maternal o sindical), etc. Sin embargo, desde el punto de vista del empleador, sin duda, por la misma característica de la labor realizada, se vuelve particularmente interesante regular, minuciosamente, cada aspecto obligacional de la relación laboral, a través de cláusulas de confidencialidad, no competencia, exclusividad, permanencia, propiedad intelectual, propiedad industrial, etc. Aquello se relaciona, a su vez, directamente con otras instituciones del derecho con las que directamente se vincula a este tipo de trabajadores: la propiedad intelectual<sup>28</sup> y la propiedad industrial<sup>29 30</sup>.

Sin embargo, y ante la tan reiterada ausencia regulatoria en materia normativa, ¿qué posibilidades regulatorias plantearían los derechos fundamentales en este contexto?

### 3. La protección de derechos fundamentales en el contexto del teletrabajo

Desde la década de los noventa en Chile, con la doctrina sostenida por la máxima autoridad administrativa laboral (la Dirección del Trabajo)<sup>31</sup>, el abundante desarrollo doctrinario<sup>32</sup> nacional, y la inclusión de una reforma procesal laboral *ad hoc*, que de manera especial se hacía parte de la dogmática jurídica que reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el procedimiento de tutela laboral<sup>33</sup>, el concepto de “ciudadanía en la empresa” se tornó la figura retórica sintética idónea para traducir en un lenguaje más cómodo y accesible la noción (técnica) de eficacia horizontal de derechos fundamentales<sup>34</sup>, y, en particular, la consagración y protección de los denominados derechos fundamentales, no sólo específicos del trabajador al interior de la empresa, sino que también los inespecíficos<sup>35</sup>.

El ingreso de la noción de ciudadanía en la empresa en materia laboral refiere a la constatación normativa de que los trabajadores ya no sólo concurren a

desempeñar sus labores bajo una esfera de protección legal y constitucional laboral específica, en la consideración de su naturaleza de tales, sino que ahora, en el desarrollo de sus labores al interior de la empresa también se les reconoce como titulares de derechos fundamentales, como sujetos de derecho iusfundamental con un sujeto pasivo del contenido obligatorio del que son titulares, o, en otras palabras, ingresan como ciudadanos plenos, en sentido que pueden, en su calidad de titulares de derechos, elevar pretensiones jurídicas intersubjetivas, respecto de las cuáles el empleador será sujeto pasivo.

Sin embargo, al menos en una primera aproximación, el concepto de ciudadanía en la empresa supone referenciar un lugar de nuevo tipo desde el cual ahora se hará eficaz la calidad de ciudadano de los sujetos involucrados (a diferencia de los tradicionales sitios desde los cuales se hace ejercicio de la misma, como puede ser la asamblea política, o la urna de votación). Al trabajador se le reconoce su estatus de ciudadano, de titular de derechos fundamentales, ya no sólo en la vida pública o en el ejercicio de su *vita activa*<sup>36</sup>, sino que ahora también en el lugar físico de la empresa. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el lugar que permite esta diferenciación, o este supuesto progreso no es fácilmente reconocible como en el discurso se pensaba que era?, ¿qué sucede, en otras palabras, en aquellos casos en que la empresa no es un “lugar”, sino que más bien el entorno cotidiano del sujeto titular de derechos, esto es, su propio domicilio? Aquél es el problema al que se ven enfrentados tal vez de manera más evidente y manifiesta, los “trabajadores a distancia”, quienes se encuentran inmersos en este mundo denominado “teletrabajo”.

A modo de ejemplo, podemos referirnos en este punto a los derechos fundamentales que de manera más clara y evidente parecen estar expuestos a vulneración, pero que, a la vez, permitirían la generación de un estándar o estatuto de control de la potestad patronal *a posteriori*. A los que nos referiremos sucintamente son: el derecho a la intimidad, la no violación de la comunicación privada, la vida privada, integridad psíquica y física, a propósito de un derecho al descanso y un derivado derecho a la desconexión.

En relación con el derecho a la intimidad<sup>37</sup>, a modo introductorio, podemos señalar que ya la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 expresamente determina: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

A modo de ejemplo vulneratorio en el contexto de la naturaleza del trabajo respecto del cual avocamos esta exposición, pasaremos a analizar lo que sucede con la videograbación desde el domicilio, eminentemente digital. Al tratarse de un trabajo realizado desde el domicilio<sup>38</sup> del dependiente, es evidente que dicha medida ni siquiera cumple con aprobar el primer juicio en un análisis de proporcionalidad ampliamente acogido en nuestra cultura jurídica<sup>39</sup> correspondiente a la idoneidad o adecuación. Sin embargo, habrá que estar atento, pues el análisis de la medida, en este caso, coincide con uno de los objetos principales del contrato de trabajo. Precisamente, se contratan los servicios del dependiente para que específicamente ese video grabe o realice transmisiones online desde su hogar. ¿Puede dicho trabajador limitar su derecho a la privacidad e intimidad, si lo que se requiere de su parte es una transmisión continua?

La mecánica de videograbación continua del lugar de trabajo, que en este caso resultaría ser ni más ni menos que el propio domicilio del trabajador, parece una medida, por sí, desproporcionada por parte del empleador, aun sin ni siquiera intentar elucubrar un fin posiblemente legítimo de dicha medida (obviando la legitimidad objetiva del fundamento). Sin embargo, y en general he ahí la debilidad de adoptar el análisis de juicio de proporcionalidad de Robert Alexy como baremo óptimo (o razonable siquiera) de resolución de los supuestos conflictos de derechos fundamentales: la propia medida no puede ser analizada en abstracto. En el contexto de la relación laboral, puede que el contrato de trabajo tenga como objeto de manera precisa la transmisión de una videoconferencia, como hemos señalado, o el comentario y transmisión de un juego en línea, desde un determinado lugar, con una determinada proyección de fondo, como puede ser el lugar de su domicilio con un croma (pensar, por ejemplo, en los *streamers de los denominados video games*)<sup>40</sup> por un determinado tiempo. En efecto, habrá que distinguir si se trata de una cámara estática o de una serie de cámaras instaladas en su interior, como ocurrió en su momento con los denominados *Reality Shows*, transmitidos por televisión, y que implicaba la continua captación de la vida cotidiana de una o más personas.

Puede que el teletrabajador sea contratado, en lenguaje ordinario, esencialmente para *transmitir vía internet*. En tal caso, no es propiamente la esfera de su intimidad la que se encuentra expuesta, pues si bien usualmente el lugar físico coincide con su domicilio, los momentos de transmisión se reducen a un tiempo limitado del cual el propio trabajador se encuentra en *preaviso* de estar siendo grabado y expuesto, no sólo para la supervigilancia de su empleador quién pudiese controlar la dinámica de las funciones encomendadas, sino para todo un público objetivo, que lo sigue personalmente a él; como figura, y obviamente para el cumplimiento mismo del objeto del contrato. No se trata de aquellas situaciones en donde la vida cotidiana, normal o accesoria a las faenas que el trabajador desarrollará (como en una fábrica cualquiera en que se posicionan cámaras de frente al trabajador o hacia su lugar de trabajo) se encuentra siendo vigilada (sea por seguridad o sea por otro fundamento), sino que, el contrato mismo, y el objeto de su función como trabajador, será el de exponer por ciertos momentos de manera masiva lo que se encuentra realizando, pues es, precisamente, aquello para lo que se encuentra contratado.

Cuestión distinta se plantea si el empleador pretende establecer como obligación del contrato que el trabajador debe transmitir desde su casa un tiempo excedido, no relacionado con sus funciones directas relacionadas con su posición de *social media*, sino que incluso con su vida cotidiana (cocinar, dormir, y hasta la posibilidad de transmitir su intimidad sexual), pues, en tal caso, la cobertura del derecho a intimidad no abandona su lugar y se vuelve irrenunciable como derecho inespecífico, o en el lenguaje conflictualista de los derechos (conforme a la teoría de Robert Alexy), la medida se torna desproporcionada por inidónea. Si el trabajador común no puede ser vigilado ni videograbado de manera directa en su puesto de trabajo, ni menos en actividades que competen a lo más íntimo, como lo es concurrir al baño, por ejemplo, menos razonable aún resulta afirmar que pudiese ser filmado y perseguido el trabajador hasta ese espacio recóndito de su intimidad cotidiana, en su propio domicilio.

Sin embargo, ¿existe alguna norma legal prohibitiva en Chile que impida ceder inclusive dichos ámbitos de privacidad e intimidad? La respuesta es no. Menos aun cuando parte de la función principal por la que se contrata es precisamente la exposición de dichos momentos. Basta con pensar en la transmisión de los denominados “*Reality Shows*”. Hasta el momento no existe normativa legal, ni un pronunciamiento judicial ni administrativo relacionado con una situación vulneratoria alegada por los trabajadores, que permita situar una posición victimizante. Por lo contrario, lo que se presenta en la práctica es que es el propio trabajador (o particular libre, pensando hipotéticamente que pudiese ser calificada la relación como una de tipo civil) el que renuncia a su intimidad a cambio de una remuneración o precio. Sin duda, al no existir los pronunciamientos referidos (ni judiciales ni administrativos), ni la legislación pertinente, la elaboración que hemos desarrollado se centra fundamentalmente en el alcance interpretativo que podemos otorgarles a los derechos fundamentales que, supuestamente, se encontrarían siendo limitados, vulnerados o infringidos. Quedamos, por ahora, entregados a la interpretación iusfundamental de los órganos competentes en este ámbito, y la teoría hermenéutica que sigan al respecto (doctrina esencialista de derechos fundamentales, o conflictualista, por ejemplo).

En relación con la comunicación privada es preciso abordar un tema particular, cual es la invasión o acceso a los correos electrónicos, que son simplemente asimilables y extrapolables a la regulación normativa cotidiana de los teletrabajadores. Al respecto, la Dirección del Trabajo chilena ha señalado que: “la experiencia práctica que emana de los hechos y la costumbre, indican que, en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aun cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador. Igual cosa sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una proyección natural de la persona y actividad del dependiente, y, por tanto, habitualmente tampoco serán controlados ni invadidos por el empleador, aun cuando -se reitera- en estricto rigor sean de propiedad de éste. Con similar predicamento, deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico.

Lo anterior no es impedimento para que resulte aconsejable la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora, lo que, naturalmente, no puede ni debe significar limitar la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada”.

¿De qué manera ha de realizarse dicha regulación? Señala el órgano administrativo que el instrumento idóneo ha de ser el Reglamento Interno de Orden Higiene y seguridad, un instrumento normativo dictado unilateralmente por el empleador, de manera obligatoria en aquellas empresas que tengan diez o más trabajadores. Al respecto, además, ha señalado la Dirección del Trabajo que: “en empresas de menos de diez trabajadores, nada impide que esta regulación opere por la vía del contrato individual de trabajo o el instrumento colectivo, cuidando siempre de preservar la plena vigencia de la garantía

constitucional involucrada, la que no podrá en ningún caso ni en ninguna medida ser materia de acuerdo entre las partes ni tampoco de regulación por el reglamento interno de la empresa.

Por ejemplo, podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá - en el instante - su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional.

Asimismo, la doctrina comparada ha imaginado los costos de uso extraproductivos del correo electrónico, los que también podrían regularse por el reglamento interno de la empresa: “Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes al uso del correo electrónico, no se le puede, de entrada, exigir que vaya a su costa la utilización del mismo para fines personales del asalariado o no relacionado directamente con la propia producción o la prestación del servicio de que se trate: se trataría de un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, de un abuso de derecho o una deslealtad contractual” (Miguel Ángel Falguera i Baró, “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, Revista Relaciones Laborales Nº 22, España, noviembre de 2000, página 24).

En síntesis, como se ha dicho, el empleador podrá regular las condiciones de uso de los correos electrónicos, cubriendo los casos y situaciones descritos precedentemente y otros, pero en ningún caso - ni por reglamento interno ni por acuerdo de las partes - podrá regularse el ejercicio mismo de la respectiva garantía constitucional.

Por lo demás, no podría ser de otra forma, si se tiene presente que aún las regulaciones legales de una garantía constitucional autorizadas por la propia Constitución, “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política del Estado)<sup>41</sup>.

De lo transcrito, se desprende que la posibilidad de regulación de un medio, como el correo electrónico, debe siempre y, en todo caso, respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la privacidad de la comunicación privada, y así, aunque se trate de un correo institucional, el empleador no puede regular a tal punto el uso del correo electrónico en tal medida que esto llegase a significar una privación del derecho fundamental. Análogamente, podríamos señalar que una forma idónea de regulación sería a través de la consagración de un método pre informado a los trabajadores en donde se señale no que cada correo podrá ser visado por el empleador, sino que podrán ser encriptados y resguardados en una base objetiva. Pero, incluso en dicha hipótesis, ¿dicho correo seguiría siendo un medio de comunicación privada, o, en realidad, se trata de un instrumento de trabajo más, y, por lo tanto, el empleador podría disponer sobre el mismo, y tener libre acceso? Si bien no existe una respuesta legislativa a dicho cuestionamiento, sí podemos señalar que en virtud del principio *pro libertatis*, existe un ámbito de cobertura para el trabajador respecto de las comunicaciones que emanan de su casilla de correo, cuestión que, en todo caso, al menos en nuestro país, no pasa de ser una aproximación a un problema que sin duda ha de ser resuelto a futuro por los órganos legislativos competentes.

Por último, llegamos al caso de regulación de un tema que, si bien se relaciona con el teletrabajo, no es exclusivo de este ámbito. Me refiero a un derecho a la desconexión. Resulta que, en último término, el teletrabajo parecía ser el gran bastión de la autonomía laboral, sin embargo, la relativa libertad del espacio físico por parte del trabajador ha traído como revés una constante, continua e ininterrumpida puesta a disposición de fuerza laboral a favor del empleador. La posibilidad de estar conectado (*online*) todo el día permite mantener una vida social activa, sin embargo, también permite que el trabajador esté expuesto a recibir órdenes en cualquier momento. La conexión continua expone al trabajador a un malestar psíquico innegable, y, por esta vía, puede uno señalar que medidas de trabajo como estas, que no respetan espacios físicos ni temporales, afectan y derechamente vulneran una garantía fundamental del trabajador. Por otro lado, dicha modalidad parece representar una vulneración del derecho a descanso, que es portador de una ya larga tradición en materia laboral, y que, poco a poco, precisamente en la modalidad de teletrabajo, ha incrementado la angustia y exposición al stress laboral.

De un modelo de explotación propio del siglo XIX se ha pasado a la sociedad del consumo del siglo XX, y hemos decantado en una sociedad de cansancio<sup>42</sup>. Dichos medios tecnológicos se han vuelto de medios de libertad a medios de trabajo. Tal como señalan Cristóbal Roncero y Aguilera Izquierdo: “el problema que plantea el teletrabajo en materia de jornada es que la flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo puede llevar a derribar las barreras que separan la vida privada de la vida laboral. Las nuevas tecnologías pueden llevar al teletrabajador a una situación de disponibilidad del empresario casi permanente al margen de los objetivos que haya pactado con la empresa o del período de tiempo de estricta puesta a disposición del empresario o cliente”<sup>43</sup>.

Francia ha sido pionero en esta materia y ha decidido regularlo legislativamente en Ley francesa 2016 - 1088, de 8 de agosto de 2016, conocida como *Loi Travail* o reforma laboral francesa de 2016<sup>44</sup>.

En nuestro caso, al no contar con normativa que regule, específicamente, esta materia podemos, por tanto, encontrar en las normas de derechos fundamentales consagradas en nuestro Código del Trabajo nacional chileno, una vía idónea para la protección de derechos fundamentales, a lo menos *a posteriori* y como control represivo antes que preventivo. En el caso del “derecho a desconexión”, cabría preguntarse, antes de su elaboración doctrinaria, si una tipología doctrinaria de dicho tipo sería necesaria, y no cabría incorporarla dentro de un derecho a descanso. Pero a su vez, al no existir un derecho de este tipo de naturaleza iusfundamental, cabe preguntarse también, sino bastaría más bien con interpretar el contenido del derecho a una integridad física y psíquica en un sentido amplio, o más bien, delimitarlo como parte contenido, sin necesidad de predicar que éste tiene refiere a una determinada esencialidad (en el sentido de la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales).

En otros términos, las tres garantías enunciadas aparentan diseñar un sistema protectorio idóneo en estos casos, sin embargo, aquello no es suficiente. La indeterminación normativa de los derechos fundamentales evidencia la debilidad de un sistema protectorio laboral que se sustente exclusivamente sobre ellos. Por más que el neoconstitucionalismo pareciese pretender “principalizar” el Derecho Laboral, o iusfundamentalizar el mismo, no debemos olvidar que, ante su indeterminación, el texto legal sigue siendo un medio idóneo de regulación normativa, especialmente en el diseño de un modelo de relación laboral no patológica. Resulta evidente que la utilización de protección de derechos fundamentales queda en la mayoría de los casos sujeta a un control posterior a una determinada vulneración, y no refiere a un deber de tutela preventiva por parte del empleador, lo que plantea un desafío en este sentido.

No existiendo un modelo regulatorio normal, cualquier intervención laboral en la materia sería tardía, y el fin protector del Derecho Laboral, evidenciaría un giro hacia un rol eminentemente reparatorio, antes que protectorio.

#### 4. Conclusiones

El contrato atípico de teletrabajo plantea desafíos jurisprudenciales, legales, sociales, y, en general, institucionales. Es preciso que el espíritu protector del Derecho del Trabajo adecúe sus formas a la realidad práctica del teletrabajo, no sólo por un fin de intromisión regulatoria activa, sino que ante todo por la necesaria certeza jurídica con que han de contar tanto trabajadores como los empleadores que contraten trabajadores que presten servicios bajo dicha figura. El cumplimiento de todas las prerrogativas laborales por parte del empleador requerirá una elucubración teórica por parte de cada uno de los empleadores, teniendo como material fundamental la retórica de los derechos fundamentales. No sólo deja en incertidumbre las formas regulatorias que habrá de aplicar el empleador al trabajador, sino que, ante todo, deja en una desprotección evidente a los teletrabajadores en los ámbitos más diversos que pudiese encontrar de aplicar el estatuto general laboral ideado para un trabajo clásico industrial.

Conforme a lo planteado, y como era de esperarse también por la realidad del derecho comparado, salvo las regulaciones de propiedad intelectual, propiedad industrial, cláusulas de exclusividad u otras materias similares, que atañen al contenido contractual laboral específico (en un sentido técnico del término), no existen certezas respecto del resto del ámbito regulatorio de la relación laboral surgida en el contexto del teletrabajo y su relación con los derechos fundamentales. Lo que sí podemos aseverar en el caso de Chile, es que, al menos, aquello que ha venido a denominarse “ciudadanía en la



empresa”, es el rango mínimo de protección con que cuentan dichos trabajadores. Pero incluso aquella afirmación se vuelve confusa cuando no están “en” la empresa, sino que, más que ciudadanía, se trata simplemente del resguardo de los derechos fundamentales con una eficacia horizontal reconocida, no es necesaria tanta pomposidad retórica.

Los teletrabajadores, como mínimo, cuentan con las mismas garantías que han sido reconocidas legal y jurisprudencialmente a los trabajadores de otras áreas de producción, y en tanto permitan ser análogas sus condiciones, ha de establecerse que aquello es el mínimo. Sin embargo, hace bastante tiempo entrado el siglo XXI nos trae aparejado un nuevo problema que ha estado implícito en toda esta presentación. ¿Qué sucede con el trabajador que decide renunciar a sus derechos fundamentales en la máxima medida posible a cambio de obtener también el máximo beneficio posible? Y, en tal caso, no hablamos solo del máximo desarrollo patrimonial como el derecho del trabajo de cota mínima pudo plantear en alguna oportunidad a propósito de la cuestión social a fines del siglo XIX, sino que mucho más allá, cuando de manera simultánea lo que “objetivamente” parece una renuncia de derechos (incluso los derechos fundamentales, sobre los que trata esta exposición) son cedidos parcialmente (legítimamente limitados, cabría señalar) bajo las certera convicción de que se está alcanzando la máxima realización personal; ser el *you-tuber* más conocido, el *streamer* más visitado o el *twittero* con más seguidores. ¿Debe relegársele al trabajo independiente de manera externa, dirigida e impositiva, sumirlo a la desregulación civil, o se le debe dar cabida a esta nueva posibilidad de mundo nuevo, de tomarse en serio la entrada del siglo XXI (que, por muchos, será vista como retroceso) en donde libremente, de manera individual, ha decidido alcanzar su propia satisfacción cediendo en la máxima medida posible? ¿Cuál es el rol del Derecho del Trabajo en este rubro? Dejamos las preguntas planteadas con la esperanza de avocarnos a su análisis en otro espacio, y con la seguridad de haber abierto la discusión en la materia.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, (Argentina, 2005) Fondo de Cultura Económica, pp. 179 y ss.

2

El orden lógico y temporal puede ser analizado críticamente, en tanto pueda situarse primero las formas de organización de producción que tendrían como consecuencia una determinada modelación de comunicación intersubjetiva de los productores en su tiempo libre.

3

Par una lectura crítica del concepto: MUNOZ LEON, Fernando. “Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político”. RDUCN, Coquimbo, v. 20, n. 2, p. 373-404, 2013.

4

LOPEZ SANTAMARIA, Jorge, Los Contratos, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1986 pp. 123-127.

5

BARRIOS, Christian y MUÑOZ, Pedro. *Teletrabajo: el trabajo en la nueva era de la información* (Santiago de Chile, 1996) Dolmen ediciones, p. 54.

6

“Teletrabajo: La revolución del empleo 3.0.” En: <http://www.lasegunda.com/Noticias/Buena-Vida/2012/04/742440/Teletrabajo-La-revolucion-del-trabajo-30>; El teletrabajo cautiva a las nuevas generaciones y mejora su compromiso laboral, En: Diario El Mercurio, 27 de abril de 2015 <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=27-04-2015%200:00:00&dtB=07-03-2017%200:00:00&BodyID=1&PaginaId=13>>

7

MENDOZA, Ramiro. “Una innovación real: El teletrabajo público”. En: <<http://www.elmercurio.com/blogs/2017/03/25/49809/Una-innovacion-real-El-teletrabajo-publico.aspx>> Sábado 25 de marzo de 2017.

8

CAAMANO ROJO, Eduardo. “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”. *Rev. derecho (Valdivia)*, 2005, vol.18, n.1, pp. 25-53.

9

RUIZ GODOY, Rodrigo Alejandro. *El teletrabajo. Hacia una nueva forma de trabajo en Chile*. (Santiago, Chile, 2018), Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 38.

10

RODRIGUEZ REYES, Isaías. “Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia”. En: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6 (11), pp. 69-92.

11



L regulación normativa contenida en la ley 4.053 de 1924 excluía al trabajo a domicilio expresamente de las normas de contrato de trabajo.

12

Código del Trabajo de 1931 en su Título II Del contrato para Obreros, con un párrafo especial dedicado al Trabajo a domicilio.

13

“Si bien el DL 2200 de 1978 se estableció su concepto: Trabajo a domicilio es el que en forma habitual se ejecuta en el propio hogar del trabajador o el lugar libremente elegido por él, sin vigilancia, ni dirección inmediata de la persona por cuenta de quién trabaja, ni de representante suyo” sólo tres años más tarde, la reforma del año 1981 por la ley 18.018 derogó completamente la normativa de trabajo a domicilio, determinando que no daban origen a contrato de trabajo los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que los realizan o en un lugar libremente elegidos por ellas sin vigilancia ni dirección inmediata del que contrata. Por cuanto, los trabajadores a distancia de aquel tiempo debían someter su accionar a las normas establecidas en el Código Civil, específicamente a las referidas al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, en los artículos 2006 a 2012 del mismo cuerpo legal”, RODRIGUEZ REYES, Isaías. “Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia”. p. 75.

14

“En el caso chileno, el teletrabajo es reconocido por primera vez a través de la dictación de la Ley N° 19.759 de 2001 que lo incorpora como un caso de excepción a la duración máxima de la jornada ordinaria de 45 horas semanales consagrada en el artículo 22 inciso 1° del Código del Trabajo (= CdT.). De esta manera, el legislador buscó regularizar “el teletrabajo, esto es, aquel que se desarrolla por trabajadores contratados para prestar sus servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, como pueden ser los informáticos o de telecomunicaciones. Al efecto, se deroga el inciso penúltimo del artículo 8 CdT., armonizándose la aplicación de dicho Código con los restantes trabajadores que laboren en un lugar distinto de la empresa, aunque no sea mediante elementos de tecnología y comunicación avanzados”.

El artículo 22 inciso 4° CdT., en su nueva redacción luego de la reforma legal referida, prescribe que: “Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones” CAAMANO ROJO, Eduardo. “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 35, p. 79-105, dic. 2010 p. 89.

15

En un sentido expositivo similar: RUIZ GODOY, Rodrigo Alejandro. *El teletrabajo. Hacia una nueva forma de trabajo en Chile*. (Santiago, Chile, 2018), Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 43-49.

16

CAAMANO ROJO, Eduardo. El teletrabajo..., p. 91.

17

Número de boletín: 12008-13, MENSAJE N° 071-366/, Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=12518&prmBOLETIN=12008-13](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12518&prmBOLETIN=12008-13)

18

Cabe señalar que en relación con la jurisprudencia judicial y administrativa el desarrollo en materia de teletrabajo en específico es de escasa relevancia cuantitativa y cualitativa. No suman más de diez los casos en que se ha abordado el tema entre ambas sedes, y por razones de extensión no las abordaremos en específico, salvo aquél que contiene un desarrollo más sustancial y que se analiza en las líneas siguientes de esta exposición.

19

Se ha denominado a dicha corriente “Neo constitucionalismo. Para un estudio crítico de su comprensión general de los derechos fundamentales revisar: ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, núm. 1, julio, 2010, pp. 79-102.

20

BARRACA MAIRAL, Javier, El lenguaje de los derechos humanos y la cuestión de los límites: Algunas sugerencias de E. Lévinas. *Prisma Jurídico*, 2009, 8 (Julio-diciembre).

21

RODRIGUEZ REYES, Isaías. “Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia”. p. 88.

22

RODRIGUEZ REYES, Isaías. “Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia”. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, VOL. 6, N° 11, 2015, pp. 69-92, p. 88.

23

CAAMANO ROJO, Eduardo. El teletrabajo... p. 91.

---

24

Dirección del Trabajo: ORD. N°6483 de 10.12.2015. Disponible en : <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-108366.html>

---

25

Ibid.

---

26

JURI SABAG, Ricardo, "El Teletrabajo, La nueva forma de trabajo", Lexis Nexis, 2006, p. 153.

---

27

El presente elemento ya plantea una primera problemática relacionada no directamente con una cobertura iusfundamental, sino, de manera general, con el bienestar subjetivo y la calidad de vida. Tal como señaló en su oportunidad María Ester Feres, "la jornada de trabajo se vincula directamente con la calidad de vida, y la no sujeción a límite no implica necesariamente libertad, sino muchas veces lo contrario; una situación de stress y pendencia continua relacionada con la supervisión de la labor realizada" : consultar <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-68985.html>

---

28

Ley 17.336 "Propiedad Intelectual".

---

29

Ley 19.039 Establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial arts. 68 y ss.

---

30

SIERRA HERRERO, Alfredo. Trabajadores inventores: titularidad de sus creaciones y régimen retributivo. Revista de derecho (Coquimbo), 18(2), 2011, 151-188; SIERRA HERRERO, Alfredo. "Ingenio y trabajo. Las invenciones laborales en el derecho español y chileno" Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, vol. 12, núm. 1, 2005, pp. 121-155; SIERRA HERRERO, Alfredo. *Patentes de invención y derecho del trabajo. Régimen jurídico de las invenciones realizadas por el trabajador*. Santiago, Chile: Legal Publishing Thomson Reuters, 2013.

---

31

MELIS VALENCIA, Christian. "Derechos de ciudadanía y empresa: apuntes para una configuración dogmatico-juridica". Disponible en: [http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf).

---

32

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "La noción de acoso moral laboral o "mobbing" y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile". *Revista de derecho (Valparaíso)*, (37), 2011, p. 216; GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Ciudadanía en la empresa o los derechos. fundamentales inespecíficos* (Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2004; entre otros

---

33

Ley 20.260. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=270178>.

---

34

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo". *Rev. derecho (Valdivia)*, jul. 2010, vol.23, no.1, p.79-102.

---

35

UGARTE CATALDO, José Luis. "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 33, p. 215-228, dic. 2009.

---

36

ARENDT, Hannah. *La condicion humana*, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 277 y ss.

---

37

38

En razón de la extensión de la presente exposición no profundizamos sobre este elemento particular dentro de las obligaciones contractuales ¿Es exigible la fijación de un domicilio desde la cual se realizarán las labores?, ¿éstas pueden ser cumplidas desde cualquier equipo tecnológico que disponga de los medios de transmisión suficientes para cumplir las funciones pactadas? ¿es siempre una obligación accesorio (pensar por ejemplo en la gente que realiza transmisiones desde lugares específicos)?

---

39

ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, España, Madrid, 2002 pp. 81 y ss.

---

40

Video-gamer que transmite en línea (o sube a plataforma internet) una sesión de juego en línea, para ser visualizada por público conectado online, sea en directo o de manera diferida.

---

41

Dirección del Trabajo, ORD. Nº 260/19 de 24-ene-2002.

---

42

HAN, Byung-Chul. *La sociedad del cansancio*, Editorial Herder, Argentina, traducción de Arantazu Saratzaga Arregui, 2012

---

43

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, "Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica". Universidad Complutense de Madrid, 23 de marzo de 2017. Disponible en: [http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS\\_548599/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548599/lang-es/index.htm) [Consultado 20 de mayo de 2018].

---

44

*Loi núm. 2016-1088, du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.*

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

5. NORMALISATION DE LA SANTÉ &amp; SÉCURITÉ AU TRAVAIL : L'EXEMPLE DE LA NORME ISO 45 001

**5. Normalisation de la Santé & Sécurité au Travail : L'exemple de la Norme ISO 45 001****Standardization of Occupational Health - The Case of ISO 45 001****(Autor)****CLÉMENT COUËDEL***Doctorant en Droit Social - Université de Nantes (France) PhD Student in Labour Law - University of Nantes (France)***Sumário:**Introduction1.La normalisation de la sante au travail1.1.Le cadre de la normalisation de la santé au travail1.1.1 Le fonctionnement de la norme ISO 450011.1.2.Les caractéristiques de la norme ISO 450011.2.Une conception théorique de la normalisation de la santé au travail1.2.1.Une nouvelle approche de la santé et de la sécurité au travail1.2.2.Rôle prégnant de l'entreprise en matière de création du droit social2.La concretisation de la normalisation de la sante au travail2.1.La santé du travailleur à la lumière de la culture managériale2.1.1.La concurrence normative en matière de prévention du risque professionnel2.1.2.La managérialisation des impératifs de santé et sécurité au travail2.2.Le rôle de la certification2.2.1.La mise en œuvre de la certification2.2.2.Les enjeux de la certificationConclusion**Área do Direito:** Trabalho**Résumé:**

Le développement des relations internationales et l'intensification des échanges transnationaux ont contribué à la mutation des choix stratégiques des acteurs économiques. Ces nouvelles orientations sociétales et les défis de la globalisation ont obligé les entreprises à se différencier dans un contexte toujours plus concurrentiel. Dans ce cadre, les entreprises mondialisées ont mis au point leurs propres techniques de régulation afin d'intégrer leurs exigences, leurs intérêts et leurs spécificités. Considérés comme « une technique d'ingénierie sociale parmi d'autres », ces instruments de « soft law » se sont multipliés. Si les codes de conduite et autres chartes éthiques en sont un bon exemple, nous nous intéresserons ici au développement des normes techniques ou managériales de type ISO et à leur influence sur les relations de travail. En quelques années, le nombre de normes techniques et de gestion a considérablement augmenté. Leur champ d'application a également connu une expansion phénoménale, les normes ne portant plus seulement sur les produits ou l'exigence de Qualité (ISO 9000) mais également sur les services et les modes de gestion. Les normes ISO se sont ainsi saisies de domaines tels que la Responsabilité Sociale des Entreprises (ISO 26 000) ou le Management Environnemental (ISO 14 000). Témoignage de l'intensification du processus de normalisation, la norme ISO 45 000 a récemment été élaborée afin de réduire les risques sur le lieu de travail et créer un environnement de travail plus sûr. En la matière, le droit étatique n'apparaît donc plus comme l'unique cadre de régulation sociale. S'agissant de la prévention du risque professionnel, les exigences légales du droit du travail entrent en collision avec ce nouveau mode de régulation, basé sur l'intérêt de l'entreprise et sa logique purement économique. Dans ce cadre, l'entreprise devient un espace de régulation autonome : elle s'immisce dans le processus créatif du droit et pèse sur le contenu de la norme qu'elle s'impose. Mais quelle place accorder à la norme ? Cette étude nous permettra de mieux cerner le phénomène de normalisation de la santé au travail et les enjeux qui y sont attachés. L'analyse du fonctionnement institutionnel et du contenu de la norme ISO 45 001 est indispensable pour établir un lien avec l'évolution de la production normative en matière de relations professionnelles. Plus largement, ces mutations nous invitent à nous questionner sur notre rapport au droit du travail et sur les enjeux juridiques de la certification.

**Abstract:**

The development of the international relations and the intensification of the transnational exchanges have both influenced the strategic choices of the economic actors. The social climate and the challenges due to the globalization made the companies to differentiate themselves in a competitive environment. In the international scene, companies developed their own regulations to integrate their requirements, interests and specificities. Considered as a « social engineering technique among others », "soft law" instruments have increased. If codes of conduct and others ethical charters are a good example, this paper will focus on the ISO technical or managerial standards and the way it is influencing the professional relationships. The past few years, the number and the scope of application of these technical and managerial standards have increased drastically. The standards do not only apply to products technical characteristics but also services and management methods. Social Responsibility (ISO 26 000) or Environmental Management (ISO 14 000) are now part of the ISO standards. Reflecting the intensification of the standardization process, the ISO 45 001 standard has recently been developed to reduce OH&S risks and create a safer workplace environment. In this respect, labor law no longer appears as the only framework for social regulation. Considering the prevention of occupational risk, the legal requirements of labor law conflict with this new method of regulation, based on the interest of the company and its economic model. In this context, the company becomes an independent space of regulation that interferes in the creative process of the law and influences the content of the norm. One of the main questions we need to answer is how to consider this standard? This study will allow us a better understanding of the health and safety standardization in the workplace environment and the challenges

related to it. The analysis of the institutional process and the content of ISO 45 001 is essential to establish a link with the evolution of normative production in the area of professional relationships. With a larger perspective, these changes invite us to think about the vision of labour law and the legal issues of certification.

**Mots-clés:** Normalisation – ISO 45001 – Normes techniques et managériales - Santé et sécurité au travail – Certification – Droit souple – Relations de travail

**Keywords:** Standardization – ISO 450001 – Technical and managerial standards – Occupational health – Certification – Soft law – Professional relationships

## Introduction

La mondialisation a bousculé les frontières de l'économie et du commerce et généré de profondes évolutions culturelles et sociales. Bien plus qu'un phénomène sociétal, la mondialisation a modifié l'ADN de la norme, ces mutations épigénétiques étant aujourd'hui visibles à plusieurs égards.

D'abord, l'effacement progressif des frontières a mis à mal le rôle normatif de l'État en exposant sa souveraineté au monde entier. La multiplication de relations étatiques interdépendantes fragilise aujourd'hui le lien privilégié qu'entretient l'État avec l'individu. A cet égard, la mondialisation « bouscule les fondations du droit moderne et les représentations de l'État induites par celui-ci. Ainsi, le monopole de l'État sur le Droit paraît s'évanouir au contact de réalités contemporaines qui établissent son incapacité à agir concrètement et utilement sur des phénomènes dépassant sa sphère habituelle d'engagement (le territoire national) et soulignant, de la sorte, les nombreuses interdépendances qui l'enserrent et diminuent ses compétences normatives autonomes »<sup>1</sup>. La globalisation de l'économie a donc transfiguré notre rapport au Droit, mettant au défi le juriste et sa conception traditionnelle de la norme.

Ensuite, la globalisation des échanges économiques et commerciaux s'est accompagnée d'une profusion de sources normatives alternatives, de nature privée. Le développement des relations internationales et l'intensification des échanges transnationaux ont contribué à la mutation des choix stratégiques des acteurs économiques. Ces nouvelles orientations sociétales et les défis de la globalisation ont obligé les entreprises à se différencier dans un contexte toujours plus concurrentiel. Dans ce cadre, « les entreprises mondialisées sont allées rechercher des techniques de régulation qui leur permettent d'intégrer leurs exigences propres, liées aux secteurs d'activités, à leur organisation, qu'elle soit nationale ou transnationale, à leurs parties prenantes, à leur intérêt stratégique »<sup>2</sup>.

C'est dans ce cadre propice que se sont propagées les premières normes d'origine privée. Considérés comme « une technique d'ingénierie sociale parmi d'autres »<sup>3</sup>, ces instruments se sont développés de manière exponentielle. Si les codes de conduite et autres chartes éthiques en sont un bon exemple, nous nous intéresserons ici au développement des normes techniques et managériales de type ISO et à leur influence sur les relations de travail. Cet objet d'étude présente l'avantage de n'avoir pas été traité sous l'angle précis du droit du travail et offre donc un champ d'analyse conséquent.

Le guide ISO/CEI n°2<sup>4</sup> définit la norme comme un « document, établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné ». En droit français, les normes sont assimilées à des « documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations »<sup>5</sup>.

S'agissant de l'institution, un bref rappel historique s'impose. Officiellement créée le 23 février 1947, l'Organisation Internationale de Normalisation est née de la fusion de deux organisations : la Fédération internationale des associations nationales de normalisation<sup>6</sup> et le Comité de coordination de la normalisation des Nations Unies<sup>7</sup>. L'ouvrage avait néanmoins été entrepris dès 1946, à l'occasion de la conférence des organisations nationales de normalisation, les délégués de 25 pays s'étant réunis à Londres pour discuter des enjeux de la normalisation. Les plus enthousiastes<sup>8</sup> y voient alors un vecteur de progrès économique et social et un outil indispensable en vue des travaux de reconstruction engagés dans la période d'après-guerre.

Rapidement après la création de l'ISO, des groupes d'experts - appelés « comités techniques » - furent constitués dans des domaines particuliers (textile, outillage, produits alimentaires, ...) afin de concourir à l'élaboration de normes. Dès 1951, leur travail aboutit à la publication de la première norme ISO<sup>9</sup> : la norme ISO/R 1:1951 - Température normale de référence des mesures industrielles de longueur. Depuis lors, les travaux de normalisation n'ont eu de cesse de s'intensifier<sup>10</sup>.

L'évolution la plus notable tient notamment au champ d'application de la normalisation, lequel a connu une expansion phénoménale. Initialement, la normalisation permettait de rationaliser la production par la maîtrise des caractéristiques techniques des produits. Les normes ainsi créées concernaient surtout les matériaux, composantes et équipements utilisés dans des différents domaines du commerce et de l'industrie. Les normes ISO portaient également sur la validation des méthodes de production, l'objectif étant de créer des points de repère pour les partenaires économiques et d'uniformiser les règles ou pratiques.

Plus récemment, les normes ont infusé la sphère des services par la codification des modes de gestion. Les normes ISO se sont ainsi saisies de domaines tels que le « Management de la Qualité », la « Responsabilité Sociale des Entreprises » (ISO 26001) ou le « Management Environnemental » (ISO 14001). Témoignage de l'intensification du processus de normalisation, la norme ISO 45001 a récemment été élaborée afin de réduire les risques sur le lieu de travail et créer un environnement de travail plus sûr. La norme ISO 45001 intègre un ensemble de normes internationales comme le référentiel OHSAS 18001<sup>11</sup>, les principes directeurs ILO-OSH<sup>12</sup> et diverses conventions<sup>13</sup> de l'Organisation Internationale du Travail.

Le référentiel ISO 45001 marque donc une nouvelle étape cruciale dans le développement de la normalisation puisqu'elle s'approprie un des principes fondateurs du droit social : la santé et la sécurité des travailleurs. Les questionnements liés à la normalisation du droit du travail naissent de cette évolution. En effet, il ne s'agit plus seulement de standardiser des objets ou des processus mais bien de réguler les conduites humaines, objectif largement attribué à la sphère juridique. En la matière, le droit étatique n'apparaît donc plus comme l'unique cadre de régulation sociale. Certains auteurs relèvent d'ailleurs ce basculement : « d'essence purement technique, la normalisation privée s'immisce désormais dans des matières relevant en principe exclusivement de la loi ou du règlement »<sup>14</sup>.

Dès lors, quelle place accordée à la norme ISO 45001 au regard du devoir général de prévention ? Faut-il « prendre au sérieux »<sup>15</sup> ce nouveau type de référentiels dans un contexte de déterritorialisation du risque professionnel ? La normalisation peut-elle devenir l'outil privilégié en vue de garantir le droit à la santé et la sécurité des travailleurs ? Le développement des normes techniques et managériales a-t-il réagencé le rapport au principe général de sécurité des travailleurs ?

Sans prétendre pouvoir apporter des réponses figées à ces questions, nous entendons ouvrir la problématique de l'internormativité sur des domaines d'étude inhérents au droit du travail. Dans un premier temps, nous nous intéresserons au processus par lequel la normalisation s'est saisie d'une thématique propre au droit du travail : la santé et la sécurité des travailleurs (1.). Dans un second temps, nous nous questionnerons sur les enjeux juridiques liés à la normalisation de la santé au travail et sur les conséquences pratiques d'un tel phénomène (2.).

## 1. La normalisation de la sante au travail

### 1.1. Le cadre de la normalisation de la santé au travail

#### 1.1.1 Le fonctionnement de la norme ISO 45001

Globalement, la normalisation renvoie au « dispositif cognitif collectif qui rend disponibles et met en circulation, sous forme codifiée et transférable, des

savoirs et des moyens d'action, et contribue à la coordination de l'organisation industrielle »<sup>16</sup>. Le décret n° 2009-697 de juin 2009 lui reconnaît, au surplus, un caractère d'intérêt général. L'activité de normalisation permettrait ainsi d'« encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable »<sup>17</sup>. La norme s'inscrit dans un cadre institutionnel particulier, qui s'articule autour de 3 échelons géographiques : national, européen et international. Les organismes nationaux mettent en place des commissions de normalisation rassemblant l'ensemble des parties intéressées et impactées par les travaux. Ils sont chargés de définir les positions nationales et de contribuer à l'élaboration de la norme tout en faisant valoir les intérêts domestiques. L'élaboration des normes, au plan européen et international, est réalisée au sein des « comités techniques » qui rassemblent les experts des délégations nationales des pays participant aux travaux. Ces derniers ont pour objectif de défendre les intérêts de leur pays tout au long du processus d'élaboration des normes européennes et internationales. Les secteurs de l'électricité et des télécommunications bénéficient de structures de normalisation qui leur sont propres<sup>18</sup>. En France<sup>19</sup>, c'est l'AFNOR<sup>20</sup> qui est l'opérateur central du système de normalisation. Créée en 1926, elle regroupe environ 3000 adhérents et est placée sous la tutelle du Ministère de l'Industrie. L'AFNOR a donc pour mission d'orienter et de coordonner l'élaboration des normes nationales (NF) et de participer au développement des normes européennes (EN) et internationales (ISO).

L'élaboration d'une norme naît de l'expression d'un besoin, émise par n'importe quel acteur de la sphère économique, industrielle et commerciale (associations de consommateurs, organisations syndicales, multinationales, ...). L'opérateur du système de normalisation nationale vérifie alors l'opportunité d'engager des travaux de normalisation sur le sujet proposé. Il réalise pour cela une étude d'opportunité afin de déterminer si la norme offre une valeur ajoutée technique et économique au secteur d'activité concerné. L'inscription au programme de travail d'une nouvelle norme au niveau international est généralement proposée par un organisme de normalisation national, avant d'être soumise au vote des Comités membres. Les travaux de normalisation sont ensuite réalisés par des Comités Techniques, qui sont les instances techniques de travail en charge d'un programme de travail. Les Comités Techniques peuvent eux-mêmes créer des sous-comités, pour traiter d'une partie du programme de travail, et des groupes de travail, pour élaborer les normes.

En pratique, les réunions des Comités Techniques se structurent autour de délégations d'experts nationaux désignées par les Comités membres. Les experts nationaux interviennent donc directement dans le système de normalisation international. Ils sont chargés de participer, au sein des délégations françaises, aux réunions des Comités Techniques européens et internationaux pour représenter leur pays dans les débats. Il s'agit, avant toute chose, de développer les réseaux de lobbying et d'alliances pour atteindre cet objectif. Concrètement, la participation aux groupes de travail permet de peser sur la rédaction du projet de norme européenne ou internationale. Les Comités Techniques sont pilotés par l'un des organismes de normalisation nationaux, qui en assure le secrétariat et désigne un président (généralement un expert de son pays). Aussi, cette prise de responsabilité permet, à l'organisme national, d'assurer à son pays un leadership au niveau européen ou international. Cette prééminence s'organise également au niveau des groupes de travail, les animateurs étant nommés par les organismes de normalisation.

Une fois le travail de rédaction achevé, le projet est soumis à une enquête au niveau international. Pendant cette période, les organismes de normalisation nationaux organisent une enquête pour déterminer le vote de leur pays. A cet égard, des commissions « miroir » nationales afin de rendre compte de l'avancée et des enjeux des travaux internationaux. Le projet est ensuite amendé en fonction des commentaires des pays impliqués dans le processus. En phase finale, le projet est soumis à un vote. Chaque pays possède une voix, l'adoption de la norme étant conditionnée à l'obtention des 2/3 de voix positives.

Il convient de préciser que la reprise dans la collection des normes nationales n'est pas obligatoire, la décision étant prise par la Commission de Normalisation nationale. Par ailleurs, afin de ne pas multiplier les efforts (humains et financiers) aux niveaux européen et international, l'« accord de Vienne » a entendu favoriser la coordination des travaux de normalisation qui se déroulent généralement de manière simultanée au niveau international et au niveau européen. Ces mécanismes de coopération instaurent des échanges d'informations entre les organismes internationaux et européens, mais aussi un transfert de travaux généralement du CEN à l'ISO, comportant des modalités d'approbation des normes à la fois par les organismes internationaux et européens (vote parallèle).

### 1.1.2. Les caractéristiques de la norme ISO 45001

Les normes, objets de l'étude, sont généralement définies à partir de leurs attributs. De manière générale, la norme est un document de référence qui émane d'un organisme de normalisation afin de déterminer une ligne de conduite. La norme est nécessairement le fruit d'un consensus entre l'ensemble des parties prenantes et repose, pour l'essentiel<sup>21</sup>, sur une démarche volontariste. Au moment de son élaboration, la norme est censée être une représentation de l'état de la science.

Les référentiels ISO sont donc élaborés de manière consensuelle, les négociations menées devant nécessairement aboutir à un compromis entre les parties impliquées. L'ISO définit le consensus comme un « accord général caractérisé par l'absence d'opposition ferme à l'encontre de l'essentiel du sujet émanant d'une partie importante des intérêts en jeu et par un processus de recherche de prise en considération des vues de toutes les parties concernées et de rapprochement des positions divergentes éventuelles ». La place du consensus apparaît fondamentale puisque la norme en tire, en grande partie, sa légitimité. Dans les faits, un projet de norme ISO est rédigé par un expert ou un groupe d'experts, puis proposé aux membres de la Commission de normalisation qui discutent du contenu de la norme jusqu'à l'obtention du consensus. Il convient de préciser que le consensus n'implique pas nécessairement l'unanimité. Par nature, le consensus permet de limiter la dissymétrie des points de vue, l'objectif étant de consolider l'adhésion des parties au projet final. S'agissant de la norme ISO, la légitimité du processus de normalisation tient finalement moins au rôle attribué aux auteurs de la norme qu'à leur capacité à déterminer collectivement le contenu de cette norme. Les membres de la Commission de normalisation ne peuvent incarner, individuellement, une position inébranlable. Cela suppose que les avis convergents viennent s'agglomérer pour dégager une posture générale reconnue de tous.

Ensuite, l'élaboration des normes techniques et managériales repose sur une approche participative incluant les parties prenantes. Le rôle croissant des parties prenantes n'est pas anodin si l'on admet que la globalisation a induit une « spécialisation (« différenciation fonctionnelle ») toujours accrue des différents secteurs d'activité qui appelle des régulations particulières dont les professionnels concernés sont les interprètes privilégiés »<sup>22</sup>. La notion de « parties prenantes » est généralement rattachée au terme anglophone « stakeholders », lequel est défini comme une personne ou un groupe de personnes « sans le soutien desquels l'entreprise cesserait d'exister »<sup>23</sup>. A l'origine, cette conception s'ouvre sur une liste limitative d'entités, à savoir la société, les actionnaires, les employés, les consommateurs, les fournisseurs. Pour Edward Freeman, le « stakeholder » renvoie à « tout groupe d'individus ou tout individu qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels »<sup>24</sup>. Selon nous, l'utilisation du terme « parties intéressées », plus général et inclusif, rend davantage compte des réalités du processus d'élaboration de la norme puisqu'il s'agit d'intégrer dans les discussions toutes les personnes affectées par la norme. La création d'une norme repose en effet sur les acteurs qui entretiennent un lien étroit, sinon privilégié, avec le champ de la normalisation. Si les entreprises jouent généralement un rôle crucial dans l'expression du besoin de norme<sup>25</sup>, il ne s'agit que d'une partie prenante parmi d'autres, au même titre que les organisations syndicales. La norme ISO 45001 s'est ainsi construite autour de protagonistes qui évoluent au plus près des problématiques rencontrées (bénéficiaire final, support technique, porteur de politique publique, évaluateur...).

En outre, les normes sont d'application volontaire, les entreprises étant libres de s'y soumettre ou non. Il est intéressant de noter que la globalisation a fait émerger « un environnement complexe et fragmenté, risqué et incertain, au sein duquel différents acteurs qui poursuivent leurs propres objectifs cherchent à établir des normes qui soient favorables à leurs intérêts afin de consolider ou de faire progresser leurs positions »<sup>26</sup>. Les entreprises consentent ainsi à élaborer leur propre cadre normatif, plus ou moins institutionnalisé, plus ou moins contraignant. Ce trait caractéristique de la norme correspond à « l'émergence d'une conception différente du Droit, marqué par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité »<sup>27</sup>. Si l'objectif n'est pas de contourner la réglementation en vigueur, l'initiative spontanée de l'entreprise lui permet néanmoins de créer des règles du jeu dont elle fixe elle-même les contours. Ces nouvelles modalités normatives permettent donc aux entreprises de s'émanciper du cadre réglementaire traditionnel tout en usurpant son contenu. L'entreprise reprend volontairement à son compte les normes d'origine étatique et choisit de s'y soumettre, en qualité d'instigateur cette fois. Quand bien même la norme reprend les grandes lignes des textes réglementaires, l'entreprise en devient, du fait de son caractère volontaire, l'instigateur.

Sur le principe, la normalisation vise à valoriser plutôt qu'à punir, à récompenser plutôt qu'à réprimer. En tant que telle, une norme ISO n'enferme aucune force obligatoire et ne peut faire l'objet de sanctions étatiques, sauf à être rendue obligatoire par l'effet d'un arrêté ministériel. La norme ne peut, en conséquence, être mobilisée devant les juridictions, hormis pour révéler une règle de l'art. Néanmoins, l'absence de sanction étatique ne met pas en doute la force régulatoire de la norme. À compter du moment où l'entreprise s'engage dans une démarche ISO 45001, elle est tenue d'en respecter la logique. Dans ce cadre, la contrainte résulte d'un ensemble d'obligations généré par des cahiers des charges rigoureux. La véritable sanction réside dans le possible retrait de la certification, s'il est avéré que l'entreprise ne respecte pas ses engagements ISO. Dans cette hypothèse, l'entreprise ne peut plus faire valoir le label qu'elle avait un temps pu revendiquer, la démarche engagée étant de suite vidée de sa substance.

Dernière caractéristique, la norme ISO entend amalgamer l'état de la science, de la technologie et des savoir-faire afin d'éclairer les techniques de production et de gestion. Au moment de sa publication, la norme ISO est réputée synthétiser un ensemble de pratiques, fruit de l'expérience et de l'observation. La norme permet ainsi de diffuser la technique et la technologie en la rendant formellement accessible et intelligible. En d'autres termes, les normes matérialisent des « standards » qui guident l'approche des entreprises s'agissant d'un problème donné (comme la santé et sécurité au travail). Suivant cette logique, la norme ISO 45001 permet de définir, de manière méthodique et rationnelle, un procédé permettant de limiter le risque professionnel. La norme vise à dégager une ligne de conduite opérationnelle afin de mettre en place un environnement de travail sécuritaire. Encore faut-il s'entendre, *a priori*, sur les méthodes les plus efficaces pour annihiler le risque professionnel. À cet égard, les conflits de vérité semblent inévitables. Pour terminer, ce rapport étroit à la science suppose, pour être efficient, d'adapter le contenu des normes au moyen de révisions périodiques. Cette mise en cause régulière et dynamique permet d'éviter de paralyser la connaissance.

## 1.2. Une conception théorique de la normalisation de la santé au travail

### 1.2.1. Une nouvelle approche de la santé et de la sécurité au travail

L'étude de la norme ISO 45001 permet d'aborder la question de la santé et de la sécurité au travail sous un nouvel angle. Cette approche invite à s'éloigner des formes traditionnelles de gestion du risque professionnel et à s'interroger, plus largement, sur l'évolution de la production normative. En effet, le développement exponentiel de ces nouveaux outils de gestion s'inscrit selon nous dans le « passage du gouvernement à la gouvernance, c'est-à-dire dans la mise au point d'outils de conduite des sociétés humaines qui tranchent sur les modalités juridiques classiques d'administration de l'État »<sup>28</sup>.

« Figé dans une essence territoriale, un monisme et un positivisme juridique irréalistes, un statocentrisme stérilisant et un autisme internormatif (indifférence aux normes non étatiques) »<sup>29</sup>, le droit moderne s'est rapidement révélé inadapté face aux défis de l'économie globale. Par l'effet de la mondialisation, l'État souverain a dû « composer avec d'autres forces, celles des autres États bien évidemment, mais aussi d'autres acteurs de la société mondiale comme les organisations internationales et les organisations non gouvernementales, mais aussi les entreprises transnationales et leurs réseaux »<sup>30</sup>. Le pouvoir d'élaboration de la norme n'apparaît plus comme l'apanage de l'État dès lors qu'il se trouve concurrencé par d'autres formes de régulation, à l'image des normes techniques et managériales. La mondialisation a donc largement bousculé la conception unidimensionnelle et hiérarchisée de la norme : l'assimilation systématique du Droit à l'État et à la contrainte, vision restreinte issue de la théorie de Kelsen, a montré ses limites. Ainsi a-t-il fallu élargir le champ des possibles pour y intégrer d'autres objets d'étude, ces nouveaux outils normatifs qui font partie intégrante du phénomène mondialisé.

Gérard Timsit avait constaté que le droit « réglementation », abstrait, général et désincarné, ne correspondait plus « aux exigences de la gestion des sociétés postmodernes », lesquelles « requièrent un autre droit [...] qui se caractérise, au contraire, par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir »<sup>31</sup>. C'est, d'une certaine manière, ce à quoi postule la normalisation puisque les normes sont constituées par et pour les principaux acteurs d'un secteur donné. Ces derniers viennent donc parasiter, à tout le moins juxtaposer, l'action de l'État régulateur. Mireille Delmas-Marty admet en ce sens que le développement de cette norme « alternative » marque « l'apparition d'un nouveau processus d'engendrement des normes fondé sur l'affaiblissement du principe hiérarchique »<sup>32</sup>. Cet affaiblissement « entraîne le recul de l'État au profit d'un marché sans frontières »<sup>33</sup>, altérant par là même les frontières de la normativité.

En tant que telles, les normes ne bénéficient pas d'une valeur juridique reconnue, ce qui fonde parfois une certaine méfiance à leur égard. La dimension strictement technique des normes ISO pose question dans la mesure où elles n'ont pas la force obligatoire des lois et règlements, objets du monopole étatique. Par ailleurs, il existe, sur le principe, un rapport originel de dépendance entre la normalisation et la réglementation, qui encadre la pratique. Sans mettre en cause la place cruciale des sources de droit traditionnelles, il convient de s'écarter de l'héritage de la dogmatique juridique pour s'attarder sur les réalités contemporaines. Contrairement à la législation étatique, la normalisation a l'avantage d'« offrir un cadre normatif aux rapports globaux qui se nouent parmi les nouveaux acteurs de la globalisation et proposer des solutions concrètes et effectives aux nouveaux défis des interdépendances de la gestion globale des risques »<sup>34</sup>.

Si les normes techniques et managériales ne bénéficient pas d'une force obligatoire intrinsèque, il faut néanmoins admettre que « l'intérêt d'un objet, d'une norme, d'un dispositif se mesure souvent moins à la qualité de son « pedigree » qu'à l'importance des effets de régulation qu'il produit »<sup>35</sup>. C'est ainsi dire que « leur force normative n'a que peu ou parfois pas de lien avec la puissance, la qualité officielle ou la légitimité de ceux qui les ont d'abord conçus et diffusés »<sup>36</sup>. À cet égard, le concept de « force normative » dégagé par Catherine Thibierge semble être d'une grande utilité pour considérer ces nouveaux « foyers de droit » : « en tant que référence, la force normative peut ainsi servir de modèle pour réguler les conduites et les pratiques, mais aussi pour transformer le droit, au sens de droit positif ou de pensée juridique »<sup>37</sup>. L'ouverture sur cette conception élargie du Droit est un préalable indispensable. Il est ainsi possible de dégager une nouvelle échelle de densité normative<sup>38</sup>, laquelle permet de mieux appréhender les véritables enjeux liés à la normalisation de la santé et de la sécurité au travail.

### 1.2.2. Rôle prégnant de l'entreprise en matière de création du droit social

Dans le cadre de la normalisation, l'entreprise est à l'origine et à la concrétisation du processus. Elle est la clef de voûte du phénomène puisqu'elle contribue à l'élaboration de la norme et en pérennise les effets en décidant de s'y soumettre délibérément. Le rôle de l'entreprise dans le processus créatif du droit social n'est ni anodin, ni inédit. Le chef d'entreprise est, depuis longtemps, considéré comme « le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement »<sup>39</sup>. Ce recentrage sur l'entreprise correspond au phénomène de déréglementation observé par Alain Supiot : « la réglementation de l'entreprise par l'État doit céder le pas à la réglementation de l'entreprise par elle-même ; qu'aujourd'hui encore objet de droit, l'entreprise doit devenir demain sujet et source de droit »<sup>40</sup>. La déréglementation permet de restreindre l'influence des règles d'origine étatique et de valoriser les règles que les opérateurs économiques s'imposent à eux-mêmes. En définitif, la déréglementation se présente comme « un déplacement du droit du travail, de l'hétéronomie vers l'autonomie. Un tel déplacement peut intervenir, soit au profit du pouvoir normatif de l'employeur, soit au profit des conventions collectives »<sup>41</sup>.

L'entreprise est associée à la production normative en matière de relations professionnelles, au travers notamment du règlement intérieur et des conventions et accords collectifs. D'un côté, le règlement intérieur est un acte unilatéral rédigé par l'employeur et qui s'impose à tous les salariés de l'établissement. Il comprend un certain nombre d'éléments obligatoires, notamment les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité et les règles générales et permanentes relatives à la discipline<sup>42</sup>. D'un autre côté, les conventions et accords collectifs permettent à l'entreprise de codéterminer, avec les organisations syndicales, les règles applicables au sein de l'établissement. Plus qu'un simple relais des pouvoirs publics, les conventions et accords collectifs bénéficient d'une certaine autonomie et peuvent se développer en marge du droit étatique<sup>43</sup>. L'apparition d'un statut collectif négocié a d'ailleurs soulevé un certain nombre d'interrogations puisque « cette réglementation négociée ne se contente plus de compléter la législation, de l'adapter aux exigences d'une profession : elle la concurrence, elle la devance, elle l'ignore »<sup>44</sup>.

Il serait néanmoins dommageable d'y voir les deux seules « variétés de l'autoréglementation de l'entreprise »<sup>45</sup>. Indéniablement, « les revendications tendant à la déréglementation ou à la délégalisation peuvent viser à l'extension de certains espaces de normalisation, tels l'entreprise privée »<sup>46</sup>. Les nouveaux outils évoqués, au premier rang desquels les normes ISO, matérialisent parfaitement ce pouvoir normatif de l'entreprise. Si l'on accepte l'idée d'un déplacement du « centre de gravité du droit du travail, de l'État vers l'entreprise »<sup>47</sup>, nul doute que les normes techniques et managériales font partie intégrante de ce processus. Encore une fois, l'entreprise crée à sa propre initiative, un cadre normatif qui lui est propre et qui découle de



l'ensemble des contraintes qu'elle s'impose délibérément. Elle est l'appareil et le réceptacle de la normalisation créant ainsi un microcosme dans lequel se développe un dispositif normatif spécifique.

Le rôle croissant de l'entreprise dans l'élaboration et l'application de la norme nous autorise à considérer et définir son rôle « social ». Cela suppose au préalable d'arrêter une véritable conception institutionnelle de l'entreprise. L'émergence de la notion d'« entreprise à mission »<sup>48</sup> peut servir de base à la réflexion. Cela suggère que l'entreprise est à même de jouer un rôle qui dépasse la loi du profit et la contrainte du marché. L'entreprise ne serait pas enserrée autour de son but lucratif mais poursuivrait également une finalité sociale ou environnementale. Basée sur une démarche purement volontaire, la normalisation peut ainsi permettre de modéliser ce « nouveau schéma de gouvernement de l'entreprise »<sup>49</sup>. La « mission » doit être entendue comme une démarche progressiste à laquelle l'entreprise s'engage contractuellement à contribuer par son activité. Cette notion « permet en interne de fonder l'engagement des parties dans l'entreprise ainsi que l'habilitation d'un pouvoir de direction au nom de cette mission. En externe, la mission donne à la société et aux parties concernées un droit de contrôle sur l'entreprise tout en reliant l'intérêt de l'entreprise à l'intérêt collectif »<sup>50</sup>. Le rapport Notat-Senard invite d'ailleurs la France et l'Europe à « développer leur propre vision et leurs propres normes de droit souple devant guider les entreprises à mission en Europe »<sup>51</sup>. Les normes peuvent ainsi permettre de moduler le statut des entreprises à mission en fixant un cadre de référence à leur action (exemple de la RSE). La question de savoir si les intérêts privés peuvent juxtaposer l'intérêt collectif est donc fondamentale.

## 2. La concrétisation de la normalisation de la sante au travail

### 2.1. La santé du travailleur à la lumière de la culture managériale

#### 2.1.1. La concurrence normative en matière de prévention du risque professionnel

En infusant la thématique de la santé et de la sécurité au travail, la normalisation vient créer, de fait, les conditions d'une concurrence normative aiguë. Dans le sillage du droit du travail français, la norme ISO 45001 se veut garante de la santé et de la sécurité des travailleurs. L'objectif affiché de la norme ISO 45001 est proche, voire similaire à celui revendiqué par le législateur. Pour l'ISO, il s'agit « d'empêcher l'apparition de traumatismes et pathologies liés au travail chez les travailleurs et de mettre à disposition des lieux de travail sûrs et sains »<sup>52</sup>. La norme précise qu'« il est absolument essentiel que l'organisme supprime les dangers et minimise les risques pour la S&ST en prenant des mesures de prévention et de protection efficaces »<sup>53</sup>. Pour cela, la norme donne les clefs d'intelligibilité de la santé et sécurité au travail et offre une grille de lecture du risque professionnel. Il existe donc un lien étroit avec les principes généraux de prévention dégagés en droit français. La finalité, tout comme le contenu, de la norme tendent en ce sens. Il convient donc d'établir un parallèle entre l'exigence de prévention du risque professionnel et le contenu de la norme ISO 45001.

L'histoire française de la santé et sécurité au travail est riche d'enseignements. A l'origine, l'obligation de sécurité dégagée en 1989 par le droit communautaire a pris corps dans le Code du travail à l'article L. 230-2, aujourd'hui devenu l'article L. 4121-1. L'obligation générale de sécurité visée par l'article L. 4121-1 constitue l'ossature du droit de la santé au travail. Suivant le texte, l'employeur est tenu de prendre « les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Les mesures envisagées comportent « des actions de prévention des risques professionnels » (1°), « des actions d'information et de formation » (2°) et « la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés » (3°). Ces règles, nécessaires à la préservation de la santé et de la sécurité du salarié, sont commandées par les « principes généraux de prévention » énoncés à l'article L. 4121-2 du Code du Travail, lesquels sont identiques à ceux mentionnés dans la directive de 1989.

La prévention du risque professionnel repose principalement sur l'identification des risques encourus par les salariés à partir de l'environnement de travail et de l'analyse de l'organisation collective de l'entreprise. Le triptyque mis en évidence à l'article L. 4121-1 du Code du travail s'appuie avant toute chose sur la réduction des risques et sur l'information et la formation des travailleurs. Pour parer aux risques, il faut d'abord identifier les causes qui en sont à l'origine. Il appartient dès lors à l'employeur d'évaluer les dangers inhérents à son activité en analysant les procédés de fabrication, les équipements de travail, et les substances chimiques utilisées, ainsi que l'aménagement des lieux de travail, des installations et des postes de travail<sup>54</sup>. Cette démarche est matérialisée par l'élaboration d'un « document unique d'évaluation des risques professionnels »<sup>55</sup>, actualisé au moins une fois par an. Le cadre et les conditions d'accomplissement du travail doivent être organisés de manière sécurisée. La notion de « sécurité intégrée » dégagée en 1976 conduit, toujours, la logique de prévention telle que consacrée par le Code du travail.

Si l'on s'en tient à la finalité de la démarche ISO 45001, le référentiel ainsi établi fait double emploi et créer une forme de stratification de normes à vocation similaire. En effet, les normes ISO « produisent ou tentent de produire des effets de régulation tels qu'elles concurrencent, voire tendent à se substituer aux normes juridiques classiques »<sup>56</sup>. D'après Benoît Frydman, les normes managériales et labels sont susceptibles de jouer le rôle d'« équivalents fonctionnels » des normes juridiques. Contraint par la norme qu'il s'impose et qu'il souhaite faire valoir sur un marché concurrentiel, l'employeur doit mettre tout en œuvre pour créer un cadre de travail sécuritaire. Bien entendu, la teneur de la sanction diffère puisque sa responsabilité ne peut être engagée devant les juridictions compétentes en cas de non-respect de la norme ISO. Il s'expose néanmoins au retrait de la certification qui constitue un élément de coercition non-négligeable. L'entreprise est également contrainte par un certain nombre d'engagements contractuels liés notamment aux conditions financières et de règlement de la certification.

Enfin, il convient de relever que la réglementation applicable est prise en compte dans la nomenclature de la norme ISO 45001. En ce sens, la norme ISO 45001 précise qu'« un système de management de la S&ST peut aider un organisme à satisfaire à ses exigences légales et autres exigences »<sup>57</sup>. Le texte prévoit que « l'organisme doit établir, mettre en œuvre et tenir à jour un (des) processus pour [...] déterminer les exigences légales et autres exigences actualisées qui sont applicables à ses dangers, à ses risques pour la S&ST et à son système de management de la S&ST et y avoir accès »<sup>58</sup>. L'entreprise est également tenue de « prendre en compte ces exigences légales et autres exigences dans l'établissement, la mise en œuvre, la tenue à jour et l'amélioration continue de son système de management de la S&ST » (6.1.3 Détermination des exigences légales et autres exigences)<sup>59</sup>.

#### 2.1.2. La managérialisation des impératifs de santé et sécurité au travail

Considérant son intitulé, la norme ISO 45001 fixe les « exigences pour un système de management de la santé et de la sécurité au travail ». Par définition, le management repose sur une approche pragmatique qui tend à valoriser le résultat enregistré. En d'autres termes, le management est considéré comme « une praxéologie, une théorie de l'action efficace ; son ambition est de définir des règles permettant aux organisations d'atteindre les objectifs qu'elles se sont fixés avec le maximum d'efficacité »<sup>60</sup>. Le champ lexical de la performance est d'ailleurs omniprésent dans la norme ISO 45001, comme dans toute autre norme<sup>61</sup>. Il est intéressant de noter que cette logique d'efficacité n'est pas propre aux seules normes de gestion et sous-tend aujourd'hui le Droit tout entier. Selon Jacques Chevallier, « les textes n'ont plus de valeur par eux-mêmes, mais seulement dans la mesure où ils permettent d'atteindre certains objectifs »<sup>62</sup>. Pour l'auteur, le Droit ne peut plus se prévaloir d'une légitimité processuelle, attachée à la figure dogmatique d'une règle institutionnalisée. Le Droit doit faire la preuve de son efficacité pour être reconnu comme tel. La légitimité du Droit est donc fonction de sa capacité à réévaluer ses conditions d'emploi en vue d'assurer son efficacité. En d'autres termes, le Droit est légitime parce qu'il remplit les missions qui lui sont allouées.

En intégrant des problématiques inhérentes au droit du travail, les normes de management opèrent une superposition des logiques juridique et managériale. La première repose sur la conformité à la loi des conduites humaines quand la seconde est commandée par l'impératif de performance. Sur le fond, la norme ISO 45001 reprend à son compte l'un des principaux enjeux du droit du travail, à savoir la santé et la sécurité des travailleurs. Sur la forme, la norme privilégie un modèle d'action tourné vers la capacité à atteindre un résultat compatible avec un objectif donné, par la mise en œuvre de moyens adéquats. Avec la norme ISO 45001, la question de la santé et de la sécurité au travail se trouve donc reconfigurée suivant une logique gestionnaire. Autrement dit, la normalisation ISO 45001 invite à considérer un impératif de droit social à la lumière des principes du management. La normalisation favorise ainsi la diffusion des préceptes managériaux dans le Droit. On peut toutefois craindre que la finalité économique de la certification dénature le rapport à la norme et au droit du travail. Les entreprises ne respectent pas le Droit pour ce qu'il est, mais pour ce qu'il offre, c'est-à-dire un avantage concurrentiel. Le droit du travail s'en trouve, de fait, instrumentalisé à des fins économiques et commerciales.

En ce sens, la normalisation des relations professionnelles permet de créer un cadre opérationnel de mise en œuvre du droit du travail. Plus qu'un simple commandement, la norme établit un référentiel et donne les clefs d'intelligibilité afin de satisfaire aux principes de droit. Les impératifs de droit du

travail traditionnellement consolidés dans des règles « générales et abstraites » se trouvent reformatés dans des normes qui ont vocation à être évaluées. Il devient alors possible de déconstruire la règle de droit de sorte à ce qu'elle devienne quantifiable. Avec la normalisation du droit du travail, ce rapport à l'efficacité et à l'évaluation sous-tend les règles juridiques traditionnelles. Si le Droit trouve sa légitimité dans sa capacité à atteindre les objectifs fixés, alors les normes deviennent un outil privilégié dans la quête d'un droit efficient : la certification permet d'attester que l'objectif a été atteint. Dans ce cadre, la norme ISO 45001 permettrait de revitaliser les principes généraux de prévention et d'offrir un cadre d'appréciation à l'obligation de sécurité de l'employeur. La norme ISO 45001 fixe un cadre opérationnel au contrôle et à la prévention du risque professionnel : il est ainsi possible de mesurer, à partir de cahiers des charges détaillés, si la démarche de l'entreprise est en adéquation avec les exigences fixées par le droit du travail.

## 2.2. Le rôle de la certification

### 2.2.1. La mise en œuvre de la certification

Si l'activité de normalisation va de pair avec l'activité de certification, les deux notions ne sauraient être confondues. La normalisation est le processus par lequel la norme est créée et diffusée. Au contraire, la certification est l'activité par laquelle un organisme tiers atteste qu'un produit, un processus ou un service est conforme aux exigences spécifiées dans la norme. Il s'agit de prouver que la démarche engagée par l'entreprise est compatible avec le contenu et l'objectif de la norme. La certification permet à l'entreprise de se démarquer de la concurrence en affichant un signe distinctif, lequel permet aux clients et partenaires d'identifier le système mis en place. Le rôle du certificateur est, à cet égard, fondamental puisqu'il lui appartient, au terme d'un audit, de déterminer si l'entreprise se plie aux normes ainsi établies.

La norme ISO 19011 définit l'audit comme le « processus méthodique indépendant et documenté permettant d'obtenir des preuves d'audit et de les évaluer de manière objective pour déterminer dans quelle mesure les critères d'audit sont satisfaits »<sup>63</sup>. Il s'agit donc de confronter les exigences, déterminées à partir des « critères d'audit », aux pratiques de l'entreprise, référencées dans des documents qui font office de « preuves d'audit ». Pour être opérationnel, l'audit de certification suppose la réunion d'un certain nombre de valeurs morales comme l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité. Il existe plusieurs organismes de certification, à l'image de DNV ou du Bureau Veritas, tous deux nés au XIXe siècle de l'évaluation des conditions techniques des navires marchands à la demande des assureurs. En France, AFNOR Certification est aujourd'hui leader du marché de la certification. AFNOR Certification est créée en 2004, de la fusion de l'Association française pour l'assurance de la qualité (AFAQ) et de l'Association française de normalisation au sein du groupe AFNOR.

Sur le principe, l'audit vise à vérifier que l'entreprise a cartographié les risques professionnels liés à l'activité, qu'elle a arrêté un plan d'action pour les maîtriser et que des mesures sont prises pour perfectionner continuellement ces pratiques. Il est intéressant de noter que l'auditeur tient notamment compte du document unique d'évaluation des risques professionnels. En pratique, l'audit se déroule généralement en plusieurs étapes. Dans un premier temps, l'entreprise qui sollicite l'organisme de certification fait l'objet d'un contrôle dans le cadre d'un ou plusieurs audits de préparation. L'expertise débouche sur un rapport d'audit qui met en lumière les exigences que l'entreprise n'est pas en mesure de satisfaire. Cette étape présente avant tout un intérêt pédagogique en conduisant l'entreprise sur le chemin de la conformité. Dans un second temps, l'organisme en charge du suivi du système de management va mettre en place l'audit de certification. Le rapport final peut révéler un certain nombre d'anomalies qui n'excluent pas pour autant la délivrance du certificat. Selon qu'il est essentiel ou minime, le point de non-conformité ne disqualifie pas automatiquement l'entreprise dans sa démarche d'obtention de la labellisation. Dans le premier cas, l'entreprise peut disposer d'un délai réduit pour justifier des mesures qu'elle entend mettre en place pour résoudre la défaillance constatée. Dans le second cas, la certification est validée mais le défaut de conformité fera l'objet d'un suivi particulier au cours des prochains audits.

En confrontant l'audit de certification et le contrôle opéré par l'Inspection du travail, il apparaît que l'objet et la finalité de l'intervention sont sensiblement les mêmes. D'une part, les agents de contrôle de l'Inspection du travail « sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail »<sup>64</sup>. Ils sont également chargés « de constater les infractions à ces dispositions et stipulations »<sup>65</sup>. Il s'agit, en définitif, d'une mission de contrôle permettant de déterminer si l'entreprise se conforme au droit du travail applicable. D'autre part, les auditeurs sont en charge d'expérimenter et de contrôler les formes d'organisation des entreprises. L'objectif de l'audit est de contribuer à engager, approfondir ou améliorer des pratiques de gestion au sein des organisations, en vue de la délivrance d'un certificat.

Si les fonctions des organismes de certification et de l'Inspection du travail présentent certaines similitudes, il convient de préciser que le rôle de l'auditeur ne se limite pas à un simple contrôle. L'audit est également un moyen de créer de la connaissance sur les pratiques les plus efficaces dans le domaine et de relayer ces pratiques au sein même des organisations. L'auditeur est donc en charge du contrôle de conformité, mais il est également responsable d'une démarche d'amélioration continue. Une difficulté certaine tient donc à la nature de l'audit, qui reste une prestation commerciale volontaire reposant sur une préparation conjointe des auditeurs et des audités. Le lien contractuel (et surtout financier) qui unit l'entreprise et l'auditeur complexifie nécessairement la relation entre les deux parties. En conséquence, le refus ou le retrait de certification s'avèrent, dans les faits, exceptionnels. Le rôle ambivalent du certificateur, à cheval entre optimisation de la gestion interne des organisations et contrôle des pratiques, peut soulever la question du crédit à accorder au label ainsi délivré.

### 2.2.2. Les enjeux de la certification

Plusieurs interrogations naissent du rôle croissant du certificateur. En effet, certaines craintes peuvent notamment être émises quant à l'articulation entre audit de certification et contrôle opéré par l'Inspection du travail. Si l'on admet que les enjeux juridiques et managériaux sont amalgamés par l'effet de la normalisation, le rôle du certificateur présente un enjeu déterminant. D'une certaine manière, le certificateur se soustrait, par le jeu de la labellisation, à l'un des acteurs clefs du droit du travail : l'Inspection du travail. Alors que le nombre d'inspecteurs du travail est vu comme étant largement insuffisant<sup>66</sup>, la porosité des frontières entre leurs fonctions respectives peut poser problème. Pour exemple, la Confédération des Petites et Moyennes Entreprises avait, dans le cadre d'une concertation menée avec les 5 organisations syndicales, suggéré que les TPE-PME disposant d'un label RSE puissent se voir exonérées de certains contrôles administratifs. Il existe donc un risque clair de réification des principes de prévention du risque professionnel, qui se trouveraient strictement incarnés par les labels et certifications ISO. Peut-on alors imaginer que la certification soit opposée à l'Inspection du travail au cours d'un contrôle, l'employeur invoquant l'expertise de l'auditeur pour contester celle de l'inspecteur ? La norme ne risque-t-elle pas d'être objectée comme un mode de preuve privilégié ?

Un basculement sur le modèle de la « Nouvelle Approche » européenne<sup>67</sup> n'est pas à exclure. Dans le cadre de la « Nouvelle Approche », l'harmonisation technique vise à uniformiser, au moyen des directives, les exigences essentielles relatives aux produits mis en circulation sur le marché européen. Ces exigences (santé, sécurité, environnement ...) sont ensuite détaillées par le biais de spécifications techniques contenues dans les normes européennes. Le fait, pour un fabricant, de mettre en œuvre les normes européennes harmonisées laisse présumer le respect des exigences essentielles fixées dans la directive. Autrement dit, les produits conçus selon les prescriptions des normes sont réputés être en conformité avec les exigences essentielles fixées par la réglementation européenne. Il y a donc une « dissociation entre les objectifs (exigences essentielles) et les moyens non-obligatoires pour y arriver (spécifications techniques) »<sup>68</sup>.

Suivant une même logique, pourrait-on tirer les enseignements d'une certification ISO 45001 dans le cadre d'un contentieux sur le risque professionnel ? Dans cette hypothèse, un employeur ferait valoir son système de management, jugé optimal par un certificateur agréé, pour échapper à sa responsabilité. Par l'effet de la normalisation, l'entreprise pourrait se prévaloir de la certification ISO 45001 pour exclure la mise en œuvre de l'obligation de sécurité de résultat dont il est débiteur. A l'inverse, qu'en serait-il de l'employeur que l'on sait défaillant et qui s'est vu retirer la précieuse récompense ? Bien entendu, ce serait attribuer à la normalisation une fonction probatoire qui n'est pas la sienne. Néanmoins, le développement insondable de la normalisation nous oblige à soulever cette éventualité.

Le développement des labels ne bouscule pas seulement la relation de travail. Cette évolution a également un impact sur la relation d'emploi puisque ces instruments peuvent conditionner l'accès à un marché (labellisation impérative des sous-traitants par exemple). Dans ce cadre, la certification joue un rôle d'opérationnalisation des marchés : la certification est conçue comme une obligation, explicitement visée dans le cahier des charges. Le label est donc un prérequis indispensable à l'entreprise désireuse d'accéder au marché. Ces nouvelles exigences pratiques sont en mesure de renforcer les « liens

d'allégeance »<sup>69</sup> entre le donneur d'ordre et les sous-traitants. Elles créent un cadre normatif superflu qui constitue néanmoins une porte d'entrée incontournable pour les futurs partenaires.

## Conclusion

Le développement des normes techniques et managériales est tel qu'elles sont aujourd'hui susceptibles de produire des effets de régulation qui rivalisent, voire suppléent les règles de droit social traditionnelles. Alors quel rôle peut jouer la normalisation dans le contexte mondialisé qui est le nôtre aujourd'hui ? S'agit-il d'« un instrument adéquat en matière de prévention des risques de santé et sécurité du travail ? »<sup>70</sup>. Il faudrait pour cela démontrer que la normalisation de la santé et sécurité au travail a une incidence réelle sur la prévention. Cela suppose l'existence d'un lien connexe entre certification et prévention afin que les démarches certifiées donnent effectivement corps à une politique de prévention proactive.

À l'échelle planétaire, les normes ISO sont, semble-t-il, capables d'incarner des « dispositifs de surveillance, d'évaluation et de contrôle [...] investis d'une fonction ou d'une mission « quasi-régulatoire » de « monitoring global » »<sup>71</sup>. Dans ce cadre, les normes labellisées formeraient autant de « points de contrôle pour sanctionner, à la place des États défaillants ou impuissants, l'exploitation du travail des enfants, les horaires infernaux, les conditions de travail dangereuses ou malsaines, l'interdiction des syndicats etc. »<sup>72</sup>.

L'impulsion d'une dynamique globale de promotion de la santé et de la sécurité au travail serait donc délaissée aux mécanismes libéraux : les normes certifiées permettraient de densifier les obligations des entreprises internationales au regard du risque professionnel et les principes généraux de droit du travail, définis notamment dans les conventions de l'OIT, seraient alors revitalisés par le jeu du marché global. La mondialisation serait à l'origine d'une trajectoire duale : un mouvement ascendant, ou mieux- disant, de promotion de la santé et sécurité au travail de la part des entreprises cherchant à se démarquer sur un marché toujours plus concurrentiel. Un mouvement descendant, ou moins-disant, tendant à la recherche exacerbée de la réglementation sociale la moins rigoureuse et offrant, dans le même temps, un avantage compétitif certain. Il existerait, de fait, une démarcation entre les entreprises appartenant au « club », et celles qui s'y refusent. Sans prétendre qu'elles peuvent générer un nouveau modèle global de gestion du risque professionnel, les normes permettraient à tout le moins de diffuser, imprégner et universaliser des pratiques considérées comme plus sécuritaires et plus justes pour les travailleurs.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

BENYEKHEF, K., Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation (Montréal, 2008), Thémis, p. 2.

2

MOREAU, M-A., Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations (Paris, 2006), Dalloz, p. 176.

3

AUBY, J-B., Prescription juridique et production juridique, in CHAZET F. et COMAILLES J. (dir.), Normes juridiques et régulation sociale (Paris, 1991), LGDJ, p. 166.

4

Le Guide ISO/CEI n°2 a vocation à clarifier les notions fondamentales et leurs définitions s'agissant des activités de normalisation.

5

Décret n° 2009-697 relatif à la normalisation, JORF n°0138, 17 juin 2009, p. 9860, texte n°6.

6

L'ISA avait vu le jour en 1926 à New-York.

7

L'UNSCC était établi à Londres depuis 1944.

8

Dans son allocution inaugurale de juin 1947, le président de l'ISO (entre 1947 1949) Howard Coonley souligne que le mouvement international de normalisation revête une grande signification pour la reconstruction, le progrès et la paix future du monde.

9

On parlait à l'époque de « recommandation ISO ».

10

Plus de 21 500 normes en 2017.

11

Le « British Standard Occupational Health and Safety Assessment Series » est un système de management de la santé et de la sécurité au travail créé en 1999 à l'initiative de la British Standards Institution (BSI).

---

12

Le référentiel ILO-OSH « Principes directeurs concernant les systèmes de gestion de la sécurité et de la santé au travail » est né en 2001

---

13

Notamment : Convention n°155 concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail, adoptée à Genève le 22 juin 1981, entrée en vigueur le 11 août 1983, RTNU, vol. 1331, n°22345, p. 279.

---

14

LE GOFF, J., ONNEE, S., Puissances de la norme : défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains (Caen, 2017), Éditions EMS, p. 34.

---

15

FRYDMAN, B., « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », in FRYDMAN, B., VAN WAEYENBERGE, A. (dir.), Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings (Bruxelles, 2014), Bruylant. pp. 5-65.

---

16

BENEZECH, D., « La norme, une convention structurant les interrelations technologiques et industrielles », Revue d'économie industrielle, n°75, 1996, p.27.

---

17

Décret n° 2009-697 relatif à la normalisation, JORF n°0138, 17 juin 2009, p. 9860, texte n°6.

---

18

L'Union Internationale des Télécommunications (ITU) et le Comité Electrotechnique International (IEC).

---

19

Pour d'autres exemple d'organismes nationaux de normalisation : l'« Associação Brasileira de Normas Técnicas » (1940 ) ou l'« Asociación Española de Normalización y Certificación » (1986).

---

20

Pour « Association Française de Normalisation ».

---

21

Certaines normes sont rendues obligatoires par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés.

---

22

OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit (Bruxelles, 2002), p. 108.

---

23

Définition donnée en 1963 par le Standford Research Institute.

---

24

FREEMAN, R.E., *Strategic management: A stakeholder approach* (Boston, 1984), Pitman.

---

25

HAUVILLE, B., WOLFF, D., « Enjeux et déterminants de l'implication des entreprises dans le processus de normalisation », Revue d'Économie Industrielle, 108, 2005, p.21-40.

---

26

FRYDMAN, B., « Comment penser le droit global ? », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/01, p. 18.

---

27

CHEVALLIER, J., L'État post-moderne (Paris, 2003), LGDJ, p. 128.

---

28

BENYEKHEF, K., op. cit., p. 761.

---

29

Ibid., p. 10.

---

30

FRYDMAN, B., « Comment penser le droit global ? », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/01, p. 9.

---

31

TIMSIT, G., « Les deux corps du Droit - Essai sur la notion de régulation », Revue française d'administration publique, 375, 1996, p. 377.

---

32

DELMAS-MARTY, M., Trois défis pour un droit mondial (Paris, 1998), Seuil, p.83.

---

33

Idem.

---

34

BENYEKHEF, K., op. cit., p. 558.

---

35

FRYDMAN, B., « Comment penser le droit global ? », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/01, p. 10.

---

36

Idem.

---

37

THIBIERGE, C., (dir.) et al., La force normative : Naissance d'un concept (Paris, 2009), LGDJ, p. 757.

---

38

Reprise sous différents vocables tels que droit doux (sans obligation), droit mou (sans sanction) ou droit flou (sans précision).

---

39

DURAND, P., Traité de droit du travail (Paris, 1947), Dalloz, t.1, n°119, p.151.

---

40

SUPIOT, A., « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. soc., 1989, p. 196.

---

41

Idem.

---

42

C. trav., art. L. 1321-1.

---

43

Un accord collectif peut ainsi déroger à la durée légale hebdomadaire du travail en augmentant le nombre d'heures travaillées, ce qui modifie le seuil de

déclenchement des heures supplémentaires.

---

44

LYON-CAEN, G., Le droit conventionnel du travail (Paris, 1963), Dalloz, p. 12.

---

45

SUPIOT, A., « La réglementation patronale de l'entreprise », Dr. social, 1992, p.215.

---

46

SUPIOT, A., PARNET, G., « Normalisation », in : Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (Paris, 1988), LGDJ, p. 257-260.

---

47

SUPIOT, A., « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. soc., 1989, p. 197.

---

48

LEVILLAIN, K., Les entreprises à mission : Formes, modèle et implications d'un engagement collectif, Diss. Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris, 2015.

---

49

SEGRESTIN, B., « La mission, un nouveau contrat social pour l'entreprise », Esprit, 2018/3, Mars, p. 90-101.

---

50

Idem.

---

51

NOTAT, N., SENARD, J-D., L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, et du Travail, 2018.

---

52

ISO n° 45001, Systèmes de management de la santé et de la sécurité au travail - Exigences et lignes directrices pour leur utilisation, 2018.

---

53

Idem.

---

54

C. trav., art. L. 4124-3.

---

55

C. trav., art. R. 4124-1.

---

56

FRYDMAN, B., « Comment penser le droit global ? », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/01, p. 12.

---

57

ISO n° 45001, Systèmes de management de la santé et de la sécurité au travail - Exigences et lignes directrices pour leur utilisation, 2018.

---

58

Idem.

---

59

Idem.

---

60

CHEVALLIER, J., La juridicisation des préceptes managériaux, *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 112.

---

61

Exemple : « Un système de management de la S&ST peut s'avérer plus efficace et plus efficient lorsque l'on prend les mesures le plus en amont possible afin de saisir les opportunités d'amélioration de la performance en S&ST ».

---

62

CHEVALLIER, J., op. cit., p. 114.

---

63

Norme ISO n°19001, Lignes directrices pour l'audit des systèmes de management, 2011.

---

64

C. trav., art. L. 8112-1, al. 3.

---

65

C. trav., art. L. 8112-1, al. 4.

---

66

On compte en France environ 2550 inspecteurs pour veiller sur 18,3 millions de salariés et 1,8 millions d'entreprises.

---

67

Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE, C 136 du 4 juin 1985.

---

68

VAN WAEYENBERGE, A. « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ? », in FRYDMAN, B., VAN WAEYENBERGE, A. (dir.), Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings (Bruxelles, 2014), Bruylant. p. 104.

---

69

SUPIOT, A., Gouverner par les nombres (Paris, 2013), Fayard.

---

70

PENNEAU, A., « Quel rôle pour la normalisation ? », Semaine sociale Lamy, 17 octobre 2005, supplément, n°1232, spéc. n°16.

---

71

FRYDMAN, B., « Comment penser le droit global ? », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/01, p. 20.

---

72

Ibid., p. 23.



## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

6. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO EN LA SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES

### **6. El impacto de la digitalización del mercado de trabajo en la salud mental de los trabajadores**

---

#### **The impact of the digitalisation of labour market on workers' mental health**

**(Autor)**

**SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ**

*Investigadora Postdoctoral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Doctora en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bérgamo (Italia). fernandez.martinez.silvia.19@gmail.com*

#### **Sumário:**

[1 Relación entre salud mental y trabajo](#)

[2 NTIC y riesgos psicosociales](#)

[3 NTIC y problemas de salud mental](#)

[4 Nuevos problemas, viejos instrumentos de protección: de la prevención de riesgos laborales a la promoción del bienestar del trabajador](#)

[5 Conclusiones](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumen:**

Los problemas de salud mental, tanto los psiquiátricos como los psicológicos, pueden tener su origen en el trabajo. En particular, la introducción de las NTIC (Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación) en el mercado de trabajo ha provocado el aumento de la difusión de los riesgos psicosociales, en particular del estrés laboral, que, en este caso, se denominaría tecnoestrés. Cuando la exposición a los riesgos psicosociales se produce durante periodos prolongados de tiempo puede dar lugar a enfermedades mentales, tales como la depresión. Además, incluso cuando dicha exposición no se traduce en una patología psiquiátrica o psicológica, es susceptible de afectar de manera negativa al bienestar del

trabajador. Es por esto por lo que se considera que la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo debería evolucionar desde una perspectiva preventiva hacia otra más amplia, dirigida a promover el bienestar del trabajador para poder hacer frente a los nuevos riesgos para la salud mental de este, derivados de la digitalización del mercado de trabajo.

## **Abstract:**

Mental health problems, both psychological distress and mental disorders, may have their origin in work. In particular, the introduction of New Information and Communication Technologies in the labour market has led to an increase in the incidence of psychosocial risks, particularly work-related stress that in this case would be called technostress. When the exposure to psychosocial risks occurs for prolonged periods of time can lead to mental disorders such as depression. Furthermore, even when that exposure does not translate into a psychiatric or psychological disorder, it is likely to negatively affect the well-being of the worker. This is why it is considered that Occupational Health and Safety regulations should evolve from a preventive perspective to a broader one, aimed at promoting workers' wellbeing in order to cope with the new risks to workers' mental health arising from the digitalization of the labour market.

**Palabras Clave:** salud mental, digitalización, riesgos psicosociales, estrés laboral

**Keywords:** mental health, digitalisation, psychosocial risks, work-related stress

## **1. Relación entre salud mental y trabajo**

La<sup>1</sup> definición<sup>2</sup> de salud utilizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el Preámbulo de su Constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, es la más importante e influyente en la actualidad. Para la OMS, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Tal y como puede apreciarse, el referido Organismo reconoce que el concepto de salud incluye la dimensión mental y, además, la coloca al mismo nivel de la dimensión física y del bienestar en general.

Más adelante, en el año 2001, la OMS elabora un concepto específico de salud mental<sup>3</sup> definiéndolo como “el estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”. A pesar de que el porcentaje de fallecimientos relacionados con problemas de salud mental no es muy elevado, estos son la causa del 4,1% de las muertes en todo el mundo, y representan casi el 10% del total de enfermedades, en particular aquellas crónicas<sup>4</sup>.

En el año 2012, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó un estudio sobre los mitos y las realidades que existen en torno al concepto de salud mental en el trabajo. Este informe distingue entre trastornos psicológicos (*psychological distress*) y trastornos o enfermedades mentales (*mental disorders*), pero considera que ambos entran en el concepto de salud mental<sup>5</sup>. Los trastornos psicológicos son aquellos cuyos síntomas no reúnen los requisitos necesarios para ser diagnosticados como un trastorno o enfermedad mental según los sistemas de clasificación psiquiátrica. Si bien su gravedad respecto de los psiquiátricos es menor, se trata de un fenómeno cada vez más extendido que puede afectar a cualquier persona en cualquier momento de su vida.

Por su parte, los trastornos mentales son aquellos que sí cumplen con los requisitos establecidos por parte de la Psiquiatría. Si bien su impacto en la capacidad de las personas es mayor, afectan a una fracción menor de la población adulta. La mayoría de ellos son

moderados mientras que aquellos severos son relativamente raros. Los más graves serían, por ejemplo, la esquizofrenia, los trastornos de bipolaridad, la psicosis o la depresión grave. Entre los trastornos mentales menos graves se encuentran la ansiedad y la depresión, entre otros. En los casos de mayor gravedad, los trastornos mentales pueden dar lugar al reconocimiento de una discapacidad, pero, en la mayoría de los casos, esto no llegará a producirse.

Un reciente estudio elaborado por la OCDE, en colaboración con la Unión Europea (UE), apunta que los problemas de salud mental, tales como la depresión o los trastornos de ansiedad, afectan a 1 de cada 6 personas en el espacio de dicha UE<sup>6</sup>. Este informe estima que, además del impacto negativo en el bienestar de las personas, el coste total de los problemas de salud mental alcanza los 600 billones de euros en los 28 países de la Unión.

Uno de los ámbitos en los que las enfermedades mentales tienen un impacto más negativo es en la capacidad laboral de las personas que las padecen. La tasa de ocupación de las personas con enfermedades mentales está en torno al 55-70%, es decir, entre un 10 y un 15% menos respecto a las personas que no padecen este tipo de trastornos. Además, a pesar de que la mayor parte de ellas quieren trabajar, no logran encontrar un empleo, motivo por el cual sus posibilidades de ser desempleados se multiplican. El padecimiento de una enfermedad mental también aumenta las probabilidades de que los trabajadores vean reducida su productividad, bien porque son más propensos a ausentarse del trabajo por problemas de salud (un 32% frente al 19% del resto de los trabajadores), bien porque, cuando lo hacen, es más probable que permanezcan ausentes durante periodos prolongados de tiempo (una media de 6 días de ausencia frente a los 4,8 días del resto de trabajadores)<sup>7</sup>.

Tal y como puede apreciarse, los problemas de salud mental generan tanto costes directos como indirectos para la sociedad. Además de los costes directos para los sistemas de Seguridad Social en razón del gasto derivado de las prestaciones por desempleo, de incapacidad temporal o permanente y de las pensiones por discapacidad (170 billones<sup>8</sup>); y del gasto sanitario (190 billones), las enfermedades mentales también implican costes indirectos. Entre estos se encuentran los derivados de la reducción de la productividad o del gasto que implica para el empresario la búsqueda y formación de una persona que sustituya al trabajador que se ausenta del trabajo por problemas de salud mental. De hecho, la mayoría de los costes asociados a los problemas de salud mental derivan de las bajas tasas de ocupación y de productividad de las personas que los padecen, es decir, de los costes indirectos (aproximadamente 260 billones).

Por todo lo expuesto hasta ahora, en particular, por la gran cantidad de personas pertenecientes a la población económicamente activa que se ven afectadas, puede decirse que los problemas de salud mental constituyen uno de los nuevos retos a los que tiene que hacer frente el mercado de trabajo. Si bien sigue siendo un tema estigmatizado, su visibilidad, sobre todo en el lugar de trabajo, ha aumentado de manera considerable.

A pesar de la importancia del fenómeno, las causas de las enfermedades mentales no han sido estudiadas en profundidad. Es por esto por lo que, además de las consecuencias de los problemas de salud mental, sobre todo en lo que se refiere a la capacidad laboral de las personas que las padecen, también es necesario analizar sus causas. En este sentido, el lugar de trabajo juega un papel fundamental ya que es uno de los lugares donde el trabajador pasa una gran parte de su tiempo y puede ser, en determinadas ocasiones, el motivo de la aparición de problemas de salud mental.

En general, las enfermedades mentales, en particular aquellas más graves, como puede ser la esquizofrenia o la depresión grave, no tienen por qué tener su origen en el lugar de trabajo, sino que pueden derivar de otras circunstancias personales y socioeconómicas, como, por ejemplo, la genética o los problemas familiares<sup>9</sup>. Sin embargo, la tendencia se invierte en el

caso de las enfermedades mentales de menor entidad como la depresión leve. Los expertos apuntan que en una gran parte de las ocasiones su aparición está relacionada con los riesgos laborales, en particular con el estrés laboral<sup>10</sup>. Es por esto por lo que la OMS señala que uno de los retos futuros a los que tenemos que enfrentarnos consiste en entender el impacto de las enfermedades mentales relacionadas con el trabajo<sup>11</sup>.

En este contexto, el objetivo del presente estudio consiste en analizar si, y, en su caso, en qué medida, la digitalización del mercado de trabajo es una de las causas que determina el constante aumento del número de trabajadores con problemas de salud crónicos, en particular, con problemas de salud mental<sup>12</sup> entendidos en sentido amplio, es decir, tanto trastornos o enfermedades mentales de naturaleza más grave (*mental disorders*) como los trastornos psicológicos (*psychological distress*) más leves.

## 2. NTIC y riesgos psicosociales

Es innegable que la introducción de las NTIC en los procesos productivos ha dado lugar a una serie de cambios en el mercado de trabajo que, en muchas ocasiones, han resultado positivos para la mejora de las condiciones de salud de los trabajadores. Los procesos de automatización han permitido eliminar puestos de trabajo que resultaban especialmente peligrosos para la salud de los trabajadores, así como tareas que requerían de un gran esfuerzo físico<sup>13</sup>. Además, las NTIC también han facilitado la difusión del trabajo a distancia, lo que también puede contribuir a mejorar la conciliación de la vida profesional y familiar. Por otra parte, la entrada de las NTIC en el ámbito laboral puede incluso resultar positiva de cara a la inclusión de los colectivos de trabajadores desfavorecidos, como aquellos con discapacidad o con problemas de salud crónicos, en la medida en que les permiten llevar a cabo tareas que, en caso contrario, no serían capaces de realizar<sup>14</sup>.

Ahora bien, la introducción de las NTIC en los procesos productivos también puede provocar efectos negativos, en particular, para la salud mental de los trabajadores. Un elemento que juega un papel fundamental en el aumento de la difusión de los riesgos psicosociales es la digitalización del mercado de trabajo. En particular, puede decirse que uno de los factores que ha contribuido en mayor medida al aumento de la incidencia de los riesgos psicosociales en los últimos años, en particular del estrés laboral, ha sido el cambio en las condiciones de trabajo derivado de la introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC) en los procesos productivos<sup>15</sup>. Esto no quiere decir que las NTIC representen por sí mismas un riesgo para la salud mental, sino que resultarán particularmente peligrosas cuando se realice un uso inadecuado de las mismas.

En este sentido, algunos de los fenómenos que suelen relacionarse con la introducción de las NTIC en el mercado de trabajo son, entre otros, la reducción de la estabilidad en el empleo, el aumento de la carga de trabajo y de las solicitudes a las que está sometido el trabajador y, en determinados casos, la reducción de puestos de trabajo. Si bien no siempre tienen por qué provocar la destrucción de puestos de trabajo, generalmente lo que sí van a generar son cambios en el modelo de organización del trabajo. En la actualidad, las transformaciones en la manera de trabajar han dado lugar a una reducción del número de puestos de trabajo que implican una exposición directa a los riesgos laborales físicos, mientras que ha aumentado la exposición a los riesgos psicosociales.

Según la EU-OSHA, “los riesgos psicosociales derivan de las deficiencias en el diseño, la organización y la gestión del trabajo, así como de un escaso contexto social del trabajo, y pueden producir resultados psicológicos, físicos y sociales negativos, como el estrés laboral, el agotamiento o la depresión”<sup>16</sup>.

El riesgo psicosocial más difundido en la actualidad, y el relacionado en mayor medida con la

digitalización del mercado de trabajo, es el estrés laboral. La EU-OSHA apunta que el estrés laboral se experimenta “cuando las demandas del entorno de trabajo superan la capacidad de los trabajadores de lidiar con ellas (o controlarlas)”<sup>17</sup>. Por lo tanto, el estrés se identifica con un estado de tensión física y psicológica que surge cuando existe un desequilibrio entre las altas exigencias del ambiente de trabajo y las posibilidades del trabajador de responder adecuadamente a las mismas. Ya en el año 2007, los estudios llevados a cabo a nivel europeo estimaron que 40 millones de personas se habían visto afectadas por el estrés laboral<sup>18</sup>. De manera más reciente, el 25% de los trabajadores afirman haber experimentado estrés laboral durante toda o gran parte de la jornada laboral, motivo por el cual han visto afectada de manera negativa su salud<sup>19</sup>. Además, se ha estimado que el estrés laboral es la causa de entre el 50 y el 60% de las faltas de asistencia al trabajo<sup>20</sup>.

A pesar de que el estrés laboral es un fenómeno que ha estado siempre presente en las relaciones laborales, en las últimas décadas su incidencia ha aumentado y así se prevé que continuará siendo en el futuro. Entre las causas del aumento del estrés laboral destacan el progreso tecnológico y el proceso de globalización facilitado también por las NTIC, que han transformado de manera rotunda las relaciones laborales<sup>21</sup>. Esto se explica porque todos los factores que tradicionalmente han contribuido a la aparición del estrés, es decir, los estresores o factores de riesgo psicosocial, tanto aquellos relacionados con las condiciones físicas como mentales, se multiplican con la intervención de las NTIC<sup>22</sup>. En particular, su implantación, además de los problemas de salud derivados del uso continuado de los medios tecnológicos, introduce elementos potencialmente estresantes, como lo son el incremento del control y la monitorización del desempeño, la invasión de la privacidad, la reducción de los contactos sociales y de la interacción social, así como la falta de sistemas de apoyo para el aprendizaje y la actualización, entre otros<sup>23</sup>.

En estos casos, cuando la aparición del estrés deriva de la utilización de las NTIC puede traducirse en tecnoestrés<sup>24</sup>. En primer lugar, cabe aclarar que existe cierta confusión terminológica cuando se habla de tecnoestrés, pues mientras que algunos autores lo consideran un riesgo psicosocial<sup>25</sup>, para otros se trata de una patología o enfermedad de carácter mental<sup>26</sup>. Esto se explica porque se tiende a usar las expresiones “riesgos psicosociales” y patologías derivadas de los mismos como sinónimos sin deparar que la patología es la consecuencia del riesgo psicosocial, de igual manera, que el riesgo psicosocial se trata de la materialización de los factores de riesgo psicosocial. Ahora bien, en este artículo se opta por separar de manera neta los tres conceptos y por considerar el estrés laboral y el tecnoestrés como riesgos psicosociales<sup>27</sup>.

El tecnoestrés se define como “un estado psicológico negativo relacionado con el uso de TIC o amenaza de su uso en un futuro. Ese estado viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las TIC”<sup>28</sup>.

En general, la implantación de las NTIC en el trabajo facilita la intensificación del trabajo, pues el trabajador está más expuesto a recibir un exceso de atribución de tareas ya que las NTIC le ofrecen la posibilidad de estar siempre conectado y de trabajar en cualquier momento y desde cualquier lugar. De esta manera, los conceptos tradicionales de horario y lugar de trabajo se difuminan y adquieren nuevas facetas por lo que el tecnoestrés aumenta. Sin embargo, también puede suceder lo contrario, es decir, el tecnoestrés puede surgir a raíz de la falta de trabajo ante la incertidumbre acerca de la asignación de las tareas, que pueden llegar de manera discontinua por lo que el trabajador estará continuamente en tensión, a la espera de ser contactado por el empresario, lo que le impediría organizar de manera correcta su vida personal y gozar de una conciliación de la vida profesional y personal de calidad<sup>29</sup>.

Ahora bien, podría decirse que el tecnoestrés es un “cajón de sastre” que recoge otros tres tipos específicos de tecnoestrés: la tecnoansiedad, la tecnofatiga y la tecnoadicción<sup>30</sup>. “La tecnoansiedad es el tipo de tecnoestrés más conocido, en donde la persona experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, y siente tensión y malestar por el uso presente o futuro de algún tipo de TIC”. Por lo tanto, la tecnoansiedad se manifiesta cuando el trabajador muestra un rechazo o tiene una actitud negativa hacia las NTIC por diversos motivos, en otros, por la falta de adaptación a las nuevas herramientas o por sus gustos personales. Por otra parte, “la tecnofatiga se caracteriza por sentimientos de cansancio y agotamiento mental y cognitivo debidos al uso de tecnologías, complementados también con actitudes escépticas y creencias de ineficacia con el uso de TICs”. La tecnofatiga no deriva necesariamente del rechazo hacia las NTIC, sino del cansancio mental que se produce por su uso continuado.

Por último, “la tecnoadicción es el tecnoestrés específico debido a la incontrolable compulsión a utilizar TIC en “todo momento y en todo lugar”, y a utilizarlas durante largos períodos de tiempo”. En estos casos, estamos ante un supuesto muy diferente respecto a la tecnoansiedad, puesto que la tecnoadicción se manifiesta cuando al trabajador le apasionan las NTIC, lo que lo lleva a hacer un uso incontrolado y compulsivo de las mismas durante largos periodos de tiempo. La tecnoadicción se caracteriza por el consumo excesivo o el deseo imperioso de consumo, la pérdida de control respecto al consumo o la reacción negativa al retirar el consumo. A pesar de que el término “tecnoadicción” ha venido usándose para referirse a este tipo de situaciones, los expertos del ámbito de la Psicología del Trabajo han rechazado la utilización de esta terminología y la Asociación de Psiquiatría Americana (APA) ha declarado que la tecnoadicción no puede ser considerada una patología, al menos por el momento. Como alternativa a la utilización de este concepto, se proponen otras expresiones que han suscitado más consenso entre los profesionales de la salud mental, como son “uso inadecuado de las TICs” o “uso problemático de las TICs”<sup>31</sup>. Es por esto por lo que, a pesar de que algunos autores consideran que la tecnoadicción sería una consecuencia del estrés y se trataría, por lo tanto, de una nueva patología derivada del uso de las NTIC<sup>32</sup>, en este artículo se opta por considerar la denominada “tecnoadicción” como una subespecie del tecnoestrés o estrés laboral, es decir, como un riesgo psicosocial, y no como una patología o enfermedad mental.

Además, los factores que contribuyen al aumento del estrés y del tecnoestrés facilitan, asimismo, su transformación en un nuevo fenómeno que ha venido desarrollándose en los últimos tiempos: el estrés crónico laboral<sup>33</sup>. Esto se explica porque las NTIC implican cambios en las condiciones de trabajo y dan lugar a la aparición de nuevas formas de empleo, tales como el trabajo a través de plataformas digitales o el trabajo a distancia. Estas nuevas formas de empleo se caracterizan por la toma rápida y continua de decisiones relevantes que someten al trabajador a niveles continuos de elevada alerta psicológica, lo que da lugar al fenómeno de la “aceleración del tiempo” y también a la “infobesidad” o “infoxicación”, derivados del exceso de información proveniente de diferentes fuentes digitales<sup>34</sup>. En estos casos, las condiciones que facilitan la aparición del estrés son intrínsecas al propio trabajo y no se limitan a momentos puntuales, sino que constituyen la forma básica del modelo de negocio. Si bien la exposición a situaciones de estrés laboral a corto plazo puede llegar incluso a producir efectos positivos, aumentando la motivación y el rendimiento del trabajador, cuando pasa a ser crónico, a pesar de que no provoque efectos visibles de manera inmediata, e, incluso, en los primeros momentos pueda originar un aumento de la productividad del trabajador, por lo que será considerado como algo positivo, a largo plazo, el estrés laboral crónico va a tener efectos devastadores para la salud mental.

### 3. NTIC y problemas de salud mental

Los riesgos psicosociales derivados de la utilización de las NTIC en el trabajo son



susceptibles de afectar de manera negativa a la salud del mental y al bienestar del trabajador desde el mismo momento en que se manifiestan. Ahora bien, no será hasta que la exposición a los mismos se prolongue a lo largo del tiempo, por ejemplo, en el caso del estrés crónico laboral, cuando surgirá lo que denominamos problemas de salud mental en sentido estricto, ya sean trastornos o enfermedades mentales (*mental disorders*) o bien trastornos psicológicos (*psychological distress*). Los estudios llevados a cabo en los últimos años ofrecen pruebas acerca de la vinculación entre los riesgos psicosociales y los problemas de salud mental, como por ejemplo la depresión, pero también con otro tipo de enfermedades como las cardiovasculares o musculo esqueléticas.

En muchas ocasiones, los riesgos psicosociales relacionados con la digitalización del mercado de trabajo no llegan a traducirse en trastornos o enfermedades mentales (*mental disorders*), sino que en ocasiones originarán trastornos psicológicos (*psychological distress*) que no reúnen las características exigidas por la Psiquiatría para ser consideradas enfermedades mentales. A pesar de ello, tal y como ya se ha apuntado, los trastornos psicológicos también suponen costes muy elevados para las organizaciones empresariales y para la sociedad que, sin embargo, resultan más difíciles de medir<sup>35</sup>.

Uno de los fenómenos relacionados en mayor medida con el uso de las NTIC en el trabajo es el *burnout* o síndrome del trabajador quemado. El *burnout* puede definirse como una respuesta extrema y prolongada a una exposición crónica a los riesgos psicosociales derivados del trabajo. Cuando el *burnout* deriva del estrés laboral crónico, el trabajador se ve superado por la presión y competitividad de su puesto de trabajo a raíz de las demandas y relaciones con los clientes o usuarios de los servicios de la empresa, lo que le provoca desgaste profesional.

Una de las cuestiones que se ha planteado con relación al *burnout* se refiere a su clasificación como una enfermedad mental o como un síndrome que da lugar a otras enfermedades. Si se opta por considerar que el *burnout* es una enfermedad, habrá que decidir si tiene que ser clasificada como una enfermedad profesional, ya que surge como consecuencia de un ambiente laboral perjudicial. Otra de las opciones consistiría en considerar el *burnout* como un síndrome y reconocer como enfermedades profesionales aquellas de carácter mental derivadas del mismo, como, por ejemplo, la ansiedad, el estrés postraumático o la depresión. Sin entrar a analizar estas cuestiones, a los efectos que aquí interesan, podemos calificar al *burnout* como un problema de salud mental en sentido amplio, cuya incidencia se agrava en razón de la digitalización del mercado de trabajo.

El *burnout* se caracteriza por agotamiento emocional, actitudes negativas, deshumanizadas e insensibles hacia los receptores de los servicios prestados, despersonalización, falta de implicación en el trabajo, bajos niveles de realización personal e ineficacia. Otros de los síntomas inespecíficos que se asocian con el *burnout* son el dolor de cabeza, el insomnio, los trastornos del sueño y alimenticios, el cansancio y la irritabilidad, la inestabilidad emocional y los problemas en las relaciones sociales. También puede dar lugar a alcoholismo y a otros problemas de salud como la hipertensión o el infarto de miocardio.

Un reciente estudio del EUROFOUND sobre el *burnout*<sup>36</sup> ofrece un elenco de los distintos factores desencadenantes del *burnout*. Estos factores son los siguientes: ambiente de trabajo estresante y agotador emocionalmente; conflictos laborales; escasas relaciones interpersonales en el trabajo; aspectos físicos relacionados con el ambiente laboral; autonomía, trabajo en equipo y posibilidades de desarrollo profesional; carga de trabajo muy intensa y largas jornadas laborales; gestión de recursos humanos; desequilibrio entre la compensación obtenida y el esfuerzo realizado. Estos factores pueden verse agravados por la utilización de las NTIC en el trabajo ya que, como ya se ha dicho, multiplican los factores desencadenantes del estrés laboral.



Otra de las patologías a las que da lugar la exposición prolongada a los riesgos psicosociales es la depresión. En función de su mayor o menor gravedad podrá ser calificada como una enfermedad mental o como un trastorno psicológico. A nivel mundial, la OMS estima que la depresión afecta a 300 millones de personas, el equivalente al 4,4% de la población<sup>37</sup> y es una de las principales causas de discapacidad mental prolongada. Los estudios en la materia apuntan a que el riesgo de padecer depresión aumenta hasta cuatro veces entre los trabajadores que están expuestos a elevados niveles de estrés laboral, por lo que el aumento de la incidencia del estrés crónico laboral derivado de la utilización de las NTIC en el trabajo puede ser identificado como una de las razones que explican estas cifras.

Además, la OMS también apunta que las personas en situación de desempleo tienen más posibilidades de padecer depresión. En este sentido, la digitalización del mercado de trabajo podría estar relacionada de manera indirecta con el aumento de los casos de depresión, en la medida en que la automatización de los procesos productivos puede llevar a la eliminación de puestos de trabajo y a la sustitución de los trabajadores por máquinas o robots. En estos casos, la empresa podría recurrir al despido colectivo de los trabajadores por causas organizativas. Es más, en España, el despido por este motivo es uno de los ejemplos típicos de despido por causas organizativas regulado en el art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Además de las consecuencias económicas obvias relacionadas con la pérdida del salario, el despido también puede tener un importante impacto para la salud mental del trabajador. En este sentido, la situación de desempleo ha sido identificada a nivel internacional como uno de los motivos que contribuye al empeoramiento de las condiciones de salud mental de las personas<sup>38</sup>. Así, el desempleo representa el caldo de cultivo perfecto para el empeoramiento de las condiciones de salud de aquellos trabajadores que ya tenían problemas previos.

La pérdida del empleo puede llegar a afectar a la autoestima del trabajador que considera que ha perdido su papel en la sociedad, pues, además de dar la posibilidad de ser independiente económicamente, el trabajo contribuye a la realización personal y es el medio para entrar y mantener el contacto con la sociedad y demostrar que se es un recurso útil y no un peso. Es por esto por lo que la salud mental puede verse afectada de manera muy negativa cuando se está durante prolongados periodos de tiempo en situación de desempleo. Al mismo tiempo, los problemas de salud mental del desempleado se convierten en una barrera adicional para su reincorporación al mercado de trabajo.

Además de una consecuencia del desempleo, también podría decirse que los problemas de salud mental representan una causa de este. Así, estos trabajadores pueden ser los primeros elegidos para abandonar la empresa en caso de despido colectivo o, en general, el empresario puede utilizar este motivo para justificar un despido objetivo individual por ineptitud sobrevenida. De esta manera, el estado de salud mental puede convertirse en un motivo de discriminación.

Otro de los problemas de salud mental más comunes hoy en día son los trastornos de ansiedad que se caracterizan por sentimientos de ansiedad y miedo, entre ellos, los ataques de pánico, las fobias o el trastorno de ansiedad social. La OMS estima que en 2015 este tipo de problemas afectaban al 3,6% de la población mundial, el equivalente a 264 millones de personas. Esto representa un aumento del 14,9% respecto a los datos de 2005<sup>39</sup>. Tampoco cabe olvidar la importante incidencia que tienen otras patologías específicas relacionadas con la utilización de las NTIC en el trabajo. Estas patologías son, en particular, la nomofobia y la adicción al trabajo.

La nomofobia se define como el miedo irracional a estar sin teléfono móvil. En un mercado de trabajo digital en la que una gran parte de los trabajadores utilizan su *smartphone* para llevar a cabo tareas relacionadas con el trabajo, esta patología resulta particularmente importante ya

que el estar sin móvil implica la imposibilidad de trabajar. La nomofobia está estrechamente relacionada con la adicción al trabajo (*workalcoholic*). La adicción al trabajo se caracteriza por un compromiso irracional y desmedido con el trabajo, hasta el punto de ser incapaz de tener otros intereses o de emplear el tiempo en tareas diferentes. En estos casos, el trabajador dedica todo su tiempo de manera compulsiva al trabajo, siendo incapaz de parar y de dedicar tiempo a su vida personal. Además, cuando lo hace puede llegar incluso a sentirse culpable por lo que entra en un círculo.

Estas patologías plantean importantes problemas, sobre todo desde el punto de vista de la conciliación de la vida personal y profesional, ya que estaríamos ante el fenómeno del *blurring* que consiste en la supresión del límite de separación entre la vida profesional y la vida personal. La eliminación de la frontera entre la vida personal y profesional implica que esta última interfiera en la vida personal, es decir, durante el tiempo que debería ser de descanso y, viceversa, que durante el horario de trabajo el trabajador continúe “conectado” con su vida personal, por ejemplo, consultando las redes sociales o viendo y respondiendo a llamadas o a los mensajes que recibe a través de las aplicaciones de mensajería instantánea.

En última instancia, cuando se somatizan, los problemas de salud mental también pueden traducirse en consecuencias físicas, como por ejemplo en enfermedades cardiovasculares y musculoesqueléticas.

Los problemas de salud mental relacionados con la utilización de las NTIC en el trabajo se caracterizan por su cronicidad y, si bien, en muchas ocasiones, sus efectos no son totalmente incapacitantes, sí que son susceptibles de afectar a la capacidad laboral de los trabajadores que los padecen y a prolongarse en el tiempo, en muchos casos incluso de manera permanente.

#### **4. Nuevos problemas, viejos instrumentos de protección: de la prevención de riesgos laborales a la promoción del bienestar del trabajador**

Tal y como se ha explicado, la introducción de las NTIC en los procesos productivos da lugar a la aparición y a la multiplicación de los riesgos laborales tradicionales, en particular, a los efectos que aquí interesan, de los riesgos psicosociales. Estos riesgos psicosociales son particularmente susceptibles de afectar a la salud de los trabajadores, entendida, siguiendo la definición amplia utilizada por la OMS, como un estado de completo bienestar físico, y no solamente como la ausencia de enfermedades mentales.

La normativa de Seguridad y Salud en el trabajo tradicional se concentraba en evitar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. La introducción del concepto de factores de riesgo psicosocial y de riesgos psicosociales en la normativa de prevención de riesgos laborales supuso un avance, pues, siguiendo la línea de la definición de salud utilizada por la OMS, se perseguía promover el bienestar integral de los trabajadores no solo a nivel físico, sino también mental<sup>40</sup>. De hecho, con la introducción del concepto de riesgos psicosociales se supera el concepto clásico de riesgos laborales de carácter físico en los que tradicionalmente se había concentrado la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo. A partir de ese momento, se le otorga una renovada importancia a la salud psicológica y mental de los trabajadores.

A pesar de que la introducción del concepto de riesgo psicosocial ha significado una evolución positiva, puede decirse que la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo sigue centrada en la prevención de la aparición de enfermedades, ya sean físicas o mentales, y de accidentes de trabajo, y no en la promoción del bienestar de los trabajadores. Ahora bien, tal y como ya se ha dicho, las consecuencias de la exposición crónica a los riesgos psicosociales,

en particular al estrés laboral, no siempre da lugar a enfermedades mentales, sino que, en muchas ocasiones, los mismos afectan al bienestar del trabajador, pero sin llegar a provocar una patología susceptible de ser calificada como enfermedad mental o trastorno psicológico. Es por esto por lo que, en estos casos, la normativa tradicional en materia de Seguridad y Seguridad salud en el trabajo no resultaría eficaz para proteger al trabajador de los problemas que las NTIC pueden ocasionarle en su salud mental.

A pesar de su importancia, existe una tendencia a infravalorar los riesgos psicosociales y a minimizar sus efectos en comparación con los producidos por los riesgos físicos. Es más, podría decirse que estamos asistiendo a una verdadera normalización de la exposición a los riesgos psicosociales. En una sociedad como la actual, donde “vivir estresados” no solo en el trabajo, sino en todos los aspectos de la vida, es la regla general y la exposición a altos niveles de estrés está presente en prácticamente todos los ambientes de trabajo, se llega incluso a considerar el estrés laboral como algo normal e intrínseco a un mercado de trabajo digital y globalizado y no como un riesgo laboral susceptible de afectar a la salud de los trabajadores. Muchas veces tiende a considerarse que los problemas de salud mental derivados de los riesgos psicosociales solo afectan a un pequeño número de personas. Sin embargo, los datos presentados desmienten esta afirmación y, es más, en un mercado de trabajo como el actual, la posibilidad de que afecten a una gran parte de los trabajadores aumenta.

Algunos autores hablan de “riesgos emergentes” para resaltar la novedad de los riesgos psicosociales relacionados con las NTIC, pues si bien, en ocasiones, se trata de fenómenos que ya se conocían con anterioridad, solo en la actualidad adquieren la consideración de riesgos laborales. En este sentido, los riesgos laborales emergentes por antonomasia son los denominados “riesgos tecnológicos”, y también los “riesgos derivados de las nuevas formas de trabajo”, en particular, aquellas que se desarrollan gracias a las NTIC<sup>41</sup>.

Para hacer frente a los riesgos emergentes, se plantea la necesidad de adoptar nuevas estrategias y adaptar las políticas preventivas tradicionales. En un mundo donde ya no hablamos de estrés, sino de tecnoestrés, que muchas veces se convierte en crónico, los instrumentos tradicionales de la normativa de prevención de riesgos laborales no pueden ser suficientes porque estamos ante fenómenos nuevos. Los instrumentos tradicionales utilizados en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en particular, la evaluación de riesgos laborales no parece ser suficiente para responder a los nuevos retos planteados por la posibilidad que ofrecen las NTIC de trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar, ya que está pensada para analizar los riesgos laborales presentes en un espacio físico y temporal determinados. Esto no quiere decir que los instrumentos preventivos vigentes pierdan su utilidad, pero se considera necesario dotarlos de enfoques innovadores y de nuevas formas de aproximación<sup>42</sup>.

Además, si tenemos en cuenta que en muchos casos las condiciones de trabajo derivadas de la utilización de las NTIC son de por sí estresantes, no es fácil prevenir la materialización del estrés como riesgo laboral y distinguir cuando estamos ante un riesgo laboral o cuando ante una característica propia de las nuevas formas de empleo.

En este sentido, por todo lo expuesto, cabe señalar que resultaría necesario repensar la prevención de riesgos laborales tal y como se ha entendido de manera tradicional. Es por esto que, siguiendo el concepto amplio de salud utilizado por la OMS, que no se refiere solamente a la ausencia de enfermedades mentales, sino a un estado psicológico de bienestar, es decir, al *wellbeing at work* (bienestar en el trabajo), se considera que la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo debería evolucionar y no concentrarse únicamente en la prevención de riesgos laborales, sino también en la promoción de la salud, ampliando de esta manera su ámbito de actuación en línea con los nuevos retos que plantea la digitalización del mercado de trabajo.

Por los motivos anteriormente expuestos, sería necesario dar un paso más e introducir programas o medidas destinadas a favorecer el bienestar integral del trabajador, tales como el asesoramiento psicológico especializado en el lugar de trabajo o la implantación de medidas destinadas a promover un estilo de vida saludable, por ejemplo, a través del deporte o de los hábitos alimentarios. Para lograr este objetivo, la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo no debería centrarse únicamente en evitar que los riesgos laborales se materialicen y afecten a la salud mental del trabajador, sino que debería concentrarse en dotarlo de una serie de instrumentos que lo ayuden a lidiar mejor con estos riesgos laborales que muchas veces son intrínsecos a las nuevas formas de empleo. Lo que se persigue con esta propuesta es crear ambientes de trabajo saludables para evitar que se den las condiciones que determinan la aparición de problemas de salud mental, incluso de aquellos leves.

## 5. Conclusiones

La primera conclusión que cabe apuntar es que resulta necesario lograr una mayor concienciación y dar una mayor visibilidad a la relación que existe entre el trabajo y la aparición de problemas de salud mental derivados de la utilización de las NTIC en el trabajo. En muchas ocasiones, sobre todo en el caso de trastornos psicológicos, el problema surge precisamente a consecuencia del trabajo. Este es el primer paso para hacer frente a un fenómeno que cada vez afecta a un mayor número de personas de trabajar.

Si bien la introducción de las NTIC en el trabajo ha tenido y tiene efectos positivos para la salud de los trabajadores, no cabe olvidar que también es susceptible de afectar de manera negativa, sobre todo, a su salud mental. En particular, la digitalización del mercado de trabajo ha contribuido al aumento de la incidencia de los riesgos psicosociales en los últimos años, en particular, del estrés laboral. Cuando el estrés deriva de la utilización de las NTIC se denomina tecnoestrés, concepto que a su vez incluye otras tres subcategorías: la tecnoansiedad, la tecnofatiga y la tecnoadicción.

En última instancia, cuando la exposición a estos riesgos psicosociales se produce de manera prolongada en el tiempo, surge un nuevo fenómeno: el estrés crónico laboral. En estos casos, las posibilidades de que el trabajador experimente problemas de salud mental o trastornos psicológicos, tales como el *burnout*, la depresión, la ansiedad, u otros específicos relacionados con las NTIC como la nomofobia, aumenta. Además, incluso en aquellos casos en los que la exposición a los riesgos psicosociales no se traduce en los problemas de salud mental mencionados, hay que tener en cuenta que el bienestar del trabajador se ve afectado igualmente.

Por último, a pesar de la evolución que ha supuesto la protección frente a los riesgos psicosociales por parte de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo, la misma sigue concentrándose en prevenir los accidentes de trabajo y la aparición de enfermedades, y da más importancia a los riesgos físicos frente a los psicosociales. Es por esto que se entiende que los instrumentos tradicionales del ámbito de la prevención de riesgos laborales no son suficientes para hacer frente a los nuevos riesgos que surgen a raíz de la introducción de las NTIC en el trabajo. Por este motivo, se entiende que la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo debería evolucionar, desde una perspectiva meramente protectora hacia otra nueva, que se centre en la promoción del bienestar del trabajador.

1

Contrato financiado por la Comunidad de Madrid en el marco de la convocatoria de ayudas de atracción de talento investigador para su incorporación a grupos de investigación de la Comunidad de Madrid (2018).

---

2

Este estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación nacional “Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España (DER2016-75376-R), cuya investigadora principal es la profesora Lourdes Mella Méndez. También se enmarca en “la Red de excelencia: Red de estudio y difusión de las nuevas Tics en la empresa (DER2017-90700-REDT)”, de la AEI.

---

3

OMS, *Mental Health: Strengthening Mental Health Promotion*, Factsheet No. 220, 2001, disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs220/en/>

---

4

OMS, *Global Health Observatory* (GHO), 2017. Disponible en <http://www.who.int/gho/en/>

---

5

OCDE, *Sick on the Job? Myths and Realities about Mental Health and Work*, Mental Health and Work, OECD Publishing, 2012.

---

6

OCDE, UE, *Health at a Glance: Europe 2018: State of Health in the EU Cycle*, OECD Publishing, París, 2018. Este informe también utiliza el concepto de problemas de salud mental en sentido amplio e incluye los trastornos psicológicos.

---

7

OCDE, *Sick on the Job?* *op. cit.*, p. 12 y ss.

---

8

Estas previsiones aparecen recogidas en: OCDE, UE, *Health at a Glance: Europe 2018*, *op. cit.*

---

Comisión Europea, *Promoting mental health in the workplace. Guidance to implementing a comprehensive approach*, Luxemburgo, 2014, p. 11.

---

PRÜSS-USTÜN, A., IVANOV, I., MUDGAL, S., CORVALÁN, C., BOS, R. et al, *Preventing disease through a healthier and safer workplace*, World Health Organization, Ginebra, 2018, p. 24.

---

*Idem.*

---

Si bien se trata de un tema que no ha sido objeto de mucha atención por parte del Derecho del Trabajo, en los últimos años sí ha habido algunos autores que se han ocupado del mismo. Véase: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (directores), ÁLVAREZ CUESTA, H. (Coordinadora), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete, 2017.

---

ALFARO DE PRADO SAGRERA, A., “Estrés tecnológico: medidas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, p. 130.

---

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Nuevas tecnologías y trabajadores con enfermedades crónicas: ¿oportunidad o barrera adicional?”, en MELLA MÉNDEZ, L. (directora), VILLALBA SÁNCHEZ, A. (coordinadora), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

---

Véase, por extenso, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, núm. 2, 2017 y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 184, 2016.

---

Definición disponible en <https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress>

---

17

EU-OSHA, *OSH in figures: stress at work – facts and figures*, Luxemburgo, 2009.

---

18

EUROFOUND, *Fourth European Working Conditions Survey*, Luxemburgo, 2007.

---

19

EUROFOUND, *Psychosocial risks in Europe. Prevalence and strategies for prevention*, Luxemburgo, 2014.

---

20

EU-OSHA, *OSH in figures: stress at work – facts and figures*, Luxemburgo, 2009.

---

21

OIT, *Estrés en el trabajo. Un reto colectivo*, Ginebra, 2016.

---

22

Véase el listado no exhaustivo de los factores de riesgo psicosocial asociados al uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el ámbito laboral recogido en: Nota Técnica de Prevención 1.123, *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT), 2018.

---

23

ALFARO DE PRADO SAGRERA, A., *op. cit.*, p. 130.

---

24

Nota Técnica de Prevención 730, *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

---

25

En este sentido, MELLA MÉNDEZ, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*,



núm. 16, 2016, p. 33; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *op. cit.*, p. 6 (versión online).

---

26

En este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, p. 86; USHAKOVA, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 192, 2016, p. 9 (versión online).

---

27

Algunos autores apuntan que el tecnoestrés no es un trastorno o una enfermedad específica, sino que se trata de un término que se utiliza para referirse a los problemas derivados del uso masivo y acelerado de las nuevas tecnologías. Véase MARTÍNEZ SELVA, J. M., “Tecnoestrés laboral: el estrés derivado de la implantación de las nuevas tecnologías”, en *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo, UGT, CEC, 2016.

---

28

SALANOVA, M., “Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, núm. 19, 2003.

---

29

TASCÓN LÓPEZ, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 41, 2018, p. 8.

---

30

Nota Técnica de Prevención 730, *op. cit.*

---

31

VALLELLANO PÉREZ, M. D., PRADOS ATIENDA, J. M., “¿Tecnoadicción en el trabajo? una mirada desde la psicología del estrés laboral”, en *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo, UGT, CEC, 2016.

---

32

TASCÓN LÓPEZ, R., *op. cit.*, p. 9 (versión online).

---

RAMOS QUINTANA, M. I., “Estrés crónico por causa del trabajo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 22, 2016, p. 1.

---

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *op. cit.*, p. 74.

---

En el año 2014, la EU-OSHA llevó a cabo un estudio para estimar el coste del estrés y de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo, llegando a la conclusión de que son considerables, aunque muy difíciles de medir. Véase EU-OSHA, *La estimación del coste del estrés y los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo*, Luxemburgo, 2014. Disponible en: [https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/literature\\_reviews/calculating-the-cost-of-work-related-stress-and-psychosocial-risks/view](https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/literature_reviews/calculating-the-cost-of-work-related-stress-and-psychosocial-risks/view)

---

EUROFOUND, *Burnout in the workplace: A review of data and policy responses in the EU*, Luxemburgo, 2018.

---

OMS, *Depression and Other Common Mental Disorders. Global Health Estimates*, 2017.

---

GULLIFORD, J., SHANNON, D., TASKILA, T., WILKINS, D., TOD, M., BEVAN, S., *Sick of being unemployed. The health issues of out of work men and how support services are failing to address them*, Men's Health Forum, The Work Foundation, 2014.

---

OMS, *Depression and Other Common Mental Disorders*, *op. cit.*

---

MARTÍNEZ BARROSO, M. R., “Promoción de la salud mental en el trabajo autónomo tradicional y en las nuevas formas de emprendimiento”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (directores), ÁLVAREZ CUESTA, H. (coordinadora), *op. cit.*, p. 84.

---

IGARTÚA MIRÓ, M. T., "Cambios en el mundo del trabajo y nuevos modelos de Seguridad y Salud", en MELLA MÉNDEZ, L. (directora), FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. (coordinadora), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud*, Peter Lang, Suiza, 2017, p. 280.

---

*Idem.*, p. 279.

## Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial

### 5. LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD DEL TRABAJADOR ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

#### 7. EL "DERECHO" A LA DESCONEXIÓN

## 7. El "derecho" a la desconexión

---

### The "right" to disconnect

(Autor)

**FEDERICO ROSENBAUM CARLI**

*Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor contratado transitorio (Grado 1) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República y Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor contratado transitorio (Grado 1) de Técnica 3, de la Licenciatura de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesor contratado Ayudante II de Seguridad Social, en la carrera de Licenciatura en Gestión Humana y Relaciones Laborales, de la Facultad de Ciencias Empresariales, de la Universidad Católica del Uruguay. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. frosenbaum@rcj.com.uy*

#### Sumário:

##### 1 Generalidades

##### 2 La construcción dogmática del "derecho" a la desconexión

##### 3 El contenido jurídico y sus límites

##### 4 Sobre la necesidad de una consagración como categoría autónoma

##### 4.1 Análisis del sistema normativo del tiempo de trabajo

##### 4.2 Análisis desde el derecho a la seguridad y salud en el trabajo

##### 4.3 La innecesaria consagración como categoría autónoma

##### 5 Conclusiones

**Área do Direito:** Trabalho

#### Resumen:

El "derecho" a la desconexión se trata de un enunciado construido desde el punto de vista dogmático, antes bien que normativo. En efecto, son pocos los ordenamientos jurídicos que han consagrado un "derecho" a la desconexión. Además, la desconexión tiene un estrecho vínculo con el tiempo de trabajo, el tiempo de descanso, la salud y seguridad laboral, así como

también influye en la llamada conciliación entre vida privada o personal y trabajo. Es por ello por lo que corresponde analizar si existe la necesidad de consagración de este derecho como categoría autónoma, o si, por el contrario, su contenido jurídico y límites -delineados dogmáticamente-, encuentran amparo en institutos clásicos en materia de tiempo de trabajo. Además, resultaría irreal dejar de considerar la vinculación necesaria entre esta temática y el régimen de estabilidad de cada sistema normativo. En el caso de Uruguay, cabe preguntarse: ¿qué utilidad tiene la consagración de un “derecho” a la desconexión, si, a fin de cuentas, el empleador puede despedir libremente? En definitiva, ¿no será hora de aportar un replanteamiento en torno a la mala salud del derecho al trabajo en el Uruguay, y procurar así una mejor protección en el empleo?

## **Abstract:**

The "right" to the disconnection is a statement built from the dogmatic point of view, rather than normative. In fact, there are few legal systems that have enshrined a "right" to disconnect. In addition, the disconnection has a close link with working time, rest time, health and safety at work, as well as influencing the conciliation between private or personal life and work. That is why it's necessary to analyse whether there is a need for the creation of a right as an autonomous category, or if, on the contrary, it's legal content and limits -dogmatically aligned- find protection in classical institutes in terms of working time. Furthermore, it would be unrealistic not to consider the necessary link between this topic and the regulation of the termination of employment in each legal system analysed. In the case of Uruguay, it is worth asking: what is the benefit of the creation of a “right” to disconnect, if in the end the employer can dismiss freely? Definitely, is it not the time to rethink about the poor health of the right to work in Uruguay, and seek better protection in employment?

**Palabras Clave:** Derecho a la desconexión, tiempo de trabajo, estabilidad en el empleo

**Keywords:** Right to disconnect, working time, termination of employment

## **1. Generalidades**

Cuando se debate el tema del derecho a la desconexión, suele desarrollarse el mismo dentro de una tendencia o paradigma que intenta explicar el actual mundo del trabajo como una realidad en constante cambio, en transformación vertiginosa, a modo tal de describirlo como una auténtica nueva revolución, que ha sido catalogada de diversas maneras<sup>1</sup>, pero cuyo factor común lo representa el avance de las tecnologías e instrumentos de información digital.

A pesar de las distintas denominaciones que se han aportado, lo que confluye en todas estas perspectivas es la idea de un mundo del trabajo revolucionado, e incluso, el concepto latente en dichos postulados, de que la regulación laboral se encuentra desfasada, es vetusta o, incluso, opera como un “ancla” para el avance de la humanidad, la tecnología, la economía y el progreso social. Además, a estos paradigmas se le adiciona una lectura desde el contexto social y económico de las diferentes sociedades, caracterizadas, por regla general, por la existencia de mercados de trabajo deteriorados por las crisis sociales, políticas y económicas, por la creciente existencia de trabajos precarios, por la cada vez más frecuente “necesidad” de acudir a empleos de carácter temporal, en cuyo caso, todo ello ha llevado a la idea impostada de que el mercado de trabajo necesita de una reforma estructural profunda, mediante el artificio y aporte de conceptos que aporten vías alternativas, como el de la “flexiseguridad”.

No en vano se ha destacado que la crisis económica es “un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”<sup>2</sup>, y ello debido a que se trata de un producto cultural ligado indisolublemente a un momento histórico determinado, que naturalmente depende de las

manifestaciones políticas, sociales y económicas.

Esa apariencia inescindible entre las crisis económicas y el Derecho del Trabajo ha determinado que las estructuras económicas atribuyan la culpa de estas a la función social y protectora de la disciplina, y, en especial, a señalar al garantismo jurídico-laboral como el auténtico generador de las crisis de empleo<sup>3</sup>.

En este contexto, se ha señalado que, en la actualidad, se asiste a un estado de transición hacia un nuevo modelo del Derecho del Trabajo, donde éste es, cada vez más, funcional a las exigencias gubernamentales, dominado por la re-mercantilización del trabajo y la primacía de las realidades económicas<sup>4</sup>.

Las manifestaciones más representativas de esta apreciación lo constituyen las sucesivas y, cada vez más generalizadas, reformas laborales de esta década en los diferentes países, todas ellas con un similar objetivo flexibilizador, así como la gobernanza uniforme de las relaciones laborales desde un centro o espacio común cuyos intereses se dirigen en ese mismo sentido. Ciertamente es que no se emplean denominaciones uniformes respecto de estos procesos, apelándose a diferentes calificativos: adaptabilidad, flexibilidad, competitividad, soft law, etc.

Pero lo que constituye un denominador común es que existe una cierta “homogeneidad ideológica que trasparenta la nueva gobernanza económica europea en sus fórmulas de armonización real de las diferentes legislaciones nacionales- estatales”<sup>5</sup>, y una “convicción común de la mayoría de organismos internacionales, de analistas económicos y sociales, de expertos jurídicos e, incluso, de algunas instituciones nacionales”<sup>6</sup>, con un presupuesto básico, traducido en la necesidad de introducir modificaciones al marco jurídico laboral, con un contenido netamente flexibilizador. Otro tanto es trasladable a las realidades latinoamericanas<sup>7</sup>.

Con ello, se procura configurar una suerte de “Derecho del Trabajo de gestión elástica”, ya que supone la introducción o reformulación de normas jurídicas en el derecho estatal, para provocar el aligeramiento de rigideces y costos excesivos impuestos por la legislación suprimida o modificada<sup>8</sup>. En particular, se suele manifestar que estos cambios producidos en el mundo del trabajo, entre otros tantos, deben ser considerados y tenidos en cuenta por el Derecho, y, en concreto, que el Derecho Laboral no puede desconocerlos, sino que debe reaccionar y dejar de lado su “rigidez” y aportar soluciones más “dúctiles”, especialmente en materia de tiempo de trabajo.

Es por este motivo que comienzan a surgir ideas o propuestas tales como los denominados bancos de horas, jornadas de trabajo flexibles, los *zero hours contracts*, estructuras de organización del trabajo y formas de trabajo novedosas -*crowdworking*, *crowdsourcing*, trabajo de colaboración, socios colaboradores, *work on demand*, economía colaborativa, etc. Y, precisamente, el concepto del derecho a la desconexión suele variar pendularmente entre estas propuestas elásticas flexibilizadoras<sup>9</sup>, y el otro extremo, de un derecho omnipotente de contenido netamente protector, vinculado con la tutela más arreglada a la limitación de la jornada, el tiempo de descanso -intermedio, inter jornadas, semanal y licencias-, la salud y seguridad laboral -riesgos laborales psicosociales, estrés, etc.-, así como también con la conciliación entre vida privada o personal y el trabajo.

Pero en este contexto del análisis, no resulta novedoso el hecho de que las tecnologías sigan en pleno avance, que el mercado de trabajo se vea sustancialmente alterado, o que existan formas de organización empresarial y de prestación del trabajo muy diferentes a las hasta ahora conocidas. En efecto, haciendo un paralelismo, es posible señalar que el mercado de trabajo también se alteró cuando se introdujo por primera vez el maquinismo de la primera revolución industrial, cuando se comenzó a producir en serie o en masa y advinieron los

sistemas taylorista y fordista, cuando se evolucionó del carbón a la electricidad, o cuando se introdujo la computadora, la robotización, el internet de las cosas y -más actualmente- la inteligencia artificial.

Es por ello por lo que debe evitarse una visión fatalista o rupturista, así como sortear aquellas posturas que propugnan el fin del trabajo o una revolución del mercado de trabajo. En su caso, el Derecho del Trabajo habrá de adaptarse progresivamente a estas realidades, y la regulación del tiempo de trabajo no escapará a dicho proceso.

El derecho a la desconexión es una pieza o engranaje más en este proceso y para comprender su posible evolución, será necesario analizar cuáles son los lineamientos básicos del mismo derivados de su construcción dogmática, así como su contenido jurídico y límites, y eventualmente plantearse si existe una necesidad de una consagración autónoma como una nueva categoría de derecho fundamental, o si por el contrario, la regulación del tiempo de trabajo logra satisfacer la finalidad perseguida por la dogmática.

## **2. La construcción dogmática del “derecho” a la desconexión**

El “derecho” a la desconexión se trata de un enunciado construido desde el punto de vista dogmático, antes bien que normativo. En efecto, son pocos los ordenamientos jurídicos que han consagrado un derecho a la desconexión como categoría autónoma, y, por ende, existe un escaso tratamiento legislativo de esta temática. En todo caso, las mayores regulaciones que pueden extraerse de los diferentes sistemas comparados provienen de la negociación colectiva, aunque con una remarcada presencia en empresas de gran tamaño o multinacionales.

Además de ello, esta construcción tiende a ser centrada en un punto concreto de los cambios en la organización y formas de prestación del trabajo enunciados precedentemente, en tanto que las referencias suelen limitarse a la desconexión “digital” del trabajo. Ello es producto de que el avance de las tecnologías e instrumentos de información constituyen los pilares fundantes de esta categoría novedosa, por constituir mecanismos que trasvasan los límites temporales y espaciales del trabajo, ingresan en la esfera privada de los trabajadores, e invaden los tiempos de descanso.

De ese modo, se ha destacado que “el «espacio» se erige distópico gracias al uso exponencial de los dispositivos digitales”<sup>10</sup>, o lo que es lo mismo, que la unidad locativa se convierte en un espacio movable y multifuncional<sup>11</sup>, y que “el «tiempo» se torna atemporal”, provocándose “el derrubio de la jornada de trabajo y su dilución en los tiempos de ocio y de recuperación”. Consecuentemente, el derecho a la desconexión constituye “una réplica frente a la dilución de los códigos de espacio y tiempo”, y de ese modo, “los ordenamientos dan carta de naturaleza a un «nuevo derecho» para garantizar las condiciones de descanso y el aislamiento de los trabajadores, pero también para preservar los derechos de conciliación de la vida personal y familiar en planos paralelos de protección jurídica”<sup>12</sup>.

Por otro lado, el significado de esta construcción dogmática tiene al menos una doble perspectiva de análisis. En primer lugar, la concentración en el estudio sociológico de la realidad y práctica de las relaciones laborales, en tanto que este modelo encuentra su sustento en la digitalización del trabajo, el avance tecnológico, las nuevas formas de organización empresarial, los cambios en el sistema productivo y las nuevas formas de organización del trabajo. En efecto, piénsese en el avance de las tecnologías de la información, las novedosas formas y mecanismos de comunicación digital entre trabajador y empleador, o entre los propios trabajadores.

En segundo lugar, también es posible considerar una respuesta desde el análisis de los



ordenamientos jurídicos que lo consagran, es decir, una evaluación de este modelo desde el punto de vista jurídico normativo. En función de esta última arista de observación, puede determinarse que la desconexión tiene un estrecho vínculo con el tiempo de trabajo -limitación de la jornada-, el tiempo de descanso -intermedio, inter-jornadas, semanal, licencia reglamentaria y licencias especiales-, la salud y seguridad laboral -riesgos laborales psicosociales, estrés, etc.-, así como también influye en la llamada conciliación entre vida privada o personal y trabajo.

En este escenario, cabe pues preguntarse si la introducción de las nuevas tecnologías ha operado como un avance flexibilizador de las relaciones de trabajo, y, además, si es que efectivamente existe un verdadero vacío legal, o, por el contrario, pueden delinearse algún marco jurídico de referencia y algunos límites normativos a esta realidad.

### 3. El contenido jurídico y sus límites

Los principales ordenamientos jurídicos que han consagrado un derecho a la desconexión como categoría autónoma no coinciden en dotarlo de un contenido unívoco, en tanto que, o bien no lo definen expresamente y dejan librada su delimitación a la negociación colectiva<sup>13</sup>; o bien tampoco aportan un contenido al derecho, y al mismo tiempo, este derecho se inscribe dentro de categorías o formas de prestación de trabajo sumamente especiales<sup>14</sup>. En cualquier caso, tal como se adelantó, el “derecho” a la desconexión es abordado con mayor amplitud o profundidad por los operadores jurídicos, a modo de aportar una construcción de este desde el punto de vista de su conceptualización, proponiendo generalmente soluciones de *lege ferenda*<sup>15</sup>.

Es así como, en relación con el contenido jurídico de este derecho, se coincide en afirmar que debe contener mínimamente dos aspectos o proyecciones; por un lado, el derecho a desconectarse del trabajo luego de finalizada la jornada laboral o en tiempos de descanso, y, por otro lado, el correlativo derecho del trabajador a oponerse a cumplir tareas en dichas circunstancias, con la consecuente imposibilidad jurídica de ser sancionado por tal negativa<sup>16</sup>. Por ello se afirma que “el derecho a la desconexión representa un intento de reafirmar la protección del trabajador al distinguir entre los tiempos de vida y de trabajo e intentar recrear áreas de total extrañeza del trabajo”<sup>17</sup> (traducción no oficial).

Sin embargo, debe destacarse que la desconexión no alcanza al derecho a la digitalización, en el sentido de que el trabajador se oponga a la introducción de tecnologías, en tanto que tal extremo constituye una potestad del empleador fruto de su poder de organización y dirección. En todo caso, este tema incidirá en otros derechos que no se vinculan de forma tan directa con el tiempo de trabajo, sino que encontrará relación en la confrontación entre derechos inespecíficos -como la intimidad, privacidad y protección de datos personales-, en contraposición al poder de dirección y disciplinario del empleador.

Empero, aun con el contenido y concepto aludido precedentemente, debe señalarse que este no puede constituir un derecho absoluto e irrestricto. En efecto, compartiendo lo que ha señalado el Tribunal Constitucional español, los derechos fundamentales no son absolutos, y, por tanto, pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación resulte necesaria para lograr el fin previsto, proporcionada para alcanzarlo y respetando el contenido esencial del derecho en cuestión<sup>18</sup>. En ese sentido, el órgano se ha referido a la existencia de límites recíprocos que pueden surgir entre el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador y las facultades empresariales que son, en definitiva, expresión de iguales derechos constitucionales reconocidos en la Constitución<sup>19</sup>.

Por otra parte, debe reconocerse que a este “derecho” le serán oponibles las mismas restricciones que se le imponen al derecho a no hacer horas extras y a no trabajar durante el

tiempo de descanso, producto de las obligaciones que contrae el trabajador. Tal es el caso de la obligación de colaboración, entendida como aquella que se refiere al cumplimiento de “todos aquellos actos que tiendan a la protección de los intereses del empleador”, entre los cuales se encuentra la obligación de trabajar en horario extraordinario en situaciones de necesidad<sup>20</sup>.

#### 4. Sobre la necesidad de una consagración como categoría autónoma

A los efectos de analizar la necesidad de una consagración autónoma de la desconexión como una nueva categoría dentro de los derechos específicos del trabajador, proponemos pasar revista a la normativa en materia de tiempo de trabajo, y, en particular, responder a la interrogante de si el contenido mínimo de una construcción conceptual de esa naturaleza encuentra consagración en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, corresponderá analizar en el sistema normativo en particular que se desee estudiar, por un lado, si existe un derecho a desconectarse del trabajo una vez finalizada la jornada de trabajo, y por otro, si se constata un derecho a oponerse a cumplir tareas durante los tiempos de descanso, así como eventualmente negarse a realizar horas extras, y la consecuente imposibilidad jurídica de ser sancionado ante tal negativa.

##### 4.1. Análisis del sistema normativo del tiempo de trabajo

En primer término, parece lógico concluir que el derecho a desconectarse del trabajo una vez finalizada la jornada laboral, es decir, a no prestar más tareas ni estar a disposición del empleador más allá del límite establecido jurídicamente para cada trabajador, encuentra consagración normativa en múltiples instrumentos de diferente origen -internacional, constitucional y legislativo-, al consagrarse los derechos a la limitación de la jornada de trabajo, al goce de tiempos de descanso, y al definirse específicamente la noción de tiempo de trabajo.

En efecto, la limitación diaria, inter-jornada, semanal y anual del tiempo de trabajo -limitación de la jornada, descanso intermedio, descanso semanal y licencia anual-, constituyen los pilares y derechos fundamentales básicos del trabajador a los efectos de impedir una intromisión o invasión en tiempos de necesario descanso. Tales conceptos y derechos -en los respectivos espacios temporales- imponen una restricción a la compulsión de una prestación efectiva de tareas, así como de estar a disposición del empleador, constituyendo periodos en los que el trabajador debe recobrar plena libertad y desvincularse de la dependencia o subordinación que se le imprime durante su jornada laboral.

Cierto es que la jornada es el tiempo en que, diariamente, el trabajador está obligado a desempeñarse a las órdenes de su empleador<sup>21</sup>, siendo que, de principio y a *contrario sensu*, no existe obligación de prestar la actividad laborativa fuera de ese lapso. En similar sentido, Fernández Madrid ha manifestado que constituye “todo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador, en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio”<sup>22</sup>.

Lo mismo ocurre con los demás tiempos de descanso -intermedio, semanal y anual-, que la normativa consagra para que el trabajador efectivamente dedique un espacio de corte de su laboralidad para la reposición de energías, la organización personal y familiar, el esparcimiento, las actividades que desee desarrollar o el descanso u ocio si así lo escoge.

De ese modo, se ha afirmado que “una característica mínima o una condición necesaria para que el trabajador pueda gozar de los descansos...es que se desconecte de su trabajo, ya que sólo así realmente se cumpliría con los objetivos que tales descansos tienen. Dicho de otro

modo, para el goce de su derecho a descanso, el trabajador debe tener la posibilidad de desconectarse”<sup>23</sup>. Por ello, se suele referir a los descansos como intervalos en los que el trabajador no se encuentra obligado a cumplir tareas, partiendo así pues de la dicotomía entre el tiempo de trabajo dependiente o subordinado y el tiempo de descanso o tiempo libre<sup>24</sup>.

En segundo término, también puede extraerse de la normativa un derecho a oponerse a cumplir tareas durante los tiempos de descanso, y la consecuente imposibilidad jurídica de ser sancionado ante tal negativa. En este sentido, cabe destacar que concretamente en nuestro ordenamiento jurídico no existe obligación de trabajar horas extras. Ello se deriva de la necesidad de contar con el consentimiento del trabajador para cumplir tareas en ese horario extraordinario -artículos 1 y 5 de la Ley N° 15.996-, y, por ende, tal extremo conduce a admitir que el trabajador puede oponerse a prestar su fuerza laborativa en dichas circunstancias -salvo las excepciones previstas en los artículos 11 y 15 del Decreto del 29 de octubre de 1957-.

Lo mismo ocurre con el trabajo en un día de descanso semanal. En efecto, el trabajador no puede ser obligado a trabajar en su día de descanso semanal, sin su expreso consentimiento -artículo 9 de la Ley N° 7.318-, salvo algunas situaciones excepcionales -previstas en el artículo 2 de la Ley N° 7.318-. Es más, aun trabajando durante un día de descanso semanal, es el trabajador quien tiene la opción por elegir entre una compensación en dinero, o un día complementario de descanso -artículo 8 de la Ley N° 7.318-.

En relación al tiempo de descanso intermedio, debe evocarse la disposición del artículo 3 del Decreto N° 55/000, que determina que, en el régimen de la jornada continua, “el trabajador se encuentra a la orden del empleador, durante toda la jornada, incluido el tiempo de descanso intermedio remunerado, lapso durante el cual goza de una exención temporaria de la realización de sus tareas corrientes, con fines de reposición física”, así como que el empleado debe permanecer dentro del establecimiento en los lugares apropiados designados por la empresa. Dicha norma ha sido considerada como ilegal por parte de la doctrina y jurisprudencia, por resultar contradictoria con la finalidad y el sentido natural del descanso.

Finalmente, en relación con la licencia anual reglamentaria remunerada, también cabe evocar que el trabajador no puede ser obligado a prestar tareas durante su goce, en tanto que contrariaría el sentido natural y fundamento de este instituto. Del mismo modo, cabe señalar que de la normativa uruguaya se desprende que la licencia anual debe ser disfrutada efectivamente, que no puede sustituirse por una compensación en dinero, su goce debe ser continuado y sin interrupciones, y que constituye un derecho irrenunciable del trabajador -artículos 1 y 15 de la Ley N° 12.590-<sup>25</sup>.

#### **4.2. Análisis desde el derecho a la seguridad y salud en el trabajo**

Por otro lado, debe destacarse que el derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo se encuentra reconocido exclusivamente a favor de los trabajadores frente al empleador, perteneciendo por ende a la categoría de derechos específicamente laborales. Tal reconocimiento se desprende de diversos instrumentos normativos de fuente internacional, como, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>26</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales<sup>27</sup>, e, incluso, surge en algunos ordenamientos jurídicos de una consagración a nivel constitucional<sup>28</sup>. En tal sentido, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo tiene un contenido netamente protector, en consonancia con una de las funciones básicas del Derecho del Trabajo, que se dirige a la tutela de los trabajadores frente a determinados riesgos derivados del trabajo. Por tal motivo, constituye un derecho distinto al derecho fundamental inespecíficamente laboral a la vida e integridad física y psíquica, ya que su contenido es más amplio. En concreto, la seguridad

exige una protección frente a las posibilidades de sufrir un daño, y por tanto es un paso previo al derecho inespecífico a la vida e integridad.

En cuanto a su contenido, este va a depender exclusivamente de cada ordenamiento jurídico, es decir, de lo que establezca la normativa jurídica en vigor en cada momento. Sin embargo, tiene asignado un contenido esencial mínimo, en tanto que debe comprender a la protección de la persona del trabajador frente a los riesgos derivados del trabajo.

De lo que viene de exponerse resulta de fundamental importancia evocar la noción de lo que constituyen los factores de riesgo, entendiendo por tales aquellas condiciones de trabajo que resultan potencialmente peligrosas y que pueden desencadenarse en un daño<sup>29</sup>. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que “un factor de riesgo (peligro) es la propiedad intrínseca o la capacidad potencial de un agente, proceso o situación (incluido el medio ambiente de trabajo, la organización del trabajo y las prácticas laborales con consecuencias negativas para la organización) de causar daño o efectos adversos para la salud en el trabajo. El riesgo es la combinación de la probabilidad de un evento de riesgo y la gravedad para la salud del trabajador de dicho evento”<sup>30</sup>.

En función de ello, es posible indicar que los factores de riesgo vinculados con la organización del trabajo pueden derivar en consecuencias para la salud de los trabajadores tanto en el ámbito físico como mental y/o social<sup>31</sup>. Consecuentemente, no caben dudas en cuanto a que la hiperconectividad en el trabajo constituye un factor de riesgo laboral, que puede ocasionar, e incluso en los hechos ocasiona, daños en la persona del trabajador.

En definitiva, como corolario de este análisis, cabe determinar que el empleador tiene un deber respecto a todos los trabajadores, de proteger la vida, integridad física y psíquica y seguridad frente a los peligros derivados del cumplimiento de la prestación laboral dentro del ámbito de organización y dirección de aquél. Como contracara, todos los trabajadores tienen un derecho subjetivo frente a su empresario a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, algunos autores han identificado al empleador como el sujeto “deudor de seguridad”<sup>32</sup>, y, precisamente, de la conjugación de este deber a su cargo y el correlativo derecho subjetivo a favor del trabajador<sup>33</sup>, surge la necesidad de evitar e, incluso, prevenir cualquier tipo de conductas o hechos que pudieren afectar o poner en peligro a la seguridad y salud en el trabajo, como puede llegar a ser la hiperconectividad. No en vano la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado con relación a las nuevas modalidades de trabajo y el impacto de las nuevas tecnologías que, a la hora de la regulación de esta temática en la legislación nacional, se debe tener en cuenta “la necesidad de preservar la salud física y mental y el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de los trabajadores”<sup>34</sup>.

#### **4.3. La innecesaria consagración como categoría autónoma**

Ante tal elenco de derechos fundamentales y disposiciones normativas, ha de inferirse que el trabajador tiene derecho a no prestar sus tareas en los tiempos de descanso, salvo algunas escasas y particulares excepciones expresamente determinadas, generándose así un derecho a oponerse a trabajar en dichas circunstancias, siendo que la protección que imprime la normativa se dirige imperativamente a efectivizar el descanso.

Del examen anterior se deriva necesariamente una imposibilidad jurídica del empleador de sancionar al trabajador que se opone a trabajar en dichos tiempos de descanso, en virtud de que la potestad de dirección encuentra el límite en este derecho de contenido negativo que las normas le asignan al trabajador con una clara finalidad protectora. Es por ello por lo 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.

De allí que, en relación con la finalidad de consagrar el derecho a la desconexión como una categoría autónoma expresa, varios autores han identificado cierta suficiencia de medios jurídicos en los sistemas normativos<sup>35</sup>, o, en forma aún más contundente, que no sea posible catalogarlo como un derecho nuevo o diferente, “ya que siempre se ha encontrado subsumido dentro del derecho a descanso que tienen los trabajadores”<sup>36</sup>.

Ciertamente, se ha señalado sobre este tema que “surgieron las mayores dudas de la doctrina, que ha revocado la duda sobre la utilidad misma de un derecho de desconexión, en el momento en que existe y está claramente establecido por las leyes nacionales y europeas pertinentes un derecho de descanso otorgado al trabajador y dado que el trabajador está obligado a trabajar solo dentro de los límites acordados en el contrato de trabajo y previstos en las disciplinas pertinentes (el tiempo de trabajo es, en este sentido, un límite de ‘tiempo’ a la subordinación del prestamista dentro del contrato)”<sup>37</sup> (traducción no oficial).

Por este motivo, desde el punto de vista estrictamente jurídico y del análisis del contenido sustancial de los derechos en materia de tiempo de trabajo y de seguridad y salud en el trabajo consagrados en nuestro sistema normativo, nos afiliamos al criterio de que no resultaría necesario que el legislador intervenga mediante la creación de una figura autónoma como la del derecho a la desconexión, ya que sus contenidos mínimos ya se encuentran consagrados en los derechos fundamentales e institutos clásicos de la limitación de la jornada, los descansos en sentido amplio y la seguridad y salud en el trabajo.

Sin perjuicio de ello, la policía del trabajo, los operadores jurídicos y el legislador deben permanecer alertas y cobrar conciencia de esta temática, dado que se trata de fenómenos muy actuales, que derivan de transformaciones innovadoras en la organización del trabajo y el empleo de instrumentos tecnológicos al servicio de las formas de prestar trabajo, verificándose una aplicación de estos que con frecuencia torna ineficaz estos derechos. Precisamente, la ausencia de un control efectivo en el cumplimiento de estos derechos constituye un pilar básico y fundamental que debe ser solucionado, así como la imposición de sanciones para el empleador incumplidor, la adecuada interpretación de las normas, y la consagración de mecanismos de defensa protectores del trabajador en tales supuestos.

En ese tenor, se ha señalado que, “teniendo presente la manera en que actualmente se prestan los servicios y se desarrollan las relaciones laborales al interior de las empresas, resulta fundamental avanzar en su actualización y mejorar aspectos relacionados con su vigencia y eficacia”<sup>38</sup>. En similar sentido, el tópico ha sido cabalmente abordado y sintetizado, al indicarse que “aun cuando probablemente el Derecho del Trabajo cuente con instrumentos clásicos que sirvan para proporcionar una protección más o menos adecuada al trabajador frente a los intentos de abuso por parte del empresario (sean analógicos o tecnológicos) en los tiempos de trabajo (y, desde luego, la actuación de la Inspección de Trabajo no es uno de los de menor importancia), ello no empece a que las nuevas realidades informáticas y el permanente estado de conectividad laboral que permite la herramienta tecnológica, hagan necesaria a una cierta intervención normativa para ordenar algunos aspectos que, al fin y a la postre, garanticen que tal protección se va a hacer efectiva de una forma eficaz para todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo”<sup>39</sup>.

De las premisas que hemos reseñado, se advierte que para dotar de mayor efectividad a estos derechos, resultará necesaria la intervención de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante su actividad de control y procedimiento sancionatorio, al tiempo que resulta necesario reclamar una adecuada protección del trabajador mediante la intervención garantista de los operadores jurídicos, en especial de la justicia del trabajo -en su tarea hermenéutica y de aplicación del derecho-, del legislador, creando mecanismos de

defensa más idóneos a los consagrados clásicamente, y de las organizaciones sindicales tanto en los ámbitos de la negociación de garantías apropiadas, como de defensa ante las arbitrariedades que pudieran cometerse.

En cuanto a la actividad jurisdiccional como mecanismo para garantizar la eficacia de estos derechos, estimamos oportuno indicar algunas puntualizaciones complementarias. Parte de la literatura que ha abordado el tema de la desconexión, ha señalado que, con su consagración como derecho, “parece darse un primer paso con respecto al reconocimiento de la naturaleza de ‘tiempo de trabajo’ de los momentos que, aunque importantes para la organización productiva, caen fuera de la noción de horas de trabajo, sin constituir trabajo efectivo”<sup>40</sup> (traducción no oficial).

Lo anterior es, sin lugar a dudas, así, dependiendo claro está de cada sistema normativo en concreto, pero también del alcance y sentido interpretativo que se les asigne a las normas. En efecto, en nuestro país no ocurre lo mismo con respecto a dicho problema planteado en torno a la noción del tiempo de trabajo efectivo. A diferencia de los abordajes del tema en Europa, en Uruguay alcanza con que se cumpla uno de los criterios no acumulativos exigidos por la normativa para que un lapso temporal pueda ser considerado como tiempo de trabajo efectivo -que el trabajador deje de disponer libremente de su voluntad, o esté presente en su lugar de trabajo, o esté a disposición de un patrono-.

Empero, además de estas diferencias normativas, incluso la justicia europea ha aportado señales de una protección superior en estos casos, dotando de mayor eficacia a estos derechos, aún sin una consagración de un derecho a la desconexión como categoría autónoma, sino simplemente acudiendo a una interpretación más adecuada de la normativa comunitaria<sup>41</sup>.

Todas estas acciones en concreto son necesarias a los efectos de dar cumplimiento con la obligación a cargo de los Estados -según los términos del artículo 4 del Convenio Internacional del Trabajo N° 155- de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores, que tienda a reducir al mínimo las causas de riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

Por otro lado, con respecto a la intervención del legislador, resulta irreal dejar de considerar la vinculación necesaria entre los derechos del trabajador a la limitación de la jornada y el descanso, con el régimen de estabilidad vigente en el Uruguay. En efecto, ninguna utilidad tiene el derecho a oponerse a prestar trabajo durante los tiempos de descanso, o ni siquiera la consagración de un “derecho” a la desconexión, si a final de cuentas el empleador puede despedir libremente y sin justificación.

Lo anterior apunta a la conclusión de que Uruguay debe plantearse como prioridad formular un replanteamiento en torno a la mala salud del derecho al trabajo<sup>42</sup>, para que, de ese modo, sea posible que una serie de derechos fundamentales básicos sean protegidos en forma efectiva, antes bien que consagrar un “derecho” a la desconexión como categoría autónoma.

## 5. Conclusiones

En términos teóricos, los alcances jurídicos de los derechos fundamentales a la limitación de la jornada, al descanso y a la seguridad y salud en el trabajo, en puridad, ya engloban a los contenidos propios que se le pretende adjudicar al “derecho” a la desconexión como nueva categoría autónoma de derecho fundamental. Sin embargo, el “derecho” a la desconexión es concebido por la dogmática como un mecanismo para dotar de eficacia a los contenidos básicos de tales derechos fundamentales que conforman los paradigmas y cimientos de la



regulación del tiempo de trabajo y la seguridad y salud laboral en los diferentes ordenamientos jurídicos.

A pesar de ello, el hecho de que nuevas modalidades de prestación de trabajo, o la introducción de nuevas tecnologías, generen deficiencias prácticas en la aplicación y protección de tales derechos, ello no permite concluir que los mismos se encuentren vacíos de contenido ni que no puedan ser oponibles ante el empleador. En efecto, no debe confundirse el derecho con sus garantías. En este sentido, es necesario contemplar la diferencia básica entre lo que constituye el derecho considerado “como posición jurídica/activa de un sujeto”, de lo que es la garantía o mecanismo que complementa al derecho o lo hace efectivo<sup>43</sup>.

Coincidentemente con este criterio de diferenciación entre conceptos, es posible señalar que “las garantías configuran, en definitiva, un elemento externo a la existencia misma del derecho, que es válido aun cuando no cuente con medios suficientemente eficaces de cumplimiento, que dependen en definitiva no de otra cosa que de la evolución de la cultura jurídica y de la conducta de los operadores jurídicos”<sup>44</sup>.

Compartimos en todos sus términos en señalar que, “cuando hablamos de derecho a la desconexión, presuponemos que el trabajador se encuentra obligado a estar conectado. Esa premisa, a nuestro juicio, es errónea... el dependiente no tiene ninguna obligación a estar conectado a la empresa. Al admitir lisa y llanamente el derecho a la desconexión, estamos validando la obligatoriedad de la conexión del trabajador a su centro de trabajo y este extremo no es real”<sup>45</sup>. Entonces, será tarea de los juristas contribuir con una adecuada interpretación y aplicación de las normas en materia de tiempo de trabajo y de seguridad y salud laboral, para evitar que las nuevas realidades productivas, de organización del trabajo, de introducción de novedosas tecnologías, conculquen con derechos fundamentales básicos del trabajador, vaciándolos de contenido, y transformándolos en ineficaces.

Pero, incluso, los hechos han demostrado que las escasas regulaciones y concreciones de un derecho a la desconexión, como son los casos de Italia y Francia, no fueron satisfactorias. En efecto, a pesar de la “necesidad” de su consagración como un derecho nuevo y autónomo por la “ineficacia” de otros derechos -como la limitación de la jornada y los descansos-, resulta que las reglamentaciones particulares de estos países fueron también “ineficaces”, por su inadecuada concreción y por haberse dejado librado su desarrollo a la negociación colectiva casi inexistente.

Finalmente, para que efectivamente pueda ser cumplido y ser oponible el derecho a desconectarse del trabajo luego de finalizada la jornada laboral o en tiempos de descanso, resultará necesario que cada sistema jurídico aporte una adecuada protección a la estabilidad en el empleo. En el caso uruguayo, cualquier modificación normativa que se proyecte sobre este tema y que pretenda tener éxito, estará supeditada imperiosamente a la formulación de un replanteamiento en torno a la mala salud del derecho al trabajo.

Efectivamente, no es concebible un derecho a oponerse a cumplir tareas luego de finalizada la jornada laboral o en tiempos de descanso, y a no ser sancionado por tal motivo, en aquellos sistemas que consagren, o cuyos operadores interpreten, que existe libertad absoluta para despedir, sin expresión de una justa causa.



1

Así, a vía de ejemplo, se habla de una cuarta o quinta revolución industrial, o una revolución tecnológica, o una revolución digital, etc.

---

2

PALOMEQUE, M. C., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, Nº 143, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, p. 15.

---

3

PÉREZ REY, J., “Precarización de las relaciones de trabajo”, en BAYLOS, A.; THOMÉ, C. Y GARCÍA, R. (Coord.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, (Valencia, 2014), Tirant lo Blanch, p. 1697-1701. Disponible en <http://www.tirantonline.com>. Documento TOL4.133.708.

---

4

MONEREO, J. L., “Las transformaciones del Derecho del Trabajo frente a los retos del S. XXI”, Conferencia dictada en el marco de la materia “El Derecho del Trabajo: Presupuestos conceptuales y transformaciones”, del Máster Universitario en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España, 3 de octubre de 2016.

---

5

BAYLOS, A., “Las reformas laborales en Francia y la armonización legislativa de la gobernanza europea”, 2016. Disponible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/11/las-reformas-laborales-en-francia-y-la.html>.

---

6

BLASCO, Á., *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, (Valencia, 2013), Tirant lo Blanch, p. 12.

---

7

GARCÍA, H., “Los paradigmas de una reforma laboral sustentable”, diario La Nación, 26 de noviembre de 2017; GUIMARÃES FELICIANO, G., MARSIGLIA TREVISIO, M.A. Y DE CARVALHO FONTES, S. (Coordinadores), “Reforma trabalhista : visão, compreensão e crítica”, LTr, São Paulo, 2017; LIZAMA PORTAL, L., “La reforma laboral no contribuye a la modernización de las relaciones laborales”, *Revista del Abogado* 7, Chile, 2017; BELMONT CORTÉS, E., “La reforma laboral en México: la mitificación de la empresa y los ajustes en las relaciones laborales”, *Nueva Antropología*,

8

JEAMMAUD, A., "La flexibilización del derecho laboral en Francia", *Revista de Trabajo*, Nº 4, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 79.

---

9

Tal es el caso italiano, que introduce la figura del derecho a la desconexión, en el contexto de una forma de trabajo denominada "lavoro agile", introduciendo medidas para aumentar la competitividad de las empresas y facilitar la conciliación de la vida y el tiempo de trabajo de los trabajadores. Ley Nº 81/2017: <https://bit.ly/2KrOVrL>.

---

10

ALEMÁN, F., "Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088»", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº 30, Editorial Wolters Kluwer, 2017. Disponible en <http://laleydigital.laley.es/>. LA LEY 5231/2017.

---

11

ARAGÜEZ, L., "El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, Nº 2, Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social, 2017, p. 186.

---

12

ALEMÁN, F., op. cit.

---

13

Como es el caso francés, que lo circunscribe a la desconexión digital, y que en el marco de la negociación colectiva anual en materia de igualdad profesional entre hombres y mujeres, incluye la posibilidad de que los sujetos colectivos regulen las modalidades de ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y el establecimiento por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de herramientas digitales, a fin de garantizar el respeto de los períodos de descanso, licencia y vida personal y familiar. LOI 2016-1088: <https://bit.ly/2i2uan1>.

---

14

Como el caso italiano explicitado en una nota anterior.

En nuestro país se ha presentado un proyecto de ley en el año 2017 para la regulación del “derecho del trabajador a desconectarse del trabajo fuera del horario laboral”, haciéndose alusión expresa que se debe “garantizar el respeto del tiempo de descanso fuera del horario laboral y durante el goce de su licencia”. <https://bit.ly/2KtC34k>.

La doctrina ha aportado múltiples definiciones de este “derecho”. A vía de ejemplo, se lo refiere como un “derecho que tienen todos los trabajadores en sus períodos de descanso a desconectarse de los asuntos laborales, a no ser instado a trabajar o ser requerido por cualquier medio, especialmente digitales o electrónicos, ni ser obligados a contestarlos, no pudiendo sufrir represalias de ningún tipo” (AZÓCAR, R., “El ‘derecho a desconectarse del trabajo’. Análisis desde la perspectiva chilena”, *II Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas*, Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Subsección Americana, 2018, p. 173. Disponible en <https://bit.ly/2IMI8mO>); o como un “derecho de inversión y reversión que confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales, respetando los derechos dignitativos básicos e integrando, en su caso, las condiciones que puedan estipularse al efecto a título individual y en instrumentos de naturaleza colectiva” (ALEMÁN, F., op. cit.). Incluso de un análisis comparativo entre las novedosas disposiciones normativas francesa e italiana, se ha señalado que “es un derecho subjetivo que implica la obligación del empleador de preparar las medidas que permitan la gestión de los tiempos de vida y de trabajo y el disfrute de los períodos de descanso necesarios del trabajador. Esta sería una obligación organizativa y administrativa y la necesidad de delegar en las partes más cercanas a la relación laboral (ya sea colectiva o individual) la determinación de las mejores medidas en el caso específico” (traducción no oficial) (DAGNINO, E., “Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell’esperienza comparata”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, N° 4/XXVII, Giuffrè Editore, 2017, p. 1036).

Dagnino, E., op. cit., p. 1037.

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia N° 98/2000 de fecha 10 de abril de 2000, Recurso de amparo No. 4.015/96; Pleno, Sentencia N° 292/2000 de fecha 30 de noviembre del 2000, Recurso de inconstitucionalidad No. 1.463/2000, y Sala Segunda, Sentencia No. 134/1994 de 9 de mayo de 1994, recurso de amparo No. 1.830/1991.

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia N° 196/2004 de fecha 15 de noviembre de 2004,

20

CASTELLO, A., “Obligaciones de las partes”, en RASO, J. (Dir.) y CASTELLO, A. (Coord.), *Derecho del Trabajo*, Tomo I, (Montevideo, 2012), FCU, p. 291 y ss.

---

21

DE MANUELE, A. y FREM, G., *Jornada de trabajo y descansos*, (Santa Fé, 2013), Rubinzal-Culzoni, p. 97.

---

22

Ídem.

---

23

AZÓCAR, R., op. cit., p. 171.

---

24

DE MANUELE, A. y FREM, G., op. cit., p. 375 y ss.

---

25

ROSENBAUM, P., “Vacaciones anuales”, en Raso, J. (Dir.) y Castello, A. (Coord.), *Derecho del Trabajo*, Tomo II, Segunda Edición, (Montevideo, 2015), FCU, p. 69 y ss.

---

26

Si bien el derecho a la seguridad y salud en el trabajo no tiene un reconocimiento a texto expreso, su contenido básico surge de la redacción del artículo 23, que consagra un derecho de toda persona “a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”.

---

27

El artículo 7 reconoce el derecho de toda persona al goce de “condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” que le aseguren en especial, la “seguridad e higiene en el trabajo”.

---

28

Tal es el caso uruguayo, que encuentra consagración en el artículo 54, al mandar al legislador a reconocer el derecho a la higiene física y moral a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio.

---

29

GIMENO, M. (Coord.), *Análisis Multisectorial sobre la incidencia de los Riesgos Psicosociales en los trabajadores*, (España, 2016), Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, p. 31.

---

30

O.I.T., *Estrés en el trabajo: Un reto colectivo*, (Ginebra, 2016), Oficina Internacional del Trabajo O.I.T., p. 3. Disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

---

31

ABAT, J., “La tutela administrativa del trabajador ante los riesgos psicosociales”, en AGUSTÍ, J. (Dir.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, (Madrid, 2004), Consejo General del Poder Judicial, p. 87.

---

32

BABACE, H., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, (Montevideo, 2003), FCU, p.35.

---

33

NICOLIELLO, A., *La responsabilidad por accidente de trabajo o enfermedad profesional*, (Montevideo, 2006), FCU, p. 64.

---

34

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, O.I.T., *Informe III (B) de la 107ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo: Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, (Ginebra, 2018), Oficina Internacional del Trabajo, O.I.T., p. 360. Disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

---

35

USHAKOVA, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, Nº 192, Editorial Aranzadi, 2016. Disponible en <https://www.aranzadi.es/>. BIB 2016\85593

---

AZÓCAR, R., op. cit., p. 171.

---

DAGNINO, E., op. cit., p. 1031.

---

AZÓCAR, R., op. cit., p. 172.

---

TASCÓN, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº 41, Editorial Wolters Kluwer, 2018. Disponible en <http://laleydigital.laley.es/>. LALEY 3170/2018.

---

DAGNINO, E., op. cit., p. 1037.

---

Tal ha sido el caso del fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de fecha 21.02.2018, asunto C-518/15.

En efecto, a diferencia de lo que dispone nuestro Decreto del 29 de Octubre de 1957, el artículo 2 de la Directiva 2003/88 dispone que constituye tiempo de trabajo, todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Sin embargo, en una de sus conclusiones, el Tribunal señala que “El artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo»”.

---

Véase: ROSENBAUM, F., “La causalidad del despido y un replanteamiento en torno a la mala salud del derecho al trabajo en el Uruguay”, *Cuadernillos de la Fundación Electra*, Nº 23, Fundación Electra, 2017.

---

BARRETO, H., "Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento", *XXII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Prof. Oscar Ermida Uriarte*, FCU, 2011, p. 107 y ss.

---

BARRETO, H., op. cit., p. 108.

---

LOUSTAUNAU, N., "Primera aproximación al derecho a la desconexión", *rev. Derecho Laboral*, Nº 271, FCU, 2018, p. 496.



**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y SU DEFENSA POR LOS TRABAJADORES EN LA NUEVA EMPRESA****1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA INFORMÁTICA COMO VÍA DE AUTORREGULACIÓN DE LAS NUEVAS TICS EN LA EMPRESA****1. Los códigos de conducta informática como vía de autorregulación de las nuevas tics en la empresa**

---

**Codes of computer conduct as a way of self-regulation of new ict in the company****(Autor)****LOURDES MELLA MÉNDEZ***Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Universidad de Santiago de Compostela (España)  
lourdes.mella@usc.es***Sumário:**[1 Tradicional anomia legal en el ámbito de las tics e importancia creciente de la autorregulación](#)[2 Sobre la configuración de los códigos de conducta](#)[2.1 General](#)[2.2 Naturaleza jurídica: autorregulación con participación de los representantes](#)[3 Criterios de regulación: forma y contenido](#)[3.1 Forma](#)[3.2 Contenido: aspectos generales](#)[3.3 Sobre el control empresarial del correcto uso de las Tics \(por los trabajadores\) en los códigos de conducta](#)[3.4. La valoración del control empresarial establecido en los códigos de conducta a la luz de la reciente normativa y jurisprudencia](#)[3.5 Incumplimiento del código de conducta y poder disciplinario del empresario](#)[4 Criterios de aplicación: difusión y observancia estricta](#)[5 Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

Este trabajo analiza los códigos de conducta informática que muchas empresas están elaborando como una vía adecuada para regular el uso de las herramientas digitales en el marco del contrato de trabajo. Esta autorregulación, aunque mejorable en muchos aspectos, tiene el valor de aportar seguridad jurídica a los trabajadores sobre los límites de lo permitido con aquellas y el control empresarial a realizar. Al hilo de la reciente normativa española sobre protección de datos y garantía de los derechos digitales y la jurisprudencia nacional e internacional, estos códigos adquieren, cada vez más, una mayor importancia en la empresa.

**Abstract:**

This paper analyses the codes of computer conduct that many companies are developing as an adequate way to regulate the use of new information and communication technologies. This self-regulation, although improvable in many aspects, has the value of providing legal security to employees over the limits of what is allowed with those. Following the recent judgments of the ECHR, these codes acquire, increasingly, a greater importance in the company.

**Palabras Clave:** códigos de conducta, autorregulación, nuevas tecnologías**Keywords:** codes of conduct, self-regulation, new technologies

## 1. Tradicional anomia legal en el ámbito de las tics e importancia creciente de la autorregulación<sup>1</sup>

Cuando la Organización Internacional del Trabajo lanza –al hilo de su Centenario– la iniciativa del futuro del trabajo, en el que uno de los puntos básicos es el cambio tecnológico y cómo lograr que la tecnología beneficie a todos, ya nadie puede dudar de la trascendencia de las disruptivas innovaciones tecnológicas que estamos viviendo, así como las que vendrán en los próximos años (por ejemplo, nuevas Tics, robótica, inteligencia artificial, Internet de las cosas, impresión 3D o, en fin, Industria 4.0). Estas innovaciones técnicas afectan profundamente a la tradicional forma de trabajar, producir bienes y servicios y hasta de vivir. En la empresa, el uso de Internet, de los dispositivos informáticos (portátiles, teléfonos inteligentes) y sus diversas aplicaciones (redes sociales) se convierte en un importante instrumento de trabajo. Y, consecuentemente, las nuevas Tics alteran profundamente el equilibrio tradicional de poderes, saliendo reforzado el poder de dirección y control del empresario sobre los derechos de los trabajadores. Por lo tanto, resulta fundamental una regulación detallada sobre el uso de estas nuevas tecnologías como instrumentos de trabajo, en orden a garantizar el necesario equilibrio entre los derechos de las partes, algo que, tradicionalmente, el legislador español omitió (hasta la reciente regulación de 2018).

Tal regulación detallada resulta necesaria y aporta seguridad jurídica a las partes, especialmente al trabajador, sobre lo que está o no permitido hacer con los instrumentos digitales y, por lo tanto, con las posibles sanciones que puedan imponerse cuando hay extralimitación en lo previamente dispuesto. Así las cosas, las opciones de autorregulación son diversas, según haya connivencia o no entre las partes sociales. En el primer caso, estas pueden acudir a procedimientos clásicos de negociación colectiva o individual, abordando la materia en un convenio colectivo estatutario o pacto o acuerdo de empresa informal o en el contrato de trabajo, respectivamente. Sin duda, la mejor opción parece la primera, la del convenio estatutario, en cuanto su carácter normativo y eficacia personal general garantizan la máxima aplicación y respeto para las cláusulas que específicamente traten la materia informática. Además, repárese en que, por un lado, ante la ausencia de disposición legal, lo propio es que la regulación convencional normativa emerja y cubra tal vacío, y, por otro, en función de los ámbitos de aplicación del convenio, lo paccionado tiene una importante capacidad de adaptación a las necesidades de cada sector, empresa o centro de trabajo. Quizás por ello, el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2015 a 2017), actualmente prorrogado, prevé expresamente que los convenios colectivos deben tener como uno de sus objetivos fundamentales el de abordar “la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales”. Dichas tecnologías deben servir para establecer “canales de comunicación entre las partes y como vehículo de información a los trabajadores” por parte de la representación legal de los trabajadores, que deberán ser objeto “de un uso racional” (capítulo II, número 5)<sup>2</sup>.

En cuanto al pacto individual, el contrato de trabajo también es un buen lugar para introducir (en una cláusula interna o en un anexo al mismo) precisiones respecto de las posibilidades de utilización privada de las nuevas Tics en relación con un concreto trabajador, especialmente cuando las circunstancias de este aconsejan incluir matices propios respecto de lo que se haya dispuesto, con carácter general, en el convenio colectivo o, incluso, en el código de conducta informático. Así, por ejemplo, para un alto directivo o un trabajador funcionalmente muy especializado puede disponerse el uso privado de los medios informáticos de la empresa, Internet o las redes sociales con un régimen particular y más favorable que el dispuesto para el resto de la plantilla. En tal caso, se acordaría, a nivel individual, una condición más beneficiosa de origen contractual. Con todo, bien conocida es la posición de superioridad en la que se halla el empresario en este ámbito contractual, en el que más que verdadera negociación a veces solo hay imposición y adhesión del trabajador a las condiciones unilaterales de aquel. En esta línea, resulta significativa alguna sentencia del TS que declaró nula por abusiva la cláusula tipo incluida en el contrato de trabajo de los tele-operadores, conforme a la cual estos cedían voluntariamente a la empresa ciertos datos personales (como el número de móvil y el correo electrónico personal)<sup>3</sup>. El Alto Tribunal –acogiendo la tesis del Ministerio Fiscal– estimó que se estaba ante unos datos de carácter personal cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular, y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada “supone una conducta abusiva”, por cuanto “no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria”<sup>4</sup>. Por lo tanto, si el trabajador entiende abusiva una cláusula contractual relativa al uso de los medios informáticos empresariales, como Internet o las redes sociales, por restringir sus derechos o conllevar una sanción disciplinaria, resulta aconsejable que someta su validez al criterio judicial.

En el supuesto de que no haya connivencia reguladora entre las partes, el empresario puede tratar, unilateralmente (aun con consulta previa a los representantes), el tema del uso de las nuevas Tics en un protocolo interno, bien como parte de un protocolo empresarial más amplio (un código ético<sup>5</sup>), bien como protocolo de conducta<sup>6</sup> específico y monográfico en la materia, denominado “código de conducta informática” o “código de conducta telemático”<sup>7</sup>. Con todo, en ocasiones, el código de conducta aún remite a un documento más específico, denominado “normas de utilización de herramientas informáticas” o “Política de uso del correo electrónico y herramientas colaborativas”. Sea como fuere, esta regulación específica es una solución que últimamente se ha puesto de moda, quizás por la rapidez y comodidad que para la empresa supone el tener una regulación mínima en la materia tratada, si bien también aquí cabe estar vigilantes sobre posibles abusos para la posición del trabajador.

Además, cabe apuntar ya que esta es la solución por la que se inclina el legislador estatal en el primer texto regulatorio de las Tics en el ámbito laboral. En efecto, la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDYDD), con la que se adapta el ordenamiento jurídico español al Reglamento General de protección de datos (aplicable directamente desde el 25 mayo 2018), contiene algunas disposiciones de interés sobre el asunto que nos ocupa. En efecto, la citada Ley aprovecha la ocasión para añadir unas garantías de los derechos digitales de la ciudadanía, conforme al mandato constitucional de respeto al derecho a la intimidad ex art. 18.4 Constitución (Título X; arts. 79 a 97)<sup>8</sup>. Entre los derechos que ahora se reconocen expresamente por ley, cabe citar el derecho a la intimidad del trabajador en relación con el uso (que él haga) de dispositivos digitales de la empresa o frente a la utilización por el empresario de dispositivos de videovigilancia, de grabación de sonidos y sistemas de geolocalización, o el derecho a la desconexión digital para garantizar el derecho al descanso y salud de aquel. La valoración de tal regulación legal es crítica, en cuanto general y carente de concreción. El legislador se limita a declarar el derecho del trabajador al reconocimiento de sus derechos

fundamentales al hilo del uso de los instrumentos digitales en el ámbito laboral, pero la concreción de estos se deja a la posterior voluntad del empresario, aun con consulta previa a los representantes de los trabajadores. De esta manera, el legislador impulsa, con decisión, la implicación del empresario en la elaboración de una política interna dirigida a los trabajadores en la que se establezcan los criterios de utilización de los dispositivos digitales (art. 87.3) u otros aspectos, como las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión (art. 88.3).

En fin, esta actuación empresarial de elaboración de una política interna sobre el uso de las herramientas digitales recibe un impulso similar de la jurisprudencia europea, pues la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu*), incide sobre ella. Así, tras distintas referencias al marco internacional protector de los derechos fundamentales y la necesaria protección de los datos personales de los trabajadores, se apunta a la especificidad de la relación laboral subordinada y a la necesidad de que los Estados y los agentes sociales fijen el marco de actuación legal o convencional en el que deberá desenvolverse la actuación laboral del trabajador, lo que incluye el régimen aplicable a las comunicaciones electrónicas realizadas con las herramientas digitales. En esta línea, se añade que, de no actuar aquellos, el empresario puede aprobar una regulación interna o código de conducta, si bien este tiene que ser igualmente protector de los intereses de los trabajadores, indicando, claramente, todas las limitaciones que se introduzcan en el uso privado de los medios tecnológicos y el concreto control empresarial a realizar<sup>9</sup>. Sobre estos puntos se profundizará *supra*.

## 2. Sobre la configuración de los códigos de conducta

### 2.1. General

Desde un punto de vista tradicional, estos códigos de conducta informática se pueden definir como una guía interna o conjunto de disposiciones dictadas unilateralmente por el empresario (aun con participación de los representantes) para regular los instrumentos de trabajo de carácter informático puestos a disposición de los trabajadores, con el fin de aportar seguridad jurídica sobre el alcance de la utilización permitida a estos<sup>10</sup>.

Como se aprecia, la finalidad de estos códigos de conducta es cubrir un vacío de regulación legal o convencional sobre un aspecto específico e importante para la empresa y, con ello, ofrecer una mayor certeza y transparencia sobre el comportamiento esperado respecto de aquel y las consecuencias de no hacerlo así. De esta manera, se dan indicaciones precisas y claras sobre la conducta esperada por la plantilla, esta sabe a qué atenerse y, por tanto, se reduce la conflictividad laboral y mejora el clima en la empresa. Por supuesto, esta mejora de la paz social también implica la de la productividad y eficiencia en el desarrollo de la prestación laboral, pues las conductas están pautadas y se actúa con mayor seguridad y sin pérdidas de tiempo de trabajo. En esta línea, se expresa algún código al declarar que su objeto es “el garantizar el buen uso, tanto de la información como de los medios técnicos propiedad” de la empresa. Sin duda, el establecimiento de “reglas claras” al respecto propician “la mayor eficiencia en los sistemas de información y evitan la utilización incorrecta o inadecuada” de los mencionados medios<sup>11</sup>. Por lo demás, esa mejora social también deriva del hecho de que la aplicación del código implica una igualdad de trato para todos los trabajadores, sin posibilidad de aceptar decisiones empresariales diferenciadas e injustificadas ante una misma conducta.

Aunque los directamente favorecidos por esta actividad empresarial son las partes del contrato de trabajo (trabajadores y empresarios), de una manera indirecta, también los terceros relacionados con la empresa (representantes legales, sindicatos, clientes o proveedores) se benefician. En efecto, la difusión del código a la sociedad permite a esta el conocer las pautas de comportamiento esperado en una empresa y, en su caso, el tercer cliente o proveedor ya puede evitar entrar en conductas prohibidas o no permitidas para el trabajador. Además, la imagen social de la empresa queda reforzada, en cuanto se presenta como una entidad preocupada por abordar aspectos que pueden generar conflictos por su previa falta de regulación o, en su caso, por su ambigüedad regulativa.

### 2.2. Naturaleza jurídica: autorregulación con participación de los representantes

Dadas las importantes ventajas recién expuestas, resulta evidente que cada empresa debería ser proactiva y tomar la iniciativa de adoptar una política interna de uso de los dispositivos digitales, ejerciendo así su responsabilidad de proporcionar una regulación mínima al respecto. También cabe que, ante las dudas que vayan surgiendo, sean los propios trabajadores o sus representantes (o, incluso, terceros, como clientes o proveedores) los que apunten la necesidad de que tal política sea adoptada. Con todo, la existencia de una verdadera obligación legal del empresario de negociar esos protocolos internos no está clara, ni siquiera con la nueva LOPDYDD. En efecto, *a priori*, esta norma parece bastante taxativa en la imposición al empresario de la obligación de elaborar protocolos internos informáticos, pues, por un lado, dispone que “los empleadores *deberán* establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales” (art. 87.3), y, por otro, que el empleador “*elaborará* una política interna dirigida a los trabajadores” (art. 88.3). Sin embargo, cabe preguntarse cuál será la sanción si el empresario no cumple con ese deber legal, pues el legislador no lo ha aclarado. Ello permite pensar que, a pesar de los términos imperativos “*deberán*” y “*elaborará*”, aquel está efectuando una mera declaración sobre la facultad que el empresario tiene de redactar estas políticas internas.

Ahora bien, lo que legalmente queda claro es que, si procede a la elaboración de estas políticas, el empresario debe consultar a los representantes de los trabajadores, como límite o garantía formal frente a la actuación unilateral de aquel, en un ámbito tan sensible como este del uso de las herramientas informáticas, que fácilmente puede colisionar con los derechos fundamentales de aquellos. De alguna manera, el legislador quiere limitar o condicionar el poder unilateral del empresario, estableciendo la necesidad de oír a los representantes de los trabajadores y que estos se involucren en la redacción de esa política interna de la empresa. Así, respecto del establecimiento de los criterios de uso de los dispositivos digitales, se prevé que, “en su elaboración, *deberán* participar los representantes de los trabajadores” (art. 87.3), y, en relación con la desconexión digital, se establece que debe darse “previa audiencia” a estos (art. 88.3). Por lo tanto, resulta evidente la necesidad de consultar y oír la opinión de los referidos sujetos.

Claro lo recién expuesto, de inmediato, surgen varias dudas, entre ellas, la relativa a si la garantía formal de participación de

los representantes es la misma en ambos preceptos, pues, en un caso, el legislador se refiere, genéricamente, a la participación de aquellos, y, en el otro, se especifica que dicha participación debe concretarse en una “audiencia previa”. Aunque hay argumentos para defender lo contrario, la mejor opción es sostener que se trata de un mismo tipo de garantía formal, y que el segundo precepto aclara cómo debe ser esa participación de los trabajadores en la elaboración de la política interna. Por lo tanto, el empresario debe dar audiencia previa a los representantes, lo que significa que estos deben ser informados previamente por aquel de la intención de elaborar el código y de las materias y contenidos más relevantes, dudosos o polémicos que afecten a los derechos fundamentales de los trabajadores (por ejemplo, libertad de expresión o intimidad), y, después, deben disponer de un plazo para poder aportar, oralmente o por escrito, las consideraciones que estimen convenientes. Desde luego, debe existir una voluntad real de negociar y alcanzar acuerdos, pues cuanto más consenso exista en la elaboración del código, más posibilidad habrá de observancia pacífica de su contenido. Además, si el legislador no hubiera querido que se tuviese en cuenta la opinión de los representantes no hubiese introducido esta modificación en la elaboración del código de conducta. Ahora bien, la conclusión es un poco decepcionante, en cuanto el informe de los representantes no resulta vinculante para el empresario, quien una vez oídos aquellos, puede proceder a finalizar el protocolo interno como estime conveniente y bajo su exclusiva responsabilidad. Repárese en que el legislador introduce este requisito formal (oír a los representantes) en el marco del código de conducta, no de un verdadero convenio colectivo o acuerdo de empresa. De hecho, el art. 88 LOPDYDD deja claro que se está ante ámbitos reguladores diferentes, pues el núm. 2 del citado precepto se refiere a esos dos acuerdos colectivos propiamente dichos, y el núm. 3 a la política interna (unilateral) del empresario, aun con audiencia de los representantes.

De otro lado, otra duda importante es la de la consecuencia jurídica de la omisión de esta formalidad de consulta previa. Aunque el legislador no lo dice, parece que la omisión de tal requisito formal debe conllevar la ineficacia del protocolo (de impugnarse), a modo de lo que sucede en otros casos en los que el legislador también impone al empresario este requisito formal de consulta a los representantes antes de adoptar determinadas decisiones (como sucede en los despidos disciplinarios de los trabajadores aforados). En fin, cabe pensar que, dada la falta de precisión legal, la dimensión exacta de la participación de los representantes en la elaboración de estos protocolos telemáticos será una cuestión que tendrán que precisar los tribunales laborales en el futuro.

Tradicionalmente, la legitimidad del empresario para redactar unilateralmente estos protocolos se fundamentó en su poder de dirección y organización de la actividad productiva, previsto en el art. 20 Estatuto de los Trabajadores (ET), según cuyo núm. 3, “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Tras la LOPDYDD, dicha competencia –y deber– aparece atribuida expresamente al empresario (aun con audiencia previa a los representantes) por los ya citados artículos 87.3 y 88.3 de aquella. Por su parte, la obligación del trabajador de observar pacíficamente lo dispuesto en estas guías deriva del mismo art. 20.2, de acuerdo con el que, a la hora de cumplir con la obligación de trabajar asumida en el contrato, aquel debe al empresario “la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o *instrucciones* adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección”. En cualquier caso, tanto el empresario como el trabajador deben respetar las exigencias de la buena fe, lo que impedirá a aquel adoptar un código de conducta lesivo para los derechos e intereses legítimos del trabajador y a este realizar conductas contrarias a su contenido legítimo.

Aun cuando el código de conducta telemático suele ser unilateral, podría suceder que, al hilo de la audiencia previa de los representantes, el empresario haya contado con el pleno consentimiento de estos y aquel sea fruto del mutuo acuerdo. En esta línea de pactos consensuados, incluso cabe pensar en el supuesto concreto de que se hayan observado los requisitos de capacidad y legitimación negociadora, contenido y procedimiento previstos en los arts. 87 y ss. del Título III ET, siendo, en tal caso, la naturaleza del código pactado jurídica similar a la de un convenio colectivo, incluso estatutario. Lógicamente, en este supuesto, la eficacia personal del código –asimilado a un verdadero convenio colectivo de empresa– sería general y afectaría a todos los incluidos en su ámbito de aplicación y su naturaleza sería normativa, constituyendo derecho objetivo de obligada observancia. Otro tanto sucedería si el código se incluyese como contenido propio del convenio colectivo aplicable a la empresa.

Sin embargo, la situación recién expuesta de connivencia entre las partes parece excepcional (muy diferente es la disposición exigida para negociar un convenio o un código), y lo habitual será que el código telemático sea un producto unilateral de la empresa y, de ser así, resulta claro que carece de eficacia jurídica normativa por sí mismo, o sea, de fuerza vinculante en los términos del art. 37 Constitución Española. A partir de ahí, surgen muchas dudas sobre la naturaleza y eficacia de estos protocolos internos. En principio, podría argumentarse que, aun cuando son redactados unilateralmente por el empresario, su eficacia práctica queda garantizada, en cuanto consisten en instrucciones escritas derivadas de su poder de dirección (relativas, por ejemplo, en lo que aquí interesa, a criterios de uso de los dispositivos digitales utilizados como instrumentos de trabajo) y, que son de obligado cumplimiento para el trabajador.

### 3. Criterios de regulación: forma y contenido

Cuando el empresario decide elaborar su política interna de uso de los diversos instrumentos informáticos por parte de la plantilla durante el tiempo de trabajo, debe tener en cuenta dos aspectos: la forma y el fondo.

#### 3.1. Forma

La forma debe ser la escrita, pues es lo que naturalmente se corresponde con un instrumento que se denomina “protocolo o código de conducta”. Además, la forma escrita aporta una mayor seguridad jurídica sobre su contenido y facilita su negociación y difusión, así como su inclusión, en su caso, en el convenio colectivo. En este último supuesto, de ser el código inicialmente oral pasaría a adquirir la forma escrita al integrarse en el clausulado del convenio. La redacción debe ser clara y concreta; lo primero exige el uso de un lenguaje llano y sencillo, que sea entendible por todo el mundo (ciudadano medio), evitando, en la medida de lo posible, anglicismos y tecnicismos, propios del mundo informático; lo segundo, requiere precisión en las ideas

expuestas, sin ambigüedades ni circunloquios que dificulten la comprensión del régimen que el empresario quiere imponer. Tal precisión resulta especialmente importante en aquellos aspectos que imponen limitaciones de uso en las Tics y cuya vulneración implica una sanción disciplinaria u otro tipo de consecuencia similar para el trabajador.

Desde el punto de la vista de la estructura formal, no existe nada predeterminado legalmente, salvo lo que el convenio colectivo pueda disponer. Con todo, resulta adecuada -y se valora positivamente- una estructura ordenada que, incluya, por ejemplo, una introducción o exposición de motivos, la finalidad u objeto del código, su ámbito de aplicación, los principios generales que rijan la materia y, después, las cláusulas detalladas de contenido telemático propiamente dicho. Sobre la extensión recomendable del código, tampoco hay nada regulado, por lo que aquella será la exigida por la correcta y completa exposición de las ideas, sin reiteraciones innecesarias. Ahora bien, este aspecto de la extensión también puede depender de si el código trata o no de manera monográfica las normas de uso de las Tics, pues, a veces, no ocurre así, y aquellas se incluyen en códigos de conducta generales de la empresa, en el que se abordan muchos aspectos distintos (así, en los códigos éticos se trata la responsabilidad social de aquella con los accionistas o sociedad en general, normas de ética y prevención de conductas de acoso y actos discriminatorios y otras similares)<sup>12</sup>.

La parte introductoria del código suele referirse a los motivos o necesidad de su redacción y a la filosofía general de la empresa, en cuanto al deseo de transparencia y seguridad jurídica en la materia. En relación con los motivos, la finalidad del código suele concretarse en el establecimiento de "las pautas generales de actuación de todos los empleados de la empresa respecto a los equipos informáticos, programas y todo tipo de software e información facilitado por la empresa para el desempeño de sus funciones profesionales"<sup>13</sup>. En cuanto al ámbito subjetivo, estos códigos suelen dirigirse a todos los empleados de la empresa, tanto en lo referente al manejo de las herramientas, datos e informaciones propias como de otras posibles empresas con las que tenga relación profesional (por ejemplo, empresa con las que se subcontrata o colabora). En ocasiones, el código incluso se extiende al personal externo a la empresa, que, aun sin relación laboral, colabora con aquella y usa puntualmente sus equipos informáticos. Lógicamente, en tal caso, dicho personal solo vendrá obligado a observar las reglas del código que les sean pertinentes por su actividad<sup>14</sup>.

### 3.2. Contenido: aspectos generales

Respecto del fondo o contenido telemático propiamente dicho, la regla general es la de su amplitud. El empresario puede escoger el tratar aquellos aspectos que más le preocupan dentro de su empresa y en la gestión de su plantilla, desechando otros ajenos o más generales. De hecho, repárese en que el objetivo último del código será, general y lógicamente, el regular los aspectos relativos a las nuevas Tics que más interesan a la empresa, en aras de proteger sus propios intereses. Un sucinto examen de algunos códigos de conducta revela que los puntos temáticos más tratados son los siguientes:

1) El general uso laboral de los instrumentos informáticos (v. gr., servidores, ordenadores personales, teléfonos inteligentes, disqueteras, lectores o grabadores de CD, sistemas de videoconferencia, impresoras, proyectores, faxes, programas informáticos, redes sociales y otros medios informáticos o audiovisuales)<sup>15</sup>. Se suele comenzar con una inicial declaración general relativa a que los medios informáticos de cualquier tipo facilitados por la empresa deben usarse, exclusivamente, como herramienta de trabajo para el desarrollo de tareas profesionales, y, en consecuencia, no para fines privados o ajenos a aquellas. Esta restricción de uso privado puede referirse, bien al manejo que el trabajador da a los equipos informáticos, en sí mismos, bien a la actividad realizada a través de ellos. Por lo que se refiere al primer aspecto, se suele prohibir el almacenamiento de datos o archivos de carácter personal en el ordenador de la empresa, así como la instalación o utilización de *software* ajeno no facilitado por aquella, como, por ejemplo, programas de juego, música, renta u otras utilidades<sup>16</sup>. En la misma línea, los trabajadores no podrán, salvo autorización expresa, modificar la configuración de sus equipos ni programas informáticos (borrar, dañar, alterar, hacer inaccesible el contenido), ni añadir o eliminar elementos periféricos asociados a aquellos.

En cuanto a la navegación por Internet, esta se suele limitar a aquellos trabajadores que realmente la necesiten para realizar su actividad laboral, y ello debido al coste económico de la línea y a la sobrecarga que, en caso contrario, se produciría en esta y que perjudicaría el acceso de los clientes, proveedores o colaboradores a los *sites* de la empresa, así como la utilización de sus propias aplicaciones. También aquí la empresa puede restringir el acceso de los trabajadores a webs no deseadas de contenido considerado ilegal, no apropiado o, simplemente, ajeno a la actividad laboral (v. gr., páginas de contenido sexual, racista, juego, difamatorio y otras parecidas, como programas de mensajería o chats)<sup>17</sup>, así como la divulgación o transmisión de ese tipo de información por cualquier clase de formato (fotografías, textos, videos, *banners* publicitarios o enlaces a páginas externas). También se suele prohibir la reproducción y distribución de cualquier información, material pirateado o *software* que contenga virus dañinos para la integridad de los sistemas informáticos o que pueda infringir derechos de propiedad intelectual, así como facilitar material o acceso a recursos sobre *hacking*, *cracking* o cualquier otra información que se considere susceptible, aun potencialmente, de comprometer la seguridad o integridad de los sistemas informáticos de la empresa<sup>18</sup>.

Las razones de esta general prohibición de uso privado se relacionan con la legítima salvaguarda de los intereses de la empresa, concretada en: 1) la necesidad de protección de los equipos informáticos, evitando la entrada de virus o programas maliciosos del exterior, lo que busca la máxima duración y eficiencia de aquellos; 2) el impedir la comisión de delitos relacionados con el uso ilegal u ofensivo de aquellos o de aplicaciones sin licencia, que podrían perjudicar la reputación e imagen social de la empresa; y 3), el evitar la distracción del trabajador y la consiguiente disminución de su rendimiento laboral. De ahí que la prohibición de uso extra-laboral de los medios informáticos no se limite estrictamente a la jornada laboral, sino que puede ir más allá y abarcar el tiempo de descanso, ya se gaste este en las instalaciones de la empresa (especialmente el previo o posterior al término de la jornada laboral) o en otras privadas. En este segundo caso, la mencionada prohibición de uso del equipo fuera del ámbito de la empresa se relaciona, sobre todo, con los dos primeros objetivos (protección de equipos y evitación de delitos)<sup>19</sup>.

En ocasiones, los códigos de conducta establecen este uso profesional de los instrumentos informáticos con carácter exclusivo y absoluto, sin margen alguno para el uso privado (al menos, contemplado formalmente en el código). Estos códigos son



especialmente proteccionistas de los intereses de la empresa, y la calificación del uso profesional como “exclusivo” o “absoluto” busca definir con claridad la posición de la empresa al respecto, sin abrir la puerta a excepciones de uso privado que puedan derivar en posteriores abusos. Como ejemplo de este tipo de códigos, cabe citar los del Grupo Sacyr<sup>20</sup>, KH Lloreda<sup>21</sup>, CEPSA, Nestlé<sup>22</sup>, Inditex<sup>23</sup>, Grupo Mediapro, Viscopfan, o, en fin, Delaviuda<sup>24</sup>. Con todo, ello no impide que, en un caso concreto, previa solicitud del trabajador, se pueda autorizar un uso privado no previsto expresamente. Sin embargo, en otras ocasiones, el propio código, tras la declaración inicial de uso general profesional, ya admite ciertos supuestos de uso privado, como veremos a continuación.

2) El carácter limitado del uso privado de los instrumentos de trabajo informáticos. Aunque, en general, estos protocolos suelen ser restrictivos, prohibiendo el uso extra-laboral de las Tics, no faltan ocasiones en las que se permite un cierto uso privado de las mismas. Esta moderada flexibilidad resulta lógica y positiva, pues, en la actualidad, algunas Tics forman parte de la vida privada y social de las personas, que ya no pueden prescindir de ellas, y, de este modo, ante circunstancias imprevistas y que es necesario atender de manera urgente, se evita la ausencia del trabajador del puesto de trabajo o, en otro caso, el daño causado por no permitirle gestionar ese interés privado dentro de la jornada laboral. Como se deduce de lo recién expuesto, ese uso extralaboral tiene carácter privado y está relacionado con la satisfacción de intereses particulares del trabajador e, incluso, de terceros<sup>25</sup> (por ejemplo, sus familiares, amigos o clientes de la empresa).

Este uso privado debe caracterizarse por la concurrencia simultánea de tres notas: a) excepcionalidad, lo que implica que no es algo habitual ni generalmente consentido por la empresa, sino meramente ocasional, mínimo o moderado. b) Justificación objetiva, lo que indica la aparición de causas justas concurrentes en el trabajador afectado (por ejemplo, urgencia en la realización de una gestión o trámite privado, cuyo plazo concluye a determinada hora o día laboral o la necesidad de atender los intereses familiares, o sea, por razones de conciliación<sup>26</sup>); en estos casos, el uso privado permitido debe ser proporcional a la entidad de las causas que lo amparan. Y c) no lesividad ni abuso para los intereses de la empresa, en cuanto no dañe su imagen ni conlleve consecuencias económicas negativas para la misma<sup>27</sup>. Repárese en que esta última condición, que es la que justifica la prohibición absoluta de uso privado, debe seguir observándose cuando este uso se admite parcialmente y aparece apoyado en las circunstancias del supuesto concreto. Por lo tanto, lo que siempre debe cumplirse es que el interés empresarial quede salvaguardado y que, en su caso, el uso personal de la herramienta informática nunca cause perjuicio a la empresa. Así, pues, esta nunca pierde o acusa impacto negativo alguno en su patrimonio o posición comercial, que sigue intacta. Esta condición proteccionista se justifica en que se está ante la utilización de herramientas proporcionadas por la empresa para la realización de la actividad laboral. La ausencia de estas consecuencias económicas negativas para la empresa suele estar relacionada con la primera nota, pues un uso privado ocasional no merma de manera significativa la duración de la jornada laboral, los recursos de la empresa ni la productividad del trabajador.

La admisión excepcional del uso privado puede condicionarse a la previa autorización del empresario o dejarse al criterio subjetivo del propio trabajador, quien tiene que decidir, en cada situación, si se observan los requisitos necesarios para aquel uso<sup>28</sup>. El primer supuesto es el que aporta mayor seguridad jurídica para las partes, y, en especial, para el trabajador, pues si, ante la aparición de determinadas circunstancias, aquel procede a consultar al empresario sobre la posibilidad de hacer un uso privado de los instrumentos de trabajo, su posterior comportamiento podrá adaptarse (o no) a la respuesta empresarial con total conocimiento de causa. Y, si hay un incumplimiento de lo permitido, este será querido y consciente, por lo que el empresario tendrá más fácil imponer una consecuencia disciplinaria.

La autorización previa del empresario de un uso privado razonable de las herramientas tecnológicas puede preverse en los códigos de conducta, bien de manera expresa, bien de manera más indirecta y ambigua. Lo primero sucede cuando, por ejemplo, tras establecerse la prohibición de uso privado, se añade que el empresario puede autorizar ciertas excepciones o que cualquier uso privado debe sujetarse a la previa autorización de aquel o que, en fin, se prohíbe el uso particular de las herramientas de trabajo sin autorización previa del empresario<sup>29</sup>. Como muestra de un supuesto de mayor ambigüedad, cabe citar el código que enumera varios supuestos de conductas inaceptables por parte de los trabajadores y, entre ellos, se refiere al “uso personal no autorizado” de las herramientas informáticas, lo que permite interpretar, *a contrario sensu*, que el empresario puede autorizar algunos supuestos.

La autorización es competencia del empresario, quien puede ejercerla directamente o delegarla en otra persona adecuada, como un director de sección o de recursos humanos. Aunque los códigos no suelen aportar datos sobre el procedimiento de solicitud de esta autorización de uso privado, lo que podría indicar que es algo informal, cabe recomendar que la solicitud del trabajador se haga por escrito, indicando con precisión el supuesto de uso particular para el que pide autorización, lo que requiere, por ejemplo, describir el bien o herramienta empresarial que se desea utilizar (por ejemplo, teléfono de la empresa, ordenador personal, correo electrónico o la red corporativa), el fin de ese uso (v. gr., para llamadas familiares o mensajes privados), su previsible frecuencia de utilización (diaria, mensual o anual), el tiempo empleado en ello o, en fin, el impacto en la empresa. Asimismo, es importante motivar la solicitud del referido uso, alegando las razones que podrían ampararlo, las cuales deben estar relacionadas con las circunstancias ya apuntadas.

De igual manera, resulta aconsejable que la respuesta empresarial se notifique por escrito para quede constancia de esta y, en su caso, preconstituir prueba del alcance del uso autorizado, en cuanto a su dimensión material (actos concretos permitidos) y temporal (una o varias veces o con carácter indefinido). Si este uso se acepta para una determinada situación y ocasión en concreto, puede que, de repetirse la necesidad de aquel en el futuro, tenga que volverse a pedir la autorización.

De otro lado, cabe referirse a los códigos de conducta que dejan el uso privado de las Tics al criterio directo del trabajador, siempre que aquel sea un uso ‘responsable’, ‘correcto’ o ‘aceptable’. El empleo de tales conceptos jurídicos indeterminados puede llevar a valoraciones contradictorias sobre los límites de lo permitido en una misma situación. Repárese en que, en tales supuestos, el que primero tiene que decidir sobre la responsabilidad o corrección del uso privado es el propio trabajador y, después, el empresario, quien debe vigilar la conducta de aquel y decidir sobre su sanción en caso de entender que hay extralimitación en el referido uso. Por lo tanto, en este segundo supuesto, sería importante que el código entrase a delimitar con claridad y precisión esos conceptos jurídicos generales, por ejemplo, poniendo ejemplos concretos de lo permitido y lo prohibido, esto es, de lo que se considera uso correcto e incorrecto. Un buen ejemplo de concreción lo ofrece algún código de

conducta al prever que el “eventual” uso personal de las Tics (el teléfono, el correo electrónico e Internet) se acepta expresamente siempre y cuando tal uso: a) no consuma mucho tiempo o recursos de la empresa; b) no interfiera negativamente con el desempeño laboral del trabajador o sus compañeros, lo que parece relacionarse con la nota anterior y apuntar hacia la idea de que el trabajador debe ser productivo durante la jornada laboral y dedicarse a la prestación laboral; c) no involucre material ilegal, sexualmente explícito, discriminatorio o de otro modo inadecuado, lo que se vincula con el necesario cumplimiento de la legalidad del ya visto punto uno; d) no se relacione con intereses comerciales externos, lo que parece querer evitar la competencia desleal y el daño económico a la empresa; y, en fin, e) no viole el código de conducta o cualquiera de las políticas de la empresa, lo que resulta redundante con la letra c)<sup>30</sup>.

Ahora bien, en estos supuestos, en los que se deja a la voluntad del trabajador el decidir la corrección y oportunidad del uso privado, sería adecuado que el código especificase las condiciones a observar por el referido uso (las tres ya antes expuestas: excepcionalidad, justificación objetiva y no lesividad para la empresa). Asimismo, sería importante dejar claro si, en los casos de uso privado permitido, el trabajador goza de una expectativa de privacidad o no, siendo lo lógico lo primero. En tal caso, debería añadirse algún tipo de indicación sobre la clase y condiciones del control empresarial a realizar sobre ese uso privado de las herramientas. En fin, estos códigos que permiten un cierto uso privado de las Tics deberían ser todo lo explícitos y concretos que fuese posible, para evitar situaciones de incertidumbre y consecuencias no deseadas<sup>31</sup>.

3) La referencia específica a algunas populares aplicaciones de comunicación social: el correo electrónico, las redes sociales, mensajería instantánea y blogs. En cuanto importante herramienta de comunicación social y de gestión laboral, que permite un rápido y eficaz tráfico de datos, la aplicación del correo electrónico suele tener especial atención en los códigos de conducta. Cuando se reserva exclusivamente para fines empresariales, se suele prever que la dirección interna de correo electrónico que se adjudica por el departamento de informática a cada empleado no se considera privativa de este, sino de la empresa. Esta cuenta de correo puede reservarse expresamente para “transmitir comunicados, partes de producción, permisos, bajas y la información que sea necesaria para el correcto desarrollo de las tareas y funciones asignadas”<sup>32</sup>. Desde tal punto de vista, se hace responsable al trabajador de no recibir correos particulares del exterior y ajenos al trabajo y, en su caso, de proceder a su inmediata destrucción, comunicando al emisor la improcedencia de tales envíos. De igual manera, el trabajador no puede usar el correo para enviar al exterior información de la empresa, sin consentimiento de esta. En tal sentido, la empresa puede establecer filtros en las direcciones de salida de los correos para evitar su uso indebido. Respecto del uso sindical del correo electrónico, como medio de comunicación entre los representantes y la plantilla, se suele remitir a lo acordado específicamente entre aquellos y la empresa.

En otro orden de cosas, en los últimos años también se empieza a regular el uso de las redes sociales y blogs. Sabido es que las redes sociales están adquiriendo progresivamente una mayor importancia en la empresa, en cuanto elemento estratégico de inmediata interacción con la sociedad y puesta en contacto con los consumidores y clientes de sus productos o servicios. En este sentido, algunos códigos dedican especial atención a las redes sociales, incluso pueden ser monográficos sobre este particular<sup>33</sup>, y distinguen entre el uso corporativo y privado que los empleados puedan hacer de aquellas. El uso corporativo es el más exigente y delicado, pues debe ser autorizado por la propia empresa y observar sus requerimientos (v. gr., uso de logo oficial, emitir solo determinados contenidos u opiniones relacionados con la actividad profesional). En tal supuesto, el uso de la red social forma parte de la actividad laboral del trabajador y de su jornada laboral, sin que pueda relegarse al tiempo de descanso de aquel, máxime ahora, tras la regulación del derecho a la desconexión digital, al que nos referiremos *infra*. Lógicamente, el empresario puede controlar la actividad desarrollada en la red social y, en su caso, adoptar las medidas disciplinarias que correspondan.

Por lo que respecta al uso privativo de las redes sociales, en principio, este es una decisión libre del trabajador. Con todo, los códigos suelen exigir que no se involucre a la empresa y se respeten sus intereses económicos. Esto último exige, por ejemplo, que no se use el correo electrónico corporativo para darse de alta o gestionar el perfil privado en la red social, no emitir opiniones o mensajes que puedan vincularse a la empresa ni usar los signos distintivos de esta, no facilitar datos de clientes ni vincular la posibilidad de la geolocalización del usuario de la red a la sede física de aquella<sup>34</sup>. De manera similar, se prevé que los trabajadores deberán abstenerse de utilizar las redes sociales, correo electrónico y medios de comunicación social para difundir información, realizar manifestaciones, utilizar expresiones o mostrar imágenes que puedan afectar de cualquier modo al prestigio y reputación de la empresa, o que puedan menoscabar o atentar contra el honor de sus profesionales, sus grupos de interés o terceros en general<sup>35</sup>. En esta línea, puede exigirse al trabajador que la información relativa a la empresa (si alguna), incluida en su perfil social, sea verídica y esté actualizada.

En supuestos más generosos, puede llegar a aceptarse un uso privativo de las redes sociales durante el tiempo de trabajo, siempre que sea moderado y responsable, siguiendo la regla del correo electrónico o de otras herramientas Tics. Como se aprecia, la preocupación empresarial es proteger los intereses de la compañía promoviendo la toma de conciencia del trabajador sobre la transcendencia que puede tener su participación -aun privada- en la red social, la responsabilidad que puede derivar de sus actos y, por ello, la necesidad de observar una conducta apropiada y respetuosa con aquellos intereses.

4) La declaración de la propiedad empresarial de los trabajos realizados en los equipos informáticos. Según la legislación específica aplicable, la titularidad de los desarrollos informáticos, aplicaciones, textos, hojas de cálculo, bases de datos y otros documentos similares creados por los trabajadores, como consecuencia de las funciones propias de su puesto de trabajo en la empresa, con los medios de esta y dentro de la jornada de trabajo, corresponde a aquella. La legislación sobre propiedad intelectual y derechos de autor protege los programas informáticos. Por ello y como norma general, no deberán efectuarse copias de *software*, excepto si son de seguridad. Igualmente, tampoco deben efectuarse copias de programas informáticos de desarrollo interno, salvo en la medida en que sean necesarias para su explotación<sup>36</sup>.

5) Tras la aprobación de la reciente y ya citada LOPDYYD, un contenido nuevo que el empresario debe incorporar a los códigos de conducta (u a otro documento similar) es el relativo al ejercicio del derecho a la desconexión digital de los trabajadores. Como ya se expuso, el art. 88 de la mencionada Ley reconoce expresamente -aun sin ser necesario- tal derecho a fin de garantizar (al margen de la jornada laboral) el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidad personal y familiar de aquellos. A efectos de regular las modalidades de ejercicio de este derecho, se debe apuntar, en primer



lugar, a la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Ahora bien, con independencia de tal regulación colectiva, y a modo de complemento, “el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, debe elaborar una *política interna*” dirigida a los trabajadores, en la que se concreten también esas modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y se incluyan las acciones de formación y de sensibilización de aquellos sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas. Esta obligación empresarial de cuidar la salud de los trabajadores y prevenir los riesgos laborales relacionados con el abuso de las Tics y la reducción del descanso necesario (v. gr., fatiga informática, tecnoestrés o tecnoadicción) debe alcanzar a todos los trabajadores, incluidos los directivos y los que prestan servicios a distancia (teletrabajadores o no). Ciertamente, el hecho de que estos trabajen fuera del centro de trabajo no debe llevar al empresario a omitirlos en sus políticas de protección, pues se trata de un colectivo de alto riesgo, en cuanto el uso de las herramientas informáticas se halla presente durante la mayor parte de la jornada laboral. En fin, esta mención legal a los trabajadores a distancia resulta positiva, pues sirve para complementar la referencia general a su derecho a la seguridad y salud, contenida en el art. 13.4 ET.

### 3.3. Sobre el control empresarial del correcto uso de las Tics (por los trabajadores) en los códigos de conducta

Generalmente, los códigos de conducta suelen indicar, de forma expresa, que la empresa puede impulsar medidas de supervisión y control para constatar la adecuada utilización de las Tics dentro de lo permitido (v. gr., exclusivo uso profesional o privado limitado, contenido emitido o recibido, destinatarios contactados, etc.). Así pues, este control de contenido o fondo sobre la actividad del trabajador en la red o la utilización de los medios informáticos es ajeno al examen meramente técnico que pueda hacerse sobre tales instrumentos. Dicho control puede preverse con *carácter puntual o periódico*. En ocasiones, este control periódico se establece para los casos más extremos, en los que hay una prohibición absoluta de uso privado de las herramientas informáticas. Así, con objeto de asegurar “el correcto funcionamiento de los sistemas de información, y con el fin de evitar cualquier tipo de abuso o utilización fraudulenta de los mismos, la empresa se reserva el derecho de monitorizar y analizar, periódicamente, todos los equipos y sistemas puestos a disposición de sus empleados”<sup>37</sup>. Ahora bien, ese control cíclico también puede establecerse para verificar los usos privados permitidos.

En el caso de que se prevea un control puntual, este no suele estar previamente fijado, sino que lo habitual es que se active ante la aparición de circunstancias que así lo justifiquen, como puede ser la existencia de indicios de una extralimitación en los usos permitidos. En este sentido, en ocasiones, se apunta expresamente que, aunque por lo general, no se controla el uso que el empleado hace de las Tics (correo electrónico, teléfono, correo de voz, Internet y demás sistemas informáticos), la empresa “se reserva el derecho a hacerlo cuando aprecie indicios suficientes” que así lo aconsejen<sup>38</sup>. De este modo, aquella podrá acceder a los equipos y sistemas correspondientes, así como al correo electrónico corporativo “de forma extraordinaria”, bien con motivo de verificar el correcto uso de los recursos informáticos, bien por motivos de continuidad de negocio<sup>39</sup>. O, en otros términos, que, en caso de que sean detectados “mensajes inadecuados” relacionados con el uso del correo electrónico, la empresa “se reserva la facultad de iniciar una investigación y establecer las medidas que considere pertinentes”<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista subjetivo, el control puede ejercerse, no solo sobre los trabajadores que presentan indicios de extralimitación en el uso permitido, sino también sobre cualquier otro, como sucede cuando aquel control se hace con carácter aleatorio<sup>41</sup>. Además, en cuanto a su situación contractual, todo trabajador puede ser investigado, tanto si es presencial y utiliza los recursos informáticos en el centro de trabajo, como si es a distancia, y presta servicios en la modalidad de teletrabajo o desde cualquier otro acceso externo<sup>42</sup>.

Estos indicios o sospechas de conducta irregular también pueden ser puestos en conocimiento de la empresa por compañeros de trabajo o terceros (clientes, proveedores u otros colaboradores). A tal efecto, algunos códigos de conducta ya prevén un procedimiento de *denuncia anónima* (por ejemplo, dejando una nota en un buzón físico o ubicado en la web) de los posibles incumplimientos del código para conseguir la máxima observancia de lo allí dispuesto, a la vez que se protege al sujeto denunciante. A partir de la recepción de la denuncia, la empresa valora su veracidad y, de ser esta alta, puede decidir poner en marcha medidas adicionales de control y, en su caso, una posible sanción al trabajador incumplidor. Sobre este particular, algún código de conducta dispone expresamente que la empresa valorará “seriamente” y analizará, “de forma inmediata”, “todos los informes de supuestas violaciones del código”, adoptando las decisiones que correspondan a la vista de los resultados de la investigación<sup>43</sup>. En estos supuestos de denuncia anónima, incluso puede preverse la intervención de una comisión interna encargada de la instrucción de un procedimiento de investigación para determinar la realidad de la denuncia, como típicamente sucede en los códigos o protocolos de lucha contra el acoso sexual o moral. En función de su nivel de detalle, los códigos de conducta pueden entrar a especificar el papel y modo concreto de actuación de los instructores y el comportamiento esperado del trabajador investigado. Respecto de los primeros, al igual que cuando es el empresario el que realiza la supervisión, se exige una actuación objetiva e imparcial, que respete los derechos de información, defensa y contradicción del posible sujeto incumplidor. El procedimiento de investigación puede incluir entrevista personal a este y al denunciante, así como la aportación y examen de pruebas documentales, testificales o de otro tipo, según proceda. El trabajador investigado debe colaborar plenamente con la investigación abierta, sin incurrir en conductas obstaculizadoras o dilatorias, a la vez que podrá defenderse como estime conveniente. Finalmente, si el control realizado evidencia una extralimitación por parte del trabajador, la comisión instructora puede proponer las medidas que considere adecuadas para corregir el abuso, evitar su repetición y reparar sus consecuencias a los sujetos afectados, según las conclusiones alcanzadas.

Las medidas de supervisión y control pueden llevarse a cabo directamente por la empresa o encargarse al personal informático especializado<sup>44</sup>, como suele suceder cuando la medida consiste en la revisión periódica de los correos electrónicos enviados y recibidos por el trabajador, la instalación de programas de captura periódica de pantalla, el registro de la navegación por Internet a través del análisis de los discos duros u otros sistemas de almacenamiento de información, el establecimiento de alertas informáticas o una auditoría interna que requiere el acceso completo y detallado a los registros telemáticos.

En aras de la seguridad jurídica, a veces el código de conducta aporta reglas específicas sobre el procedimiento o forma concreta de realización del control, especificando que, por ejemplo, este se lleve a cabo desde el puesto de trabajo del trabajador, en presencia de este y, de ser posible, un representante legal, a efectos de acreditar el respeto de sus derechos. En alguna ocasión, el código de conducta somete la validez del control empresarial a la previa autorización de un órgano

específico de la empresa (denominado, por ejemplo, comité ético o comisión ética), que actúa como órgano independiente y en aras de la defensa de la legalidad vigente y el mutuo interés de las partes del contrato<sup>45</sup>. Dicho órgano puede limitarse a la autorización y supervisión del control empresarial o asumir un papel más activo, como cuando hay, por ejemplo, una previa denuncia de incumplimiento del código por un trabajador, como ya se vio. En todo caso, el titular del poder disciplinario es el empresario, por lo que solo él puede adoptar las sanciones disciplinarias que estén previamente tipificadas, sin quedar vinculado por ninguna comisión u órgano interno o externo a la empresa.

Por lo demás, cabe referirse al control empresarial en aquellos códigos que establecen un uso profesional exclusivo de las herramientas digitales. Aquellos buscan reforzar ese uso profesional de dos maneras; por un lado, con una regulación contundente sobre el poder de vigilancia empresarial. Así, es fácil encontrar cláusulas relativas a la reserva que la empresa se hace a sí misma de “la posibilidad de controlar, inspeccionar y acceder” a los dispositivos electrónicos y cuentas de correo, previo requerimiento y autorización de la Dirección del Grupo, con el fin de: 1) comprobar el correcto uso de las comunicaciones electrónicas, 2) verificar la información transmitida en la red, y 3) acceder a los expedientes electrónicos, datos y archivos localizados en los dispositivos y ordenadores, facilitados por la compañía<sup>46</sup>.

De otro lado, estos códigos suelen pronunciarse sobre la falta de expectativa de privacidad del trabajador. Así, por ejemplo, se añade que la información contenida en los recursos tecnológicos e informáticos puestos a disposición de los trabajadores (por ejemplo, ordenador, correo electrónico o redes sociales corporativas) será considerada “profesional y, en ningún caso, privada o personal, pudiendo acceder la compañía a la misma a los efectos de realizar los controles que resulten proporcionados y convenientes para comprobar su buen uso” (y siempre con respeto a la legalidad vigente y a las buenas prácticas). Por lo tanto, se añade que aquellos no pueden “albergar ninguna expectativa razonable de privacidad” en relación con la utilización y contenido de los referidos recursos<sup>47</sup>. En esta línea, parece que solo la aceptación de un cierto uso privado ampara la expectativa de privacidad o secreto en las comunicaciones del trabajador<sup>48</sup>. En otras palabras, la regla general sigue siendo el uso profesional de los instrumentos de trabajo y el empresario debe poder vigilar y comprobar que aquella es respetada.

### 3.4. La valoración del control empresarial establecido en los códigos de conducta a la luz de la reciente normativa y jurisprudencia

La legalidad de las cláusulas de los códigos de conducta (y convenios colectivos) relativas al control empresarial del uso de las herramientas digitales depende de la observancia de lo establecido en la normativa vigente en cada momento sobre protección de los derechos individuales de las personas. El propio código suele recordar la obligación empresarial de respeto de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente el de su intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos personales<sup>49</sup>. En este punto, resulta de interés analizar, también, la posición de la jurisprudencia reciente (española e internacional) para ver en qué medida los códigos de conducta se adaptan a la misma, así como establecer criterios claros a respetar por las partes negociadoras en el futuro. A la vista de esta normativa y jurisprudencia actuales, cabe efectuar las siguientes consideraciones generales.

1) Se refuerza la posibilidad de un uso privado de los dispositivos digitales facilitados por el empresario a los trabajadores. En este punto, el ya citado art. 87.3, párrafo primero, LOPDYDD prevé que deberán establecerse “criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando, en todo caso, los estándares mínimos” de protección de la intimidad de los trabajadores, “de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”. Y, a continuación, se admite expresamente la mencionada utilización con fines privados. En este punto, resulta de interés referirse a una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional (STC) español -la número 241/2012, de 17 diciembre- que analizó el control empresarial sobre el uso de los instrumentos de trabajo digitales por parte de los trabajadores. En este caso, la mayoría de la Sala estima conforme a derecho el control del empresario consistente, por un lado, en el acceso a uno de los ordenadores de la empresa para comprobar si se había infringido su prohibición de instalar en aquel un programa informático de mensajería instantánea y, por otro, en la apertura de ficheros y posterior lectura de las conversaciones realizada por el responsable del servicio, ante los supervisores y los trabajadores que instalaron el programa.

Con todo, lo que ahora interesa es destacar el primer argumento del voto particular que se formula por dos magistrados<sup>50</sup> para rebatir la aparente razonabilidad de los argumentos del fallo. Así, este voto comienza cuestionando la legitimidad del carácter restrictivo de la decisión empresarial de prohibir el uso privado de las herramientas digitales. Se parte de que el art. 18.3 Constitución garantiza la libertad de las comunicaciones, no solo el secreto de las mismas, y por ello hay que empezar analizando la validez de la orden empresarial de prohibición del uso privado del ordenador, pues, por un lado, “el contrato de trabajo no incomunica al trabajador”, o sea, no lo pone “en una situación de incomunicación hacia el exterior” y, por otro, el que el empresario sea el propietario de esas tecnologías de la información y comunicación no le da derecho a introducir “restricciones caprichosas” en su uso. En otras palabras, el voto discrepante parece admitir un *uso social privado* de las herramientas Tics propiedad de la empresa, que esta no puede prohibir injustificadamente. De igual manera, se pronuncia la STEDH de 5 septiembre de 2017, ya citada, cuando se refiere a la necesaria protección de las comunicaciones electrónicas privadas realizadas en el ámbito laboral, pues forman parte del “ejercicio de una vida privada social”. A la vista de estos argumentos, parece imponerse un cierto derecho del trabajador a usar privadamente las herramientas digitales facilitadas por la empresa, siempre que ese uso privado sea excepcional y no cause perjuicio a la empresa. De ser así, parece que los códigos de conducta que se negocien en el futuro no podrán contener cláusulas que impongan un uso profesional exclusivo de dichas herramientas (como vimos en el apartado anterior) y prohíban todo uso privado.

2) Se fortalece el derecho fundamental del trabajador a la *intimidad personal y familiar*, incluso en situaciones en que este incurre en incumplimiento laboral. El reforzamiento del uso privado de las herramientas digitales está directamente relacionado con la mayor protección de ese derecho fundamental de los trabajadores vinculado a aquel uso (art. 18 Constitución española). El 87.1 LOPDYDD reconoce expresamente el derecho de los trabajadores “a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”, lo que debe entenderse en un sentido amplio, que abarque, por un lado, los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales; y, por otro, se extienda al mayor número posible de situaciones.

Se conecta así con la posición del ya citado voto particular efectuado a la STC 241/2012, que defiende que el derecho

fundamental al secreto de las comunicaciones del trabajador debe entenderse desde un punto de vista formal y absoluto, esto es, con independencia de cuál sea el contenido de aquellas, y ante cualquier situación, incluso aquella que pueda constituir un incumplimiento contractual del trabajador a una orden empresarial, como sucede en el caso de autos. Cabe recordar que, en este, el empresario había prohibido a los trabajadores la instalación de programas informáticos en los ordenadores de la empresa. Dicha orden empresarial era de general conocimiento, por lo que no había expectativa razonable de privacidad o confidencialidad para el trabajador que hiciese un uso privado de aquellos. A pesar de ello, algunos trabajadores desobedecieron la orden e instalaron un programa para hablar de temas personales; además, actuaron de manera descuidada, pues, a pesar de que el ordenador era de uso común y carecía de contraseñas de acceso, aquellos no adoptaron ningún tipo de cautela para garantizar la privacidad de las conversaciones, por lo que podían ser leídas por cualquier que accediese al ordenador (como así pasó)<sup>51</sup>.

Para el voto particular, el empresario puede sancionar este incumplimiento laboral de los trabajadores, pero, para hacerlo, no puede vulnerar el contenido de las comunicaciones, pues ello implicaría violar el contenido esencial del mencionado derecho fundamental al secreto de aquellas. Desde el momento que el empresario o un tercero no destinatario lee o conoce el contenido de la comunicación, esta última ya deja de ser secreta y la medida de control empresarial ya no supera el test de proporcionalidad al que debe someterse el control empresarial, como veremos *infra*. Y, además, ese mismo carácter absoluto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protege su contenido esencial incluso cuando el trabajador que realiza la comunicación actúa descuidadamente y no hace nada para protegerla (comunicación privada en un ordenador común y sin clave de acceso). Pues quien abre -precisa el voto particular- un enlace o un archivo que sabe que contiene conversaciones ajenas actúa igual que quien abre una carta dirigida a otra persona y es hallada, por error, en su buzón.

Una posición similar, de refuerzo del derecho fundamental a la intimidad y secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se halla en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 septiembre de 2017, ya citada, que rectifica la anterior sentencia de la Sala cuarta del mismo tribunal (de 12 enero 2016) para defender aquellos derechos del trabajador incumplidor de una orden empresarial de no usar privadamente las herramientas digitales<sup>52</sup>. En efecto, en el caso de autos, el trabajador fue despedido porque incumplió la normativa interna de la empresa que prohibía el uso de recursos tecnológicos puestos a su disposición por el empleador para fines personales.

3) Se consolida la obligación de que el empresario facilite a los trabajadores una información previa y completa sobre los usos permitidos con las herramientas digitales y el posterior control a realizar. El trabajador debe estar debidamente informado sobre los límites de la utilización de aquellas herramientas y la capacidad de control del empresario sobre la misma, para tomar sus decisiones con pleno conocimiento, y evitar situaciones de indefensión. En este sentido, conviene seguir con el análisis de la ya citada STEDH de 5 de septiembre de 2017, que resulta clave en este punto<sup>53</sup>. En tal supuesto, el trabajador impugnó el despido en su país (Rumanía) y solicitó su nulidad por vulneración de su derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones. La demanda fue desestimada por entender el Tribunal interno que el empleador había actuado conforme a la normativa y el trabajador había sido avisado de los límites de uso de las herramientas digitales y la posibilidad de control de su actividad y, por ello, no tenía una expectativa razonable de privacidad. La Sala Cuarta del TEDH confirmó esta posición.

Sin embargo, la Gran Sala del TEDH concluye que, de los hechos probados, no puede entenderse acreditado que el trabajador hubiese sido informado adecuadamente sobre los extremos apuntados. La información adecuada requiere efectuarse: 1) de una determinada forma (clara y precisa, con un lenguaje accesible) y por escrito, por ejemplo, en el código de conducta; 2) en un concreto momento, el anterior al inicio de la actividad laboral o, en su caso, de la entrada en vigor de la medida empresarial adoptada. En otras palabras, el acto informativo debe realizarse con anticipación suficiente para que el trabajador tenga tiempo de conocer las reglas de juego y atenerse o no a ellas conscientemente. Y 3) con un contenido y alcance determinados, de manera que se den datos suficientes para que el destinatario tenga un conocimiento completo de la situación. Esto implica que, cuando se trata de restringir y controlar el uso privado de las herramientas informáticas, aquella información debe referirse claramente a: a) las limitaciones que van a regir en el uso privado de aquellas, incluida la confidencialidad de las comunicaciones que el trabajador efectúe con las mismas; es decir, el trabajador debe conocer con exactitud qué está permitido y prohibido; b) la extensión y naturaleza de la vigilancia a efectuar por su empleador, esto es, el alcance de aquella (número e intensidad de los controles) y el grado de intromisión en la vida privada del trabajador, debiendo indicar, en su caso, el posible acceso al 'contenido' de las comunicaciones realizadas en tiempo y lugar de trabajo; y c) el concreto procedimiento a seguir por aquel, lo que implica el conocer quién efectuará el control, cómo, cuándo y dónde se realizará y cuánto tiempo durará.

En esta línea, el reciente art. 87.3, párrafo segundo, LOPDYDD condiciona el acceso del empleador al contenido de los dispositivos digitales (respecto de los que se haya admitido su uso con fines privados) a que se hayan especificado, "de modo preciso, los usos autorizados" y establecido garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, "la determinación de los períodos en los que los dispositivos podrán utilizarse con fines privados". Adicionalmente, en el párrafo siguiente, se añade que "los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización". A la vista de lo recién expuesto, será fundamental que los futuros códigos de conducta establezcan, con precisión, los usos permitidos y no permitidos a los trabajadores y el posterior control a desarrollar por el empresario. En caso contrario, aquellos podrían declararse nulos por causar indefensión al trabajador.

4) Se confirma que el control empresarial está sujeto al principio de proporcionalidad. En este punto, el ya citado art. 87.2 LOPDYDD establece que el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a los trabajadores "a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos". En otras palabras, el control empresarial debe estar justificado por razones laborales.

Además, aun cuando el referido control procede y está justificado es necesario que supere el denominado test de proporcionalidad, establecido por la jurisprudencia constitucional española cuando se está ante limitaciones a los derechos fundamentales del trabajador (como el de intimidad, secreto de las comunicaciones o protección de datos de carácter personal). En efecto, la activación del referido principio exige que el mencionado control sea: 1) idóneo (juicio de idoneidad), esto es, que resulte adecuado y útil para conseguir el objetivo propuesto; 2) necesario o indispensable (juicio de necesidad), lo

que implica que no exista otra medida más moderada o menos invasiva para conseguir aquel con igual eficacia; y 3) ponderado o equilibrado (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), en cuanto del control realizado derivan más ventajas para el interés general que perjuicios sobre el bien o derecho fundamental en conflicto. En todo caso, quede claro que, con independencia de la superación de ese principio de proporcionalidad, la medida de vigilancia empresarial no puede nunca vulnerar el contenido esencial de aquel derecho, pues, de ser así, nunca resultaría admisible.

En el caso analizado en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017, cabe concluir que el control empresarial no fue razonable ni proporcionado. Aparte de que el trabajador no fue debidamente informado del alcance del control empresarial, se cuestiona la existencia del *juicio de necesidad* de tal acto, en cuanto se entiende que el empresario podría haber alcanzado el mismo fin de vigilancia de la actividad del trabajador con un método menos invasivo y lesivo de sus derechos fundamentales.

Cuando el empresario descubre el uso irregular del correo corporativo, y el trabajador lo niega, aquel procede a difundir una transcripción de los mensajes privados intercambiados por el sujeto incumplidor con sus familiares. Desde luego, tal lectura de esos mensajes privados y su posterior difusión no parecen actos absolutamente necesarios para probar la extra-limitación en el uso profesional de los medios informáticos, pues al empresario ya le constaba la actuación incumplidora del trabajador. En otras palabras, aquel realiza un acto de intromisión ilegítima en la privacidad de este al vulnerar el derecho al secreto de su comunicación privada, pues la lee y difunde siendo consciente de que lo era e innecesario para el fin perseguido. Como se aprecia, la Sentencia de la Gran Sala del TEDH hila muy filo a la hora de valorar todas las concretas circunstancias del caso para proteger los derechos fundamentales del trabajador, lo que, finalmente, le permite concluir que ni el poder de control empresarial ni la sanción disciplinaria (el despido) impuesta al trabajador fueron razonables ni proporcionados.

A la vista de lo recién expuesto, resulta recomendable que los códigos de conducta hagan hincapié en que el control empresarial debe respetar el principio de proporcionalidad.

### 3.5. Incumplimiento del código de conducta y poder disciplinario del empresario

En previsión de que el trabajador no cumpla con lo dispuesto en el código de conducta, cabe preguntarse si es posible que el empresario incluya en este las posibles conductas sancionables y, adicionalmente, la concreta sanción a imponer a aquel. En tal caso, estas cláusulas del código deberían valorarse desde el punto de vista del principio de la *tipificación* de las faltas y sanciones que rige en cualquier ámbito sancionador, también en el laboral.

Como es sabido, dicho principio laboral exige que todas las conductas y sus posibles sanciones, estén tipificadas previa y expresamente para conocimiento general y, en definitiva, para aportar seguridad jurídica a las partes y, especialmente, al trabajador afectado. Dicha labor de tipificación corresponde a la ley y, en particular, al convenio colectivo, el cual, tradicionalmente, se ocupa de la materia disciplinaria con detenimiento (faltas, sanciones y procedimiento disciplinario). La norma estatutaria solo tipifica los incumplimientos contractuales culpables y graves o muy graves (según las circunstancias) que pueden ser objeto de la máxima sanción disciplinaria: el despido disciplinario (art. 54.2 ET), a la que vez que se limita a mencionar otra sanción: la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias [art. 45.1.h)]. Para el resto de las sanciones (por ejemplo, amonestación verbal o escrita, postergación para el ascenso, movilidad geográfica forzosa), habrá que estar a los listados de faltas que, habitualmente, se incluyen en los convenios colectivos aplicables a la empresa. Adicionalmente, estos convenios también pueden entrar a detallar, matizar o complementar los incumplimientos objeto del despido disciplinario, así como prever otras sanciones para faltas graves o muy graves (aparte de la del despido disciplinario) o precisar la intensidad de la sanción de suspensión de empleo y sueldo, algo que no hace el ET. Como se aprecia, el papel del convenio colectivo en materia disciplinaria es importante y los agentes sociales deberían ejercerlo con responsabilidad, precisando con detalle todas las conductas sancionables y las correspondientes sanciones, sin dejar vacíos legales que el empresario pretenda cubrir por la vía del código unilateral<sup>54</sup>.

Es frecuente que estos códigos de conducta incluyan una mera referencia genérica a las consecuencias de la extralimitación en el uso laboral de los medios informáticos, sin entrar a detallar el nivel de gravedad de cada tipo de incumplimiento laboral ni su posible sanción o medida correctora, remitiendo, directamente, al régimen disciplinario vigente en la empresa de carácter convencional o legal. Así, algún código prevé expresamente que el uso indebido y no autorizado por el trabajador de las herramientas de la empresa genera un incumplimiento de los deberes laborales de aquel y puede ser considerado una transgresión de la buena fe contractual y abuso de la confianza respecto de las tareas encomendadas, por lo que la empresa podrá adoptar las medidas correctoras y disciplinarias necesarias, en proporción a la gravedad de la infracción<sup>55</sup>. De manera similar, algún otro código establece que el quebranto del deber de confidencialidad en el uso y tratamiento de datos, tanto de carácter personal como empresarial, será considerado un grave incumplimiento de las obligaciones laborales y podrá motivar la adopción de las referidas medidas correctoras<sup>56</sup>.

De entrar el código de conducta a detallar las faltas y sanciones de los trabajadores, lo ideal es que lo dispuesto en este también se incluya en el apartado de “faltas y sanciones” del convenio colectivo<sup>57</sup>, pues, en tal caso, la garantía de la tipificación legal quedaría garantizada y reforzada por su carácter *normativo*. Sucede así, por ejemplo, cuando la conducta del trabajador (en el supuesto, obtención irregular de información reservada) es contraria al código de conducta empresarial y, al mismo tiempo, al convenio colectivo aplicable, el cual la considera falta grave o muy grave sancionable con el despido<sup>58</sup>. Otro supuesto también óptimo es aquel en el que el código de conducta es negociado con los representantes de los trabajadores y concluido de mutuo acuerdo con estos, pues entonces lo pactado puede tener una naturaleza equivalente a la de un convenio colectivo de empresa.

Ahora bien, cuando la conducta infractora del trabajador está prevista en el código interno, pero no en el convenio colectivo, y se desea imponer a aquel la sanción del despido disciplinario, resulta necesario que dicha falta pueda incluirse directamente en alguno de los incumplimientos tipificados en el art. 54.2 ET, lo que no resulta difícil en cuanto la mayoría están configurados en términos muy amplios y ambiguos, como el de la transgresión de la buena fe contractual o la indisciplina o desobediencia a órdenes dadas [letras d) y b)]. Con todo, queda claro que la necesaria tipificación legal (convencional o estatutaria) en materia

sancionadora limita el papel del código de conducta empresarial en aquella, pues este puede entrar a precisar, matizar o adaptar ciertos tipos infractores a las peculiaridades de la empresa, pero no añadir otros nuevos y diferentes a los legales, los cuales, en su caso, serían nulos<sup>59</sup>. Esa labor de concreción resulta positiva, pues aporta seguridad jurídica a las partes, especialmente en los casos en los que lo previsto en el convenio colectivo se caracteriza por conceptos jurídicos indeterminados.

En el supuesto de que el código interno, concluido unilateralmente por el empresario, previese una sanción inferior en gravedad a la de la norma legal para el sujeto incumplidor, cabría preguntarse sobre la posibilidad de que aquel aplicase directamente este régimen sancionatorio legal (por ejemplo, despido disciplinario) en vez del del código previsto por él y más favorable al trabajador. En contra de la aplicación directa y preferente de la norma estatutaria, podría alegarse su carácter más lesivo para los intereses del citado sujeto, lo que parece oponerse a la filosofía y los principios de las normas laborales que buscan la mayor protección posible de la parte débil del contrato, así como la existencia de una declaración escrita de voluntad empresarial más específica y favorable para aquel (el código). Sin embargo, no cabe alegar la prevalencia de la norma unilateral interna con base en la citada filosofía tuitiva, que busca garantizar la protección del trabajador con la imposición de la menor sanción a su conducta incumplidora. El código interno no tiene el valor de una condición más beneficiosa de origen contractual que deba ser respetada por el empresario. Por ello, si la conducta del trabajador vulnera los deberes generales a que queda sometido conforme a la buena fe contractual, cabe la aplicación directa del régimen sancionador del ET, que se superpone al previsto en el código interno, siempre -claro es- que la sanción legal elegida se corresponda a la gravedad de la falta imputada y no existan comportamientos previos de tolerancia de esta por el empresario<sup>60</sup>. Ahora bien, si el código fuese negociado y concluido de mutuo acuerdo con los representantes, y tuviese el valor de norma jurídica (equivalente a un convenio colectivo de empresa), debería ser respetado por el empresario.

En fin, cabe añadir que, tras constatar la actuación incorrecta del trabajador, algún código prevé medidas adicionales a las estrictamente disciplinarias aplicadas sobre aquel, al disponer que la empresa se reserva el derecho a eliminar, sin previo aviso, el contenido de la actividad desarrollada por el sujeto en la herramienta de trabajo (correo electrónico o red social)<sup>61</sup>. Esta medida resulta lógica y acertada, siempre que la empresa tenga la certeza de la actuación incumplidora y la ilicitud de dichos contenidos.

#### 4. Criterios de aplicación: difusión y observancia estricta

Una vez redactado, el código de conducta telemático debe darse a conocer, de manera fehaciente, a todos sus destinatarios, con el fin de aumentar la seguridad jurídica. Esta actividad de publicidad e información debe realizarse con carácter individual y general, lo primero requiere una notificación a cada uno de los sujetos que directamente quedan incluidos en su ámbito de aplicación subjetivo, y que habitualmente son los trabajadores de la empresa, incluidos los representantes legales y sindicales, aunque también pueden ser los proveedores, clientes y terceros contratantes o colaboradores. En este caso, la notificación debe ser escrita y directa, a la particular cuenta de correo electrónico u ordinario (carta), incluso con carácter certificado y acuse de recibo. Esta información también puede reiterarse por vía oral en la empresa, a modo de asambleas o charlas informativas.

La actividad de información de carácter general va dirigida a todo posible interesado, que, en términos amplios, puede ser la sociedad en general, por ello, también se aconseja su difusión en medios abiertos y cuyos destinatarios son todos los ciudadanos, como, por ejemplo, la página web de la empresa u otra específica, una *newsletter* o boletín de noticias interno, un periódico o, incluso, un diario oficial. También se puede aumentar la difusión con su inclusión en un anexo del convenio colectivo u otro pacto de empresa.

Junto a la información, también es importante la actividad de *formación* a los interesados sobre los puntos más dudosos o complejos que puedan presentarse en relación con el manejo de las Tics y los posibles límites en el uso privado. En este sentido, el art. 88.3 LOPDYDD exige al empresario que, en la política interna de la empresa, incluya, aparte de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, con el fin de proteger la salud del trabajador. Adicionalmente, la actividad formativa puede centrarse en el manejo puramente técnico de las herramientas digitales y en la resolución de dudas. Sea como fuere, es importante que la empresa haga todos los esfuerzos necesarios para asegurarse que los destinatarios del código conozcan y comprendan perfectamente su contenido. En esta línea, algún código de conducta prevé expresamente que la empresa dará formación sobre el código a sus empleados vía *online*, si estos tienen acceso a Internet y correo electrónico. Como prueba de tal instrucción, los trabajadores formados *online* deben dar fe de haber leído y comprendido el código interno. Asimismo, aquellos deben certificar su cumplimiento, así como poner en conocimiento de la empresa cualquier conflicto potencial de intereses o cualquier otra causa que pueda excepcionar el cumplimiento del código. Ahora bien, la falta de colaboración por parte del trabajador para leer el código o avisar de cualquier duda o problema que surja no exime a aquel de la obligación de cumplirlo<sup>62</sup>.

Una vez que la plantilla está informada y formada sobre el contenido del código de conducta, y, en su caso, una vez aclaradas las dudas o mejorada la redacción de alguna cláusula que pueda resultar confusa, es un buen momento para fijar su entrada en vigor. Por lo tanto, parece ideal que esta se posponga, con una *vacatio legis*, a un momento posterior a su difusión y puesta en conocimiento de los interesados. Una vez que está en vigor, como ya se apuntó, la empresa debe procurar mantener actualizado su contenido, en función de las necesidades y problemas que vayan surgiendo en la empresa, los continuos cambios que se producen en el ámbito de las Tics, las nuevas funcionalidades de las herramientas informáticas, así como de los criterios jurisprudenciales o legales que se puedan ir fijando en la materia, como recientemente ha ocurrido con la nueva LOPDYDD. En efecto, un código desfasado no solo no sería útil, sino que también podría causar problemas de aplicación. De efectuarse tal actualización, y producirse cambios en el texto, los interesados deben ser nuevamente informados y formados sobre los mismos. La actualización del contenido y la transparencia en la misma aumentan la seguridad jurídica, a la vez que sirven de recordatorio de la existencia del código y la necesidad de su observancia.

Una vez informados del código, su contenido debe ser observado estrictamente por los trabajadores, y, por su parte, el empresario debe estar atento y hacerlo cumplir, avisando a aquellos de las posibles consecuencias o adoptando las medidas



que sean necesarias. De no hacerlo así, el contenido del código quedaría afectado por la conducta consentidora expresa o tácita del empresario. En efecto, en tal caso, la voluntad inicialmente manifestada en aquel, en cuanto al necesario respeto de unos límites en el uso de los instrumentos informáticos, quedaría superada por la posterior conducta de *tolerancia empresarial* sobre el particular. Una vez apreciada claramente esa tolerancia, esta juega a favor de los trabajadores y, en aras de su seguridad jurídica y de la buena fe contractual, el empresario ya no puede volver a exigir, unilateralmente y cuando lo estime conveniente, el cumplimiento del contenido más restrictivo de lo previamente establecido en el código. Sin duda, tal anárquica actuación vulneraría los derechos de los trabajadores, que no sabrían a qué atenerse, y, por ello, siempre que hay tolerancia empresarial respecto de una determinada conducta de los trabajadores, resulta necesario que el empresario la rompa o elimine antes de ejercer su poder disciplinario sobre aquellos. A la vista de lo recién expuesto, se aconseja una aplicación coherente, firme y uniforme de las cláusulas del código de conducta.

## 5. Conclusiones

1. El uso de las herramientas digitales en la empresa puede negociarse en un convenio colectivo o abordarse unilateralmente por el empresario en un código de conducta. Este código es un protocolo interno que puede formar parte de otro más amplio (por ejemplo, un protocolo de carácter ético) o, por el contrario, ser monográfico en la materia, denominado “código de conducta informática” o “código de conducta telemático”.

2. Esta vía de autorregulación ha venido siendo una manera rápida y cómoda de que la empresa tuviese una regulación mínima sobre el uso de las herramientas digitales. Con todo, tras la reciente aprobación de la LOPDYDD y la jurisprudencia del TEDH, la importancia de esta autorregulación ha aumentado claramente. El legislador español se limita a reconocer los derechos fundamentales del trabajador (especialmente el de la intimidad) cuando este use las herramientas digitales en el ámbito laboral, pero los límites de dicho uso y la concreción del posterior control empresarial se deja a la voluntad de los agentes sociales o, en su defecto, del empresario. Así, el legislador impulsa, con claridad, la implicación de este en la elaboración de una política interna, en la que se establezcan los criterios de utilización de los dispositivos digitales (art. 87.3) u otros aspectos, como las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión (art. 88.3).

3. Esta actuación empresarial de elaboración de una política interna sobre el uso de las herramientas digitales recibe un impulso similar de la jurisprudencia europea, como la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (caso Barbulescu). Tras distintas referencias al marco internacional protector de los derechos fundamentales, dicha Sentencia apunta a la especificidad de la relación laboral subordinada y a la necesidad de que los Estados y los agentes sociales fijen el marco de actuación legal o convencional en el que deberá desenvolverse la actuación laboral del trabajador. Ahora bien, se añade que, de no actuar aquellos, el empresario puede aprobar una regulación interna, que sea igualmente protectora de los intereses de los trabajadores, indicando, claramente, todas las limitaciones que se introduzcan en el uso privado de los medios tecnológicos y el concreto control empresarial a realizar. Otra sentencia del mismo Tribunal Europeo que deja clara la importancia de la existencia en las empresas de protocolos internos sobre uso de herramientas digitales es la de 22 de febrero de 2018 (caso *Libert versus France*).

4. Un sucinto análisis de algunos de los códigos de conducta revela que la regla general es la de que el uso de las herramientas digitales debe ser estrictamente laboral, prohibiéndose expresamente, en algunos de ellos, cualquier uso privado de aquellas. Con todo, tras la LOPDYDD, se refuerza la posibilidad de un uso privado de los dispositivos digitales facilitados por el empresario a los trabajadores, pues el ya citado art. 87.3, párrafo primero, admite expresamente dicho uso. En esta línea, parece confirmarse la doctrina del voto particular efectuado a la STC 241/2012, de 17 diciembre, que defendió un uso social privado de las herramientas Tics propiedad de la empresa, y que esta no puede prohibir injustificadamente. En el mismo sentido, se pronuncia la STEDH de 5 de septiembre de 2017, cuando se refiere a la necesaria protección de las comunicaciones electrónicas privadas realizadas en el ámbito laboral, pues forman parte del “ejercicio de una vida privada social”. A la vista de estos argumentos, cabe reconocer un cierto derecho del trabajador a usar privadamente las herramientas digitales facilitadas por la empresa, siempre que ese uso privado sea excepcional y no cause perjuicio a aquella. De ser así, parece que los futuros códigos de conducta no podrán contener cláusulas que impongan un uso profesional exclusivo de dichas herramientas.

5. Tras la aprobación de la reciente LOPDYDD, un contenido nuevo que el empresario debe incorporar a los códigos de conducta es el relativo al ejercicio del derecho a la desconexión digital de los trabajadores. El art. 88 de la mencionada Ley reconoce expresamente tal derecho a fin de garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidad personal y familiar de aquellos. Esta obligación empresarial de cuidar la salud de los trabajadores y prevenir los riesgos laborales relacionados con el abuso de las Tics y la reducción del descanso necesario debe alcanzar a todos los trabajadores, incluidos los directivos y los que prestan servicios a distancia (teletrabajadores o no). Este reconocimiento legal - aun innecesario- es positivo y se espera que sirva para reforzar la protección de la salud del trabajador en los códigos de conducta.

6. Otro aspecto importante del contenido de los códigos es el control empresarial de los usos permitidos de las herramientas digitales. Se consolida la obligación de que el empresario facilite a los trabajadores una información previa y completa sobre los usos permitidos con las herramientas digitales y el posterior control a realizar. El trabajador debe estar debidamente informado sobre los límites de la utilización de aquellas herramientas y la capacidad de control del empresario sobre la misma, para tomar sus decisiones con pleno conocimiento, y evitar situaciones de indefensión. La importancia de esta información previa queda puesta de manifiesto tanto en la ya citada STEDH de 2017 como en la nueva normativa española de protección de datos y derechos digitales.

7. En fin, tras los recientes cambios legislativos y jurisprudenciales, resulta claro que muchos de los códigos telemáticos deben ser renovados para cumplir con las nuevas exigencias de contenido y procedimiento. Respecto de este, resulta fundamental que el empresario cuente con la participación de los representantes de los trabajadores, dándoles la oportunidad de ser oídos durante la elaboración del código, pues, sin duda, el consenso es la mejor forma de garantizar su posterior observancia.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Este trabajo es resultado del proyecto nacional de investigación del MINECO (España) titulado “Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional” (DER2016-75376-R), dirigido por la Prof. Lourdes Mella. También se enmarca en “la Red de excelencia: Red de estudio y difusión de las nuevas TICs en la empresa (DER2017-90700-REDT), de la AEI”. Los códigos de conducta citados en este trabajo están disponibles fácilmente en internet.

2

Aprobado por Resolución de la DGE de 15 de junio de 2015 y prorrogado por Resolución de 17 de julio de 2018, de la DGT, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

3

STS de 21 septiembre 2015 (rec. casación núm. 259/2014).

4

“Este Tribunal en absoluto niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos. A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que, dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo-, bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario”.

5

El código ético de la empresa es un documento general que refleja la filosofía de esta como marca en el mercado y su compromiso ante los valores, políticas y principios democráticos de la sociedad. Actúa como un elemento de comunicación interna y externa, para que todo el mundo conozca la posición e imagen de la empresa como entidad social. En algún caso, el código se denomina de ética y conducta, como en el caso de la empresa CEPESA.

6

El código de conducta es un documento más concreto y específico. Aunque puede incluir también los valores de la empresa, los vincula con los objetivos de la misma y los concreta en una *guía* que describe las conductas esperadas y prohibidas de los trabajadores respecto de una determinada materia (como las herramientas Tics); todo ello se suele completar con indicaciones concretas de cómo proceder en caso de incumplimiento por parte de aquellos. Como se aprecia, se busca la efectividad de cumplimiento a través de la concreción.

7

Por ejemplo, código de conducta para el uso de internet y del correo electrónico de Scotiabank.

8

La disposición final tercera de la LOPDYG crea un nuevo art. 20 bis en el ET, denominado “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”, que deberá ser interpretado conforme a lo dispuesto en el referido Título X de la nueva Ley Orgánica.

9



De igual manera, la STEDH de 22 febrero 2018 (caso *Libert versus France*) también evidencia la importancia de los códigos informáticos en la empresa. Cfr., mi trabajo, “El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea”, *RevistaDerecho de las Relaciones Laborales*, diciembre 2018.

---

10

Según el código de conducta de Abanlex, este código contiene “consejos de actuación y tendrá la consideración de guía orientativa que, en todo caso, deberá ser completada o suplida por el sentido común y la adecuada gestión reflexiva del caso concreto”.

---

11

Código de conducta y buenas prácticas de Down Madrid. Capítulo II. 2.9.

---

12

Un ejemplo de código general es el código de conducta global de PepsiCo (de 1 octubre 2012). También, código de conducta del Grupo Sacyr.

---

13

El Código de conducta Informática (en adelante, CCI) de Goiko-Auto S.A.

---

14

Ibídem.

---

15

CC del grupo Cobra (de noviembre 2015). CC Abanlex, cit. (“las cuentas de correo de Abanlex (usuario [arroba] abanlex.com), así como el material, los ordenadores y demás equipos y sistemas informáticos que se faciliten al trabajador, son de uso exclusivamente profesional”).

---

16

Código de conducta empresarial SCI, apartado 11.

---

17

Código ético de Endesa. También, CC empresarial de CSI, ya citado: “el personal se abstendrá, tanto en horario laboral como fuera de él, de usar los accesos a Internet proporcionados para realizar alguna de las siguientes acciones: 1) navegar por contenidos que no tengan relación directa con las funciones y tareas asignadas, incluyendo las páginas web de contenidos multimedia en línea. 2) Descargar archivos y /o aplicaciones que no estén justificados para el desarrollo de las funciones asignadas, como vídeo, música y juegos. 3) Conectar a grupos de conversación o actividad interactiva, como Chats, juegos en línea y foros de discusión. 4) Publicar contenidos o subir archivos para compartir en Internet”.

---

18

CC del nuevo NH, ya citado.

---

19

CC empresarial de SCI ya citado. Apartado 1.1.5, código de conducta de Hiberus Tecnologías de la información, SL.: “La utilización de los equipos, sistemas y programas informáticos que Hiberus pone a disposición de los empleados para el desarrollo de su trabajo, incluida la facilidad de acceso y operativa en Internet, deberá ajustarse a criterios de seguridad y eficiencia, excluyendo cualquier uso, acción o función informática que sea ilícita o contraria a las normas o instrucciones de la empresa. Es decir, no se permite el uso de los equipos para utilizar programas o aplicaciones informáticas cuyo uso sea ilegal, que pueda dañar la imagen de Hiberus o su reputación, o para acceder, descargar o distribuir contenidos ilegales u ofensivos”.

Cfr. apartado 5.4: “Los empleados no utilizarán dichos recursos para usos personales o extra-profesionales y/o para el desempeño de actividades que no estén relacionadas directamente con el interés de la compañía o de otras empresas del Grupo SACYR, responsabilizándose asimismo de la protección de aquellos que le fueran confiados en relación con su trabajo, observando en su custodia el máximo cuidado”.

“Los activos de la empresa son para uso exclusivo de los empleados de la Organización, en el desempeño de su actividad laboral. No están destinados a un uso privado, por lo que la empresa se reserva el derecho de comprobar los contenidos de los mismos en el caso que se considere necesario”.

Art. 9: “Los empleados deben proteger los bienes de Nestlé y utilizarlos únicamente en forma adecuada y eficiente. Todos los empleados intentarán proteger los bienes de Nestlé contra pérdida, daño, uso incorrecto, robo, fraude, malversación y destrucción. Estas obligaciones cubren tanto a los activos tangibles como a los intangibles”, incluidos “los sistemas informáticos”.

Código de Conducta y Prácticas Responsables Grupo Inditex (julio 2012). Art. 4.10: “Los empleados de Inditex utilizarán eficientemente los bienes y servicios de la empresa y no harán uso de ellos en beneficio propio. A este respecto, los empleados de Inditex, en ningún caso, harán uso de los equipos que Inditex pone a su disposición para instalar o descargar programas, aplicaciones o contenidos cuya utilización sea ilegal, que contravengan las normas de la compañía o que puedan perjudicar su reputación”.

Apartado 4.3: “El correo electrónico, herramienta de comunicación de la empresa, debe ser utilizado para fines profesionales relacionados con el negocio. Los ordenadores y dispositivos electrónicos, así como las cuentas de correo electrónico que, en su caso, adjudica el Departamento de Sistemas a los empleados, no están considerados como bienes privativos de estos”, sino que son “propiedad de la empresa”.

CC Huesa Water Technology (18 mayo 2018): “está prohibido usar el material, teléfonos móviles, herramientas, equipos informáticos (PC, internet, correo electrónico) para uso particular o beneficio propio o de terceros”.

CC empresarial de CSI, ya citado: “se permitirá el uso privado de la cuenta de correo de la compañía de forma excepcional, no abusiva y circunstancial, a los efectos de atender asuntos inexcusables, que eviten la ausencia del puesto de trabajo o faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral”.

Código de conducta del nuevo NH (de 29 junio 2015); también CC de SCI: “la conexión a Internet se realizará únicamente mediante los accesos autorizados por los responsables de sistemas, siendo tolerado de forma excepcional para su uso privado, siempre que no se emplee abusivamente. El acceso a Internet a través de conexiones de datos incorporados a líneas asociadas a dispositivos móviles como teléfonos inteligentes, tabletas y similares, estarán sujetos a la misma norma que el resto de los accesos corporativos”. También, Código de ética y conducta de Repsol (julio 2016): “la utilización de tales activos deberá mantenerse en niveles mínimos y sin afectar de manera negativa a la productividad y al entorno de trabajo”.

CC Repsol, citado.

---

CC Huesa *Water Technology* (18 mayo 2018): “está prohibido usar el material, teléfonos móviles, herramientas, vehículos, equipos informáticos (PC, internet, correo electrónico) y resto de recursos de la empresa para uso particular o beneficio propio o de terceros sin autorización previa por parte de la Dirección”.

Código de conducta global de PepsiCo, ya citado. Véase, también, apartado 3.5 CC BBVA; CC Scotiabank, que permite al trabajador “el uso personal razonable u ocasional de Internet y el correo electrónico mientras está trabajando”. Como ejemplos de uso personal razonable u ocasional, se incluyen, entre otros: 1) controlar brevemente un correo electrónico personal, red social o cuenta de mensaje instantáneo (por ejemplo, durante la hora de almuerzo); 2) ingresar periódicamente a su cuenta de servicios bancarios por Internet o de corretaje; y 3) visitar sitios Web externos, como, por ejemplo, el pronóstico del tiempo, o hacer rápidamente una compra en línea. En similar sentido, art. 5.7 Código de conducta de Acciona: “los equipos y sistemas informáticos de ACCIONA deben tener un uso exclusivamente profesional. No obstante, en aquellos supuestos en los que excepcionalmente se utilicen estos recursos para fines personales, su uso debe ser mínimo, razonable, adecuado y conforme al principio de buena fe contractual”. Los recursos tecnológicos de ACCIONA no pueden utilizarse para: 1) emitir en nombre del grupo opiniones o acceder con igual objetivo a foros o redes sociales, salvo consentimiento expreso a tal efecto. 2) Almacenar o distribuir, ni visitar sitios de Internet con, material inapropiado que atente contra los derechos humanos, la intimidad, el honor, la propia imagen, la libertad religiosa; o contra la dignidad de las personas como racismo, xenofobia, apología de la violencia o del terrorismo, y material pornográfico o de apología sexista. 3) Usar, introducir, descargar, copiar, transmitir, reproducir, distribuir o almacenar cualquier tipo de software, obra editada o invención protegida por la propiedad intelectual o industrial sin la correspondiente licencia o autorización. 4) Realizar o participar en envíos masivos de correos electrónicos con cadenas de mensajes, bromas, o imágenes inapropiadas”.

Cfr., en este sentido, GIL PLANA, J.: “El uso particular por los trabajadores de las nuevas tecnologías empresariales en los códigos de conducta”, *REDT*, 2012, núm. 155 (BIB 2020/2800), pp. 37 y ss.

CC empresarial de SCI, ya citado.

Como ejemplo, cabe citar el código de conducta en redes sociales del Grupo Capgemini o el código de uso de las redes sociales para las empleadas y los empleados del Grupo Banco Sabadell (2011).

CCI Abanlex, cit. CC Banco Santander, art. 44.5: “la creación, pertenencia, participación o colaboración por los sujetos del código en redes sociales, foros o blogs en Internet, y las opiniones o manifestaciones que se realicen en los mismos, se efectuarán de manera que quede claro su carácter personal. En todo caso, los sujetos del código deberán abstenerse de utilizar la imagen, nombre o marcas del Grupo para abrir cuentas o darse de alta en estos foros y redes”.

CC del nuevo NH, ya citado. También Código ético de Endesa, ya cit., no se pueden “enviar mensajes de correo electrónicos amenazantes o injuriosos, no recurrir a lenguaje impropio, no realizar comentarios inapropiados que puedan suponer una ofensa a una persona y/o un daño a la imagen de la empresa”. En igual sentido, CC empresarial de SCI, ya citado (“no se permitirá el uso de la cuenta de correo electrónico para enviar mensajes con contenidos ofensivos, poco éticos, amenazadores, discriminatorios o injuriosos. Del mismo modo, no se admitirá la difusión de correos no deseados, spam, virus ni cualquier otro que contenga código o enlaces maliciosos, así como mensajes en cadena o de envío masivo que no guarden relación directa con las tareas y funciones encargadas”) y CC Sareb de 21 diciembre 2017 (Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.) (“la creación, pertenencia, participación o colaboración por los Empleados en redes sociales, foros o “blogs” en Internet y las opiniones o manifestaciones que se realicen en los mismos, se deben efectuar de manera que quede claro su carácter personal, evitando emitir opiniones sobre Sareb ni en su nombre).

CCI de Goiko-Auto, cit.

---

37

Apartado 5.4 código de conducta del Grupo Sacyr, ya citado.

---

38

CC de PepsiCo, ya citado.

---

39

Código de Conducta del Grupo Mediapro (noviembre 2017).

---

40

CC empresarial de SCI, ya citado.

---

41

CC KH Lloreda, ya citado.

---

42

Código de ética profesional del Grupo Bankinter, apartado 4.2.

---

43

CC global de PepsiCo, ya citado.

---

44

Art. 4.10 CC Grupo Inditex: “Los empleados deben conocer que los documentos y datos contenidos en los sistemas y equipos de tecnologías de la información de Inditex pueden estar sujetos a revisión por parte de unidades competentes de la compañía, o por terceros designados por ésta, cuando así se considere necesario y esté permitido por la normativa en vigor”.

---

45

CC de Down Madrid, ya citado.

---

46

CC de Laviuda.

---

47

CC del nuevo NH, ya citado. CC empresarial de Nestlé, art. 9: “en la medida permitida por la legislación aplicable, la Compañía se reserva el derecho a controlar e inspeccionar el modo en el que los empleados utilizan sus activos”, incluido “todos los correos electrónicos, datos y archivos mantenidos en la red de computadoras de la Compañía”.

---

48

CC de Down Madrid, ya citado. Según el art. 4.2 Código de ética profesional del Grupo Bankinter: “La información almacenada o registrada por el empleado en servidores, medios o sistemas de propiedad del Banco, podrá ser objeto de acceso justificado por el Banco”.

---

Por ejemplo, apartado 5.4 Código del Grupo Sacyr, ya citado: con objeto de asegurar “la empresa se reserva el derecho de monitorizar y analizar periódicamente todos los equipos y sistemas puestos a disposición de sus empleados, dentro del marco de lo establecido en la normativa vigente en cada momento sobre protección de derechos individuales de las personas”.

Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita.

Cfr., también, STC 170/2013, de 7 octubre, que avala la legalidad del control empresarial sobre la cuenta de correo electrónico corporativa utilizada por el trabajador y la no vulneración de sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En el caso de autos, se declara la legalidad de dicho control en atención a: 1) la existencia de una prohibición expresa de uso privado de las herramientas informáticas en el convenio colectivo aplicable, que configura dicha conducta como falta laboral sancionable; 2) la inexistencia de tolerancia empresarial previa en dicho uso, por lo que el trabajador no puede alegar una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad de las comunicaciones realizadas; 3) la existencia de fundadas sospechas de un uso irregular de aquellas (revelación de secretos de la empresa a terceros), y 4) la supervisión notarial del control empresarial del ordenador, realizado por medio de un perito informático.

Cfr. ROJO TORRECILLA, E.: “De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial”. Entrada 14 septiembre 2017.

<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>

Cfr., también, STEDH de 22 febrero 2018, ya citada.

Según MORATO GARCÍA, R. M<sup>a</sup>, “una estrategia autorreguladora que tenga como propósito limitar el papel de la negociación bilateral, restando competencias a las relaciones negociales con los representantes de los trabajadores, será claramente contraria a las competencias que al convenio le atribuyen la Constitución y las leyes laborales” [*Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario*, en el volumen “Ética empresarial y códigos de conducta” (Madrid, 2011) (La Ley 15114/2011), p. 9].

CCI del grupo Cobra, cit.

CCI de Goiko-Auto, cit.

CAMÓS VICTORIA, I., “Despido disciplinario e incumplimiento del código de conducta de la empresa. Comentario a la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 9 febrero 2017”, *Iuslabor* 2/2017.

STSJ Castilla-La Mancha de 9 febrero 2017 (rec. núm. 1697/2016).

60

Véase, por analogía, la STSJ Cataluña de 2 febrero 2011 (rec. núm. 4625/2010), relativa a un caso en el que el código interno sanciona una conducta del trabajador (compra de vehículos en el concesionario en el que se trabaja con descuento para revenderlos por su cuenta de forma inmediata) con la obligación de devolver el importe del descuento del que se había beneficiado e imposibilidad de adquirir otro coche durante dos años. Sin embargo, la empresa aplica directamente el art. 54 ET e impone el despido al trabajador, cuya procedencia es ratificada por el Tribunal *ad quem* por estarse ante una conducta contraria a los especiales deberes de conducta que debe presidir la correcta ejecución del contrato.

---

61

CC de PepsiCo, ya citado.

---

62

CC de PepsiCo, ya citado.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y SU DEFENSA POR LOS TRABAJADORES EN LA NUEVA EMPRESA****2. RÉFORMES DU DROIT DU TRAVAIL ET NÉGOCIATION COLLECTIVE : LE CAS FRANÇAIS****2. Réformes du droit du travail et négociation collective : le cas français**

---

**Labour law reforms and collective bargaining: the french case****(Autor)****RAFAEL ENCINAS DE MUNAGORRI***Professeur à l'université de Nantes (France) rafaেল.munagorri@univ-nantes.fr***Sumário:**[1 Les conventions collectives : du progrès social à la compétitivité des entreprises](#)[1.1.Convention collective et loi](#)[1.1.1.Avant : supériorité de la loi sur la convention collective](#)[1.1.2.Après : reflux du caractère protecteur des lois et prédominance des accords d'entreprise](#)[1.2.Convention collective et contrat de travail](#)[1.2.1.Avant : effet automatique des conventions collectives sous réserve de clauses contractuelles plus favorables](#)[1.2.2.Après : substitution de plein droit des accords de performance aux clauses contractuelles même s'ils sont plus défavorables aux travailleurs](#)[2.Les négociations collectives : des syndicats représentatifs à la collectivité des travailleurs](#)[2.1.Qui peut négocier ?](#)[2.1.1.Avant : monopole syndical et représentativité octroyée](#)[2.1.2.Après : érosion syndicale et représentativité mesurée par l'audience électorale](#)[2.2.Oui peut adopter des accords collectifs ?](#)[2.2.1.Avant : un syndicat représentatif](#)[2.2.2.Après : une majorité de salariés](#)[2 Conclusion](#)**Área do Direito: Trabalho****Résumé:**

Dans un contexte européen marqué par la recherche de compétitivité au sein de la mondialisation, la France a connu de profondes modifications de sa législation du travail – quoique plus tardivement que l'Espagne, l'Italie ou le Portugal. Le cas français se caractérise par un effort du législateur pour accorder plus de poids à la convention collective, en particulier au niveau de l'entreprise, par rapport à la loi et aux contrats de travail. Toutefois, cette tendance ne se situe plus dans une dynamique de progrès social, mais de compromis conduisant à réduire les droits des travailleurs au nom de la défense de l'emploi. La légitimité collective est recherchée du côté de la majorité des travailleurs plutôt que des syndicats. Il en résulte une transformation des finalités de la négociation collective.

**Abstract:**

In the European context of promoting economic competitiveness within globalization, France has recently gone through a major change in labor regulation – even if more lately than Italy, Portugal or Spain. The French case is characterized by an effort of the legislator to give more weight to collective bargaining, specifically at the level of companies, by comparison with statute law and contracts. However, this trend does not anymore take place in a dynamic of social progress, but in a search of compromise leading to reduce the rights of workers in the name of the defense of employment. Collective legitimacy is sought on the majority of workers rather than on unions. Functions of collective bargaining are changing.



**Mots-clés:** Négociation collective, réforme législative, emploi

**Keywords:** Collective bargaining, legislative reform, employment

Lors de mes études en droit du travail, à l'Université de Paris X Nanterre, les séminaires avaient lieu l'après-midi, dans une salle exposée à l'ouest, au soleil couchant. Ce mouvement de déclin du soleil, d'assombrissement progressif, accompagnait la tonalité morose des propos tenus sur l'évolution du droit du travail, le problème persistant du chômage, le recours à des formes atypiques d'emploi, l'émergence de nouvelles précarités, la montée du thème de la flexibilité, la perte d'influence des syndicats. Nous étions en 1988. Que s'est-il passé ces trente dernières années ? Comment apprécier les évolutions du droit de la négociation collective notamment au regard de l'emploi ?

Le deuxième congrès mondial Cielo Laboral 2018 me donne l'occasion d'esquisser certains éléments de réponse. J'en remercie vivement les organisateurs. Je m'excuse aussi auprès d'eux de ne pas m'être projeté d'emblée dans la quatrième révolution industrielle et la mondialisation. Et si mon propos portera sur les défis du futur, cela sera à partir du passé, par une réflexion sur les nouvelles fonctions de la négociation collective<sup>1</sup>. Le cas étudié se limitera au droit français, ce qui m'évitera à la fois de mettre en relief mon ignorance sur les droits des pays voisins et amis, et de m'éviter de parler avec un parfum d'universalisme trop souvent reproché, à juste raison, aux orateurs français. Cela dit, la France n'est pas le seul pays européen à connaître une transformation profonde de son droit du travail, y compris par des réformes législatives affectant le droit des conventions collectives<sup>2</sup>. A tel point que les repères traditionnels s'effacent comme si, pour les plus pessimistes, le droit du travail appartenait à une période révolue, relevant d'une parenthèse dans l'histoire des relations industrielles et sociales.

Le droit du travail fait pourtant encore l'objet d'une forte attention politique en France. Les réformes législatives – qui feront seul l'objet de notre attention – se sont succédé à un rythme soutenu, avec une certaine intensité depuis la présence du ministre de l'économie devenu en 2017 le président de la République Emmanuel Macron. Toutefois, ce n'est plus sous le signe du *progrès social* tel qu'il était entendu à l'époque de la reconstruction, mais sous celui d'un singulier *dialogue social* vecteur de déstabilisations, et selon les commentateurs les plus critiques, de démantèlement et de régressions du droit du travail.

Quelle est la place de la négociation collective dans un contexte de crise où il est moins question de partager les fruits économiques du progrès social que de promouvoir les conditions sociales de la compétitivité ? L'interrogation sera envisagée sous l'angle des normes conventionnelles dans leurs rapports à la loi et au contrat, et sous celui du rôle des syndicats et des travailleurs dans la négociation et l'adoption des accords collectifs.

## 1. Les conventions collectives : du progrès social à la compétitivité des entreprises

Modèle centralisé de droit codifié, législatif et écrit, le droit français hérité du code civil bonapartiste n'était pas culturellement préparé à accueillir un système de normes conventionnelles issu de la négociation des partenaires sociaux. Entre la loi expression du peuple et les volontés des individus, il n'y avait guère de place pour des règles exprimant, par des corps intermédiaires, une loi de la profession ou un régime juridique spécifique à une communauté de travail. Cela explique que les conventions collectives soient apparues assez tardivement en France, leur reconnaissance juridique par les tribunaux étant concomitante de la légalisation des syndicats en 1884 ; avec un premier encadrement explicite par la loi du 25 mars 1919. Depuis lors, le législateur n'a cessé de poser un cadre pour les conventions et accords collectifs de travail. Ce cadre concerne non seulement la formation des conventions, mais aussi leur application. Examinons successivement la place des normes conventionnelles au regard de la loi et des contrats individuels de travail.

### 1.1. Convention collective et loi

A la différence de la loi et des règlements, la convention collective est un procédé libéral de modification du droit. Les conditions de travail ne sont pas fixées de manière autoritaire par le parlement ou le gouvernement, mais par les partenaires sociaux eux-mêmes. La coexistence de la loi et des conventions collectives crée une dynamique. A tel point que les partenaires sociaux ont souvent joué un rôle d'avant garde : selon un schéma maintes fois observé, la convention collective précède la loi. Elle donne l'exemple, anticipe des évolutions à venir ; le contenu de la règle conventionnelle étant repris par une règle légale<sup>3</sup>. Cela concerne surtout des conventions signées au niveau national, interprofessionnel ; ainsi en 2013, l'accord national interprofessionnel sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi a préfiguré la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi.

Toutefois, le sens de la dynamique observée entre normes légales et normes conventionnelles n'est plus le même et il est possible de distinguer un avant et un après. Dans une période marquée par un progrès social continu, les conventions collectives venaient, de manière cumulative, promouvoir des droits sociaux au profit des salariés.

Cette période est désormais révolue. La convention collective a désormais un rôle plus ambigu, en particulier au nom de la sauvegarde de l'emploi.

#### 1.1.1. Avant : supériorité de la loi sur la convention collective

Que les conventions et accords collectifs de travail aient été facteurs de progrès social pour les travailleurs ne fait guère de doute. Les réformes législatives visant à encourager la signature de conventions collectives correspondent à des périodes spécifiques : recherche de la paix sociale en 1919, Front populaire de 1936, reconstruction de l'après-guerre des années 1950, concertation et démocratie sociale des années 1970 et 1980. Les politiques publiques suivantes ne se limitent pas seulement à encourager les conventions, ni à instaurer un droit à la négociation<sup>4</sup> ; elles imposent des obligations légales de négocier<sup>5</sup>.

Ces contraintes visent les employeurs dont on peut comprendre les réticences à s'engager dans un processus ayant pour conséquence d'aboutir à des droits au profit des travailleurs. Initialement hostile à la signature de conventions collectives, le patronat s'est progressivement montré plus ouvert à la voie conventionnelle. Un des tournants se situe lors de l'accord dit « de Matignon » par lequel, il est vrai sous pression des grèves et des occupations d'usines, est reconnu la nécessité d'admettre (sic)

l'existence des contrats collectifs de travail<sup>6</sup>. La loi consécutive du 24 juin 1936 accordera la possibilité aux pouvoirs publics, par la technique de l'extension, de rendre obligatoire à tous les employeurs et travailleurs une convention collective applicable à une profession et une région considérée. Le pouvoir exécutif de l'État est mis au service d'une application généralisée de certaines conventions collectives, ce qui renforce leur statut de règles obligatoires. Qu'il s'agisse de conventions étendues ou non, les normes conventionnelles régissent les conditions de travail et deviennent une source essentielle du droit du travail en France.

Dans un système codifié de législation du travail, l'intérêt d'adopter des conventions et accords collectifs dans les seuls interstices de la loi aurait été fort restreint. Cela aurait conduit à une répartition stricte entre les domaines régis par les lois et règlements et ceux régis par les conventions collectives, laissant un champ réduit à ce dernier. Aussi a été conçue une double articulation de l'application des normes conventionnelles au regard de la loi. Tantôt la loi s'impose de manière absolue et ne laisse nulle place à la convention collective ; elle est impérative sans dérogation possible, et sera parfois dite d'ordre public général ou d'ordre public absolu (par exemple en fixant un âge légal pour travailler ou pour faire valoir sa retraite)<sup>7</sup>. Tantôt la loi n'est impérative que pour fournir une base, un repère (niveau minimum de rémunération ou durée maximum de temps de travail) et peut être améliorée par des dispositions conventionnelles ; la loi est alors impérative dans sa dimension protectrice, mais il est possible d'y déroger dans un sens plus favorable au travailleur, elle peut être améliorée par des dispositions conventionnelles adoptées au niveau de la branche ou de l'entreprise<sup>8</sup> ; elle est alors dite d'ordre public relatif ou d'ordre public social.

Selon une conception classique, la convention collective trouve insertion dans la hiérarchie des normes de droit interne comme une source inférieure à la Constitution, aux lois et aux règlements. Deux conséquences majeures en résultent. D'abord - ce qui n'a guère évolué - du point de vue de ses conditions de formation et de validité, les conventions et accords collectifs de travail relèvent d'un cadre légal : il revient au législateur de fixer le cadre juridique des conventions et accords collectifs de travail. Ensuite - ce qui comme on verra a connu des évolutions - l'application des conventions collectives ne peut contrevenir aux dispositions légales au détriment des travailleurs. Autrement dit, la loi et les règlements priment sur les dispositions des conventions et accords collectifs de travail ; et si la convention collective peut modifier les normes légales ou réglementaires, c'est uniquement, *in melius*, dans un sens plus favorable aux travailleurs. Au demeurant, en cas de dénonciation ou de changement d'une convention collective, le problème posé a été celui de maintenir les avantages individuels acquis par les conventions collectives.

### 1.1.2. Après : reflux du caractère protecteur des lois et prédominance des accords d'entreprise

Les réformes réalisées entre 2016 et 2018<sup>9</sup> confirment une brèche ouverte (de manière paradoxale sous gouvernement socialiste ?) par la loi adoptée le 13 novembre 1982. A l'époque, et pour la première fois de manière aussi explicite, il est en effet prévu par le législateur que les conventions collectives peuvent intervenir *in pejus*, en défaveur des salariés au regard de la loi. Restreinte au domaine de la durée, puis de l'aménagement du temps de travail, cette possibilité de dérogation n'a cessé de s'étendre au gré de réformes successives. Cette évolution d'importance fut relevée par la doctrine la plus modérée : « le principe selon lequel le droit du travail est un droit de protection des salariés se trouve affecté, la dérogation pouvant alors s'avérer moins avantageuse. C'est assurément un élément de « flexibilité » de la norme de droit du travail, mais l'on peut difficilement y voir un progrès au sens où on l'a jusqu'à maintenant entendu »<sup>10</sup>.

Les réformes récentes de 2016 à 2018 ont une ambition plus grande. Elles visent de manière explicite à refonder le droit du travail, à construire un droit du travail sur de nouvelles fondations et à donner plus de poids à la négociation collective.

Cette ambition se traduit en premier lieu par une nouvelle articulation entre la loi et la convention collective. Le schéma proposé comporte une structuration à trois étages : « les règles d'ordre public, le champ de la négociation collective, et les règles supplétives en l'absence d'accord »<sup>11</sup>. Dans le sillage du rapport Combrexelle<sup>12</sup>, l'idée est donc de conférer une place centrale à la négociation collective et aux accords susceptibles d'être conclus dans ce cadre. Mis à part les dispositions d'ordre public, les conventions et accords collectifs ont vocation à régir les relations de travail ; ce n'est qu'à défaut « d'accord » qu'il faut y suppléer en se référant aux autres règles (qui ne sont donc pas d'ordre public). Cette structuration a subi de vives critiques de la part de la doctrine progressiste : la conception de l'ordre public est dégradée<sup>13</sup> ; la mise en cohérence des règles légales et conventionnelles incertaine<sup>14</sup> ; la signification du dialogue social appauvrie ; l'autonomie du droit du travail menacée<sup>15</sup>.

Ces réformes conduisent aussi à marginaliser le principe dit de faveur<sup>16</sup>. Selon ce principe - qui certes a toujours donné lieu à des interprétations diverses - le salarié doit pouvoir bénéficier des normes qui lui sont le plus favorables. Au stade de la formation des règles, cela suppose que des règles de niveau inférieur puissent améliorer des règles de niveau supérieur (la convention collective peut aller au-delà de la loi ; l'accord d'entreprise peut octroyer plus d'avantages que la convention collective signée au niveau la branche). Au stade de l'application des règles, cela signifie qu'en cas de conflit entre des normes émanant de différents actes, c'est la règle la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application<sup>17</sup>.

Le nouveau droit du travail français ne donne pas écho à cette construction doctrinale et jurisprudentielle. Loin de consacrer un principe de faveur, le législateur tend à l'ignorer. D'une part, s'il est toujours possible, pour les conventions et accords collectifs, d'améliorer le sort légal des travailleurs, il l'est surtout désormais de modifier leurs droits par des accords dérogatoires à la loi. Ces dérogations peuvent résulter de dispositions expresses du législateur (y compris dans des domaines qualifiés par le législateur d'ordre public ce qui peut sembler curieux<sup>18</sup>). D'autre part, la nouvelle architecture des normes conduit à un résultat comparable à la dérogation puisque la convention collective prévaut face à des règles supplétives. Dans les deux cas, l'incitation du législateur est claire : le contenu des normes doit être déterminé par des conventions collectives et non plus prioritairement par des lois. D'autre part, le législateur a limité les cas où les conventions peuvent primer sur les accords d'entreprise<sup>19</sup> ; il a même indiqué, lorsqu'elles ont le même objet, que la convention d'entreprise a la primauté sur la convention de branche<sup>20</sup>.

L'objectif des réformes vise à faire prévaloir le niveau de l'entreprise, ce qui n'est pas anodin. Conclut au niveau des

entreprises, les accords ne sont pas susceptibles d'être étendus ou élargis pour bénéficier au plus grand nombre. De plus, ces accords ne procèdent plus d'une logique de progrès social continu ; dans le contexte concurrentiel européen, qui est aussi celui de la mondialisation, le législateur marque sa préférence pour une logique de compétitivité des entreprises. Des accords collectifs (dits donnant-donnant) conduisent à exiger des salariés une flexibilité accrue en contrepartie du maintien de leur emploi. La promotion par le législateur des accords d'entreprise est d'autant plus vigoureuse qu'elle s'accompagne d'une diminution de la capacité de résistance des salariés à partir de leur contrat individuel de travail.

## 1.2. Convention collective et contrat de travail

Comparer les régimes de conventions collectives entre plusieurs pays conduit à aborder une question récurrente : pourquoi et comment une convention collective parvient-elle à régir des relations individuelles de travail ? Différentes théories doctrinales se sont succédé pour justifier ce résultat. Cela dit, jusqu'à présent, il a toujours été possible de maintenir des conditions plus favorables dans le contrat de travail. Or, cela est remis en cause par les réformes intervenues ces dernières années, y compris tout récemment en 2017/2018.

### 1.2.1. Avant : effet automatique des conventions collectives sous réserve de clauses contractuelles plus favorables

La reconnaissance initiale des conventions collectives par le législateur en 1919 s'accompagnait du respect des principes contractuels : les accords collectifs signés ne pouvaient produire des effets sur les contrats individuels que si l'employeur et/ou le salarié concernés étaient membres du groupement signataire. Seulement dans ce cas, la convention collective s'imposait sur le contrat individuel, les clauses contraires étant réputées non écrites et remplacées automatiquement par les dispositions conventionnelles. L'avancée permit de rompre avec une jurisprudence antérieure selon laquelle « aucun principe de droit ne s'oppose à ce qu'un patron et un employé appartenant à des syndicats signataires d'un contrat collectif n'y dérogent par une convention individuelle »<sup>21</sup>. Toutefois, elle n'évitait pas que la sortie du groupement d'un des membres n'entraîne, mécaniquement, la non application de la convention.

Plus énergique, la solution retenue en 1936 maintient ce système pour les conventions dites de droit commun, mais innove par un régime spécifique confiant aux organisations les plus représentatives le soin de négocier et de conclure au sein d'une branche professionnelle, avec la possibilité par la technique de l'extension de rendre obligatoire la convention à des salariés non membre d'un groupement syndical. Se concrétise dans les réformes l'idée d'une loi de la profession, déterminée par les partenaires sociaux, et susceptible d'avoir sur les contrats de travail une force obligatoire comparable à celui d'une règle légale.

Du reste, la logique du principe de faveur entre la loi et la convention collective se retrouve aussi entre la convention collective et le contrat individuel. Si la réforme de 1950 prévoit une application automatique des dispositions conventionnelles, elle ménage l'application de dispositions contractuelles lorsqu'elles sont plus favorables. Le contrat individuel reste le support juridique de la relation de travail ; la convention collective ne saurait y porter atteinte en défaveur du salarié. Pour reprendre une formulation légale toujours en vigueur en 2018 : « lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables »<sup>22</sup> (du contrat individuel de travail).

La généralisation et l'aspect obligatoire des conventions collectives sur les contrats de travail est guidée par le souhait de faire bénéficier les garanties conventionnelles au plus grand nombre, d'étendre les acquis sociaux à l'ensemble des salariés. L'intention est clairement formulée, par exemple, dans la réforme de 1982 « ce texte constitue l'un des fondements de la politique sociale puisqu'il est question de permettre que la politique contractuelle devienne la *pratique privilégiée du progrès social* »<sup>23</sup>. L'une des justifications de l'application des règles conventionnelles consiste dans l'amélioration du sort juridique des travailleurs.

En cas de dénonciation d'une convention collective, ou d'un transfert d'une entreprise d'une société à une autre, les relations de travail restent-elles soumises aux conventions collectives antérieures ? Diverses théories ont essayé d'apporter une réponse (positive ou négative) à partir du lien entre conventions collectives et contrat individuel. Théorie de l'assimilation de la règle conventionnelle à la règle légale. Théorie de l'incorporation des normes conventionnelles au contrat individuel de travail. Théorie de la réception provisoire de la convention le temps de son application au contrat. Si le droit français n'a pas retenu la théorie de l'incorporation, il a envisagé la question sous l'angle du maintien des avantages individuels acquis, que ce soit par voie conventionnelle, ou par voie légale<sup>24</sup>.

### 1.2.2. Après : substitution de plein droit des accords de performance aux clauses contractuelles même s'ils sont plus défavorables aux travailleurs

Le gouvernement socialiste, dès 1983, prend le tournant de la rigueur. Le nouveau premier ministre de l'époque, M. Laurent Fabius, exprime le souhait de rechercher « le point d'équilibre entre la légitime protection des droits des salariés et la nécessaire souplesse de fonctionnement de l'économie de l'entreprise ». L'éclairage rétrospectif montre qu'il s'agit d'une bascule : au cours des deux décennies suivantes, dans un contexte de mondialisation et de concurrence économique accrue au sein de l'Union européenne, l'insistance se fera sans relâche du côté des exigences des entreprises. L'impératif de protection des droits des salariés ne disparaît pas, mais se trouve largement absorbé par la préoccupation de l'emploi, parfois même sous la forme d'une relation de causalité pour le moins simpliste<sup>25</sup>.

L'emploi figure dans le titre de nombreuses lois ces dernières années<sup>26</sup>. Il occupe aussi une place centrale dans des dispositifs successifs imaginés par le législateur dans le domaine de la négociation collective : accords de maintien dans l'emploi<sup>27</sup>, accord de préservation et ou de développement dans l'emploi<sup>28</sup>, accord de performance collective depuis 2018<sup>29</sup>. Ces accords sont caractéristiques du droit de la négociation collective nouvelle période. Le but de l'accord ne s'inscrit plus dans une dynamique de conquêtes sociales ; il vise à maintenir ou préserver les emplois existants au sein d'une entreprise. Il s'agit d'un accord donnant-donnant dont on peut simplifier les termes de la manière suivante : soit les salariés acceptent des sacrifices en diminuant les droits et garanties dont ils disposent et l'emploi est préservé, soit ils refusent et s'exposent à un licenciement

individuel ayant une cause réelle et sérieuse.

Pour parvenir à s'imposer, ces accords devaient surmonter – principe de faveur oblige – l'obstacle de clauses contractuelles plus favorables (prévoyant par exemple une durée, une rémunération, un lieu de travail, etc.) que les dispositions conventionnelles. Tout en maintenant le principe de l'application des dispositions contractuelles plus favorables dans le cas général, le législateur a permis d'y faire entorse lorsque l'accord (dit aujourd'hui de performance collective) vise à « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi ». Concrètement, ces accords peuvent concerner la rémunération, la durée du travail ou encore les conditions de mobilité professionnelle ou géographique. Une fois adoptés, ils s'imposent aux contrats de travail de la manière la plus énergique : « Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail »<sup>30</sup>. Autrement dit, le salarié ne pourra pas opposer ses clauses du contrat prévoyant une rémunération, une durée du travail ou une localisation. Désormais, la formule du texte législatif ne se limite pas à une *suspension* des clauses contraires le temps de la convention, mais à une *substitution* ce qui évoque une modification irrévocable du contrat de travail (y compris dans ses éléments essentiels). Si le salarié vient à refuser, ce qu'il peut faire par écrit dans un délai d'un mois, l'employeur peut engager une procédure de licenciement à son encontre, la rupture ayant alors selon la loi un motif réel et sérieux.

Quelle est la réalité des accords conclus ? Il est trop tôt pour le savoir sous cette dernière formule des accords dits de performance collective, mais le législateur, devant la quasi-absence des accords conclus en 2013-2014 a souhaité à plusieurs reprises rendre ces dispositifs plus attractifs. Si depuis 2015, une trentaine d'accord ont été conclus – ce qui reste très peu au regard des 42200 accords d'entreprise signés en 2016<sup>31</sup> – une publicité certaine a été donnée aux accords liant compétitivité et emploi, pour la plupart conclus par des grands groupes automobiles<sup>32</sup>.

Dans l'ensemble, la doctrine travailliste s'inquiète des orientations législatives en cours. Justifié à l'origine pour sauvegarder les emplois au sein de l'entreprise (accords dits défensifs), le cadre légal proposé permet désormais de procéder par anticipation (accords dits offensifs) afin de mieux améliorer la compétitivité des entreprises. La considération de l'emploi ne donne pas lieu à un encadrement juridique précis<sup>33</sup>. L'emploi ne figure d'ailleurs plus dans la nouvelle dénomination (accord de performance collective) ce qui est révélateur des priorités. Dans l'ensemble, le droit de la négociation collective bascule d'une logique de protection des travailleurs dans un contexte de progrès social à celle de promotion des conditions sociales au service de la compétitivité des entreprises.

La refondation du droit du travail français repose sur le souhait d'un nouveau dialogue social. Mais à quoi correspond ce dialogue et quels en sont les interlocuteurs ? L'interrogation ouvre un pan important des réformes du droit français visant les rôles respectifs des syndicats et des travailleurs dans la négociation collective et l'adoption des accords.

## 2. Les négociations collectives : des syndicats représentatifs à la collectivité des travailleurs

L'émergence d'accords collectifs susceptibles de diminuer les droits des salariés, y compris aujourd'hui au regard de leur contrat de travail, ne pouvait que déboucher sur une réflexion sur la légitimité des syndicats à même de négocier et de conclure valablement les conventions et accords collectifs de travail. Envisageons ces deux aspects successivement.

### 2.1. Qui peut négocier ?

Les syndicats occupent une place privilégiée pour négocier des accords collectifs de travail. Le droit de négocier a d'ailleurs été considéré comme un prolongement de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>34</sup>. Pour autant, les syndicats ne sont légitimes dans ce rôle que s'ils sont considérés comme représentatifs au niveau considéré. La recherche d'une légitimité accrue des syndicats a conduit à des réformes importantes du droit français.

#### 2.1.1. Avant : monopole syndical et représentativité octroyée

Depuis leur légalisation, les syndicats ont été conçus comme des groupements privés, ce qui explique, dans un contexte de liberté, le pluralisme syndical. Cela dit, l'État et les pouvoirs publics n'ont jamais été indifférents aux syndicats, ni à leurs aptitudes à réguler le domaine social. L'idée d'une autonomie collective par laquelle les employeurs et les travailleurs déterminent leurs conditions de travail a donné lieu à un encadrement et à une vigilance étatique. Pour le dire autrement, le législateur, soucieux d'asseoir la légitimité des syndicats, s'est impliqué dans la détermination des critères de représentativité. Relevons que c'est d'ailleurs dans la loi du 24 juin 1936 sur les conventions collectives, à propos des conventions susceptibles d'extension, qu'apparaît pour la première fois la notion « d'organisations professionnelles les plus représentatives »<sup>35</sup>.

Jusqu'à une période récente<sup>36</sup>, l'État a fait le choix de reconnaître, au niveau national et interprofessionnel, un nombre limité de syndicats considérés comme des organisations représentatives. Cette reconnaissance s'est traduite par un fameux arrêté déclarant la liste des organisations syndicales les plus représentatives au plan national<sup>37</sup>, avec des conséquences importantes du point de vue de leur présence dans les instances publiques, de l'exercice des droits syndicaux dans l'entreprise, et bien sûr aussi, de la négociation des conventions collectives. L'expression juridique utilisée a été celle d'une présomption irréfragable de représentativité. Présomption car, indépendamment de leur influence réelle, les syndicats soit directement, soit par affiliation à l'une des cinq centrales syndicales de travailleurs, étaient considérés comme représentatifs. Irréfragable, car il n'était pas possible de contester cette représentativité, par exemple en apportant la preuve que le syndicat en question n'était pas, en fait, représentatif de la collectivité de travail au niveau considéré.

Parallèlement à ce régime déclaratif, d'une représentativité octroyée pourrait-on dire, a coexisté un système de représentativité prouvée, le syndicat devant apporter la preuve de sa représentativité à partir d'une série de critères posés par loi, mais appréciés, en cas de contestation, par le juge. Ce système a permis à certains syndicats de prouver leur représentativité, au niveau d'une branche ou d'une entreprise particulière, mais sans pouvoir toutefois rivaliser avec les grandes centrales syndicales jouissant d'une reconnaissance et de prérogatives plus larges.

Le droit des travailleurs à la négociation collective puise ses fondements dans la Constitution ; il a trouvé prolongement dans la loi du 13 juillet 1971 sous forme d'une obligation de négocier à la charge de l'employeur. Si le droit à la négociation est individuel, il s'exerce collectivement, par l'intermédiaire des délégués assurant la représentation des travailleurs. Les organisations syndicales ont-elles pour autant un monopole pour négocier les accords ? On a pu le penser, y compris sur le fondement de dispositions légales<sup>38</sup>. Cependant, le monopole des syndicats dans la négociation collective n'a pas été reconnu par la Conseil constitutionnel. Si les dispositions de la Constitution française « confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par voie de négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »<sup>39</sup> ; des salariés élus ou titulaire d'un mandat représentatif pouvant donc également participer à la détermination collective des conditions de travail.

Cela dit, il importe surtout de souligner, dans le système français, qu'un seul syndicat considéré comme représentatif a la capacité de négocier un accord collectif pour l'ensemble de la collectivité de travail qu'il représente. Dans un contexte de pluralisme syndical, il suffit donc qu'un seul syndicat de travailleur s'engage pour que l'accord soit valablement conclu avec la partie employeur. Conjugué à la représentativité octroyée, ce système a pu se maintenir tant que les conventions collectives apportaient de nouveaux droits (négociation d'acquisition), mais a été sérieusement contesté à partir du moment où les accords, par voie de contreparties réciproques, pouvaient revenir sur des droits existants (négociation de concession). Comment justifier en effet qu'un syndicat, dont la représentativité repose sur une déclaration administrative qui ne correspond pas toujours à une représentativité réelle, puisse à lui seul mettre en péril les droits des salariés ?

### **2.1.2. Après : érosion syndicale et représentativité mesurée par l'audience électorale**

Le tournant de ces dernières années réside dans le passage d'une représentativité octroyée par les pouvoirs publics à une représentativité fondée sur l'élection. Conscientes des faiblesses du système antérieur, les organisations syndicales et patronales elles-mêmes ont élaboré en 2008 une position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Les partenaires sociaux ont exprimé le souhait que la représentativité ne dépende plus de l'État ni du juge mais repose, dans un esprit de refondation démocratique, sur le vote des salariés, et plus spécifiquement le vote des travailleurs lors des élections professionnelles organisées tous les quatre ans. Au regard de la négociation collective, la position commune exprime une règle de concordance : « la reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale ... lui confère la capacité de négocier à ce niveau (entreprise, branche, national interprofessionnel) où cette représentativité lui a été reconnue »<sup>40</sup>.

Le législateur reprendra pour une large part ces éléments dans la loi du 20 août 2008 établissant un nouveau régime de représentativité syndicale. L'audience électorale aux élections professionnelles devient le critère majeur pour acquérir la représentativité, ce qui « vise particulièrement à opérer une sélection plus stricte des syndicats habilités à négocier »<sup>41</sup>. Elle est mesurée tous les quatre ans aux élections professionnelles. La loi applique des seuils pour chaque niveau de représentativité : 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité économique et sociale pour la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise et de l'établissement<sup>42</sup>, 8 % des suffrages exprimés de ces mêmes élections et de celles prévues pour les entreprises de moins de onze salariés additionnées au niveau de la branche professionnelle<sup>43</sup> ; 8 % également de ces mêmes élections additionnées au niveau interprofessionnel<sup>44</sup>. Ces seuils peuvent paraître faibles et de plus sont calculés à partir des suffrages exprimés et non à partir du nombre d'électeurs. Toutefois, ils permettent de concilier l'idée de pluralisme syndical avec le souhait d'opérer un premier tri entre les syndicats considérés comme représentatifs et les autres. Ce critère d'audience n'est certes pas le seul et les syndicats doivent aussi réunir cumulativement d'autres critères de représentativité qui existaient auparavant pour la plupart. Ces critères sont les suivants : respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, influence, effectifs d'adhérents et cotisations<sup>45</sup>.

Seuls les syndicats considérés comme représentatifs peuvent s'asseoir à la table des négociations et ont le pouvoir de négocier. La capacité de négocier une convention ou un accord collectif est reconnu d'une part aux « organisations syndicales de salariés dans le champ d'application de la convention ou de l'accord », et d'autre part « aux organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement »<sup>46</sup>.

Toutefois, les syndicats de travailleurs connaissent une érosion de leur présence sur les lieux de travail, voire sont quasi-absents de certains secteurs professionnels et entreprises. Dans ce cas, le législateur a prévu plusieurs règles permettant soit au syndicat de donner mandat à un représentant élu du personnel (délégué du personnel non syndiqué par exemple), soit, à défaut, aux représentants élus de négocier eux-mêmes (sans mandat d'un syndicat) une convention ou un accord collectif de travail. Pour remédier à la faible implantation des syndicats ou d'institutions représentatives du personnel, le législateur a donc prévu d'identifier, dans tous les cas, un interlocuteur susceptible de représenter la collectivité des travailleurs dans la négociation, y compris dans le cadre d'accords d'entreprise ou d'établissement.

Il ne faut toutefois pas confondre la capacité à négocier un accord et la capacité à engager la collectivité de travail par un accord valablement conclu. La distinction entre les deux tend à ce creuser par ce qu'il est convenu d'appréhender sous la dénomination d'accords majoritaires<sup>47</sup>.

### **2.2. Qui peut adopter des accords collectifs ?**

Les salariés ne sont pas juridiquement considérés comme partie à une convention collective de travail. Ils ne le sont ni individuellement en tant que travailleur, ni par l'intermédiaire d'un mandat qu'ils auraient conféré au syndicat<sup>48</sup> ; ils ne le sont pas non plus collectivement en tant qu'ensemble des membres du collectif de travail. Cela dit, la situation évolue : si la seule présence d'un syndicat représentatif comme partie à l'accord était suffisante pour lui faire produire des effets, l'idée d'une représentation majoritaire des salariés pour que l'accord soit valide a été inscrite dans le droit positif.

#### **2.2.1. Avant : un syndicat représentatif**



La qualité d'organisation syndicale représentative a, comme on a vu, eu une importance particulière à partir de la loi du 24 juin 1936, d'abord pour les conventions étendues, puis ensuite pour l'ensemble des conventions et des accords collectifs de travail. Déclarées représentatives par l'administration ou reconnues comme telles par voie judiciaire, les organisations syndicales ont pu non seulement négocier des accords mais aussi les conclure valablement dans le champ de leur représentativité. A vrai dire, distinguer une représentativité de négociation d'une représentativité d'engagement n'était alors guère utile. Condition nécessaire, la représentativité était aussi condition suffisante pour engager la collectivité de travail par voie conventionnelle.

Concrètement, il était donc possible à un seul syndicat (même représentant une minorité de salariés) de conclure un accord, celui-ci produisant ses effets malgré l'absence de signature des autres syndicats pour des raisons stratégiques de positionnement. Toutefois, un premier aménagement à cette règle est apparu en 1982 du fait de la possibilité d'accords dits dérogatoires, prévoyant des conditions plus défavorables pour les travailleurs que des dispositions légales relatives au temps de travail. L'émergence de cette négociation de concession s'est accompagnée d'un garde-fou majoritaire, les syndicats représentant plus de 50 % des travailleurs se voyant accorder, à la manière d'un droit de veto, un droit d'opposition permettant de s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord collectif de travail dérogatoire. La solution préfigurait une tendance actuelle à exiger que les conventions et accords collectifs de travail soient approuvés par une majorité de salariés.

### 2.2.2. Après : une majorité de salariés

L'idée majoritaire est simple en apparence : l'adoption d'une convention ou d'un accord collectif de travail suppose l'accord de la majorité des salariés concernés. La signature d'un syndicat représentatif ne suffit plus ; ou du moins cette représentativité doit traduire un accord majoritaire de la collectivité de travail. En pratique, l'idée majoritaire est cependant complexe car le législateur a prévu différentes hypothèses qui ne peuvent être mises sur le même plan et qu'il convient de distinguer<sup>49</sup>.

Le législateur a instauré des seuils distincts pour que les syndicats aient la capacité de négocier et conclure valablement une convention collective. Ainsi dans le cadre des accords interprofessionnels ou des conventions de branche, l'engagement suppose de réunir 30 % des suffrages exprimés des organisations représentatives à ce niveau ainsi que l'absence d'opposition de syndicats représentants 50 % des voix. Il existe donc une condition positive (accord au moins d'une minorité qualifiée) et une condition négative (pas d'opposition de la majorité). Pour les accords d'entreprise, l'engagement de syndicats suppose d'emblée une véritable majorité, soit désormais plus de 50 % des voix lors du premier tour des élections professionnelles. Il en va de même, en l'absence de syndicat, lorsqu'il s'agit d'un délégué du personnel ou d'un représentant élu. Ces accords ne peuvent engager les salariés par un accord collectif que s'ils ont été élus à la majorité des suffrages exprimés lors des élections professionnelles.

En instaurant une majorité d'engagement, le législateur a souhaité accroître la légitimité des conventions et accords collectifs. Toutefois, comme ont pu le relever les commentateurs les plus attentifs, cette exigence est largement factice. Le seuil ne mesure que les suffrages exprimés, qui plus est uniquement pour les syndicats représentatifs. Dans les petites entreprises de moins de onze salariés, le taux d'abstention avoisine les 70 %<sup>50</sup>. Aussi, il est quelque peu excessif de considérer que la majorité des salariés s'est prononcée en faveur d'un accord par l'intermédiaire de leur représentant. De plus, parmi les 30 % de votants, il est possible que des voix se soient portées sur des syndicats n'ayant pu franchir le seuil de représentativité ; elles ne seront pas prises en compte. En définitive, l'objectif des réformes sur ce point semble plus d'accréditer l'idée selon laquelle l'accord est majoritaire que de vouloir mettre en œuvre un processus par lequel une convention ne pourrait être valablement conclue qu'avec l'accord de la majorité effective des salariés.

Toutefois, l'orientation du législateur est surtout de pouvoir aboutir à un accord, y compris lorsque la partie syndicale est faible ou fait défaut. L'innovation la plus marquante constitue, à cet égard, la possibilité de recourir au référendum. La première hypothèse est celle d'un accord d'entreprise conclu avec l'employeur par un syndicat ou un représentant élu, sans que ces derniers disposent de la majorité d'engagement requise. Plutôt que de laisser l'accord lettre morte, le législateur a prévu, par une sorte de ratification, que les salariés puissent se prononcer pour l'approuver directement, par voie de référendum<sup>51</sup>. Primauté est alors donnée à la somme des choix individuels des salariés sur la représentation syndicale.

Le législateur est allé encore plus loin dans le cas de petites entreprises (moins de 11, puis moins de 20 salariés) ne disposant ni de délégué syndical, ni de membre élu. Dans le champ ouvert à la négociation collective, la loi prévoit que l'employeur peut proposer directement aux salariés un « projet d'accord » à la consultation du personnel, afin qu'ils l'approuvent avec une majorité des deux tiers<sup>52</sup>. Le dispositif suscite des critiques légitimes auprès de la doctrine : la dénomination d'accord est abusive en l'absence de discussion, et le procédé ne correspond pas à la formule constitutionnelle où les travailleurs participent, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination de leurs conditions de travail. L'analyse juridique montre qu'il s'agit bien plutôt du vote des salariés sur une décision unilatérale de l'employeur que d'un accord proprement dit.

## 2. Conclusion

Au risque de forcer le trait, la présente étude tend à établir deux périodes du droit de la négociation collective en France. Au cours d'une première période marquée par le progrès social, les conventions collectives de branche, considérées comme des lois de la profession, se situent de manière claire entre la loi et les contrats dans la hiérarchie des sources du droit du travail ; l'application de la norme la plus favorable étant retenue au profit des salariés. Ayant monopole pour négocier, les syndicats sont confortés par le législateur et bénéficient d'une représentativité stable. Dans une deuxième période, contemporaine de la perte de compétitivité des entreprises françaises dans un contexte de mondialisation et/ou de crise financière et économique, les accords collectifs d'entreprise sont promus pour assouplir ce qui est désormais perçu comme des rigidités normatives et permettre, dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, de déroger à la loi dans un sens défavorable aux salariés ; le cas échéant en s'imposant aux contrats individuels de travail. L'audience électorale devient le critère de légitimité principal des syndicats dans un système cherchant à faire prévaloir l'idée d'un accord majoritaire des salariés pour pouvoir valider un accord collectif, y compris parfois en l'absence de présence syndicale effective.

Au sein de l'Union européenne, la France a été l'un des derniers pays à procéder à des réformes importantes de son droit du

travail<sup>53</sup>. La tendance observée n'est sans doute pas originale au regard de ses voisins. Prendre du recul sur une période antérieure de trente ans, avec une accélération depuis les réformes entreprises à partir de la crise économique de 2008, permet de procéder à trois constats sous l'angle des finalités de la négociation collective.

D'abord, la négociation collective était auparavant conçue comme l'un des vecteurs du progrès en droit du travail. Les luttes sociales permettaient d'acquérir des droits nouveaux pour les travailleurs. Cette négociation d'acquisition a cédé progressivement la place à une négociation de compromis où les travailleurs acceptent une diminution de leurs droits et conditions de travail en contrepartie du maintien « de l'emploi ». Toutefois, ces contreparties se traduisent rarement par des obligations concrètes et ne sont pas juridiquement solides. L'emploi est invoqué de manière rhétorique, au sens péjoratif du terme, et devient un totem de la peur.

Ensuite, l'incitation des gouvernements pour dynamiser la négociation conventionnelle a changé de cible. Auparavant, la pression s'exerçait sur le patronat pour qu'il signe des accords. De nos jours, elle s'exerce surtout pour identifier un syndicat et/ou une collectivité de travail susceptible de s'engager dans un accord d'entreprise afin d'améliorer la compétitivité des entreprises. La logique de protection des droits des salariés tend à se dissoudre dans une recherche de propulsion des entreprises.

Enfin, le niveau conventionnel n'est plus valorisé comme la loi de la profession au niveau national, interprofessionnel ou de branche, mais comme la loi d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprise souhaitant adapter aux mieux les conditions sociales de ses travailleurs aux contraintes du marché. Ce déplacement situe la négociation là où l'emprise économique est la plus forte. Il opère aussi une réduction du collectif des travailleurs impliqués. Cela dit, il ne correspond pas pour autant à un retour d'une logique individuelle libérale, puisque la légitimité collective ainsi recomposée vise à vaincre les éventuelles résistances à partir des contrats individuels de travail. De quoi faire percevoir le champ des négociations collectives pour les salariés comme une menace potentielle plus que comme une ressource.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

La négociation collective renvoie ici également aux conventions et accords collectifs de travail. Dans les développements qui suivent on utilisera d'ailleurs convention et accords collectifs de travail comme synonymes même si le législateur français établit une distinction entre les conventions (ayant vocation à traiter l'ensemble des matières relevant de la négociation) et les accords collectifs (traitant un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble). Art. L.2221-2 Code du travail français, (ci-après CT).

2

Laulom S. (eds), *Collective Bargaining Developments in Times of Crisis*, Kluwers, 2018. Selon la classification proposée, L'Italie, l'Espagne et le Portugal relèvent avec la France d'un groupe de pays caractérisés par des interventions législatives visant à décentraliser le système des relations collectives. En ce sens, S. Laulom, « From Decentraliation of Collective Bargaining to De-collectivisation of Industrial Relations Systems? », p. 24.

3

Verdier J.M. et Langlois P., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *Recueil Dalloz*, 1972, p. 258. De manière réciproque, la négociation peut s'emparer d'un projet de loi. Depuis 2008, selon l'article L.1 du Code du travail tout projet de réforme du Gouvernement qui relève du champ de la négociation collective nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable entre les organisations syndicales et patronales en de l'ouverture éventuelle d'une négociation. Verkindt, P.Y., « L'association des syndicats à l'élaboration de la loi », *Droit social*, 2015, p. 954.

4

L. 13 juillet 1971.

5

L. 13 novembre 1982 (obligation pour l'employeur d'engager une négociation, mais non de conclure un accord).

6

Accord de Matignon signé le 7 juin 1936. Art. 1<sup>er</sup> : « La délégation patronale admet l'établissement immédiat de contrats collectifs de travail. »



---

7

« Avis du Conseil d'État du 22 mars 1973 », *Droit social*, 1973, p. 515. Explicitant le texte du code du travail alors applicable : si une convention collective « peut comporter des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur, elle ne peut déroger aux dispositions d'ordre public et de ces lois et règlements ».

---

8

Article 132-4 du Code du travail (ancien) formulait cette règle : « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public définies par ces lois et règlements ».

---

9

Loi du 8 août 2016 (dite El Khomri du nom de la ministre du travail) ; Ordonnance du 22 septembre 2017 ratifiée par la loi du 21 mars 2018.

---

10

Despax M., *Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 2ème éd, 1989, p. 103.

---

11

Cf par exemple L. 3111-3 du Code du travail relatif à la durée du travail, au repos et congés.

---

12

Combrexelle, J.D., *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Paris, Documentation française, 2015.

---

13

Sachs T., « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 585.

---

14

Canu F. et Géa F., « Le droit du travail entre ordre et désordre », *Droit social*, 2016, p. 1038.

---

15

Borenfreund G., « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 781.

---

16

Jeammaud A. « Les principes « de faveur » ont-ils vécu ? », *Revue de droit du travail*, 2018, p. 177.

---

17

Selon un arrêt de la chambre sociale Cour de cassation, 17 juillet 1996, n°95-41313, il s'agit d'un principe fondamental du droit du travail.

---

18

Article L. 2242-1 du Code du travail relatif à la négociation obligatoire en entreprise.

---

Article L. 2253-1 CT définit 13 hypothèses où les conventions de branche, lorsqu'elles le stipulent expressément, ont la primauté sur la convention d'entreprise « sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes ».

Article L. 2253-3 CT.

Cour de cassation, Civ. 16 décembre 1908, *Dalloz Périodique*, 1909. I.76.

La formulation est restée inchangée ; cf l'article L. 2254-1 CT.

Auroux cité in Le Goff, J., Du silence à la parole. Droit du travail, société, État (1830-1985), Quimper, Calligrammes, 1985, p. 292.

Article L. 132-8 du Code du travail ancien issu de la loi de 1982.

« Cette résistance [à partir du contrat] bride alors les effets positifs d'un tissu conventionnel adapté à chaque contexte, qui présente l'avantage de mieux concilier l'efficacité économique, *donc* emploi, et fonction protectrice du droit du travail ». (C'est nous qui soulignons), Barthélémy J. et Cette G., « Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation », *Droit social*, 2018, p. 70.

Loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ; loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; Ordonnances du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail.

L. du 14 juin 2013, art. L. 5125-1 CT ancien.

L. 22 septembre 2017, art. 2254-2 CT ancien.

L. du 21 mars 2018, art. 2254-2 CT.

L. 2254-2 III CT.

32

La presse se fait l'écho de ces accords. Ex. « La CFDT s'engage à signer l'accord de compétitivité chez Renault » , *Le Monde économie*, 09.01.2017. L'article précisant : « Le gouvernement assure que ce type d'engagement, échangeant flexibilité contre-emploi, a le vent en poupe ».

---

33

Voir respectivement les points de vue contrastés de Souriac M.A et de Morand M., « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi », *Revue de droit du travail*, 2013, p.17.

---

34

CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97.

---

35

La notion a été reprise de la mise en place l'Organisation internationale du travail.

---

36

2008 voir *infra* 2.1.2.

---

37

Décision du 8 avril 1948 modifiée par un arrêté du 31 mars 1966 reconnaissant au plan national et interprofessionnel comme organisations représentatives : la Confédération générale du travail (CGT), Force ouvrière (FO), la Confédération française démocratique du travail (CFDT), la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), la Confédération générale des cadres (CGC).

---

38

Art. L.411-17 CT (ancien) issu de la loi du 13 novembre 1982 « sont seules admises à négocier, les conventions et accords collectifs de travail, les organisations de salariés constituées en syndicats ».

---

39

Conseil constitutionnel, 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, Pélissier J. et al., *Grands arrêts de droit du travail*, n°157, Paris, Dalloz, 4ème éd, 2008.

---

40

Position commune du 9 avril 2008, art. 4-1.

---

41

Borenfreund G. « Représentativité syndicale et négociation collective », *Droit social*, 2013, p. 300.

---

42

Art. L. 2122-1 Code du travail

---

43

Art. L. 2122-5 et L. 2122-10-1 CT.

---

44

Art. L. 2122-9 CT.

---

45

Art. L. 2121-1 CT.

---

46

Art. L. 2231-1 CT.

---

47

Borenfreund, G.

---

48

Sans évoquer un mandat, la Cour de cassation, dans un arrêt relatif à l'application d'une convention collective, a récemment introduit l'idée que les salariés participaient directement par leur vote à « l'habilitation » des organisations syndicales représentatives. Cass. Soc., 27 janvier 2015, n°13-23818.

---

49

Auzero G., « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Droit social*, 2018, p. 154.

---

50

Op. cit., note 20.

---

51

Art. L.2232-23-1, L.2232-24, L. 2232-25 CT *in fine*.

---

52

Art. L. 2232-21 CT.

---

53

Voir par exemple, les contributions de T. Coelho Moreira pour le Portugal, de Y. Maneiro Vázquez et José María Miranda Boto pour l'Espagne, et Piera Loi pour l'Italie, in Laulom S. (eds), *Collective Bargaining Developments in Times of Crisis*, Kluwers, 2018, Chap. 7, 8 et 9.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y SU DEFENSA POR LOS TRABAJADORES EN LA NUEVA EMPRESA****3. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA ECONOMÍA DIGITAL: ¿HACIA UN MOVIMIENTO OBRERO DIGITAL?****3. Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?****Collective employment rights in the gig economy: towards a digital labour movement?****(Autor)****FERNANDO FITA ORTEGA***Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España) fitaf@uv.es***Sumário:**[1.El impacto de la organización productiva en torno a las plataformas digitales sobre las relaciones de trabajo](#)[2.Los derechos de representación, negociación colectiva y huelga en el trabajo prestado a través de las plataformas digitales: cuestiones previas](#)[3.La representación de los trabajadores de las plataformas digitales](#)[4.El derecho a la negociación colectiva y huelga en el trabajo a través de plataformas](#)[4.1.La negociación colectiva en los empleos digitalizados](#)[4.2.Las medidas de conflicto por parte de los trabajadores de las plataformas digitales](#)[5.Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

El fenómeno de la economía colaborativa y demás realidades económicas surgidas en torno a las plataformas digitales ha producido un fuerte impacto en el sistema de relaciones laborales. Esta nueva realidad no solamente provoca dificultades a la hora de decidir si los prestadores del servicio son o no trabajadores por cuenta ajena y, por consiguiente, si se les aplica o no la normativa laboral y, en su caso, cómo se adapta la misma a la concreta realidad en la que se organiza y presta el trabajo en ellas. Otros aspectos vinculados al ordenamiento jurídico laboral se ven igualmente afectados, entre ellos el ejercicio de los derechos colectivos tales como los de representación, negociación y huelga. La disgregación de los trabajadores que provoca la realidad productiva de las plataformas digitales, al no existir un espacio geográfico que permita aproximar a quienes se ven en una similar situación, dificulta la generación de una comunidad de intereses que se encuentra en la base de las estructuras de representación del personal, lo que está poniendo en cuestión la tradicional representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de representantes elegidos por los trabajadores en el seno de las empresas. Surge así un primer reto con respecto a los derechos colectivos de los trabajadores que constituye, además, un reto para la pervivencia de las organizaciones sindicales: cómo favorecer la representación de los trabajadores de las plataformas frente al empresario. Estos retos afectan igualmente a los instrumentos de autotutela colectiva, como son la negociación colectiva y la huelga, ambos estrechamente vinculados al primero de los desafíos mencionados.

**Abstract:**

The impact of gig economy on industrial relations is undeniable. This new reality causes difficulties in deciding whether those working for digital platforms have any legal protection coming out from employment legislation. Nevertheless, this is just one aspect to solve as many other aspects regarding employment legislation are equally affected as collective employment rights, that is to say, all rights regarding workers' representation, collective bargaining and the right to strike. Disaggregation is one of the characteristics of platform as there is not a common place (the undertaking) where they perform their activity. Under such a circumstance is much more difficult to settle institutions for representing workers' interest at the company level, and for fulfilling the main collective rights as collective bargaining and strike. This is the challenge.

**Palabras Clave:** futuro del Derecho del trabajo, derechos colectivos laborales - economía digital, movimiento obrero digital  
**Keywords:** future of labour law, employment collective rights, gig economy - digital employment movement

## 1.El impacto de la organización productiva en torno a las plataformas digitales sobre las relaciones de trabajo

El fenómeno de la economía digital<sup>1</sup> está afectando las relaciones entre capital y trabajo, en un proceso evolutivo, deshumanizador<sup>2</sup>, del trabajo, que tiende a dar satisfacción al deseo del capital de desvincularse de las obligaciones que pudieran derivarse frente a quien presta sus servicios para él, ya sea porque dicho proceso tiene su causa en esta motivación, o bien porque, simplemente, aquel alejamiento resulta como una consecuencia natural del mismo.

Con el surgimiento de las plataformas digitales se ha afianzado la tendencia dirigida a la consolidación de un modelo de trabajo sin derecho<sup>3</sup>, libre de las cargas que le impone una regulación dirigida a limitar el poder de gestión y contratación del empresario. En buena medida, el trabajo a través de plataformas digitales<sup>4</sup> se puede enmarcar dentro de los fenómenos patológicos de huida del derecho del trabajo, que viene considerado como un obstáculo a la libre gestión empresarial de la mano de obra y a la maximización de la eficiencia de los modos de producción, con objeto de obtener beneficios. Por medio de esta forma de organización de la actividad se da satisfacción a dos aspiraciones empresariales. De una parte, el alejamiento de quien se beneficia del trabajo respecto de quien lo presta; de otra, el abaratamiento de los costes empresariales por la vía de retribuir exclusivamente el trabajo efectivamente prestado, trasladando a quien lo lleva a cabo el riesgo propiamente empresarial derivado de la falta de compradores de los bienes producidos y/o servicios prestados por la organización productiva.

De este modo, con la aparición de las plataformas digitales se culmina el camino descentralizador seguido por las empresas, por el que se facilita el alejamiento entre quien presta servicios y quien los recibe, y que fue iniciado por medio de la generalización de las contratas y subcontratas como forma de organización de la actividad productiva; avanzó con la eclosión de las empresas multiservicios, que vinieron a rivalizar con las empresas de trabajo temporal aprovechando sus ventajas competitivas, y concluye –por el momento– con las plataformas digitales, donde el ocultamiento de la persona del empresario alcanza un mayor grado de sofisticación.

Junto a lo anterior, esta nueva forma de organización empresarial supone un paso novedoso en la tendencia a pagar por el trabajo efectivamente prestado, que tuvo en el ordenamiento español el reflejo del contrato a llamada –rechazado por la jurisprudencia española<sup>5</sup>– pero que persiste en buena medida por los abusos y fraudes existentes en materia de contratación, y que en otros países se ha admitido –no sin ciertas matizaciones– como es el caso del contrato *zero hours* del Reino Unido<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, y considerando que algunos de los servicios prestados a través de las plataformas entrañan riesgos más que notables para la salud e integridad física de quienes los llevan a cabo<sup>7</sup>, es evidente que se necesita de algún mecanismo de tutela que otorgue protección a ese colectivo, y que contribuya a crear un régimen de trabajo *realmente humano*<sup>8</sup>, aunque se contente semejante aspiración con hacer humanamente más soportables los sacrificios considerados indispensables para el progreso tecnológico y económico<sup>9</sup>. El Derecho del Trabajo, en sentido amplio, ha sido el encargado a *civilizar* el conflicto social que se encuentra en su origen<sup>10</sup>, sin hacerlo desaparecer. Lo ha hecho a través, esencialmente, de tres vías: La creación de un sistema de protección ante el infortunio, por el que se ponga remedio a la situación en la pueda encontrarse el prestador de servicios impedido temporalmente para el desempeño de su actividad, con la correlativa merma de su capacidad de obtener ingresos para su subsistencia. La segunda a través del establecimiento, mediante la actividad normativa del Estado, de unos mínimos inderogables en las condiciones de trabajo que protejan al trabajador en su situación de debilidad contractual. La tercera, mediante el reconocimiento y promoción de los derechos colectivos de los trabajadores, como forma de autotutela colectiva de éstos ante la presión dominante del capital para imponer sus condiciones de trabajo. Este documento de centra en la exploración de esta tercera vía de tutela de derechos de quienes prestan servicios a través de las plataformas, la cual presenta diversas dificultades para su puesta en práctica.

## 2.Los derechos de representación, negociación colectiva y huelga en el trabajo prestado a través de las plataformas digitales: cuestiones previas

Como advertencia previa debe señalarse que este estudio estaría, en principio, orientado al análisis de derechos laborales, como lo son el de representación de los trabajadores, negociación colectiva y huelga, y las dificultades para su implementación en el ámbito del trabajo prestado, en régimen de subordinación, a través de las plataformas digitales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer obstáculo para la plena eficacia de los derechos colectivos en el trabajo realizado a través de plataformas se deriva de la dificultosa labor de determinación de la laboralidad de la prestación de servicios, siendo que, ya sea como resultado intencionadamente buscado o como consecuencia connatural a esta forma de organización productiva, el trabajo prestado a través de las plataformas digitales presenta peculiaridades que dificultan su calificación jurídica, las cuales vienen a añadirse a otras complejidades preexistentes en muchas de las actividades que ahora se materializan a través de plataformas. En este sentido, y respecto de la actividad de transporte (que es la que hasta la fecha ha generado controversia judicial) cabe destacar que a la complejidad que presenta la calificación jurídica de la actividad consistente en el transporte cuando el transportista es propietario del vehículo<sup>11</sup>, se suma la que resulta de la interposición de una aplicación digital a través de la cual se organiza la actividad productiva.

Sobre este particular cabe destacar que el tradicional sistema de indicios seguido por los tribunales a la hora de la valoración de la laboralidad de la prestación de servicios se ha venido empleando igualmente –como no podía ser de otra manera– con el trabajo prestado mediante plataformas digitales<sup>12</sup>. Y este sistema de indicios se ha demostrado eficaz en el levantamiento del velo de una supuesta relación mercantil, para acabar reconociendo la existencia de una relación laboral<sup>13</sup> o cuasi-laboral<sup>14</sup>, que ha permitido reconocer ciertos derechos a quienes prestan sus servicios mediante plataformas digitales cuya titularidad no les corresponde.

El punto de partida de esta labor de indagación acerca de la naturaleza del vínculo jurídico que une al prestador del servicio con quien le facilita el servicio a realizar lo constituye la irrelevancia del *nomen iuris* (calificación que las partes hagan del contrato que les une) así como de todos otros aquellos aspectos formales de la contratación dirigidos a negar la existencia de una relación puramente laboral (como lo es la exigencia de alta en el régimen profesional de trabajadores autónomos). En este sentido, resulta revelador cómo en los contratos celebrados entre prestadores de servicios y titulares de las plataformas se ha comenzado a utilizar un vocabulario que tiende a alejar el concepto de trabajo asalariado. De este modo, por lo que se refiere al caso español, los titulares de las plataformas imponen un lenguaje a utilizar en la formalización jurídica de la relación que les une con los prestadores de servicio donde se evita emplear términos como *trabajador* (sustituyéndolo por el de *prestador de servicios* o *usuario*) *salario* (sustituyéndolo por *pago del servicio*) *horarios* (prefiriendo *disponibilidad para el servicio*) *uniforme* (aconsejando el término *ropa de reparto*) contratación (recomendando el término *colaboración*)<sup>15</sup>.

En estos casos nos encontramos ante una operación de maquillaje que persigue eliminar cualquier atisbo de laboralidad, suprimiendo términos propios del contrato de trabajo. Ciertamente, como tal operación de maquillaje de nada servirá si la forma y modo en la que se lleva a cabo la actividad desmiente ese alejamiento y conduce al reconocimiento de un contrato de trabajo. Ahora bien, en otras ocasiones los cambios introducidos no son meramente formales, sino que afectan al modo en el cual se presta el servicio, lo que incide en la calificación jurídica del negocio que le da cobertura legal<sup>16</sup>.

De este modo, son esenciales las cuestiones relativas a si el prestador de servicios tiene libertad para rechazar el servicio propuesto o, por el contrario, es sancionado de alguna manera por ello; si puede desconectarse de la aplicación sin advertencia previa o puede proceder libremente a buscar a una persona que lo sustituya para un o unos servicios determinados; si tiene la obligación –formalmente reconocida o impuesta por las condiciones de trabajo– de trabajar en exclusiva con una determinada plataforma; si debe pasar por un proceso de selección o formación previo a la descarga de la aplicación y su inclusión en el listado de prestadores del servicio, o si existe un protocolo rígido de trato con el destinatario del servicio impuesto desde la plataforma; si se controla la actividad prestada mediante mecanismos de geolocalización o cualquier otro que vaya más allá del mínimo control de calidad del servicio prestado; quién determina la zona de actuación y el precio del servicio; cómo se produce el pago del servicio (directamente por el destinatario final del servicio o a través de la plataforma)... Sobre este sistema de indicios cabría realizar una reflexión acerca del aporte de la herramienta de trabajo, pues normalmente se considera que el medio de trabajo –en los casos del transporte– es el vehículo con el que se lleva a cabo el transporte de pasajeros (Uber) o de mercancías (UberEat; Deliveroo, Glovo...) sin embargo cabría plantearse si, en realidad, el verdadero medio de trabajo lo es la aplicación digital en sí, a través de la cual se vehicula, por lo demás, la relación de subordinación del trabajador al titular de la plataforma.

En cualquier caso, parece palmario que ya se trate de trabajadores autónomos o trabajadores dependientes, todos necesitan de alguna protección jurídica que garantice la prestación de servicios con unas mínimas condiciones de trabajo, pues la cultura del *emprendimiento* que se lleva impulsando en los últimos tiempos, y que se refuerza mediante las plataformas, no puede conducir a un deterioro progresivo de las condiciones de vida y de trabajo derivado de una subasta a la baja del precio del trabajo realizado<sup>17</sup>.

### 3. La representación de los trabajadores de las plataformas digitales

Como indicaba anteriormente, este estudio partía inicialmente del análisis de la aplicación de las instituciones laborales de representación, negociación y huelga, dentro del contrato de trabajo, en el trabajo prestado a través de plataformas digitales, por lo que otras reflexiones acerca de los derechos colectivos de trabajadores –incluyendo a los autónomos– de las plataformas no serían objeto específico del mismo, pese al interés que pudiera suscitar. Sin embargo, este enfoque reductivo del impacto de las plataformas digitales en el mundo del trabajo pone de manifiesto una primera frustración: la que deriva del hecho de que con él queda fuera de todo análisis la situación de quienes prestan sus servicios en verdadero régimen autónomo (el caso de los falsos autónomos habría que dilucidarlo y resolverlo ante los tribunales) necesitados igualmente de tutela, lo que plantea la cuestión de la necesidad de ampliar el objeto de estudio, desdramatizando la alternativa entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, o sea entre “*un bosque de normas, garantías, y vínculos y el desierto*”, lo que resulta absolutamente indispensable por cuanto también los trabajadores *atípicos* deben poseer plena titularidad de derechos individuales indisponibles en tanto que no dejan de ser ciudadanos<sup>18</sup>.

Comenzando por la primera de las instituciones, la representación, cabe hacer notar que la institución de la representación legal de los trabajadores –como toda la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo– ha corrido históricamente pareja a las diversas formas de organización del trabajo, siendo éstas –como destaca SUPLOT<sup>19</sup>– las que determinan los contornos de los colectivos que constituyen la base de los mecanismos de acción representación y negociación colectiva. De este modo, en la organización preindustrial, basada en un trabajo diversificado por oficios, los sistemas de representación y acción eran eminentemente corporativos, donde los artesanos formaban asociaciones en función de su profesión –los gremios– con objeto de proteger los secretos del oficio, así como para aumentar la influencia y los ingresos de los artesanos, protegiendo el precio de los productos elaborados. Con la industrialización, la identidad colectiva que integra la “comunidad de trabajo” en la que se comparten unos mismos intereses y preocupaciones, y que constituye la base de las estructuras representativas y su actuación frente al empresario, se genera en torno a la empresa. Es ese espacio geográfico el que va a determinar el surgimiento de unos intereses comunes cuya aparición se utilizará como elemento de presión frente al empresario a la hora de fijar las condiciones de trabajo.

El fenómeno de la descentralización productiva ha afectado al surgimiento de dicha comunidad de intereses, pues en contraposición con una estructura de carácter bilateral en la que el trabajador se encuentra, individual o colectivamente, frente al empresario, la descentralización provoca que los trabajadores se vean sometidos a dos –o más– empresarios distintos, en lo que podría denominarse una “comunidad de trabajo” sin autoridad única<sup>20</sup>, lo que dificulta la aparición de interlocutores representativos de la colectividad de intereses<sup>21</sup>.

Este fenómeno se ha visto agravado con la aparición de las plataformas digitales –sublimación de la descentralización– y la tendencia a su generalización en el mercado de la prestación de servicios, cuyos efectos precarizadores ya se han evidenciado,



poniendo de relieve, además, la ausencia de unos interlocutores organizados en torno a unos intereses comunes. Esta nueva forma productiva dificulta enormemente una representación y acción colectiva, pues además de favorecer la dispersión de quienes prestan el servicio al desaparecer la base física sobre la que se sustenta el trabajo por cuenta ajena (el lugar y el tiempo de trabajo) fomenta su diversificación favoreciendo la aparición de intereses contrapuestos entre quienes prestan los servicios, dado que en muchos casos se genera y potencia la competencia entre ellos<sup>22</sup>.

Esta nueva realidad, si bien no ha acabado con la empresa como marco de referencia del derecho colectivo del trabajo, ha hecho emerger nuevas formas de producción que coexisten con aquel modelo, y para la que las tradicionales estructuras de representación de los trabajadores –asentadas en una visión bilateral y de carácter nacional de las relaciones laborales– no dan adecuada respuesta. Por otra parte, como destacase el Director de la Oficina Internacional del Trabajo, al hilo de la mundialización de la economía, en su Memoria en la octogésimo-quinta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo 1997, mientras que hasta el presente el marco de referencia dentro del cual se propugnaban y defendían los valores de la justicia social venía constituido por el integrado por cada Estado, ahora las comparaciones se hacen respecto de trabajadores de un mismo grupo industrial u oficio en todo el mundo<sup>23</sup>.

¿Cabría, entonces, plantearse el resurgimiento de una representación de carácter gremial, esta vez de ámbito internacional, para la defensa de los intereses del colectivo de trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales? Una propuesta de estas características conllevaría una relativa pérdida de la trascendencia de la naturaleza jurídica de la actividad –laboral o no– por lo que se refiere a la tutela de los derechos de quienes trabajan mediante plataformas, siendo lo más trascendente la pertenencia al “gremio”. Con una representación de este tipo se lograría crear una representación que aglutinase a trabajadores, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, de las plataformas digitales y, al tiempo, hacerlo desde una perspectiva internacional cada vez más necesaria.

El reto que afronta semejante propuesta es el de determinar el sujeto con poder político y normativo encargado de dar soporte jurídico a este tipo de organizaciones, un “tercero” que garantice su eficacia a través de su fuerza obligatoria<sup>24</sup>. En el ámbito de los bloques político-económicos de carácter regional que han ido emergiendo en las últimas décadas cabría destacar en papel de “tercero” asumido por la Unión Europea. Dentro de este ámbito político se han promovido, cuando menos, dos iniciativas dirigidas a la obtención de una internacionalización de las estructuras de representación de los trabajadores, y ello a pesar de la limitación de competencias que la Unión Europea tiene en materia de política social<sup>25</sup>. La primera, la referida a la constitución de Comités de Empresa Europeos. La segunda en el marco del desplazamiento transnacional de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Con relación a la primera de las iniciativas mencionadas cabe recordar que en el ámbito de la Unión Europea las estructuras de representación de los trabajadores dejaron de revestir, hace ya dos décadas, una dimensión estrictamente nacional mediante la implantación de niveles de participación en las empresas de dimensión comunitaria (Directiva 94/45/CEE, actual Directiva 2009/38/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria) implementando, además, unos derechos de información comunes para los trabajadores de las empresas o centros de trabajo radicados en Europa que cuenten con una cierta dimensión en términos de volumen de empleo (Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea)<sup>26</sup>.

Mediante la constitución de estructuras de representación y participación de ámbito supranacional se pretendió dar respuesta a la nueva realidad de empresas transnacionales a la que el derecho nacional en materia de representación no daba una respuesta adecuada<sup>27</sup>. Mediante el reforzamiento de los derechos de información y consulta de los trabajadores con la Directiva 2002/14/CE se quiso evitar situaciones de conflicto como la surgida a raíz del cierre de la fábrica Renault-Vilvoorde (Bélgica) en 1997, cuando la empresa anunció en rueda de prensa, sin ningún tipo de consulta o información previa a los representantes de los trabajadores, el desmantelamiento de la fábrica que Renault tenía en dicha localidad belga<sup>28</sup>, procurando fortalecer el diálogo social y las relaciones de confianza mutua<sup>29</sup>.

Un segundo impulso dado a la creación de estructuras de representación internacionalizadas desde el ámbito de la Unión Europea se propició con la Directiva 2014/67/UE<sup>30</sup>, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. En esta disposición de 2014 se reconoce el derecho de iniciar procedimientos judiciales o administrativos a trabajadores desplazados también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados, y a los sindicatos (así como de otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de estas Directivas) con el fin de implementar las Directivas 2014/67/UE y la Directiva 96/71/CE, así como garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de ambas normas, sin perjuicio de *las demás competencias y derechos colectivos de los interlocutores sociales, y de los representantes de los trabajadores y de los empresarios que contemplen el Derecho o las prácticas nacionales*.

Por otra parte, dentro de las medidas de control del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria en casos de desplazamiento transnacional de trabajadores, la Directiva 2014/67/UE prevé que los Estados miembros puedan imponer a la empresa que desplace trabajadores la obligación de designar una persona de contacto<sup>31</sup>, si es necesario, que actúe como representante a través de la cual los interlocutores sociales pertinentes puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas en el Estado miembro de acogida, de acuerdo con el Derecho y las prácticas nacionales, durante el período en el que se presten los servicios.

Son estas iniciativas pioneras que persiguen la búsqueda de interlocutores para el fomento del diálogo social en un contexto de economía internacionalizada, con objeto de humanizar las condiciones de trabajo de quienes se ven afectados por la nueva realidad productiva, así como por la necesidad de actuar en el marco de la competencia entre las empresas. Con ello se supera, en alguna medida<sup>32</sup>, la lógica neoliberal<sup>33</sup> de la defensa de la libertad de circulación de los trabajadores como paradigma en la resolución de los conflictos surgidos como consecuencia de la internacionalización de la actividad productiva, siendo un claro exponente de la misma las sentencias *Viking* y *Laval* del Tribunal de Justicia europeo. Destaca, en este sentido, que mientras la

Directiva 96/71/CE se refería de forma prioritaria a la libre circulación de personas y servicios, así como a la realización del mercado interior, como consideraciones a tener en cuenta a la hora de justificar la adopción de esta disposición, los considerandos primero de las Directivas 2014/67/UE y 2018/957/UE señalan que *la libertad de circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios fundamentales del mercado interior de la Unión que están consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Unión profundiza en la aplicación de esos principios con el fin de garantizar la igualdad de condiciones para todas las empresas y el respeto de los derechos de los trabajadores.*

Pero estos mecanismos de búsqueda de una legitimidad normativa a estructuras de representación que desenvuelvan eficazmente su función en el ámbito descentralizado e internacionalizado propio, en buena medida, de la economía digital, no son suficientes. En primer lugar, por cuanto su ámbito geográfico no es global, sino limitado a un espacio geográfico limitado aun cuando éste sobrepase la dimensión nacional. En segundo, por cuanto contempla la actuación dentro de la empresa, aun cuando se trate de una empresa multinacional, o en el marco de una descentralización internacional de prestación de los servicios.

Con relación a esta segunda limitación, en el ámbito de la Unión Europea se han promovido dos interesantes iniciativas<sup>34</sup> dirigidas a extender algún tipo de tutela, entre otros, a quienes prestan sus servicios a través de los nuevos empleos favorecidos por la digitalización –trabajadores por cuenta ajena o propia-, si bien se plantean como mecanismos de heterotutela, proveniente de las instancias políticas, y no como mecanismos de promoción de la autotutela colectiva de los derechos de los trabajadores, dada la limitación competencial de la Unión Europea en la materia. De este modo, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea Bruselas<sup>35</sup>, de 21 de diciembre de 2017, pretende ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, al constatar las divergencias entre el actual acervo social de la UE y la reciente evolución del mercado de trabajo, donde la aparición de nuevas formas de empleo está dejando al margen de toda protección a un número cada vez mayor de trabajadores, lo que se valora, además, desde el punto de vista de la competencia (advirtiendo del riesgo de una competencia basada en recortar los estándares sociales, *con las consiguientes consecuencias perjudiciales, también para los empleadores sujetos a una presión competitiva insostenible*<sup>36</sup>) y desde la sostenibilidad del Estado del Bienestar (dado que las consecuencias negativas de dicha situación alcanza también a los Estados miembros, que se ven privados de ingresos fiscales y de cotizaciones a la seguridad social)

Una segunda iniciativa dirigida a la extensión de protección a los trabajadores por cuenta propia, así como a los trabajadores *no convencionales*, está constituida por la Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia de 13 de marzo de 2018<sup>37</sup>. Iniciativa que tiene como objetivo incentivar a que los Estados miembros permitan que todas las personas que trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia se afilien a los sistemas de protección social correspondientes; tomen medidas que permitan que todas las personas que trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia acumulen y hagan valer derechos adecuados como miembros de un régimen y faciliten la transferibilidad de los derechos de protección social entre los diferentes regímenes, e incrementen la transparencia en relación con los sistemas de protección social y sus derechos. Se trata, en definitiva, de promover acciones para superar la barrera derivada de que en la mayoría de los Estados miembros *las normas que rigen las cotizaciones y los derechos de los regímenes de protección social se basan, en gran medida, en los contratos indefinidos a tiempo completo entre un trabajador y un empleador único, mientras que la cobertura de otros grupos de trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia ha sido más marginal.*

Como señalaba anteriormente, estas medidas no se dirigen a favorecer la organización y defensa colectiva de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales, constituyendo mecanismos de tutela implantados heterónomamente –eso sí, con cierta participación de los agentes sociales en su elaboración-. La limitación de competencias de la Unión Europea supone un primer obstáculo para que la misma actúe como ese “tercero” que construya un entramado jurídico que proporcione soporte a una estructura de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores que prestan sus servicios en las nuevas formas de empleo surgidas con ocasión de la digitalización.

Por ello, en la actualidad ese papel lo podría ocupar la O.I.T., quien hasta el momento se ha limitado a dictar recomendaciones dirigidas a promover una mejor protección de los trabajadores<sup>38</sup>. Sin embargo, su estructura tripartita y el proceso de adopción de sus Convenios y Recomendaciones dificultan enormemente que la O.I.T. llegue a asumir aquella función, dado el rechazo patronal a impulsar medidas de tutela de los trabajadores de los nuevos empleos bajo el argumento que las mismas mermarían la necesaria flexibilidad de las empresas y afectarían su potencialidad para generar empleo<sup>39</sup>. De otra parte, tampoco la estructura de la O.I.T. acompaña, en la medida en que la construcción de una nueva gobernanza de la O.I.T., más radicalmente abierta a la participación de otros sectores de la sociedad civil que proporcione respuesta a los retos derivados de las nuevas realidades sociales surgidas ante la fragmentación y gran diversidad de intereses y/o la aparición de otras solidaridades transfronterizas alternativas a la sindical y la empresarial, resulta una opción nada atractiva a sus actuales integrantes. En este sentido, como recoge BONET PEREZ<sup>40</sup>, haciendo irónica referencia al distanciamiento entre el sector trabajador y el sector empleador, se ha afirmado que: *The only topic on which unions and employers found themselves in full agreement was the need for the ILO to remain a tripartite organization and to exclude NGOs and civil society organizations from any formalized access to the organization.*

Así las cosas, ante la falta de un agente vertebrador de la posible (y deseable) estructura de representación de los intereses de quienes prestan sus servicios a través de las plataformas, y dada la dificultad del sindicato de clase para erigirse en representante de sus intereses, van emergiendo figuras de representación transnacional, no institucionalizada, de los mismos, sin que el sindicato –en buena medida defensor de su *statu quo* al tiempo que del propio *statu quo* del derecho del trabajo<sup>41</sup>– acabe, de momento, por erigirse en voz representativa de aquellos, constituyendo éste uno de sus nuevos retos. Se trata de movimientos como el integrado por la plataforma *faircrowd.work* (<http://faircrowd.work>) creada a partir de la declaración Frankfurt “Paper on Platform-Based Work”<sup>42</sup>, con la que se aspira a la gobernanza del trabajo mediante plataformas, propugnando, entre otras cuestiones, el derecho a la organización de quienes trabajan en estas condiciones. Similar objetivo

persigue la plataforma *RidersXDerechos*, creada en mayo del 2017 por las repartidoras y repartidores de empresas como Deliveroo, Glovo o UberEats, con objeto de procurar la defensa de sus derechos. Estas plataformas promueven la colaboración entre operadores de plataformas, trabajadores, organizaciones de trabajadores, clientes, investigadores y reguladores, con objeto de introducir valores democráticos a los nuevos lugares de trabajo digitales como vía de escape de un feudalismo digital, en una reedición de lo que supusieron las leyes Auroux a principio de los años 80 del siglo pasado en Francia<sup>43</sup> por las que se impulsó la transformación del “Código del Trabajo” en el “Código de la democracia económica”, al considerar, ya en aquél entonces, que la respuesta que debe darse a la crisis no puede ser de carácter autoritario, sino descentralizada y basada sobre el diálogo social, de forma que favorezca la negociación colectiva y se dirija a reducir el conflicto social.

#### 4.El derecho a la negociación colectiva y huelga en el trabajo a través de plataformas

El análisis de la situación de los derechos de acción tradicionalmente vinculados al movimiento obrero (negociación colectiva y huelga) corre en buena medida paralelo al que se acaba de efectuar con relación a la representación de los trabajadores, siendo que la dificultad de encontrar con interlocutores que pongan voz a los intereses del colectivo de trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales repercute en las posibilidades de articular mecanismos de negociación colectiva de las condiciones de trabajo, así como de la puesta en marcha de instrumentos de presión que provoquen la ruptura del poder hegemónico de “las plataformas” a la hora de imponer las condiciones de trabajo. En cualquier caso, el que haya dificultades de articulación de estos mecanismos de defensa colectiva de los derechos no quiere decir que no se estén ya produciendo.

##### 4.1.La negociación colectiva en los empleos digitalizados

La necesidad de reaccionar en búsqueda de unas condiciones de trabajo dignas ha provocado la movilización de los trabajadores de las plataformas, quienes han empezado a ver materializadas sus movilizaciones, entre otros aspectos, con la negociación de convenios colectivos de plataformas –de ámbito nacional- venciendo las dificultades que cabe encontrar para articular la fijación de unas condiciones mínimas de trabajo mediante acuerdos colectivos. Los factores sociales de naturaleza no jurídica, consistentes en la presión ejercida por quienes desenvuelven su actividad productiva en condiciones precarias, una vez han conseguido organizarse en reclamación de una tutela mínima, está suponiendo, una vez más, un elemento determinante en la propagación de fórmulas de fijación de unas condiciones de trabajo mínimas<sup>44</sup>.

De este modo, como se anticipaba, ya existe algún ejemplo -con matices peculiares- de superación de las trabas existentes a una negociación colectiva en plataformas de quienes prestan sus trabajos a través de plataformas, como es el caso del convenio colectivo firmado en Dinamarca entre la plataforma de servicios de limpieza HILFR<sup>45</sup> y el sindicato 3F<sup>46</sup>, que se autocalifica como el sindicato con mayor número de afiliados de Dinamarca. Este convenio afecta a los prestadores del servicio de limpieza a través de la plataforma HILFR, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que les una con la misma, estableciendo unas condiciones mínimas de trabajo que se diferencian en función del carácter autónomo del prestador del servicio (*Freelance Hilfrs*)<sup>47</sup> o laboral/cuasi-laboral (*Super Hilfrs*)<sup>48</sup>.

Con esta iniciativa se ha conseguido superar algunas dificultades para establecer un diálogo social en el sector de las plataformas. Dificultades derivadas de la calificación jurídica de la prestación de servicios de quienes trabajan a través de plataformas; de la complejidad que entraña la identificación del empresario y, por ende, la contraparte negociadora; de la normativa que regula la prestación de servicios en régimen de competencia no falseada, así como de la dificultad para identificar el lugar de trabajo. Sin embargo, el camino a recorrer es todavía largo, resultando imprescindible extender el ámbito territorial de estos convenios más allá de la empresa, dándole un alcance sectorial y transnacional. Los obstáculos que se presentan para alcanzar este objetivo no son desdeñables, pues afectan, entre otros aspectos, a la legitimación negocial por parte de la “patronal” de las plataformas, cuya identificación en el plano nacional ya es de por sí dificultosa, y que presenta una mayor complejidad en el ámbito internacional. Ciertamente, la consideración de la plataforma como empresario (laboral o no) y la ampliación de tutela más allá de los lindes de la subordinación, como se sugiere en la comentada Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia de 13 de marzo de 2018, podrían facilitar la superación de este obstáculo.

Por otra parte, restaría resolver el problema de la legitimidad negocial por parte de los prestadores de servicios a través de plataformas. En el caso danés antes expuesto resulta más fácil atribuir esa legitimidad, dado el elevado índice de afiliación sindical en aquél país (67.2 según datos de la OCDE en 2017) No obstante, en otros países afectados por una menor tasa de afiliación sindical, y donde los sindicatos tradicionales están siendo cuestionados por parte de los trabajadores de los nuevos empleos emergentes, dicha legitimidad resulta mucho más discutible, incrementándose los problemas en el caso de perseguir una negociación sectorial transnacional.

Finalmente, por lo que se refiere a la negociación colectiva del trabajo mediante plataformas, debería afrontarse el reto de los contenidos de la negociación, limitados en la referida primera experiencia de acuerdo colectivo a retribución, vacaciones, incapacidad temporal, obligaciones fiscales, y programa de jubilación, aspectos demasiado pegados a los términos cuantitativos del intercambio que propicia un contrato de trabajo o de prestación de servicios, debiendo abordarse cuestiones no menos trascendentes en términos de formación, conciliación entre vida laboral y vida personal/familiar, o de protección frente a cualquier forma de acoso y discriminación, dado que ésta puede ocultarse más fácilmente mediante la interposición de un algoritmo, que puede querer presentarse como elemento objetivo de selección del trabajador cuando, en realidad, puede encubrir criterios discriminatorios.

##### 4.2.Las medidas de conflicto por parte de los trabajadores de las plataformas digitales

La dificultad de trasladar instrumentos de tutela y presión típicamente laborales a los nuevos empleos a través de plataforma digitales surge, precisamente, de la tradicional vinculación de estos derechos a la relación laboral. Este obstáculo es de mayor intensidad que el que se produce con relación a la negociación colectiva, puesto que, frente a lo que ocurre con aquella – respecto de la que existe el reconocimiento legal a un cierto derecho a la negociación colectiva de trabajadores autónomos en

países como en España<sup>49</sup>, las interpretaciones que se han efectuado del derecho de huelga lo han limitado al ámbito laboral, reconociendo muy limitadamente las medidas de acción colectiva consistentes en el cese de la actividad productiva en caso de trabajadores autónomos, considerados como situaciones de *lock out*, cierres patronales a los que únicamente se les reconoce su legalidad cuando responden a una finalidad defensiva (ante situaciones, por ejemplo, de huelga ilegal o abusiva, que pueden alterar el equilibrio en el sacrificio que sufren trabajadores y empresarios como consecuencia de la huelga<sup>50</sup>).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que ni se excluyen completamente las formas de acción colectiva de los trabajadores<sup>51</sup>, ni los trabajadores “autónomos” han dejado de plantear medidas colectivas consistentes en el cierre temporal de su actividad productiva como medida de presión frente a quien interviene en la regulación de su actividad (el Estado)<sup>52</sup>, o frente a la empresa que impone las condiciones de empleo, desbordando el ámbito nacional de la movilización en una suerte de *huelga global*<sup>53</sup>. De este modo, por lo que se refiere a la primera de las afirmaciones efectuadas, téngase en cuenta que los derechos de reunión y manifestación constituyen derechos civiles que pueden ser empleados por todos para la reivindicación de derechos, sin otros límites que se trate, en el caso del derecho de reunión, de una reunión pacífica y sin armas y, en el caso de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dé comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes<sup>54</sup>.

Al albur de estos derechos, también los trabajadores de las plataformas han planteado movilizaciones exigiendo el reconocimiento de sus derechos, y ello a pesar de la dificultad que entraña el ejercicio de acciones como la huelga en el trabajo mediante plataformas, dadas las facilidades para cubrir la actividad de los trabajadores huelguistas en este marco productivo amparándose, en principio, en el derecho a no secundar la huelga<sup>55</sup>. Movilizaciones dirigidas no solamente a ejercer una presión directa contra los titulares de las plataformas, sino también a favorecer la visibilización de su situación de precariedad, adoptando medidas que afectan muy directamente a la ciudadanía, como lo son las convocatorias de manifestaciones masivas dirigidas a ocupar el espacio público (fundamentalmente las vías públicas) con la consiguiente alteración de la vida urbana, “perjuicio” que se suma al que sufren los ciudadanos, en tanto que consumidores, al no poder disfrutar de los servicios prestados a través de las plataformas<sup>56</sup>. Además, este impulso a la visibilización de la situación de precariedad también se está favoreciendo mediante la promoción de iniciativas que buscan obtener el apoyo de esa ciudadanía respecto de las reivindicaciones que se plantean. La ciudadanía se convierte, de esta manera, en el colectivo sobre el que se sustenta en muy buena medida la acción reivindicativa de los trabajadores de estos nuevos empleos.

Por lo que se refiere a la búsqueda del apoyo social a sus reivindicaciones cabe destacar, por lo demás, la pérdida de presencia de los agentes sociales que tradicionalmente han promovido la defensa de unas condiciones de trabajo dignas -los sindicatos-. De este modo, buena parte de las reivindicaciones se están gestionando a través de los nuevos medios que ha puesto a disposición internet y la era digital. Así, a la sombra del éxito de las campañas de denuncia promovidas a través de plataformas como *change.org* o *avaaz.org* -plataformas que cabría calificar de generalistas- han ido apareciendo otras plataformas y aplicaciones de defensa específica de unas condiciones de trabajo dignas. Plataformas como *coworker.org*<sup>57</sup>, o *theworkerslab.com*<sup>58</sup> y aplicaciones como *workitapp.org*<sup>59</sup>, o *Mensakas*<sup>60</sup>, que están encauzando una nueva forma de organización de la movilización obreras, poniendo los cimientos de lo que se podría considerar un *movimiento obrero digital* de alcance internacional.

Puede así observarse que si la era digital ha impactado en la forma de producción y organización de la actividad empresarial, también lo está haciendo en la forma de organización y defensa de los intereses de los trabajadores, mermando el espacio de acción de los agentes que tradicionalmente han tenido encomendada esa función -los sindicatos- hasta el punto de haber obtenido un reconocimiento constitucional en numerosos países<sup>61</sup>. Con ello se pone de manifiesto, una vez más, que el principio de solidaridad sigue constituyendo el principal obstáculo que impide que el Mercado se imponga totalmente frente al orden jurídico<sup>62</sup>, principio que pervive pese a los ataques dirigidos a la liquidación de toda forma de coalición humana que se encuentra, como destaca SUPLOT, en la base de la solidaridad<sup>63</sup>.

## 5. Conclusiones

El debate acerca de la inadecuación del derecho del trabajo ante los retos que le plantea el cambio tecnológico en un contexto de nueva estructuración del tejido productivo, y donde predomina la necesidad de responder a los retos de la competitividad planteados por una economía globalizada, no es nuevo, encontrándose la norma laboral constantemente “bajo sospecha de inadaptación a la “revolución” tecnológica y a las nuevas realidades por ésta inducidas”<sup>64</sup>.

De este modo, se ha suscitado el temor de la ineficacia del Derecho del Trabajo frente a las diversas válvulas de escape, fraudulentas o no, de su aplicación, subrayándose el riesgo de convertirlo en un derecho ineficaz al transformarlo en un derecho de las minorías, lo que iría en contra de su vocación de asegurar unos niveles de protección adecuados a todo aquel que vive de su trabajo<sup>65</sup>.

Para evitar ese riesgo, el Derecho del Trabajo debe revestirse de una “fuerte disponibilidad a la renovación”, con objeto de lograr que no pierda en el nuevo milenio su función de instrumento eminente para la consecución de la justicia social<sup>66</sup>, debiendo tender hacia una corrección ponderada de sus normas, diversificando -tal y como ya en el pasado ha ocurrido- el alcance de su tutela<sup>67</sup>, matizando en algunos casos la misma y, en otros, extendiéndola a sectores del ordenamiento jurídico no regulados por el Derecho del Trabajo<sup>68</sup> e incluso, como ocurrió en el caso español con la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, interponiendo una categoría intermedia entre el trabajador laboral en sentido estricto y los trabajadores autónomos. En la medida en que la noción de subordinación ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo, escribía SUPLOT<sup>69</sup>, *tal vez habría que establecer un nuevo régimen jurídico para la persona que trabaja que rebase los límites actuales del trabajo asalariado*.

Resulta evidente que el trabajo subordinado ha dejado de ser hace ya tiempo el único necesitado de tutela<sup>70</sup>, y los nuevos empleos surgidos con la digitalización lo ha vuelto a poner en evidencia, no siendo suficiente combatir los supuestos de fraude en la calificación de la relación que une al empresario y al trabajador que presta sus servicios a través de una plataforma, sino que es necesario, además, proporcionar tutela también a quienes no son trabajadores subordinados<sup>71</sup>. Con ello se conseguiría

graduar las consecuencias de la calificación de la relación, de forma que no se pretenda extender el mismo grado de protección a situaciones diversas<sup>72</sup> y, por otra parte, que se evite una dualidad del mercado de trabajo, fragmentado entre sujetos protegidos y sujetos excluidos<sup>73</sup>.

Pero la legislación no basta para afrontar los retos que implica este nuevo tipo de empleo: el movimiento obrero, sus representantes y formas de actuación, también están sufriendo una metamorfosis, debiendo adaptarse a una nueva realidad en la que cabría hablar de un *movimiento obrero digital* que, a diferencia del *movimiento obrero del proletariado* surgido de la revolución industrial, estaría caracterizado por tratarse de un *movimiento obrero del precariado* nacido –o, por lo menos, consolidado– con la revolución digital<sup>74</sup>. Este nuevo movimiento obrero, llamado a coexistir con el movimiento obrero tal y como lo conocemos ahora –pues, por lo menos de momento, la nueva realidad no ha hecho desaparecer, a pesar de sus transformaciones, la organización productiva nacida de la revolución industrial<sup>75</sup>– estaría posibilitando dar respuesta a las exigencias de defensa profesional internacional de muchos de los prestadores de servicios a través de las plataformas, permitiendo superar los obstáculos derivados de ordenaciones jurídicas asentadas sobre los parámetros de bilateralidad de las relaciones laborales y de nacionalidad de los marcos jurídicos reguladores.

El momento es, en todo caso, inicial. Los sujetos e instituciones encargados de institucionalizar la civilización del conflicto social, que está en la base del mecanismo tuitivo creado en torno al Derecho del Trabajo, están empezando a reaccionar ante la nueva realidad emergente. El problema deriva de la celeridad cada vez mayor de los cambios<sup>76</sup>, y de la lentitud que demuestran aquellos sujetos e instituciones para adaptarse a los mismos.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Esta publicación se enmarca en el proyecto del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Retos 2017, con el título “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” DER2017-83488-C4-3-R.

2

SUPIOT, A., *Au-delà del’emploi* (Lonrai, 2016) Flammarion, p. XVII.

3

LYON CAEN se preguntaba, en 1994, si el contrato de trabajo internacional –que, señalaba, tiende a convertirse en, casi, el único modelo de contrato posible– puede llegar a ser un contrato sin derecho. LYON CAEN, G., “The evolution of Labour Law”, en AA.VV., *Labour Law in the post-industrial era* (Aldershot, 1994) Dartmouth Publishing Co Ltd p. 104.

4

Se evita conscientemente en este texto la expresión de *economía colaborativa* que refleja una realidad en esencia distinta al trabajo a través de las plataformas digitales, en la que el trabajo prestado aparece como medio de subsistencia de quien lo lleva a cabo.

5

En este sentido, SSTs de 17 de diciembre de 2001 (recursos nº 66/2001 y 68/2001)

6

Así, el Employment Appeal Tribunal, en su sentencia de 26 de marzo de 2018 (*Roddis v Sheffield Hallam University*) reconoce el derecho de quienes hayan sido contratados bajo esta modalidad el derecho a ciertos derechos previstos para los trabajadores contratados a tiempo completo.

7

Caso, por ejemplo, de los *riders*, sometidos a la presión por efectuar rápido el reparto con un vehículo que no ofrece la protección deseable, y con el que se desarrolla la actividad en un medio hostil, como son las vías urbanas de las ciudades.

8

SUPIOT, A., *Au-delà del'emploi*, cit., p. XLVI. Sobre esta cuestión este mismo autor se pregunta si la aspiración a un régimen de trabajo realmente humano resulta compatible con la organización científica del trabajo y la movilización total del capital humano dentro de una competición generalizada. *La Gouvernance par les nombres* (Paris, 2015), Insitute d'études avancées de Nantes (FAYARD), p. 329.

---

9

SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 335.

---

10

Sustituyendo las relaciones de fuerza por relaciones de derecho en la resolución del conflicto social. SUPLOT, A., "Por qué un Derecho del Trabajo", *Documentación Laboral* nº. 39/1993, p. 17.

---

11

Como ejemplo de esa dificultad cabe referirse a la sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de febrero de 1986 (Roj: STS 10925/1986) Un repaso a la jurisprudencia en torno a esta compleja cuestión puede encontrarse en la STS de 18 de mayo de 2018 (recurso núm. 3513/2016. Roj: STS 2263/2018).

---

12

Sobre el particular véase TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa* (Valencia, 2017) Tirant Lo Blanch, pp. 52 y ss.

---

13

En el caso español, la sentencia nº 244/2018 del Juzgado de lo Social nº. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, en la que se reconoce la existencia de una relación laboral entre un *rider* y la empresa titular de la plataforma virtual *Deliveroo* (Roadfoods Spain S.L.U.) para el reparto de comida y bebida a domicilio, tras analizar los elementos definitorios de la laboralidad y aplicar el sistema de indicios. Aplicando el mismo sistema, la sentencia nº 284/2018 del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018, considera inexistente la relación laboral en este caso por no acreditarse los indicios de laboralidad.

---

14

En el caso del Reino Unido cabe referirse, entre otras, a las sentencias del Employment Tribunal -London Central- *Aslam & Others v Uber BV* (2016) Case nº. 2202550/2015, de 28 de octubre de 2016 o *Dewhurst v CitySprint UK Ltd* (2016) Case nº 2202512/2016, casos en los que se reconoce que la prestación de servicios a través de plataformas, en determinadas condiciones, permite reputar al prestador de servicios como *worker* (categoría que reconoce al prestador de servicios un abanico de derechos laborales más limitado que el que tienen reconocido los *employees*, vinculados mediante contrato de trabajo) flexibilizando los criterios legales que permiten otorgar tutela al trabajador, de modo que se les reconozca alguna protección aun cuando no quepa calificar al trabajador como subordinado (en este sentido, Employment Tribunal -London Central- *Aslam & Others v Uber BV* (2016) apartado 75, donde recuerda la decisión adoptada en *Byrne Brothers (Formwork) Ltd-v-Baird & others* [2002])

---

15

Véase [https://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/noticias/horarios-salario-uniforme-las-palabras-prohibidas-de-deliveroo-para-evitar-problemas-legales-con-sus-autonomos\\_2017091559bc32e00cf2b1432c81e4a0.html](https://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/noticias/horarios-salario-uniforme-las-palabras-prohibidas-de-deliveroo-para-evitar-problemas-legales-con-sus-autonomos_2017091559bc32e00cf2b1432c81e4a0.html) (último acceso, 1 de septiembre de 2018). En el caso del Reino Unido, la empresa propietaria de la plataforma Uber procedió a una modificación terminológica abogando por el uso de los términos *customer* -en lugar de *partner*- para designar a quien presta el servicio a través de la plataforma; *user* -en lugar de *customer*- para referirse a quien se descarga la aplicación para su uso, o *service fee* -por *commission*- para designar el precio abonado por servicio prestado (Employment Tribunal -London Central- *Aslam & Others v Uber BV* apartado 37).

---

16

En este sentido, en el Reino Unido, *Central Arbitration Committee*, Case number: TUR1/985(2016) 14 de noviembre de 2017 en el Reino Unido (sobre Deliveroo) decisión en la que se reconoce una alteración esencial en los términos de prestación de la actividad (se admite que no se trabaje en exclusiva, de modo que existen "trabajadores" que prestan servicios para varias plataformas; se admite la sustitución del *rider*, facilitando la posibilidad de que el "trabajador" busque un sustituto; se reconoce la posibilidad de que el "trabajador" rechace los servicios propuestos, sin que ello constituya motivo de sanción; siendo, por lo demás, que el control de la



plataforma respecto de la actividad del “trabajador” es muy inferior al preexistente.

---

17

Como ejemplo de la posible actuación de la plataforma digital como escenario de una subasta, a la baja, de los precios de los servicios en virtud de una oferta deslocalizada de los mismos, puede verse la plataforma brasileña *hubjur* (<http://www.hubjur.com.br/>) dirigida a contratar *on line* los servicios jurídicos de abogados.

---

18

ROMAGNOLI, U., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*. (Bologna. 1995) Il Mulino, pág. 198.

---

19

SUPIOT, *Au-delà del’emploi*, cit., p. 131.

---

20

LAFUENTE HERNÁNDEZ, S.; JAMAR, D.; MARTÍNEZ, E., “Respuestas sindicales ante el desafío de la empresa-red: sector petroquímico y nuclear”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* nº. 34(1)/2016, p. 153.

---

21

Sobre el particular, véase FITA ORTEGA, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral* nº. 107/2016, pp. 29 y ss., y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales” *Documentación Laboral* nº. 107/2016, pp. 47 y ss.

---

22

Al prestar servicios en un mercado global en el todos concurren y en el que son evaluados, en función de los denominados sistemas reputacionales, por los destinatarios del servicio. FITA ORTEGA, F., y GOERLICH PESET, J.M., “Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI: crisis económica y transformación del modelo productivo” en *Arxius de Ciències Socials* nº 36/37, 2017, p. 45.

---

23

*La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización*, octogésimo-quinta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997.

---

24

SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 413.

---

25

El art. 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que las disposiciones que puedan adoptarse en virtud del régimen competencial atribuido por este artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.

---

26

Esta directiva incluye en su ámbito de aplicación a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores; o a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores, así como a los grupos de empresa de dimensión comunitaria, tal y como se encuentran definidos en el art. 2.1 de la Directiva.

---

27

La Directiva 94/45/CE, señala, en este sentido: *Considerando que el funcionamiento del mercado interior lleva aparejado un proceso de*



concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones y asociaciones y, en consecuencia, una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas; que, con objeto de asegurar que las actividades económicas se desarrollen de forma armoniosa, es preciso que las empresas y grupos de empresas que trabajen en varios Estados miembros informen y consulten a los representantes de los trabajadores afectados por sus decisiones;

Considerando que los procedimientos de información y consulta a los trabajadores previstos en las legislaciones o prácticas de los Estados miembros no se adaptan con frecuencia a la estructura transnacional de la entidad que adopta la decisión que afecta a dichos trabajadores; que esta situación puede dar lugar a un trato desigual de los trabajadores afectados por las decisiones dentro de una misma empresa o de un mismo grupo de empresas.

---

28

HUERTAS BARTOLOMÉ, T., "Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea", *Cuadernos Relaciones Laborales*, Vol. 20 Núm. 1 (2002) p. 130. De alguna manera, a esta cuestión se hace implícita referencia en el Considerando 6 de la Directiva: *La existencia de marcos jurídicos a nivel comunitario y nacional destinados a garantizar la participación de los trabajadores en la marcha de las empresas y en las decisiones que les conciernen no siempre ha impedido que se hayan adoptado y hecho públicas determinadas decisiones graves que afectan a los trabajadores sin que se hayan observado previamente procedimientos adecuados de información y de consulta.*

<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-conditions/the-closure-of-renault-vilvoorde>

---

29

Considerando 7: *Es necesario reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, aumentar la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de ésta.*

---

30

Cuya finalidad es la de *garantizar que se respete un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, en particular que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, facilitando al mismo tiempo el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores de los mismos y promoviendo la competencia leal entre ellos, apoyando así el funcionamiento del mercado interior.*

---

31

Que no tiene por qué ser necesariamente la misma que la designada para enviar y recibir documentos o notificaciones, sin que deba de estar presente en el Estado miembro de acogida, aunque tiene si tenga que estar disponible previa solicitud razonable y justificada.

---

32

Con relación a la Directiva de 2014, Rodríguez Piñero, sostiene, sin embargo, que dicha disposición *no afecta a la interpretación de la Directiva 96/71, ni corrige la doctrina del cuarteto Laval* (por Laval, Viking, Ruffert y Luxemburgo). RODRIGUEZ PIÑERO, "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE", *Derecho de las relaciones laborales*, 5/2016, p. 411.

---

33

Lógica por la que se opera la reducción de la vida humana a la vida económica y ésta a la economía del mercado (SUPLOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 414).

---

34

Ambas en desarrollo del principio nº. 12 del Pilar Europeo de Derechos Sociales que preconiza el derecho a una protección social adecuada por parte de los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia.

---

COM(2017) 797 final.

Pese a ello, los representantes patronales se opusieron a la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva, como se indica en la propuesta, *sobre la base de preocupaciones relacionadas con la flexibilidad para las empresas y el potencial de creación de empleo, así como con la subsidiariedad*.

COM(2018) 132 final.

Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202) y Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204).

Rechazo que se pone en evidencia en la propuesta de Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, así como en la Recomendación número 198 de la OIT sobre la relación de trabajo. En este sentido, BONET PEREZ, J., "El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT: Aproximación jurídica a una crisis institucional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 26, pp. 10 y 11 (nota a pie de página 44).

BONET PEREZ, J., "El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT...", *cit.*, p. 8 (nota a pie de página 23) donde cita a BACCARO, L. and MELE, V., "Pathology of Path Dependency?: The ILO and the Challenge of New Governance", *Industrial and Labor Relations Review*, nº 65/2012, 2, p. 217.

Lo que encuentra su explicación, según SUPLOT, en el bajo número de afiliados y la posición de fuerza de las empresas en un contexto de desempleo masivo y de libre circulación de capitales y mercancías. SUPLOT, A., *La Gouvernance par les nombres...* *cit.*, p. 339. Sobre la situación del sindicato en la actualidad, véase FITA ORTEGA, F., y GOERLICH PESET, J.M., "Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI: crisis económica y transformación del modelo productivo", *cit.*, p. 45.

[https://www.igmetall.de/docs\\_20161214\\_Frankfurt\\_Paper\\_on\\_Platform\\_Based\\_Work\\_EN\\_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf](https://www.igmetall.de/docs_20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf)

Reformas que tenían por objeto hacer que el ciudadano lo fuera también dentro de la empresa, tal y como pone de relieve la paradigmática frase pronunciada por AUROUX: "*ciudadanos en la ciudad, los trabajadores también deben serlo en la empresa*". "Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre". *Collection des rapports officiels. La Documentation Française*, Septiembre, 1981. p. 3. Sobre la democratización de las relaciones laborales en nombre de la lucha contra la crisis, véase AA.VV. (dir. LYON CAEN, A. y JEAMMAUD, A.) *Droit du Travail, Democratie et Crise* (Arles, 1986) Actes Sud, pp. 24 y ss.

Como ocurriera antaño con la inclusión en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo de mensajeros, artistas, toreros o deportistas profesionales. SALA FRANCO, T., en AA.VV. *Derecho del Trabajo* (Valencia, 2000) Tirant lo Blanch, p. 217.

<https://hilfr.dk/>

---

46

<https://www.3f.dk/english>

---

47

Manteniendo esta condición tanto quienes prestan servicios a través de otras plataformas como a quienes ya restaban servicios con esta plataforma antes del acuerdo conseguido con el sindicato.

---

48

Una presentación del acuerdo puede encontrarse en <https://hilfr.dk/about-super-hilfrs>

---

49

Así, el art. 13 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, reconoce la posibilidad de alcanzar acuerdos de interés profesional, negociados conforme a las reglas del Código Civil y dotados de una eficacia personal limitada a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello.

---

50

Art. 12 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

---

51

El art. 19.1.c de la Ley 20/2007, de 11 de julio, reconoce el derecho de los trabajadores autónomos a ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales.

---

52

Así ha ocurrido en España, entre otros, con farmacéuticos, titulares de gasolineras, o titulares de licencias de taxis.

---

53

[https://www.lavanguardia.com/economia/20180723/451043211735/huelga-internacional-ryanair-amazon-deliveroo.html?facet=amp&utm\\_campaign=botones\\_sociales\\_app&utm\\_source=twitter&utm\\_medium=social&\\_\\_twitter\\_impression=true](https://www.lavanguardia.com/economia/20180723/451043211735/huelga-internacional-ryanair-amazon-deliveroo.html?facet=amp&utm_campaign=botones_sociales_app&utm_source=twitter&utm_medium=social&__twitter_impression=true)

---

54

Art. 21 Constitución Española.

---

55

[http://www.liberation.fr/chroniques/2018/07/13/face-a-l-algorithme-l-impossible-greve-des-livreurs-a-velo\\_1666107](http://www.liberation.fr/chroniques/2018/07/13/face-a-l-algorithme-l-impossible-greve-des-livreurs-a-velo_1666107).

---

56

Un ejemplo reciente de este tipo de movilizaciones, intentando maximizar su impacto y reducir el perjuicio padecido por el prestador del servicio lo ha constituido, la huelga de los repartidores de Glovo, calificada como de *huelga colaborativa*, en la que los *riders* optaron por desconectarse en masa de la aplicación durante unas pocas horas del fin de semana, colapsando la aplicación.

[https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-09-10/glovo-paralizan-zaragoza-riders-precariedad\\_1613740/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-09-10/glovo-paralizan-zaragoza-riders-precariedad_1613740/)

En todo caso, esta huelga es similar a la convocada en junio de 2017 por los repartidores de Deliveroo.

57

Plataforma que dice permitir la promoción, gestión y éxito de campañas destinadas a modificar las condiciones de trabajo.

---

58

Plataforma que se presenta como un laboratorio innovativo que invierte en empresarios, *community organizers*, y autoridades públicas, con objeto de crear soluciones eficientes que mejoren las condiciones de empleo de trabajadores precarios.

---

59

Aplicación que se presenta como una *aplicación diseñada a ayudar a personas en puestos pagados por hora que otorga respuestas, por compañeros confiables y capacitados, a preguntas sobre sus derechos y las políticas de trabajo*.

---

60

Creada por la plataforma *RidersXDerechos*, esta aplicación se define como la app de comida a domicilio responsable, planteando la batalla por los derechos en el terreno de la competencia al constituir una cooperativa integrada por antiguos *riders* de diversas plataformas (Deliveroo, UberEats, Glovo...) que ofrecen los mismos servicios que aquéllas y se financia mediante aportaciones.

---

61

En el caso de España, ese reconocimiento se contiene en el artículo séptimo de la Constitución, que dispone que *los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*.

---

62

SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 414.

---

63

*Ibidem*, p. 414.

---

64

CASAS, M.E.; BAYLOS, A.; ESCUDERO, R., "El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", *Relaciones Laborales*, 1990-I, p. 212.

---

65

RODRÍGUEZ PIÑERO, "La huida del derecho del trabajo", *Relaciones Laborales*, 1992-I, p. 92.

---

66

GIUGNI, G., "El desafío de la innovación en el Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales* 1994-II, pág. 371.

---

67

En este sentido cabe referirse a la configuración, en España y otros países, de relaciones laborales de carácter especial.

---

68

Como ocurriera, por ejemplo, con la Ley española por la que se regula el contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo) o, más

recientemente, con la ley reguladora del trabajo autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio).

69

SUPIOT, A., "Introducción a las reflexiones sobre el trabajo". *Revista Internacional de Trabajo*, nº. 6, 1996, pág. 663.

70

Así lo reconoce la ley española reguladora del trabajo autónomo, al reconocer que la categoría del trabajador autónomo económicamente dependiente está integrada *por un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena*.

71

Cosa que ya han empezado a hacer algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, donde desde enero de 2018 está vigente el *Décret* n° 2017-774 de 4 de mayo de 2017 relativo a la responsabilidad social de las plataformas digitales, estableciendo obligaciones de las plataformas en materia de accidente de trabajo y formación. Igualmente, en Italia o Portugal se ha ido legislando al respecto pese a la oposición de la patronal (*Decreto Dignità*, propuesto por el Ministro Di Maio, y aprobado por el Consejo de Ministros italiano el 2 de julio de 2018; o, en el caso portugués, Ley n.º 45/2018, de 10 de agosto, del *Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica*) debatiéndose igualmente en el caso del Reino Unido.

<http://www.bollettinoadapt.it/norme-in-materia-di-lavoro-tramite-piattaforme-digitali-applicazioni-e-algoritmi-decreto-dignita/>

<https://dre.pt/home/-/dre/115991688/details/maximized>

<https://amp.theguardian.com/business/2017/nov/20/change-law-protect-gig-economy-workers-mps-report-urges>

72

Opción por la que parece haberse decantado la Corte Suprema de California en 2018: <https://www.theguardian.com/business/2018/may/01/uber-lyft-california-gig-economy-ruling-dynamex-workers>.

73

PEDRAZZOLI, M., "Verso una nuova teoria generale della subordinazione?", *Politica del Diritto*, nº. 1, 1983, págs. 12 y ss., donde afirma que no existe la subordinación, sino las subordinaciones (pág. 17). Sobre el particular puede consultarse, entre otros, AA.VV. *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive* (coordina PEDRAZZOLI, M.) Bologna, 1989.

74

"Precarizados, uníos", es el grito que recoge GUY STANDING, en su obra *El precariado* (Pasado y Presente, Barcelona, 2013), en respuesta a un fenómeno nuevo -si bien cuenta con antecedentes en el pasado- como un *slogan* que llama a la colectivización de la defensa de los intereses de quienes se caracterizan por su autoexplotación como consecuencia de la implantación de un teoría de la gestión de la mano de obra que pasa del taylorismo a la dirección por objetivos (SUPLOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, pp. 337 y ss.).

75

En todo caso, la nueva realidad coloca en dificultades a los agentes sociales tradicionales, lo que lleva a tener que adoptar iniciativas para garantizar su pervivencia ([http://www.liberation.fr/france/2018/07/12/patronat-et-syndicats-reunis-pour-exister\\_1665849](http://www.liberation.fr/france/2018/07/12/patronat-et-syndicats-reunis-pour-exister_1665849)).

76

Como se recoge en las conclusiones de *Work in the European Gig Economy* (AA.VV., Foundation for European Progressive Studies, Bruselas, 2018 p. 50) resulta evidente que el *crowd work* no puede considerarse como una modalidad de trabajo claramente definida y distinta, sino que forma parte del espectro de formas de trabajo *just-in-time* sometidas a una rápida mutación, coexistiendo con otras formas de trabajo *just-in time* que utilizan las posibilidades ofrecidas por la digitalización de forma muy diversa para su gestión.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y SU DEFENSA POR LOS TRABAJADORES EN LA NUEVA EMPRESA****4. LAS CUOTAS DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CHILENA****4. Las cuotas de género en la negociación colectiva chilena**

---

**Gender quotas in chilean collective bargaining****(Autor)****DAGMAR BEATRIZ SALAZAR MESA***Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. dagmar.salazar.m@mail.pucv.cl***Sumário:**[1 La incorporación de la mujer al mercado del trabajo](#)[1.1.Introducción](#)[1.2.El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado del trabajo](#)[2.Las cuotas de género en Chile](#)[2.1.Las cuotas de género a nivel constitucional chileno](#)[2.2.Las cuotas de género en la legislación chilena](#)[2.2.1.Las cuotas de género a nivel político electoral](#)[2.2.2.Las cuotas de género en el ámbito de las relaciones laborales colectivas](#)[3.Las cuotas de género introducidas por la Ley nº 20.940](#)[3.1.Sistema de cuotas de género en la integración de las directivas sindicales](#)[3.2.Sistema de cuotas de género en la integración de la comisión negociadora](#)[3.3.Evaluación institucional de las cuotas de género de la Ley nº 20.940](#)[4.Conclusiones](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

En Chile, el año 2016, la Ley Nº 20.940 estableció dos cuotas de género en el sistema de relaciones laborales colectivas; una referida a la integración del directorio sindical y, otra, a la composición de la mesa negociadora. Ello significa la incorporación de la transversalidad de género en el diseño de las políticas públicas, que estima a la negociación colectiva como un instrumento idóneo, para promover la igualdad entre hombres y mujeres en el contexto del empleo, incorporando en la agenda sindical temáticas que remuevan inequidades y promuevan la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de trabajadores con responsabilidades familiares. Sin embargo, aquellas carecen de carácter vinculante y su eficacia depende solo de las mujeres, sin involucrar a los sindicatos, pese a ser órganos representativos de carácter democrático de todos sus asociados.

**Abstract:**

In Chile, in 2016, Law No. 20.940 established two gender quotas in the collective labor relations system, one referring to the integration of the union board and another to the composition of the negotiating table, due to the incorporation of gender mainstreaming in the design of public policies, which considers collective bargaining as an ideal instrument to promote equality between men and women in the context of employment, incorporating in the trade union agenda themes that remove inequalities and promote the conciliation of working life, family and workers with family responsibilities, however, they lack binding nature and their effectiveness depends only on women, without involving trade unions, despite being representative bodies of a democratic nature of all its members.

**Palabras Clave:** cuota, género, negociación colectiva**Keywords:** quota, gender, collective bargaining

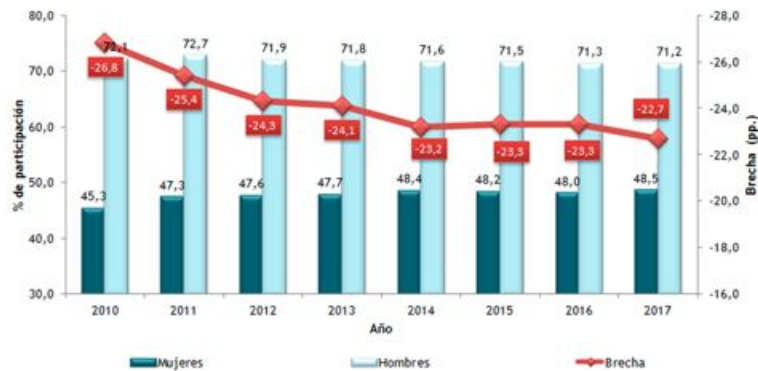
# 1. La incorporación de la mujer al mercado del trabajo

## 1.1.Introducción

En Chile, la incorporación de la mujer al mercado del trabajo alcanza un 48,3% (figura 1), lo que lo ubica entre los seis países latinoamericanos con un menor porcentaje de participación femenina en el mercado del trabajo<sup>1</sup>, y, no obstante, verificarse una tendencia al alza en la última década, las mujeres generalmente son contratadas para desempeñarse en sectores altamente feminizados; trabajos que socialmente tienen una menor valoración social y, por tanto, peor remunerados, lo que ha generado una marcada brecha salarial que, a julio de 2018, alcanzaba un 29,3%<sup>2</sup>.

A lo anterior, se suman otros obstáculos que dificultan la permanencia y promoción de la mujer en el mercado del trabajo, los que se derivan de la configuración sociocultural que estima a la mujer como responsable exclusiva de las labores domésticas y cuidados familiares, sin embargo, pese a todo ello, la incorporación femenina al mercado del trabajo es una realidad que también se ve reflejada en el aumento de su participación sindical (figura 2)<sup>3</sup>.

Evolución de la Tasa de Participación en la fuerza laboral y brecha de género, según año (figura 1)



Fuente: INE. Encuesta Nacional de Empleo. 2010 - 2017.

Cantidad de dirigentes sindicales con cargos vigentes, en sindicatos de base activos según sexo, años 2012 a 2017 (figura 2)

Sexo	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Femenino	7.293	7.508	8.249	9.011	9.110	9.793
Masculino	23.563	23.629	24.721	24.842	23.324	23.818
Total	30.856	31.137	32.970	33.853	32.434	33.611
% Dirigentes Mujeres	0,2	0,2	0,3	0,3	0,3	0,3

Fuente: Registros administrativos, Dirección del Trabajo  
Elaboración: Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo

La participación de la mujer en el mundo sindical tampoco está exenta de segregación, ya que se integra -como se dijo anteriormente- a un colectivo altamente masculinizado, por lo tanto, generalmente, su participación en el sindicato se da en calidad de asociada y no en cargos directivos<sup>4</sup>. Ello sucede, en parte, porque en algunas empresas los sindicatos constituyen verdaderas “trincheras masculinas con una carga histórica de androcentrismo, con estilos de liderazgo, dinámicas de funcionamiento, discursos, lenguajes, intereses, usos del tiempo, que ponen barreras a la integración femenina”<sup>5</sup>.

La ausencia de participación femenina a nivel directivo se ve reflejada en el tipo de demandas sindicales que se plantean, ya que estas acusan un marcado sesgo masculino dado lo homogéneo de sus directivas, las que, a veces, estiman a las mujeres solo como sujetos de protección, sobre todo en su aspecto reproductivo y materno, y no en su calidad de trabajadoras, por lo cual, omiten plantear reivindicaciones que tengan por objetivo lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral o promover su permanencia o promoción, perdiendo así el carácter de organización representativa y democrática.

Es por esto por lo que se hace necesaria la participación de la mujer en las organizaciones laborales de carácter colectivo, para efectos de incorporar en la agenda sindical y en la mesa de negociación temáticas de su interés, con el fin de mejorar sus condiciones laborales y lograr una efectiva igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres.

Con miras a lograr este objetivo y acelerar su prosecución, Chile ha optado por intervenir vía legislativa en el ámbito de las relaciones laborales colectivas, a través del establecimiento de las cuotas de género en la integración de las directivas sindicales y en la comisión negociadora sindical.



## 1.2.El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado del trabajo

El concepto de igualdad inicialmente fue reconocido a nivel internacional como un valor y un principio de carácter general y neutro<sup>6</sup>, para luego consagrarse como un derecho propiamente tal. Junto con lo anterior, y al reconocerse de manera expresa la igualdad entre hombres y mujeres, el Estado adquiere un nuevo rol, ya no solo de garante, sino de promotor de la igualdad, lo que, de manera específica, respecto de los hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, se traduce en su necesaria intervención para efectos de su logro.

A nivel internacional, la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU), la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y la Unión Europea (en adelante, UE), a través de diversos instrumentos, han buscado dar solución al desafío que impone la incorporación de la mujer al empleo, para lo cual han promovido la implementación por parte de los Estados de una política dual<sup>7</sup>, es decir, que incorpore en el diseño de sus políticas públicas dos conceptos: la perspectiva de género, “*gender mainstreaming*” o transversalidad<sup>8</sup>, junto con la implementación de las denominadas medidas especiales.

Cuando se habla de medidas especiales en el contexto internacional, específicamente en lo relativo al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, resulta útil recurrir a la Recomendación General 25 de la 20ª sesión de 1999, sobre el Párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW<sup>9</sup>, que define este concepto señalando que las *medidas especiales de carácter temporal* son aquellas que buscan acelerar la igualdad *de facto* entre mujeres y hombres, abarcando una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas. Agrega, además, que su carácter “especial” responde al hecho que persiguen un objetivo específico y su aspecto “temporal” responde a que su aplicación debe cesar una vez que se haya logrado la finalidad perseguida.

Estas medidas, en el contexto latinoamericano son denominadas, por parte de la doctrina, como acciones positivas<sup>10</sup> y, dentro de esta categoría, existen medidas aún más intensas, como son las llamadas cuotas de género, las que pueden establecer una reserva de cupos o una proporción de plazas a favor de las mujeres<sup>11</sup>. Este último tipo de medida especial la que, recientemente, ha sido incorporada en la legislación chilena, tanto en el ámbito de las relaciones laborales colectivas como en el ámbito electoral parlamentario, constituyendo ambas una novedad legislativa; sin embargo, son de tardía aparición si comparamos su implementación con el resto de Latinoamérica, lo que, como se verá, responde al contexto normativo constitucional en que se insertan.

## 2.Las cuotas de género en Chile

### 2.1.Las cuotas de género a nivel constitucional chileno

Para poder entender la implementación legislativa de las cuotas de género en la legislación chilena, es necesario tener presente el contexto normativo constitucional establecido por la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (en adelante, CPR), dictada durante la dictadura militar, la que acusa un marcado carácter liberal-clásico, que garantiza fuertemente los derechos civiles y políticos o de primera generación, con un débil desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos sociales) o de segunda generación<sup>12</sup>.

El derecho a la igualdad en la CPR se consagra en su artículo 1º que señala, “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, es decir, se consagra la igualdad de manera general y abstracta, siendo garantizada de manera concreta en el artículo 19 numeral 2º, el cual, en su frase final, alude de manera expresa a la igualdad entre los hombres y mujeres<sup>13</sup>, sin embargo, ello no constituye un mandato imperativo de promoción de este derecho para el Estado, luego tampoco de implementación de acciones positivas o cuotas de género.

Dado el poco desarrollo de este derecho en el texto constitucional, la doctrina nacional buscando dar amplitud a esta limitada concepción del derecho a la igualdad, ha recurrido a una interpretación sistemática de las disposiciones dogmáticas de la CPR, y es así que, vinculando lo ya señalado por el inciso 5º del mismo artículo (que dispone que “es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar en la vida nacional”), sostiene que la Constitución reconocería el derecho a la igualdad, no solo limitado a la igualdad de trato, sino que aludiría a una igualdad de oportunidades<sup>14</sup>, por tanto, impondría al Estado un rol de promotor de la misma que, reconociendo las diferencias entre los individuos ha de proveer condiciones igualitarias para su desarrollo y, en caso de ser necesario, implementar medidas para compensar las eventuales diferencias, es decir, estableciendo acciones positivas y, por tanto, también cuotas de género.

### 2.2.Las cuotas de género en la legislación chilena

Como se señaló, la implementación legislativa de las cuotas de género es reciente y aislada, lo que revela una conducta más bien tímida del legislador nacional, lo que se explica, en parte, por el limitado reconocimiento del derecho a la igualdad a nivel constitucional; sin embargo, la Administración del Estado en la implementación de ciertas políticas sociales tuvo otro tipo de conducta.

Las primeras medidas especiales de carácter institucional en Chile surgen en la década de los años 90, con el retorno de la democracia. Aquellas buscaban igualar las oportunidades de sectores más desfavorecidos, desarrollando para ello un conjunto de políticas públicas y programas sociales, que pueden catalogarse de acciones afirmativas, a través de la implementación de mecanismos de redistribución de recursos y la concesión de ventajas explícitas y deliberadas a ciertos grupos más vulnerables, entre ellos, las mujeres. Surgen, así, de manera innominada, las cuotas de género, ya que alguno de estos beneficios correspondía, por ejemplo, a ventajas, preferencias o cuotas de acceso a empleos.<sup>15</sup>

Dado el carácter asistencial de estas cuotas de género, ellas no fueron objeto de ningún tipo de cuestionamiento; sin embargo, décadas más tarde esto cambia, cuando es el legislador quien pretende implementarlas en ámbitos socialmente más

relevantes, como son el electoral y en el ámbito de las relaciones laborales colectivas.

### 2.2.1. Las cuotas de género a nivel político electoral

La necesidad de implementar cuotas de género en el ámbito electoral paulatinamente se había hecho evidente en Chile dada la baja representación parlamentaria femenina<sup>16</sup>, es así como, desde el año 1994, se habían presentado una serie de proyectos de ley que buscaban la implementación de cuotas electorales, lo que solo se concretizó el año 2015, con la promulgación de la Ley N° 20.840, que sustituye el sistema binominal por uno de carácter proporcional inclusivo, también conocida como “Ley de cuotas”, ley que fue aplicada, por primera vez, noviembre del año 2017.<sup>17</sup>

Esta cuota introdujo en el sistema electoral chileno el principio de presencia o composición equilibrada, disponiendo que, en la conformación de las listas electorales para elecciones de diputados y senadores, los partidos políticos y los pactos electorales no podían incorporar más de un 60% de candidatos o candidatas de un mismo sexo; además de establecer un beneficio monetario para aquellas candidatas que resultaran electas y un aumento del reembolso de los gastos electorales para las que no lo resultasen. Todas estas medidas son establecidas con carácter temporal, limitando su aplicación solo cuatro elecciones (2017, 2021, 2025 y 2029).

Es sorprendente constatar como a nivel sudamericano la cuota electoral ya era una práctica generalizada desde la década de los años 90; sin embargo, en Chile pese, al evidente desequilibrio en la participación por sexo a nivel parlamentario, constituye uno de los últimos países en implementarlas<sup>18</sup>. Situación que se justificó en el supuesto desinterés femenino por participar en política, lo que ponía en duda la real efectividad de este tipo de medidas. No obstante, ha quedado en evidencia lo errado de este argumento, luego de los resultados de las primeras elecciones vigentes la Ley de Cuotas, en las cuales la representación femenina casi se ha duplicado en ambas cámaras<sup>19</sup>.

### 2.2.2. Las cuotas de género en el ámbito de las relaciones laborales colectivas

Como se ha venido anunciando, las cuotas de género también fueron implementadas en el ámbito de las relaciones laborales colectivas, ello en el contexto de una gran reforma laboral incorporada por la “Ley 20.940 que moderniza las relaciones laborales”. Esta reforma constituye una de las más extensas y profundas realizadas en el ámbito colectivo laboral en Chile desde el retorno a la democracia, con la cual se intentaba modificar la matriz ideológica neoliberal del cual adolece el sistema de relaciones laborales chileno, caracterizado hasta ese entonces por una libertad sindical funcionalmente limitada, una negociación colectiva limitada en los aspectos objetivos y subjetivos y una huelga reconocida solo como un hecho y no como un derecho, con un carácter casi inexistente.

Pese a los cambios sustanciales introducidos por esta ley, es opinión generalizada de la doctrina nacional que ella no logró alterar en la profundidad esperada el modelo de relaciones laborales colectivas<sup>20</sup>, y es por esto por lo que, por ejemplo, Pablo Arellano ha calificado a esta reforma como “una de las más polémicas que se han realizado en los últimos años.”<sup>21</sup>.

La Ley N° 20.940 se inserta en el Programa de Gobierno de la Ex Presidenta Michelle Bachelet (2014-2018)<sup>22</sup>, que planteaba entre sus objetivos una Reforma Laboral, como parte de un conjunto de iniciativas legales que pretendían hacer cambios estructurales a la institucionalidad chilena. Atendido este compromiso programático, en septiembre de 2014, presentó ante el Congreso Nacional un Proyecto de Ley denominado “de modernización de las relaciones laborales”, el que, a través de una extensa modificación al Código del Trabajo (en adelante, CT), buscaba promover el desarrollo de relaciones laborales colectivas modernas, justas y equilibradas, planteando la ampliación y mejora de la negociación colectiva, implementando mecanismos que facilitarían los acuerdos entre trabajadores y empleadores, junto con ampliar el ámbito de las materias objeto de negociación y la calidad de estos procesos<sup>23</sup>.

Además, este proyecto de Ley, en coherencia con la Agenda de Género de su Programa de Gobierno, que propuso incorporar la transversalidad de género o *gender mainstreaming* en el diseño de todas las políticas públicas, estimó que la negociación colectiva era un instrumento idóneo para promover la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo. Es en atención a lo anterior, que esta reforma incorporó una serie de disposiciones al CT con perspectiva de género en el ámbito de las relaciones laborales colectivas, buscando incidir de manera directa o indirecta en la promoción de la igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres, en relación con el empleo.

Entre las medidas indirectas, se encuentran aquellas referidas a la ampliación del derecho de información sindical,<sup>24</sup> a la extensión de las materias objeto de la negociación colectiva<sup>25</sup>, la posibilidad de negociar los denominados “pactos sobre condiciones especiales de trabajo”<sup>26</sup> y, de manera directa, con la incorporación de dos cuotas de género que buscan promover la igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres: una en los procesos electorales para la integración de las directivas de las organizaciones sindicales y, otra, en la integración de las comisiones negociadoras, las que se analizan en detalle a continuación.

## 3. Las cuotas de género introducidas por la Ley n° 20.940

Como se ha señalado, la Ley N° 20.940 incorpora dos cuotas de género, las que aquí se analizarán por separado.

### 3.1. Sistema de cuotas de género en la integración de las directivas sindicales

Las incorporación de las cuotas de género se establece tanto a nivel de los directorios sindicales, federaciones, confederaciones y centrales sindicales, sin embargo, para efectos de esta exposición, el análisis se centrará en la integración de los directorios de las organizaciones sindicales de base; lo anterior, en razón a que las reglas establecidas para estos efectos a los directorios de las federaciones, confederaciones y centrales sindicales, es muy similar salvo al de aquellas, salvo algunas diferencias que se indicarán.

La reforma laboral a través de la modificación del artículo 231 inciso 3° del CT<sup>27</sup> estableció una cuota de género en la

integración del directorio de los sindicatos, imponiendo a estos la obligación de modificar sus estatutos de manera de incorporar en ellos “un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras”.

Para el logro de lo anterior, establece que la proporción de participación femenina en los directorios sindicales no puede ser “inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero...”, sin embargo, en caso de existir una afiliación inferior establece una segunda forma de cálculo señalando que ella se determinará “por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados”.

Esta disposición impone a los sindicatos el incorporar un mecanismo o sistema de elección, el cual resguarde una efectiva participación femenina en los directorios sindicales, sin embargo, esta redacción aparentemente imperativa, no conlleva una obligación de resultado para el sindicato, ya que para su cumplimiento basta solo incorporar un sistema de elección que “resguarde” su participación, conforme a la interpretación sostenida por la Dirección del Trabajo a través de sus dictámenes<sup>28</sup>.

En cuanto a la modalidad del sistema electoral propiamente tal, este es de determinación libre para el sindicato, tal como lo ha precisado la autoridad administrativa, al ser consultada respecto al mecanismo más idóneo para dar cumplimiento a dicha disposición, señalando que ella no es la llamada a pronunciarse sobre este punto dado que dicha valoración afectaría la libertad sindical<sup>29</sup>. Finalmente, la ley otorgó a las organizaciones sindicales el plazo de un año a partir de su vigencia para incorporar este nuevo mecanismo electoral en sus estatutos.

En cuanto a la determinación de la proporción de participación femenina en el directorio, el artículo 231 del CT establece dos fórmulas<sup>30</sup>: a) Estableciendo que la participación no puede ser inferior a un tercio del directorio. Para ello utiliza como base de cálculo, el número de dirigentes que integran cada directorio sindical y que gocen de fuero y demás prerrogativas<sup>31</sup>, número que es determinado por CT, en base a la cantidad de socios que conforman el sindicato<sup>32</sup>. Mecanismo similar al que se aplica tratándose de Federaciones, Confederaciones y Centrales Sindicales<sup>33</sup>. B) Determinando la integración por el porcentaje de afiliación total de las trabajadoras. En este caso, el sindicato de manera previa al proceso eleccionario debe determinar cuál es el factor de participación femenina en la respectiva organización (la técnica legislativa en este punto fue poco clara, ya que previo a la modalidad anteriormente explicada, es esta la fórmula que debería realizarse de manera previa).

Para determinar este factor debe dividirse el total socias mujeres por el universo total de asociados y si el factor es igual o mayor que “0,33”, al menos un tercio de los cargos del directorio deberán ser desempeñados por directoras, de arrojar un número con decimales, deberá aproximarse al entero superior en caso de que el dígito, sea superior o igual a 5. Si el factor es menor que “0,33”, la cantidad resultante deberá multiplicarse por el número total de directores que corresponden a dicha organización, resultado que se aproximará al entero superior solo en caso de que el dígito correspondiente a las décimas sea superior o igual a 5, el cual corresponderá al número de directoras mujeres.

Es interesante analizar qué sucede en caso de incumplimiento en relación con la implementación de las cuotas de género en la integración directorio; al respecto es necesario distinguir si se trata de un sindicato en formación, es decir, de una primera elección, o bien si se está ante una renovación de directorio. En el primer caso, una vez celebrada la asamblea constitutiva el sindicato debe “depositar” en la Inspección del Trabajo el acta de constitución junto con sus estatutos<sup>34</sup>, los que, de no ajustarse a lo dispuesto en el CT, serán observados bajo apercibimiento de caducidad de la personalidad jurídica en caso de no subsanar el error.

En el segundo caso, tratándose de una renovación de directorio, se debe distinguir si el incumplimiento se debe a que el sindicato no ha modificado sus estatutos incorporando un nuevo mecanismo electoral o si el incumplimiento es consecuencia de no haberse respetado en la elección misma las fórmulas para la integración femenina en los directorios. Respecto al primer tipo de incumplimiento, la Dirección del Trabajo ha señalado que su renovación constituiría una improcedencia jurídica y, por ello, en estos casos, el servicio no proveerá de un ministro de fe que presencie la elección, como tampoco registrará a los nuevos miembros del directorio<sup>35</sup>. Si el incumplimiento se hubiese verificado en la elección misma, vulnerando las fórmulas de integración de los directorios, la reclamación solo podría ser promovida por alguno de los asociados o por quien tenga interés directo en ello, ante el Tribunal Electoral Regional dentro del plazo de 10 días<sup>36</sup>. Lo que, en definitiva, deja el control de esta medida exclusivamente en manos del propio sindicato y, eventualmente, del empleador u otra persona que tenga interés directo en ello, concepto este último que no es precisado por la ley.

Finalmente, desde un punto de vista práctico, la efectividad de esta cuota queda en manos de las propias asociadas, ya que, en caso de que ninguna mujer manifieste su voluntad de materializar sus candidaturas, ello no invalida el proceso eleccionario. Al comparar este tipo cuota con la “Ley de Cuota Electoral” establecida en ámbito de las elecciones parlamentarias, se extraña el carácter vinculante del que goza esta última, ya que en su caso de no cumplirse con el principio de presencia equilibrada en la conformación de las candidaturas ellas se entienden como no presentadas. Lo que impone a los partidos políticos buscar candidatas para cumplir con la normativa e indirectamente preocuparse por formar mujeres que dentro de su organización asuman ese rol. Situación que, en el caso de los sindicatos, no ocurre, dado que esta es una cuota blanda; por lo tanto, las organizaciones sindicales adoptan una posición pasiva al respecto, sin estimular la participación de sus asociadas tornando así ineficaz la implementación de esta cuota.

### 3.2. Sistema de cuotas de género en la integración de la comisión negociadora

Como se señaló, la Ley N° 20.940 incorporó dos cuotas; la segunda de ellas se vincula al procedimiento de negociación colectiva propiamente tal y busca garantizar la incorporación de, al menos, una mujer en la mesa negociadora, con la finalidad de incorporar en la agenda sindical y en la negociación temáticas de su interés con el fin de mejorar sus condiciones laborales y lograr una efectiva igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo.

Como una cuestión previa, es necesario señalar que en Chile la representación sindical en el contexto de un proceso de negociación colectiva corresponde a la comisión negociadora sindical, órgano que está integrado por el directorio sindical respectivo y, en caso de tratarse de una negociación colectiva iniciada por más de un sindicato, la comisión se conforma por los directores designados en el proyecto de contrato colectivo presentado.

La Ley N° 20.940 al respecto, modificó el artículo 330 inciso 3° del CT disponiendo que, en caso de que el o los sindicatos “*tengan afiliación femenina*” y que la comisión negociadora sindical no esté integrada por ninguna trabajadora, el sindicato estará obligado “a integrar a una representante elegida por el o los sindicatos de conformidad a sus estatutos”, disposición que, como se verá, pese a su tenor tiene un carácter relativamente perentorio. Respecto a la forma de designación de la integrante femenina, la ley ha entregado la determinación de la modalidad del sistema de selección a lo que el sindicato señale en sus estatutos, y, en caso de no existir disposición, ello se resolverá convocando a una asamblea especial, siendo designada por votación universal.

En la eventualidad que no existan socias interesadas en incorporarse a la comisión negociadora, deberá dejarse constancia de ello en la forma que determinen los estatutos o en el acta de la asamblea sindical especial convocada para su elección. Como se ve nuevamente, la eficacia de la cuota depende exclusivamente de la voluntad de las mujeres y pese a que la redacción de la norma es aparentemente imperativa, ella no conlleva una obligación de resultado para el sindicato, ya que para su cumplimiento basta con integrar a una representante elegida por el o los sindicatos de conformidad a sus estatutos, en caso de haberla. Como se aprecia, no se impone ningún tipo de obligación a los sindicatos en el sentido de promover la incorporación femenina.

Respecto a las garantías que se otorga a la trabajadora que integre la comisión negociadora sindical, ella “gozará de fuero”, que se extenderá por 90 días. Esto último responde a que, en un proceso de negociación colectiva, los socios de un sindicato solo gozan de un fuero posterior de 30 días, el cual el legislador estimó reducido atendiendo a la exposición de la mujer al integrar la mesa de la negociación, por ello que se amplía.

Finalmente, en la práctica el mundo sindical ha sido renuente a la aplicación de esta cuota, especialmente tratándose de la micro y mediana empresa, ya que la ley dispone que la trabajadora que deba integrar la comisión negociadora “sustituirá a uno de los miembros que deban integrarla por derecho propio”, por lo tanto, privaría de participar a un trabajador que, generalmente, participó en la confección del proyecto de contrato colectivo presentado al empleador.

### 3.3. Evaluación institucional de las cuotas de género de la Ley n° 20.940

La Ley 20.940, promulgada en septiembre del año 2016, vigente a partir del 1° de abril del año 2017, dispuso la creación de un Consejo Superior Laboral, organismo que tiene la responsabilidad, durante los tres primeros años de aplicación, de elaborar un informe de seguimiento, de evaluación de implementación y aplicación de dicha ley. El 30 de abril del presente año, este Consejo publica su primer informe, analizando el proceso de aplicación práctica de la ley en su primer año de vigencia, esto es, del 1° de abril de 2017 al 31 de marzo de 2018, aunque en algunos casos el corte de información estadística llegó a diciembre 2017 o enero 2018<sup>37</sup>.

Respecto a la evaluación en específico de las cuotas de género, el Consejo manifiesta que, teniendo presente las finalidades que tuvo el legislador para implementar las cuotas de género, entre ellas, el incorporar a la mujer no sólo a las directivas sindicales, sino, sobre todo, a las mesas negociadoras, lo que conllevaría incorporar de nuevos temas a la negociación colectiva. Concluye que no ha sido posible detectar que esto se haya producido con base a la información disponible, y de tenerla, sería difícil diferenciarla del efecto que el propio cambio cultural está generando sobre las temáticas a negociar.

No obstante lo anterior, uno de los consejeros comenta que, en el caso de los Directorios de empresa, sólo ha sido posible advertir una participación femenina más efectiva, cuando hay al menos dos directoras mujeres, antecedente que, de ser efectivo, revelaría una solapada oposición a la incorporación femenina en las directivas sindicales. Finalmente, el Consejo estima que sería necesario hacer un informe cualitativo, que permita entrecruzar el contenido de los instrumentos colectivos, y la participación de mujeres en las mesas negociadoras sindicales.

## 4. Conclusiones

Como se señaló al inicio de este trabajo, la situación de la mujer en el mercado laboral chileno acusa una baja incorporación, en comparación al contexto latinoamericano, lo que, además, se caracteriza por una profunda brecha laboral y remuneracional. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que, paulatinamente, aumente la participación femenina a nivel sindical, aunque en este ámbito también existen barreras, específicamente aquellas que limitan su acceso a cargos directivos, lo que provoca que, en definitiva, el sindicato no asuma sus reivindicaciones y demandas como propias, por lo tanto, las mujeres no lo estiman como una instancia para mejorar y garantizar su permanencia, promoción, ascenso e igualdad de trato en el ámbito del empleo o que les permita el desarrollo de la conciliación de su vida laboral, familiar y personal.

Es a la vista a estas circunstancias que, en el ámbito de las relaciones laborales colectivas nacionales, se han implementado dos cuotas de género, las que, en definitiva, buscan acerca a las mujeres al poder dentro del mundo sindical, de manera que su voz, sus problemas, sus necesidades sean escuchadas, en otras palabras, que el sindicato cumpla con su rol de organización representativa y pluralista.

Debido a lo beneficioso de la finalidad que se plantea con estas cuotas, surgen una serie de interrogantes respecto al actuar del legislador chileno, ya que dejó supeditada la eficacia de estas medidas exclusivamente al esfuerzo femenino, ya que son las asociadas quienes deben manifestar su interés por participar y así hacerlas aplicables, sin otorgarles un carácter vinculante. No se consideró que los sindicatos pudiesen ser obligados a promover la participación femenina, olvidando, además, que estas son organizaciones democráticas y como tales, deben también estimular la participación y promover la igualdad de todos sus integrantes, y que, además, ellos constituyen la manifestación más cercana que tienen los ciudadanos de una democracia directa; sin embargo, el legislador tratándose de las cuotas de género, considera a los sindicatos como agentes pasivos.

Aunque las razones son variadas, es determinante la configuración constitucional chilena, marcada por una ideología neoliberal, que, en definitiva, ha permitido solo un limitado desarrollo y reconocimiento del derecho a la igualdad. Por lo tanto, aquellas medidas que otorgan una ventaja o beneficio a un grupo determinado, y que ello, de alguna manera conlleve la

limitación o restricción de otros derechos, como en este caso, la libertad sindical, son miradas con desconfianza.

Lo anteriormente señalado no implica que las cuotas de género establecidas por la Ley N° 20.940 haya sido una decisión errada, pero sí es necesario su rediseño para lograr que aquellas contribuyan, efectivamente, al logro de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo. Sin embargo, ello impone a Chile el desafío de profundizar en el desarrollo de este derecho, de manera que se consideren razonables y se implementen ciertas medidas especiales y temporales a favor de las mujeres, otorgándoles así un carácter vinculante.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Comparativo estadísticos en base a un universo de 19 países, de acuerdo al informe sobre el Panorama Laboral 2017 elaborado por la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Anexo estadístico, cuadro 4, disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro\\_lima/documents/publication/wcms\\_613957.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro_lima/documents/publication/wcms_613957.pdf) (consultado el 19 de septiembre de 2018).

2

Síntesis de la Encuesta Suplementaria de Ingresos de julio 2018, elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en: [http://www.ine.cl/docs/default-source/ingresos-y-gastos/esi/ingreso-de-hogares-y-personas/resultados/2017/sintesis\\_esi\\_2017\\_nacional.pdf](http://www.ine.cl/docs/default-source/ingresos-y-gastos/esi/ingreso-de-hogares-y-personas/resultados/2017/sintesis_esi_2017_nacional.pdf) (consultado el 19 de septiembre de 2018)

3

RIQUELME GIAGNONI, V. y ABARCA FERRANDO, M.: Más mujeres en los sindicatos. Sectores con alta sindicalización femenina. (Santiago, 2015), Andros Impresores. p. 32.

4

RIQUELME GIAGNONI, V. y ABARCA FERRANDO, M.: Ob. cit. p. 44.

5

DIAZ ANDRADE, E.: Mujeres en trabajos de hombres: segregación ocupacional y condiciones laborales en los sectores minería y construcción. *Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo*. (Santiago, 2014), Andros Impresiones. p. 94.

6

Con este carácter se consigna en la Carta de Naciones Unidas suscrita en 1945 que en su artículo 1º contiene una cláusula general de no discriminación en relación a una serie de categorías sospechosas de discriminación, entre ellas el sexo, pero sin hacer referencia expresa en su articulado a la igualdad entre hombres y mujeres, solo conteniendo una breve alusión en su preámbulo. Otro instrumento que consagra la igualdad con este mismo tenor es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que en su artículo 1º señala “...los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho...”, sin embargo, al igual que el anterior solo alude a la igualdad entre hombres y mujeres en su preámbulo.

7

Entre los instrumentos internacionales que promueven esta política dual, a nivel de ONU se encuentra la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante CEDAW) de 1979, que en su artículo 3 estimula a los Estados a adoptar la transversalidad en el diseño de sus políticas públicas y en su artículo 4 promueve la adopción de medidas especiales, así mismo, a nivel de la OIT encontramos el Convenio núm. 156 de la OIT, 1981 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras con Responsabilidades Familiares que en su artículo 4, establece algunas excepciones al derecho a la igualdad y no discriminación, permitiendo a los Estados adoptar medidas de acción positivas, y finalmente, en el ámbito de la Unión Europea encontramos 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.

---

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas la define como: “La incorporación de la perspectiva de género es el proceso de evaluación de las consecuencias que para mujeres y los hombres pueda tener cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros”. Informe del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas correspondiente al año 1997. A/52/3, de 18 de septiembre de 1997, p. 28.

Disponible en:

[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf) (Consultado 19 de septiembre de 2018)

Respecto al término acción positiva,

Lorena FRIES ha señalado que las acciones positivas “operan como herramientas con las que cuenta el Estado, a través de normas y políticas públicas en cualquiera de los niveles del gobierno, para superar en el inicio la desigualdad real de ciertos colectivos o sectores de la sociedad. Si bien constituyen un trato diferenciado, no son consideradas discriminación”. FRIES MONLEÓN, L.: Igualdad y no discriminación en Chile, principales desafíos, p. 13. En: Seminario Igualdad, sin discriminación. Estándares y Mecanismos para la igualdad real. Instituto Nacional de Derechos Humanos (Santiago 2011).

María de Los Ángeles Barrère distingue entre dos tipos de medidas de acción positiva, conforme al tipo de normas que las implementen, aquellas llevadas a cabo por “*Normas de cuotas stricto sensu, que establecen en términos absolutos la reserva de un número o porcentaje de plazas en favor de un determinado grupo (...) y Normas de trato preferente stricto sensu, que establecen la atribución de calificaciones o puntos especiales a dichos grupos*”. BARRÈRE UNZUETA, M.: Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres (Madrid, 1997), Cívitas. p. 115.

Categoría propuesta por Karel Valsak, quien agrupa los derechos, en base a la frase de la Revolución Francesa, “libertad, igualdad y solidaridad”, asociando los derechos civiles y políticos a los “derechos de libertad” (primera generación); los “derechos de igualdad” a los derechos económicos, sociales y culturales, (segunda generación) y, finalmente, los “derechos de solidaridad” como el medio ambiente, a la paz, etc. (tercera generación) GARCÍA PINO G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P.: Diccionario constitucional chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional, núm. 55 (Santiago, 2014), p. 371.

La Ley Nº 19.611 que establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, publicada el 6 de junio de 1999, reformó la CPR incorporando la frase “*Hombres y mujeres son iguales ante la ley*”.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R.: “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 Nº 1, 2015. P.192.

CLARO, M., OSSANDÓN, J., SALINAS, V. y ARIZTÍA, T.: Acción afirmativa en la región andina y el cono sur (Coordinadora Pamela Díaz-Romero.). (Santiago, 2005), Grafica Funny, págs. 60-61.

ACERO, C., CABEZAS, G., CASTILLO, J. y otros. Desarrollo humano en Chile 2010 género: los desafíos de la igualdad (Coordinador Pablo González) (Santiago 2010), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), p. 166. Disponible en: [http://desarrollohumano.cl/idh/download/PNUD\\_LIBRO.pdf](http://desarrollohumano.cl/idh/download/PNUD_LIBRO.pdf) (Consultado el 19 de septiembre de 2018).

---

17

Ley N° 20.840 que sustituye el sistema binominal por uno de carácter proporcional inclusivo, publicada en el Diario Oficial el 5 de mayo de 2015.

---

18

RIOS TOBAR, M.: Representación política de mujeres en el poder legislativo Al servicio de las personas y las naciones Análisis de la aplicación de las cuotas de género en las elecciones parlamentarias de 2017. Programa de Naciones Unidas (2018), p. 7.

---

19

En el Senado de 23 escaños que se elegían en esta oportunidad, 6 los obtuvieron mujeres, es decir, un 26,1%; mientras que de los 155 escaños disponibles en la Cámara de Diputados, 35, o sea, un 22,6%. Lo cual al compararlo con las siete elecciones parlamentarias que se desarrollaron entre 1989 y 2013, fueron electas solo 13 senadoras, que representan un 8,55% de los escaños, y 98 diputadas, que corresponden a un 11,67%. Información obtenida de la página web del Servicio Electoral de Chile. Disponible en: <https://www.servel.cl/historico-23-de-mujeres-candidatas-fueron-electas-en-las-parlamentarias-2017/> (consultada el 19 de septiembre de 2018).

---

20

En este sentido opinan: CAAMAÑO ROJO, E.: "Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negociación colectiva en Chile y a su reforma". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XLVI, 2016, págs. 381-406; GAMONAL CONTRERAS, S.: "Interpretación, antinomias y vacíos". Revista Laboral Chilena, núm. 12, 2016, págs. 73-78; GAMONAL CONTRERAS, S., "La reforma laboral: un paso adelante y dos atrás". Revista Laboral Chilena, núm. 6, 2015, págs. 67-70; NARBONA, K.: Antecedentes del modelo de relaciones laborales chileno (Santiago, 2015) Fundación Sol.

---

21

ARELLANO ORTIZ, P.: Reforma laboral Ley N°. 20.940 bajo el prisma de la teoría de las relaciones laborales *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XLIX, 2017, p. 287.

---

22

Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018. Disponible en: [http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/programamb\\_1.pdf](http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/programamb_1.pdf) (consultado el 19 de septiembre de 2018)

---

23

Mensaje de la Presidenta M. Bachelet de fecha 29 de septiembre de 2014, en la Sesión 110 de la legislatura 362. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/5389/> (consultado el 19 de sept-18 de 2018).

---

24

En cuanto al derecho a la información sindical en el contexto de la negociación colectiva, la Ley N° 20.490 modificó los artículos 316 y 317 del CT, disponiendo, que teniendo presente el tamaño de la empresa, el sindicato podrá tener acceso entre otros antecedentes, a la planilla de remuneraciones pagadas a sus afiliados, desagregada por haberes, con el detalle de su fecha de ingreso a la empresa y el cargo o función desempeñada, además, los sindicatos de las grandes empresa podrán solicitar una vez al año información respecto a las remuneraciones asignadas por cargos o funciones, la que deberá entregarse innominadamente.

---

25

Respecto a las materias objeto de la negociación colectiva, se modifica el artículo 306 del CT facultándose de manera expresa a las partes para negociar sobre nuevos aspectos tales como: la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de



la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros. Estas materias que facilitan la conciliación de la vida familiar y laboral, permiten garantizar la permanencia, el acceso a la formación y la promoción profesional de la mujer en el mercado laboral, junto con fomentar la implicación y participación de los hombres en las responsabilidades familiares.

---

26

Pactos sobre condiciones especiales de Trabajo, regulados en los artículos 374 a 377 CT, a través de los cuales los trabajadores pueden optar por otro tipo de distribución de jornada de trabajo semanal y de sistemas de jornada semipresenciales, ello en evidente beneficio de trabajadores con responsabilidades familiares.

---

27

Artículo 231, inciso 3º CT: “El estatuto [sindical] deberá incorporar un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código, o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor”.

---

28

La referencia a esta institución responde al hecho que en Chile la ley otorga a la Dirección del Trabajo, la facultad de fijar el sentido y alcance de la normativa laboral a través de sus Dictámenes, los que, no obstante, no tener fuerza vinculante son valorados por su prestigio técnico y el grado de autonomía, lo que les ha dado un carácter orientador.

---

29

En este sentido se pronuncia el Dictamen Ordinario 1862/26 de fecha 16 de abril de 2018, ante la consulta sobre la legalidad de tres posibles sistemas electorales que señala, respecto de los cuales la autoridad administrativa no se pronuncia sobre su idoneidad:

- 1) Sistema de segunda urna: los socios sufragán en dos urnas, en la primera depositan los votos de todos los candidatos varones y mujeres, mientras que en la segunda depositan solo los votos de candidatas mujeres. La segunda urna se abrirá en la medida que abierta la primera no se cumpla con la cuota de género.
- 2) Sistema urna única y voto mixto: en este caso se vota en una urna, pero en el voto se consignan dos tipos de preferencias: la primera referida a la elección general, considerando hombres y mujeres y la segunda, referida a la cuota.
- 3) Sistema de listas abiertas con cifra repartidora: implica un sistema de candidaturas por listas abiertas, distribuyéndose los cargos de acuerdo con una cifra repartidora. En este caso la cuota debe cumplirse en la configuración de la lista propiamente tal.

---

30

Para mayor información ver Dictamen Ordinario 1306/31, de fecha 22 de marzo de 2017, que Informa respecto del sentido y alcance de la Ley Nº 20.940, en particular, en lo referido a las disposiciones con perspectiva de género, y su implicancia en los procedimientos para la integración del directorio sindical y de la comisión negociadora y su Dictamen complementario Ordinario 1714/44 de fecha 21 de abril de 2017, además, del Dictamen Ordinario 1026/19 de fecha 21 de febrero de 2018, referido a la participación femenina en los directorios de los Sindicatos de Trabajadores Independientes.

---

31

Respecto al fuero de los directores sindicales, ver artículo 243 y en relación con las prerrogativas, entendiendo por ellas los permisos y licencias sindicales, ver artículos 249, 250 y 251 del CT.

---

32

El artículo 235 del CT establece el número de directores con que cuenta cada sindicato con base al número de sus asociados; es así que tratándose de: (i) sindicatos de empresa que afilien a menos de 25 trabajadores, ellos tendrán 1 director, que gozará de fuero laboral. En este caso, resulta imposible la aplicación del cálculo proporcional de la cuota de género, (ii) sindicatos entre 25 a 249 trabajadores, 3 directores; (iii) sindicatos entre 250 a 999 trabajadores, 5 directores; (iv) sindicatos entre 1000 a 2999 trabajadores, 7 directores, y (v) sindicatos con 3000 o más trabajadores, 9 directores.

---

33

En el caso de las Federaciones, Confederaciones y Centrales Sindicales el número de directores es establecido por sus propios estatutos. En el caso de las dos primeras el porcentaje de participación femenina se determina conforme a las fórmulas ya explicadas (Artículo 272 del CT). Tratándose de las Centrales Sindicales el artículo 278 del CT dispone que su cuerpo directivo deberá estar integrado por un número de directoras no inferior al 30% del total de integrantes del directorio con derecho al fuero, inamovilidad funcionaria, horas de trabajo sindical y licencia del artículo 283 del mismo código.

---

34

A través del “sistema del depósito” la organización adquiere personalidad jurídica, el rol de la Inspección del Trabajo en estos casos, se limita a revisar que el contenido del estatuto se ajuste a la ley y que se haya dado cumplimiento a los *quorums* de constitución exigidos.

---

35

Dictamen Ordinario 1028/21 del 21 de febrero de 2018.

---

36

Art. 10, n° 2 de la Ley N° 18.593, sobre Tribunales Electorales Regionales, publicada en el Diario Oficial del 9 de enero de 1987.

---

37

El Informe de seguimiento y evaluación sobre la implementación y aplicación de la Ley N° 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, se encuentra disponible de manera on-line en: <http://www.dialogosocial.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Consejo-Superior-Laboral-sobre-Reforma-Laboral-final.pdf> (consultado el 19 de septiembre de 2018).

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y SU DEFENSA POR LOS TRABAJADORES EN LA NUEVA EMPRESA****5. EL DERECHO DE HUELGA ANTE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO****5. El derecho de huelga ante la cuarta revolución industrial: el esquirolaje tecnologico****The right to strike before the fourth industrial revolution****(Autor)****MARIA DEL LUJÁN CHARRUTTI GARCÉN***Profesora adjunta Derecho del Trabajo y Seguridad Social Udelar Uruguay lujanch@vera.com.uy***Sumário:**

- [1.Derecho de huelga, libertad de empresa y sustitución de huelguistas](#)
- [2.Algunos conceptos a considerar: esquirolaje interno, externo y tecnológico](#)
- [3.Esquirolaje o sustitución de huelguistas en Uruguay](#)
- [4.Conclusiones](#)

**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

El mantenimiento de los medios de producción durante la huelga utilizando medios tecnológicos es el tema que nos lleva al presente estudio denominado por la doctrina principalmente europea como esquirolaje tecnológico. La doctrina ha manifestado que tanto el esquirolaje externo (contratación de personal durante la huelga) y el esquirolaje interno (utilización de personal no sindicalizado o no huelguista durante la huelga o el cierre patronal) han pasado de moda, es decir los medios tecnológicos son utilizados durante la huelga. Así la doctrina europea considera que "El mantenimiento durante la huelga de la producción o parte de ella a través de medios tecnológicos, no operados en ese momento por trabajador alguno, arrebatada al paro su capacidad para repercutir negativamente en la actividad empresarial e, incluso, priva a la huelga de su eficacia simbólica o mediática, lo que en las sociedades contemporáneas es tanto como condenarla al ostracismo o a la inexistencia" (Pérez Rey, Joaquín ). No obstante, cabe cuestionarse la licitud de utilización de medios tecnológicos para aminorar los efectos de la huelga. El tema que nos ocupa lo estamos constatando en la conflictiva laboral latinoamericana. Si bien analizando la jurisprudencia en Europa lo vemos en el caso español en medios de televisión y radios, los casos llegan también a otros sectores de actividad, tales como el sector servicios de vigilancia, comercio o transporte.

**Abstract:**

The maintenance of the means of production during the strike using technological means is the subject that takes us to the present study named by the mainly European doctrine like technological strike-breaking. The doctrine has shown that both the external strike-breaking (recruitment of personnel during the strike) and the internal strike-breaking (use of non-unionized personnel or strikers during the strike or lockout) have gone out of fashion, that is, the technological means are the strike. Thus, the European doctrine considers that "The maintenance during the strike of the production or part of it through technological means, not operated at that time by the worker, snatches in the place of its ability to negatively impact the activity business and, even, "It deprives the strike of its symbolic or media effectiveness, which in contemporary societies is as much as condemning it to ostracism or non-existence" (Pérez Rey, Joaquín1). However, the license to use technological means for the effects of the strike must be questioned. The subject that occupies us we are verifying it in the labor conflict in Latin America. Although it is analyzing jurisprudence in Europe what is seen in the Spanish case in the television and radio media, in cases it is also in the transport sector.

**Palabras Clave:** derecho de huelga, esquirolaje tecnológico, sustitución de huelguistas, libertad de empresa**Keywords:** right to strike, replacement of striking workers, employer's right**1.Derecho de huelga, libertad de empresa y sustitución de huelguistas**

Los avances tecnológicos siempre han incidido en las relaciones laborales a lo largo del tiempo, pero el trabajo humano se fue adaptando a los mismos, sea capacitando la mano de obra a tal fin, buscando nuevas alternativas de organización empresarial,

capacitando a los trabajadores, y desplazando mano de obra de la industria hacia el sector servicios. No obstante, la tecnología sigue avanzando y hoy toca muy cerca a los derechos colectivos de los trabajadores, a tal fin que permite mantener la producción en forma automatizada sin intervención de trabajo humano. En el presente estudio nos interrogamos sobre la licitud de estas prácticas que inciden directamente en el derecho de huelga. El hecho de la contratación de personal para disipar los efectos de una huelga o llamada sustitución de huelguistas es y ha sido considerada una práctica no compatible con el derecho de huelga y sindicalización, no obstante, se plantea la interrogante si es admisible la puesta en marcha de mecanismos tecnológicos a los efectos de continuar con el proceso de producción o el brindar un servicio cuando sus trabajadores están en huelga.

El planteo nos conduce a repensar las fronteras entre el derecho de huelga y la libertad de empresa que conlleva el derecho que pueda tener la empresa para poner en marcha medios tecnológicos que impiden la principal finalidad de la huelga, la suspensión del trabajo y perturbación del proceso de producción o el cumplimiento del servicio.

Antes de ir al análisis, es dable hacer referencia al derecho de huelga. La huelga es reconocida como derecho y protegida como tal, así la doctrina nos habla de la “función equilibradora de la huelga”, distinguiendo de aquellos que hablan de violencia tolerada o legitimada por el derecho. En su función equilibradora, el conflicto social ya no se ve como algo patológico, sino como algo normal, rechazando la idea de conflicto como algo patológico sino normal, pero dentro de ciertos límites.<sup>1</sup>

Siguiendo a Ermida Uriarte, el autor había planteado la trivalencia de la huelga al cuestionarse, ¿qué es la huelga?, “¿es un medio de acción de sindicato o del gremio no sindicalizado?, ¿es un conflicto colectivo? ¿o es un medio de solucionar los conflictos? En realidad, decía el autor, la huelga es o puede ser cualquiera de esas tres cosas a la vez, es decir, un medio de acción sindical o gremial, un conflicto colectivo de trabajo y una forma de solucionar el conflicto.”<sup>2</sup> Pensando en nuestra realidad del Uruguay de hoy, nos conduce a esta trivalencia, es un conflicto, pero también es la vía de expresión que tienen los trabajadores para solucionar un conflicto o llegar a un acuerdo con mejores condiciones laborales; pensemos en las distintas manifestaciones de huelga que se dan durante el lapso de las negociaciones de la ronda de Consejos de Salarios (negociación colectiva tripartita), donde la huelga pasa a un plano de expresión de necesidades trasladables en una plataforma reivindicativa, pero con miras a llegar a un acuerdo equilibrado y justo para las partes profesionales.

El derecho de huelga en la Constitución uruguaya. El derecho de huelga lo tenemos en la gran mayoría de las constituciones, en Uruguay, el art. 57 establece: “*Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad*”. Este artículo nos plantea varios aspectos, el principal de ellos es la declaración de existencia del derecho de huelga y no su creación, el derecho de huelga existe como tal antes de su declaración por la Constitución. Otro aspecto para destacar es la titularidad del derecho de huelga; en nuestra Constitución la tiene el gremio y no el sindicato, técnica legislativa que se diferencia de otras constituciones donde la titularidad la tiene el sindicato y no podría declararse una huelga si no hay sindicato, siendo el gremio el colectivo de trabajadores pueden ser de una empresa o de una rama o de una misma profesión u oficio. Por último, el otro aspecto a destacar es la reglamentación del derecho de huelga, donde el movimiento obrero siempre se ha resistido a la reglamentación, aunque las bases son las dispuestas por el artículo 57 de la Constitución. No obstante, la reglamentación sobre el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales está contenida en los artículos 4 y 5 de la ley 13720, según los cuales el Ministerio de Trabajo tiene la facultad de declarar cuáles son aquellos servicios esenciales cuyo funcionamiento deberá ser asegurado en régimen de turnos. La ley faculta a la autoridad pública para disponer las medidas necesarias para asegurar su continuidad, incluyendo la utilización de bienes y la contratación de personal indispensable para cumplir con la función mínima. Esto obliga a los trabajadores a mantener turnos de emergencia, pronunciándose al respecto en una observación en alguna oportunidad el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

En una primera aproximación al estudio de la sustitución de huelguistas, diremos que la contratación de trabajadores ajenos a la plantilla de la empresa en forma temporal o definitiva pretendiendo sustituir a los trabajadores vulnera los derechos de sindicalización y de huelga, esta conducta no se permite, salvo cuando la ley lo ha limitado expresamente, como es el caso de incumplimiento de los servicios mínimos para la empresa o servicios esenciales para la comunidad como lo dispone la mencionada normativa en Uruguay, ley 13720. También el derecho español nos trae mención al respecto en el artículo 6.7 RDLRT.

Ya en el derecho español, vemos en lo que respecta al ejercicio ilegítimo de los poderes de dirección, el planteo con la utilización interna de trabajadores no huelguistas a los efectos de cubrir los puestos de los huelguistas. Esta prohibición del esquirolaje aparece recogida en el artículo 6.5 DLRT español respecto de la contratación directa por el empresario de estos trabajadores sustitutos de los huelguistas y es reiterada por la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, prohibiendo la celebración de contratos de puesta a disposición con una ETT para la sustitución de trabajadores en huelga de la empresa usuaria [artículo 8 a) LETT].

Otro tema que se ha planteado en la jurisprudencia española es la disyuntiva de si la movilidad interna ocurrida dispuesta por el empleador en ejercicio del poder de dirección es una forma ilegítima y abusiva de ejercer su derecho lesionando, por ende, el ejercicio de un derecho fundamental o no. La posición de la jurisprudencia ha sido defensora de tales derechos de sindicalización y de huelga, al manifestar que, si bien esta facultad empresarial establecida legalmente “está imaginada para sustituciones corrientes o excepcionales, incluso como medida de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Lo mismo acontece con la realización de las horas extraordinarias, no como respuesta a un incremento ocasional de la productividad en la empresa, sino como mero instrumento para privar de efectividad a la huelga, o como respuesta a la acción sindical, que merece ser calificada de conducta antisindical” (Tribunal Superior de Justicia de Navarra Sala de lo Social. Sent. 142/2000). Si bien esta ha sido la posición de la jurisprudencia ya sistematizada con carácter general en la sentencia del STC 123/1992, del 28 de septiembre, que establece que, durante la situación de huelga, los poderes de dirección del empleador se encuentran paralizados, “anestesiados”, como dice el Tribunal en forma gráfica, pese a que el TS avanzó como se verá a continuación, la STS del 28 de junio del 2000 revaloriza exorbitantemente la facultad organizativa. Esta posición fue dejada en la STC 33/2011, en la que se dice que el esquirolaje interno lesiona el derecho de huelga, tanto cuando se practica de forma intencional como de forma

objetiva, pues lo relevante es que dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio. Se señala también en la sentencia que la proscripción de la sustitución interna no puede evitarse simplemente señalando que se trató de una decisión autónoma de sus mandos intermedios y no derivó del ejercicio expreso del *jus variandi* empresarial: “el empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones anti-huelgas realizadas en dicho marco”<sup>3</sup>.

No obstante, en cuanto al esquirolaje tecnológico, no se sustentaba la misma posición hasta la sentencia del STS del 5 de diciembre de 2012, que supuso un importante cambio de tendencia en el tratamiento de la huelga por parte del Tribunal Supremo, pretendiendo introducir límites al uso empresarial de los medios técnicos en las empresas audiovisuales cuando estos consiguen afectar negativamente a la eficacia de la huelga<sup>4</sup>. Hoy la posición, como detallará más adelante, ha cambiado por la STC 17/2017.

## 2. Algunos conceptos a considerar: esquirolaje interno, externo y tecnológico

La decisión del empresario de reemplazar a los trabajadores de su empresa que están en huelga por otros trabajadores se denomina esquirolaje, poniendo el énfasis en la denominación del trabajador que sustituye al huelguista. Para el abordaje de la temática recurriremos a la normativa, jurisprudencia y doctrina española, por contener un desarrollo muy significativo del tema. En efecto, el esquirol, según el diccionario de la Real Academia Española, es el “obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, o que no abandona el trabajo en una huelga”<sup>5</sup>. Pero en la definición de la Real Academia Española hay otra acepción, también interesante, porque el término se extiende a quienes no abandonan el trabajo, pese a ser convocados a la huelga. Es decir, a los trabajadores que no secundan la huelga, cuestión que permite la norma española en el art. 6.4 DLRT, que prescribe que “se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga”.

Así la doctrina ha distinguido al esquirol externo, es decir, quien no era trabajador de la empresa y es empleado por el empresario para sustituir a los huelguistas, y, por otro, el esquirol interno, que es un trabajador de la empresa que se niega a seguir la huelga convocada. La acción del empresario de contratar a estos trabajadores se denomina esquirolaje, aunque también se denomina esquirolaje interno cuando el empresario hace uso de su poder de dirección y distribuye el trabajo o cambia a trabajadores de sector o de horario con la finalidad de cubrir las vacantes que se generan con la huelga de los trabajadores adheridos a la misma. En muchas ocasiones, estos trabajos son efectuados por mandos medios lo que ha implicado que algunos sectores de rama en Uruguay hayan negociado la prohibición de que personal de mandos medios o encargados efectúe tareas correspondientes al operario común. Así lo vemos en el Consejo de Salarios de la Industria de la Alimentación de la rama de fabricación de dulces, donde las partes profesionales han acordado tal prohibición con miras a evitar el esquirolaje interno<sup>6</sup>.

Con respecto al esquirolaje externo, es una limitación al empresario muy significativa, y que se concreta en la prohibición de la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga. Nos ilustra al respecto la normativa española, el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, indica que “el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”, ya que con ello dejaría sin efecto la finalidad reivindicativa de la huelga. Así se pretende proteger la eficacia del ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga de los trabajadores,

La prohibición legal del art. 6.5 DLRT afecta a los trabajadores directamente contratados por el empresario con arreglo a un contrato de trabajo La Ley 14/1994, ya citada, establece en su art. 8 que las empresas no pueden celebrar contratos de puesta a disposición de trabajadores temporales a través de una ETT “para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”. Como señala la doctrina, con este precepto se evita el previsible fraude legal que consiste en establecer una relación triangular de interposición de una ETT, “donde la empresa que contrata a un trabajador no es la misma que donde se desarrolla la huelga”<sup>7</sup>.

Con referencia al esquirolaje interno, se destaca la Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, que consideró que el *jus variandi*<sup>8</sup> empresarial lesiona el derecho de huelga cuando se realiza de forma abusiva, desactivando la presión producida por el paro en el trabajo. “En definitiva, concluye la STC 123/1992, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *jus variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga”.

La actuación del empresario tenía la finalidad de excluir los efectos de la huelga, comportamiento prohibido por jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no permite cualquier actuación empresarial que tenga como objetivo privar de efectividad a la huelga. En cuanto a la defensa que se hizo desde el periódico a través del *jus variandi*, el Tribunal entiende que “será abusivo cuando en el contexto de una huelga legítima alcance a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”<sup>9</sup>. Esta doctrina está ya consolidada y, por tanto, resulta una clara extensión de la prohibición general de la sustitución de huelguistas por otros trabajadores. Sin embargo, ha habido en la jurisprudencia ordinaria una cierta resistencia a ampliar esta línea de interpretación.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo había ido estableciendo algunas posibilidades para que el empresario limitara o restringiera los efectos de la huelga sustituyendo de formas variadas el trabajo dejado de prestar por los huelguistas. Así, sí podrá admitir el trabajo a título de amistad o benevolencia (STS 18 septiembre 1997 (RJ 1997, 6387)), o puede seguir prestando los servicios a

los clientes si para ello no tiene que sustituir trabajadores huelguistas (SSTS 27 septiembre 1999 (RJ 1999, 7304), 4 julio 2000 (RJ 2000, 6289), 15 abril 2005 (RJ 2005, 4513), o, en fin, si puede utilizar medios técnicos para atenuar los efectos de la huelga (SSTS 29 septiembre 1999, 4 julio 2000 (RJ 2000, 6289) y 15 abril 2005 (RJ 2005, 4513))<sup>10</sup>.

Esquirolaje tecnológico. La utilización de medios tecnológicos con la finalidad de mitigar los efectos de la huelga hace que esta práctica tenga una utilización cada vez mayor y ahora hasta considerada legal por las últimas posiciones jurisprudenciales europeas. Esta práctica tiene sus antecedentes más inmediatos en el sector de la comunicación audiovisual, es en estos donde existe la facilidad de dar continuidad a las emisiones de programas o de publicidad durante el transcurso de una huelga.

Los primeros pronunciamientos judiciales optaron por permitir la utilización de medios técnicos por parte del empresario como método de defensa frente a la huelga<sup>11</sup>, así lo establecía la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de julio del 2000, la cual afirmaba: “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”. Al entender que el art.6.5 del RDLRT sólo prohíbe la sustitución externa, sin poder realizar una aplicación extensiva donde encuadrar como prohibida esta práctica, puesto que en dicho artículo se habla de la prohibición de sustitución por personas, sin hacer mención a las máquinas.

En estas primeras resoluciones, el problema se presentaba junto con el tratamiento de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad, relacionando el recurso a los medios tecnológicos con la satisfacción del derecho ciudadano a la información. La respuesta dada por el Tribunal Supremo en esta sentencia fue seguida por el propio Tribunal y por los órganos judiciales menores que siguieron el mismo criterio respecto a esta cuestión, como, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2005.

En esta primera etapa, que duró de 2000 a 2006, se considera que el esquirolaje tecnológico no va en contra del derecho de huelga, tanto si el servicio que sustituye entra dentro de los servicios esenciales para la comunidad como si ocupa otras programaciones no esenciales<sup>12</sup>.

Tras la publicación de las Sentencias del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio, y 191/2006, de 19 de junio (Salas Segunda y Primera respectivamente), la situación da un cambio de rumbo. En este caso, se discutía sobre la fijación de los servicios esenciales de la comunidad: “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” y “la producción y emisión de la normal programación informativa”. Hasta esta sentencia sólo se trataba la posible utilización de medios técnicos por parte del empresario, y no de la fijación de servicios mínimos<sup>13</sup>. Estas sentencias del Tribunal Constitucional vienen a contrariar directamente las SSTS (3.ª) de 17 de enero de 2003 y 2 de abril de 2004, dictadas con motivo de la huelga general de 20 de junio de 2002, en televisiones públicas. Pensemos que esta primera sentencia declara que “la utilización de programas grabados y sin la difusión de programas en directo, con la salvedad de los programas informativos” es compatible con el derecho de huelga al expresar un “equilibrio” entre dicho derecho y la necesidad de preservar los derechos fundamentales garantizados en el artículo 20.1.d) CE. La doctrina del Tribunal Supremo era la siguiente: “frente al criterio que sostiene la parte recurrente en el sentido que debió suspenderse la emisión dentro de los horarios y canales de difusión de una programación grabada o lo que es lo mismo, el mantenimiento de la señal poniendo la carta de ajuste en lugar de programas previamente grabados, si se admitiera tal situación supondría el vaciamiento absoluto de los derechos al ejercicio de la actividad televisiva y a recibir emisiones televisivas reconocidos y garantizados en el artículo 20.1 d) CE, por lo que en el Real Decreto recurrido, de la forma menos gravosa para el derecho de huelga de los trabajadores, se adopta la medida de la emisión de programación previamente grabada, con la consiguiente retirada de los programas en directo y ello puede hacerse con un número de trabajadores mucho menor de lo habitual, lo que implica no desnaturalizar el contenido constitucional del artículo 28.2 CE”.

En la STC 183/2006, de 19 de junio, como lo expresa Baylos, “la calificación de unos servicios públicos como esenciales, “desde una óptica diferente a la propia del derecho de huelga”, no puede sustituir la calificación que, conforme a los parámetros constitucionales, permite hablar de actividad o servicio “esencial a efectos de huelga”, es decir, haciéndolos depender de las circunstancias concretas que se expresan en cada acción huelguística en concreto, su extensión territorial, funcional, personal y temporal”<sup>14</sup>.

La sentencia Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 crea nueva doctrina respecto al tema, estableciendo que “también se lesiona el derecho de huelga cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”. Para ello, se basa en doctrina del Tribunal Constitucional (STC 123/1992, de 28 de septiembre, y STC 33/2011, de 28 de marzo) que realiza una interpretación extensiva respecto del art.6.5 del RDLRT, que prohíbe el esquirolaje externo, para ampliar la prohibición al esquirolaje interno en el caso que con la sustitución se produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada.

Hoy, la tendencia jurisprudencial ha cambiado con la sentencia del TC de 2 febrero 2017, autorizándose el esquirolaje tecnológico, cambiando la postura seguida en la sentencia referida del STS del 5 diciembre 2012 (RJ 2013\1751), que se consideró que era contraria al derecho de huelga la emisión de programas cuyo contenido excedía la condición de meramente informativos, que eran los autorizados por la resolución gubernativa. La nueva doctrina del TC, la sentencia de 2 febrero 2017 estima que el “exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos. En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones.

La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”<sup>15</sup>.

### 3. Esquirolaje o sustitución de huelguistas en Uruguay

La posición negativa conforme lo expresa la doctrina laboral uruguaya se encontraría sustentada por el artículo 57 de la Constitución uruguaya y, subsidiariamente, por el artículo 4 de la Ley 13720 inciso final, el cual prevé, como ya se ha hecho referencia, la contratación por parte de la autoridad pública del personal indispensable sólo a los efectos de mantener la continuidad de los servicios esenciales, o sea, durante la vigencia del conflicto. La sustitución de trabajadores supone la finalización de la huelga y el despido de aquellos, por lo tanto, la ruptura del contrato de trabajo, aunque no necesariamente la finalización del conflicto, pues es probable que siga con la solicitud del reintegro de los despedidos<sup>16</sup>. Por su parte, Ermida Uriarte había expresado que en la sustitución permanente del trabajador huelguista podría haber una clara afrenta al derecho de huelga, tanto que daría lugar a considerar que se configuraría el despido injusto, ilícito o abusivo.<sup>17</sup> No hay referencia normativas ni jurisprudenciales con respecto a la sustitución por medios tecnológicos de trabajadores en huelga, tampoco en la negociación colectiva por rama. No obstante, la sustitución de puestos de trabajo por medios tecnológicos puede llevar a una forma de esquirolaje tecnológico, de determinarse que durante una huelga sea sustituido el trabajador por estos medios, pensemos en los guardas de buses, los cajeros de supermercados, o también en las empresas de vigilancia, donde ya hoy existe la sustitución de estos puestos de trabajo por medios técnicos. Es decir, una huelga declarada por estos trabajadores puede ser ineficaz si se sustituye por la tecnología que ya está a disposición de las empresas. Pero cabe precisar que la declaración de la huelga por parte de estos colectivos estaría amparada por el reconocimiento que le hace a la misma la Constitución. Por lo tanto, sería una vulneración a un derecho fundamental declarado en la misma.

### 4. Conclusiones

El avance tecnológico y los procesos de cambios en las relaciones laborales, formas de contratación en el mundo globalizado, nos llevan a volver a estudiar el derecho de huelga y la sustitución de huelguistas. La normativa europea tiene avances en la materia, no obstante, Latinoamérica comienza a experimentar estas nuevas relaciones en el mundo de trabajo. Es posible distinguir dos situaciones en el ejercicio empresarial de utilización de medios técnicos en caso de huelga, puede ser que éste haya tomado una decisión intencional o puede ser una medida tomada en forma objetiva. La jurisprudencia europea en el caso español no había distinguido si la toma de decisión por parte del empresario fue intencional u objetiva, considerando la vulneración del derecho de huelga en todo caso. Al margen de las razones que puedan sustentarse el derecho de huelga no debería restringirse, salvo que estén en colisión otros derechos fundamentales de la persona. No obstante, el diálogo social debería ser el medio idóneo para dar solución a estos conflictos, al estar íntimamente relacionados con otros derechos del trabajador, como el derecho al trabajo, a la formación profesional, considerando que su puesto de trabajo puede ser sustituido por medios tecnológicos.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la huelga*. FCU, 2da edición 1996, Montevideo, pp. 15 y 16.

2

*Ibidem*, p. 16.

3

PÉREZ REY, Joaquín. El esquirolaje tecnológico: *ob cit.* Albacete, 2013, p. 165.

4

PÉREZ REY, Joaquín, *op. cit.*, 2013 p. 175.

5

Al respecto puede consultarse SANGUINETTI RAYMON, Wilfredo. Esquirolaje. *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Coordinado por Antonio BAYLOS GRAU. Candy FLORENCIO THOMÉ, Rodrigo GARCÍA SHCHWARD. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 877.

---



6

[www.mtss.gub.uy/consejosdesalarios/grupo01/subgrupo07](http://www.mtss.gub.uy/consejosdesalarios/grupo01/subgrupo07). Ronda 2010/2013.

---

7

VALDÉS DE LA VEGA, B., *Las Empresas de Trabajo Temporal*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 74.

---

8

El ius variandi es regulado con carácter general en el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores, y comporta la modificación sustancial que excede de la prestación debida. Como presupuesto necesario, tiene carácter temporal, exige la concurrencia de causas tasadas por la norma estatal, y, aunque se realiza por decisión unilateral del empleador, permite un suave control por parte de las representaciones colectivas de los trabajadores. La STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995\3752) aplica la doctrina contenida en la STC 123/1992.

---

9

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga". *Temas laborales*, núm. 116/2012, p. 211.

---

10

QUINTANILLA NAVARRO, R. "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal constitucional. Propuestas para una ley orgánica", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est10.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est10.pdf), p. 350.

---

11

TALENS VISCONTI, E. "¿El esquirolaje tecnológico vulnera el derecho de huelga? (Una cuestión abierta tras la última doctrina del Tribunal Supremo)" [www.forelab.com](http://www.forelab.com). p. 9.

---

12

*Ibidem.*

---

13

*Ibidem.*

---

14

BAYLOS, A., "Nuevas determinaciones en materia de huelga y servicios esenciales", *Revista de Derecho Social*, nº 36 (2006), pp. 153 y sigs.

---

15

Puede verse al respecto PÉREZ REY, Joaquín. El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol). *RDS*, 77 Editorial Bomarzo, 2017, Quien señala que, "no es sólo que la apelación del derecho al trabajo de los no huelguistas suponga un profundo dislate al no tener nada que ver el derecho reconocido en el art. 35.1 de CE con la decisión de sumarse o no a una huelga, sino que además el TC parece extraer de ese mismo derecho o de la libertad de trabajo una especie de prerrogativa del trabajador no huelguista para poder realizar efectivamente su trabajo, sin que el paro del resto de sus compañeros le afecte en el desarrollo de sus tareas, p. 164.

---

16

SERÉ, Jorge. *Curso de Derecho Laboral*, Tomo 1 Ediciones del Foro. Montevideo, 2004, p. 310.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Apuntes ..., ob cit., p. 52.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL PROCESO LABORAL ANTE UN FUTURO DIGITAL****1. SEGURIDAD SOCIAL SOSTENIBLE Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ERA DIGITAL EUROPEA****1. Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital europea**

---

**Sustainable social security and social protection systems in the european digital era****(Autor)****ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ***Universidad de Sevilla (España) emsierra@us.es @EsperanzaMacar7***Sumário:**[1 Introducción](#)[2.El factor de sostenibilidad y las alternativas de los sistemas de pensiones de reparto para la era digital](#)[2.1.El concepto de sostenibilidad de los sistemas de pensiones de reparto: España](#)[2.2.Las reformas de los sistemas de pensiones de reparto en la Unión Europea](#)[3.Sistemas de protección social sostenibles e inclusivos en la unión europea](#)[4.Conclusiones](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

La protección social de los trabajadores de la economía digital y la financiación de la Seguridad Social son algunas de las preocupaciones más significativas para el conjunto de la sociedad europea. El número de pensionistas aumentará de forma preocupante para la sostenibilidad del sistema cuando los trabajadores provenientes del denominado “baby boom” de los años 60 lleguen a la edad de jubilación. En el caso español la reforma laboral del año 2012 ha permitido que la recuperación económica y del mercado de trabajo se sustente en una alta temporalidad y en el aumento de la precariedad laboral (trabajo a tiempo parcial, horas de trabajo no declaradas, etc.). Por lo tanto, el número de ingresos por cotizaciones no aumenta de forma significativa conforme se producen nuevas jubilaciones. En la Unión Europea se plantea la necesidad de que se regulen las nuevas formas de empleo de modo que se puedan identificar con claridad a los sujetos de un contrato de trabajo: el empleador y el trabajador. La digitalización está dando lugar a nuevas formas de empleo que, en principio, no se están incluyendo en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo. Como ha afirmado el Comité Económico y Social Europeo (CESE) esta situación representa una gran amenaza para los trabajadores digitales que no estén protegidos por la normativa en materia de salarios, condiciones de trabajo y seguridad social. Por este motivo es necesaria la investigación relacionada con la búsqueda de soluciones que permitan financiar los sistemas de seguridad social recurriendo a instrumentos que garanticen su sostenibilidad y permitan el acceso a la misma de las personas que desempeñan su actividad profesional en la era digital.

## Abstract:

The social protection of workers in the digital economy and the financing of Social Security systems are some of the most significant concerns for the European society nowadays. The number of pensioners will increase in a worrying way for the sustainability of the system when workers from the so-called "baby boom" of the 60s reach retirement age. In the Spanish case, the labor reform of 2012 has allowed the economic recovery and the labor market to be sustained in a high temporality and in the increase of precarious work (part-time work, undeclared work hours, etc.). Therefore, the number of contributions to the social security system does not increase significantly as new retirements occur. In the European Union there is a need to regulate new forms of employment so that the subjects of an employment contract, the employer and the worker, can be clearly identified. Digitalization is giving rise to new forms of employment that, in principle, are not included in the scope of application of the employment contract. As the European Economic and Social Committee (EESC) has stated, this situation represents a great threat to digital workers who are not protected by the regulations on wages, working conditions and social security. For this reason, research related to searching for solutions to finance social security systems is necessary, using instruments that guarantee its sustainability and coverage for workers who carry out their professional activity in the digital age.

**Palabras Clave:** Trabajos digitales, sostenibilidad de la seguridad social, protección social

**Keywords:** Digital jobs, sustainability of social security, social protection

## 1. Introducción

En<sup>1</sup> el año 2060, se calcula que la esperanza de vida de los hombres en el momento del nacimiento aumentará en 7'9 años con respecto a 2010, y la de las mujeres en 6'5. Al año se produce, aproximadamente, un aumento de dos millones de personas que superan los sesenta años (casi el doble que a finales de los años noventa y principios de la década del 2000). Este dato constata que el envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE). Los nacidos en el periodo conocido como *baby boom* se están jubilando y la población europea en edad de trabajar empieza a disminuir. La crisis financiera y económica, el envejecimiento de la población y el bajo nivel de empleo, entre otros motivos, están afectando tanto a los planes de pensiones basados en un sistema de reparto (a causa de la caída del empleo y las cotizaciones) como a los planes de capitalización (por la caída del valor de activos y la bajada del rendimiento)<sup>2</sup>. En el sistema de reparto las cotizaciones de los trabajadores en activo se aplican para financiar todas las prestaciones que se originen en ese momento, tanto para las suyas propias como las de los pensionistas de la generación anterior<sup>3</sup>. (En España, art. 110 RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante TRLGSS). Por el contrario, en el sistema de capitalización cada contribuyente cotiza para sí mismo, por lo que las prestaciones guardan una relación directa con las aportaciones que se han ido realizando, además de con la evolución financiera y temporal de las mismas<sup>4</sup>. En España el sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social es el de reparto (art. 110 TRLGSS)<sup>5</sup>, por lo que el sistema de pensiones se basa en el principio de solidaridad intergeneracional. Para garantizar la sostenibilidad de este sistema, al menos a largo plazo, los ingresos tienen que igualar a los gastos<sup>6</sup>.

Los Estados miembros son los principales responsables del diseño de sus sistemas de pensiones, y el papel de la UE se encuentra contemplado en el art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el que se establece que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la protección social de los trabajadores<sup>7</sup>, y en su art. 9 estableciendo que, en la definición y ejecución de sus políticas, tendrá en cuenta la garantía de una protección social adecuada. Esto implica que existen competencias e iniciativas políticas europeas que afectan a los sistemas y políticas nacionales de pensiones como, por ejemplo, eliminando obstáculos a la libre circulación de personas, estableciendo el modelo en que los proveedores privados de pensiones pueden beneficiarse del mercado interior, fomentado la igualdad de género, luchando contra la discriminación o supervisando la sostenibilidad fiscal<sup>8</sup>. En materia de protección social, en el año 2017, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente el pilar europeo de derechos sociales<sup>9</sup>. En el principio nº 12 de dicho pilar, se establece que, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia tienen derecho a una protección social adecuada<sup>10</sup>. Esto significa que es necesaria una inversión social suficiente para procurar que todos los trabajadores estén cubiertos por las normas laborales fundamentales y cuenten con una protección social que permita a todos participar plenamente en la sociedad y la economía y tener un nivel de vida digno<sup>11</sup>. El pilar europeo de derechos sociales debe implantarse tanto a nivel de la Unión como de sus Estados miembros, teniendo en cuenta sus competencias respectivas y correspondiendo la supervisión de la aplicación de dicho pilar a la Comisión.

El Semestre Europeo de coordinación de políticas proporciona una herramienta adecuada para supervisar los

avances en ámbitos clave incluidos en el pilar europeo de derechos sociales<sup>12</sup>. El Semestre Europeo es un ciclo anual de coordinación económica y presupuestaria de la UE en el que se ofrece asesoramiento a los países de la UE antes de que tomen decisiones políticas a escala nacional. El asesoramiento se facilita en el contexto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y del procedimiento de desequilibrio macroeconómico. El Semestre Europeo sirve además para ejecutar la estrategia Europa 2020. En dicha Estrategia se contempla que, entre los primeros pasos hacia el 2020, se encuentra tanto la “salida de la crisis” como “proseguir un saneamiento inteligente de las finanzas públicas para un crecimiento a largo plazo”.

Este saneamiento presupuestario y la viabilidad financiera a largo plazo necesitan ir acompañados de importantes reformas estructurales, en especial de las pensiones, la atención sanitaria, la protección social y los sistemas educativos<sup>13</sup>. En este sentido, uno de los retos en materia de pensiones es garantizar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta que éstas representan un porcentaje muy elevado y creciente del gasto público que posiblemente alcance el 12'5% del PIB en el conjunto de la UE en 2060<sup>14</sup>. Los países de la UE han acometido una serie de reformas para garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones (por ejemplo, Alemania, Francia, Grecia y España<sup>15</sup>) porque el sistema financiero se ve comprometido por la evolución demográfica y del empleo. No obstante, junto a los dos principales detonantes de la insuficiencia financiera de los sistemas de reparto, por motivos demográficos hay que añadir un tercero por motivos económicos: la precariedad laboral que crea distorsiones importantes en la aplicación del principio de contributividad<sup>16</sup>. Más que a un problema de envejecimiento, los Estados miembros se enfrentan a un problema de pensiones<sup>17</sup>.

Así, los sistemas de protección social sufrirán una gran presión a medida que los trabajadores de la generación del *baby boom* vayan abandonando el mercado laboral y sean reemplazados por trabajadores que ejerzan nuevas formas de empleo como son los contratos “cero horas”, “a petición” y de Derecho civil. En la actualidad, existen formas de contratación que no entran dentro del marco de la relación tradicional de tipo empleador-trabajador, como los trabajadores de las plataformas económicas, que a menudo son considerados trabajadores autónomos. Incluso es posible que una parte cada vez mayor de la mano de obra no contribuya a los sistemas de seguridad social y, por consiguiente, no pueda beneficiarse de ellos, en particular en lo que se refiere a las prestaciones o seguros de desempleo, enfermedad y jubilación. Esto es así porque, como se ha afirmado, las nuevas formas de negocio alteran las formas de la actividad profesional, laboral o no, “proyectándose, no sólo en las futuras prestaciones, sino en los ingresos por cotizaciones sociales. Tal circunstancia significa que aquellos sistemas más dependientes en su financiación de las cuotas de empresas y trabajadores se enfrentan a una dificultad adicional que podría (¿debería?) dar pie a reflexionar sobre la estructura de las fuentes de financiación”<sup>18</sup>.

Parece evidente que los regímenes de seguridad y de protección social deben adaptarse a los cambios que induce la digitalización en el mercado laboral, como también que son necesarias directrices para aclarar posibles zonas grises del Estatuto Laboral de los Trabajadores en materia de fiscalidad y seguridad social<sup>19</sup>. Concretamente coincidimos con el CESE en que los sistemas públicos de pensiones son unos de los componentes más importantes de la red de seguridad social de casi todos los Estados miembros y una parte fundamental del modelo social europeo, ya que las pensiones son la principal fuente de ingresos de los pensionistas. En materia de redistribución de la riqueza los Estados miembros deberían centrar sus esfuerzos de reformas en el aumento de los ingresos que financian sus sistemas de pensiones ampliándolos a todas las categorías socio-profesionales, incrementando el empleo, mejorando los mecanismos de recaudación de cotizaciones y combatiendo el trabajo no declarado y la evasión fiscal<sup>20</sup>.

En nuestro estudio, vamos a tratar el problema de la protección social de los trabajadores de la era digital, pero para ello debemos identificar previamente el concepto de sostenibilidad y las alternativas de los sistemas de pensiones de reparto en materia de seguridad social<sup>21</sup>.

## **2.El factor de sostenibilidad y las alternativas de los sistemas de pensiones de reparto para la era digital**

Las reformas que han llevado a cabo numerosos países de la UE en relación con la implantación del factor de sostenibilidad a efectos de garantizar la viabilidad del correspondiente sistema de Seguridad Social a medio y largo plazo se han realizado de diferentes maneras, afectando a parámetros como la edad de jubilación, los años cotizados o el importe de la pensión inicial, de modo exclusivo o, en algunos supuestos, combinando algunos de ellos<sup>22</sup>. En España se prevé que el factor de sostenibilidad ajuste la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que, previsiblemente, tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello, se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos (Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revaloración del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social).

No obstante, la aplicación del factor de sostenibilidad a las pensiones de jubilación que se causen a partir del 1 de enero de 2019 (fecha prevista para su entrada en vigor) se ha retrasado hasta un máximo de cinco años (2023)<sup>23</sup>. Esto da la razón a la opinión doctrinal que vaticinó que el factor de sostenibilidad “no nació para ser aplicado, sino como herramienta de cara a terceros sobre la que habría tiempo de dar marcha atrás”<sup>24</sup>. En realidad, y como se ha afirmado, el claro sesgo económico que marca el debate sobre el sistema de pensiones explica que la discusión acerca de la sostenibilidad de éste gire principalmente en torno a su dimensión financiera, olvidando que tan importante para la sostenibilidad del sistema de pensiones es esa dimensión como lo es la dimensión social. En este caso, entendemos que se ha sopesado esta dimensión en su proyección política ante el probable coste electoral en la aplicación del factor de sostenibilidad por la incertidumbre generada en la población, sobre todo en la cercana a la edad de jubilación<sup>25</sup>.

Veamos, a continuación, qué se entiende por factor de sostenibilidad en los términos contemplados en la Ley 23/2013 y las alternativas sostenibles de los sistemas de reparto para la era digital.

## **2.1.El concepto de sostenibilidad de los sistemas de pensiones de reparto: España**

El factor de sostenibilidad se ha diseñado mediante la combinación de dos herramientas complementarias: el Índice de Revalorización de Pensiones de la Seguridad Social (IRP) y el denominado, particularmente, Factor de Sostenibilidad (FS)<sup>26</sup>. Según la doctrina, “no hay que dejarse llevar por la terminología”, porque el término factor de sostenibilidad, en realidad, no es un FS como tal, “sino un factor de equidad entre generaciones que busca que estructuras de aportaciones equivalentes den lugar a estructuras de prestaciones equivalentes. Para ello, recurre a un cociente de esperanza de vida que se aplica a las pensiones iniciales de jubilación, con una edad de referencia fija (67 años), una fecha de entrada en 2019” (prorrogada hasta un máximo de cinco años) “y una revisión quinquenal, herramienta similar a las empleadas en Portugal y Finlandia”<sup>27</sup>.

Por otro lado, el índice de revalorización de las pensiones tiene como objetivo principal garantizar el equilibrio de la Seguridad Social a lo largo del ciclo económico, pero la pensión deja de estar vinculada a la evolución de los precios (IPC)<sup>28</sup> para pasar a ser ajustada en función de cuál sea la evolución de los gastos e ingresos del sistema a lo largo del tiempo<sup>29</sup>. En este instrumento destaca la utilización de los ingresos y los gastos de la Seguridad Social como variables de referencia, así como su aplicación a todo el colectivo de beneficiarios sujeto a la revalorización de las pensiones, haciendo partícipes del esfuerzo a quienes no se han visto afectados por otras medidas de ajuste.

En este sentido, se afirma “que si durante el período considerado suben los ingresos medios, puesto que se suponen más recursos, el IRP se mostrará favorable a una variación positiva en la revalorización de las pensiones, mientras que si suben la pensión media y/o el número medio de pensiones, reflejo de mayores obligaciones esperadas, lo que se produce es una incidencia negativa en dicha revalorización; finalmente, la relación entre ingresos medios y gastos medios favorecerá el incremento de la revalorización cuanto mayores sean los primeros sobre los segundos”<sup>30</sup>. Por lo tanto, el IRP es el verdadero FS del sistema, “puesto que los posibles efectos económicos del FS se diluyen al ser recogidos en los valores promedio que utiliza el índice de revalorización”<sup>31</sup>. Pasemos, a continuación, a valorar las reformas de los sistemas de pensiones de reparto en otros países de la UE.

## **2.2.Las reformas de los sistemas de pensiones de reparto en la Unión Europea**

Como hemos visto, el FS es un mecanismo de ajuste automático de ciertos parámetros de las pensiones (la edad de jubilación, los años de cotización necesarios o importe inicial de la pensión) vinculado a la esperanza de vida de la población que se ha implantado en varios países europeos. Así, por ejemplo, en relación con el elemento “edad de jubilación/esperanza de vida: en Italia, los ajustes serán cada tres años a partir de 2013, y se basarán en datos medios del último trienio respecto a los del trienio anterior, y a partir de la edad de jubilación actual de 65 años; en Grecia, se establece que, a partir de 2021, se ajustarán de forma automática las edades mínima y ordinaria de jubilación (65 años) a los cambios en la esperanza de vida. La forma del ajuste está por regular. En Dinamarca, quedará fijada en 67 años en 2022 y, luego, se vincula a la evolución de la esperanza de vida a los 60 años, tomando como base la del año 2020 y con un desfase de 5 años; en los Países Bajos está previsto aumentar la edad de jubilación hasta 67 años en 2025 y, luego, vincularla a la esperanza de vida, aunque la propuesta concreta está pendiente.

En relación con los años de cotización/esperanza de vida, en Francia, desde 2009, incluye un mecanismo de ajuste de los años cotizados al ritmo del aumento de esperanza de vida a los 61 años, con el objetivo de mantener constante la ratio entre años cotizados y años de cobro de pensión; en Italia, esta vinculación se ha incorporado para el caso de años cotizados mínimos para acceder a la jubilación anticipada a partir de 2013. Para la cotización mínima exigible implanta, a partir de 2013, el mismo mecanismo que el mencionado para la edad de jubilación: cada tres años y basados en datos medios del último trienio respecto a los del trienio

anterior. En relación con el importe de la pensión/esperanza de vida, en Portugal y Finlandia ajustan directamente el importe de la pensión inicial multiplicándola por un factor de sostenibilidad. Las fórmulas del cálculo son distintas: Portugal, es el cociente de esperanzas de vida, la actual y la futura (si la futura es mayor el cociente dará un valor inferior a 1, por el que habrá que multiplicar el importe inicial de la pensión); en Dinamarca, es un cociente algo más complejo que incorpora valores de renta”<sup>32</sup>.

La principal característica de las reformas de los sistemas de reparto en la UE es que los países suelen combinar distintos instrumentos. Las diversas reformas de los sistemas de reparto en Europa se agrupan en dos tipos de medidas: a) reformas paramétricas, y b) reformas no paramétricas. En el primer caso, se “mantiene la estructura y la filosofía del sistema de pensiones y sólo introduce cambios cuantitativos en algún parámetro del mismo. Se trata de cambios concretos desde un valor del parámetro a otro valor, sin ningún tipo de indexación automática a la evolución factor importante para los sistemas de reparto, como la esperanza de vida”<sup>33</sup>. Estos parámetros suelen ser muy variados, como, por ejemplo, el tipo de cotización, la edad de jubilación, períodos de cotización, valoración de las bases de cotización para el cálculo de la pensión, exigencias de años de cotización y escala de valoración, penalizaciones e incentivos por jubilación a distintas edades y revalorización de las pensiones<sup>34</sup>.

Respecto a las segundas, es decir, las reformas no paramétricas “son modificaciones más profundas en el sistema de reparto que suponen, de una o de otra manera, que los futuros pensionistas pasan a soportar una parte del riesgo de envejecimiento”<sup>35</sup>. Ejemplos de reformas no paramétricas serían la sustitución parcial del sistema de reparto por el de capitalización, el cambio hacia el sistema de cuentas nocionales, la vinculación automática de algún parámetro relevante del sistema a la evolución de la esperanza de vida o de la situación económica (factor de sostenibilidad)<sup>36</sup>. Esto significa que en el sistema de reparto también cabe la realización de reformas estructurales, por ejemplo, la sustitución del sistema de pensiones de reparto por uno de capitalización. Este tipo de reforma no ha sido llevado a cabo por ningún país de la Unión Europea, sino que, más bien, “se ha tendido a aumentar el protagonismo de la parte de capitalización manteniendo una parte pública que proporciona una pensión básica o una pensión contributiva financiada por el sistema de reparto”<sup>37</sup>.

Entendemos que en los países de la UE no es posible una reforma estructural en su forma pura, dado que el Derecho de la UE, art. 1.4 del Tratado de Lisboa, proclama la promoción del principio de solidaridad intergeneracional, y el sistema de reparto es el que permite de forma más clara hacer efectivo dicho principio. En el ámbito de la UE, “se opta en favor de un sistema de reparto, ante la convicción de que los objetivos de civilización, equidad e incluso de eficacia del Sistema de Seguridad Social son más factibles”<sup>38</sup>.

No obstante, es posible el cambio a un sistema de cuentas nocionales inspirado en el sistema de capitalización (modelo sueco), en que el Estado abre una cuenta a cada trabajador donde se van acumulando todas las cotizaciones durante la vida laboral del trabajador. Cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación, la pensión que percibirá será el resultado de dividir el importe monetario del derecho consolidado en su cuenta nocional entre la esperanza de vida estimada de la cohorte de la población a la que pertenece el individuo<sup>39</sup>. El sistema de cuentas nocionales “es un sistema de reparto porque las pensiones de un año se pagan con las cotizaciones recaudadas en ese mismo año, pero es un sistema de aportación definida, es decir, las pensiones se calculan según el capital acumulado en la cuenta nocional (que depende de las cotizaciones y los rendimientos virtuales según algún indicador)”<sup>40</sup>. En este sentido, las cuentas nocionales son una modalidad de “contribución definida teórica” porque, aunque de forma teórica cada trabajador acumula una “hucha” sigue respetándose una cierta solidaridad intergeneracional dado que esas aportaciones se emplean para financiar las prestaciones de cada momento, a diferencia de la modalidad “contribución definida real” que no respeta el principio de solidaridad intergeneracional<sup>41</sup>. En lo que respecta a su financiación, los suecos cotizan cada mes un 18’5% para pensiones correspondiendo a la cuota obrera un 7% y el 11’5% restante a la empresa. El 16% se destina a la cuenta nocional gestionada por el Estado mediante el sistema público de pensiones (que se revaloriza según la evolución de los salarios), y el 2’5% se aporta a un sistema de capitalización privado (que se revaloriza según rentabilidad de los fondos de inversión)<sup>42</sup>. Las modalidades contributivas de pensiones son de dos tipos: uno, público y, el otro, complementario, pero obligatorio, y que se gestiona con fondos de pensiones privados por el sistema de capitalización<sup>43</sup>. La particularidad de este modelo no sólo reside en la obligación de suscribir un Plan de pensiones privado como complemento obligatorio, sino también la ausencia de la noción de la edad de jubilación. Es decir, “crea una cuenta ficticia en la que se anotan las cotizaciones, y ese importe se divide por los años de esperanza de vida que haya en el momento de la jubilación” y “se prescinde de la edad pensionable”, por lo que los suecos se pueden jubilar cuando lo deseen según la información que reciben anualmente del saldo acumulado de su renta (sobre naranja)<sup>44</sup>.

En definitiva, una alternativa más a la que atender entre las existentes para conseguir la sostenibilidad del sistema de pensiones en cada país. En la UE parece que “subyace una apuesta por el modelo mixto de



pensiones”, puesto que el aumento del gasto provocado por el cambio demográfico se combate “limitando el tamaño de las pensiones públicas, a través del endurecimiento de los requisitos de acceso a las pensiones – más contributividad, retraso de la edad de jubilación– y, paralelamente, mediante un decidido impulso de los mecanismos privados complementarios llamados a ocupar todo el espacio ‘liberado’ por las pensiones públicas y, en tal sentido, sustitutivos de éstas”<sup>45</sup>.

En otro orden, podemos señalar la importancia de la participación financiera promovida a través de la política de la UE para incentivar el desarrollo de los planes de pensiones privados. La participación financiera es una expresión de la Democracia Industrial impulsada por los sindicatos del centro y norte de Europa que se ha extendido como parte de las políticas de recursos humanos de la empresa para incentivar, motivar y retener al empleo cualificado. Sin embargo, un estudio realizado sobre la misma señala que “la relación entre la participación financiera y el desarrollo de los fondos de pensiones no es tan clara como el objetivo perseguido de la UE: aliviar la presión sobre el gasto en pensiones”. En este sentido, se señala que, a medida que aumenta la participación financiera, aumenta también la del fondo de pensiones (de forma moderada), pero esto no se traduce, necesariamente, en una reducción del gasto en pensiones<sup>46</sup>. En Francia existe una Ley de participación que es obligatoria para las empresas con más de 50 empleados, y es el país con mayor participación financiera de Europa. A partir de 1993, la ley contempla desgravaciones fiscales para los tres modelos existentes: “el primero consistente en la voluntariedad para potenciar los intereses compartidos entre trabajadores y empresarios. El segundo es obligatorio y el tercero consiste en un plan de ahorros mediante la compra de acciones en las empresas con la finalidad de impulsar la participación de los trabajadores en los procesos de decisión. La orientación de la política es hacia el ahorro, mediante la transformación de la participación en los beneficios en acciones o bonos de ahorros para la jubilación”<sup>47</sup>. Se trata de planes de ahorro para empleados cuyos importes, dependiendo de las disposiciones aplicables en la empresa, pueden invertirse de dos formas: a) plan de ahorro corporativo (PEE), que permite a los empleados construir una cartera de valores con la ayuda de la compañía; y b) un plan de ahorro para la jubilación colectiva (PERCO) que ofrece a los empleados la oportunidad de generar ahorros que complementarán sus ingresos en el momento de la jubilación. Estos planes también se pueden implementar entre varias compañías. El PEE y PERCO se benefician de un sistema fiscal y social ventajoso, siempre que se respeten todas las cuestiones relacionadas con su implementación y su funcionamiento<sup>48</sup>.

Como hemos afirmado más arriba, el tema de la sostenibilidad del sistema de pensiones y de las reformas que son necesarias se ha tratado desde una dimensión financiera, es decir, la sostenibilidad financiera entendida como la capacidad del Estado de garantizar la supervivencia de un sistema de pensiones. Sin embargo, debemos tener en cuenta otras dimensiones de la sostenibilidad: como la “sostenibilidad social” (proveer de recursos suficientes para que los jubilados mantengan un nivel de vida adecuado), la “sostenibilidad jurídica” (tanto en el plano supranacional como nacional) y la “sostenibilidad política”<sup>49</sup>. Sin entrar en un estudio pormenorizado entendemos que en la era digital hay que prestar especial atención a cada una de estas dimensiones de la sostenibilidad del sistema de seguridad social y, en concreto, al sistema de pensiones que es el que hemos dedicado más atención por tratarse de uno de los temas más preocupantes de cara al futuro.

Podemos decir que existe un importante margen para aumentar las tasas de empleo de mujeres, trabajadores de mayor edad, trabajadores menos cualificados, personas con discapacidad y personas de origen migrante. Por ello, debe aumentarse el empleo de estos colectivos, en particular, reduciendo los desincentivos al trabajo, ofreciendo educación y formación a la medida, permitiendo la organización flexible del tiempo de trabajo y garantizando el acceso a servicios de asistencia sanitaria, atención infantil y otros tipos de asistencia asequibles y de buena calidad. La República Checa, Eslovaquia, Luxemburgo y Rumanía han adoptado medidas para fomentar la organización flexible del tiempo de trabajo. Alemania y Austria fomentan la prolongación de la vida laboral facilitando a los trabajadores de mayor edad vías flexibles de transición a la jubilación. Y países como Alemania, Dinamarca, Finlandia y Suecia han tomado medidas para promover la integración en el mercado de trabajo de las personas de origen migrante<sup>50</sup>.

El tema de la sostenibilidad de las pensiones no es el único problema de la UE en la era digital, por lo que hay que atender en general a los sistemas de protección social sostenibles e inclusivos que permitan garantizar el tránsito hacia la Industria 4.0.

### **3. Sistemas de protección social sostenibles e inclusivos en la unión europea**

Es un hecho constatado que los sistemas de protección social deben modernizarse significativamente para seguir siendo sostenibles y adaptarse a las nuevas realidades demográficas y laborales<sup>51</sup>. Los países de la UE se están enfrentando a una profunda digitalización de la sociedad que ya está desdibujando las diferencias entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, así como también a la aparición de nuevos empleos actuales que no existían hace una década y de aquellos otros que queden por venir<sup>52</sup>.

Los principios del pilar europeo de derechos sociales contemplan que todos los trabajadores deben tener acceso a la protección social, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral (principio 12) y a unas prestaciones de una renta mínima adecuada que garanticen una vida digna (principio 14)<sup>53</sup>. Al respecto, hay una iniciativa de la Comisión que tiene como objetivo poner en marcha no sólo estos principios, sino también la aplicación de otros aquellos en relación con las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación del mercado de trabajo o el tipo de relación laboral (por ejemplo, desempleo, trabajo seguro y estable). En este sentido, y aunque los sistemas de protección social varían en cada uno de los EM, los retos y transformaciones del trabajo son similares ante el cambio que supone la digitalización<sup>54</sup>.

Por este motivo la UE ha realizado una serie de recomendaciones a los EM encaminadas a que éstos alcancen los siguientes objetivos<sup>55</sup>: a) ampliar la cobertura formal a todos los trabajadores, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, y a los trabajadores por cuenta propia; b) garantizar una cobertura efectiva, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral, revisando las normas que rigen las cotizaciones y los derechos como, por ejemplo, introducir el principio de la transferibilidad de los derechos, para contribuir a una cobertura eficaz; c) garantizar la adecuación de la protección social y a concebir mejor los sistemas en función de la situación de los beneficiarios; d) introducir el principio de transparencia, es decir, que los EM mejoren el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones en materia de protección social y ampliar los requisitos administrativos; e) aplicar los principios de (accesibilidad, transferibilidad, adecuación y enfermedades profesionales) establecidos en la Recomendación, y que publiquen datos periódicamente para realizar una evaluación comparativa por la Comisión<sup>56</sup>.

Así, algunos Estados miembros como Dinamarca, Francia, Italia, Letonia y Portugal ampliaron el pasado año la cobertura de la protección social a los trabajadores autónomos. Los Estados miembros también están tomando medidas para promover más activamente la participación en el mercado de trabajo, a menudo centrándose en grupos específicos. Eslovaquia está aplicando un ambicioso plan de acción que permitirá prestar servicios personalizados a los desempleados de larga duración. En España se ha creado una Red de Inclusión Social como instrumento de coordinación entre los servicios sociales y los de empleo<sup>57</sup>. La creación de empleo de los últimos años es un factor favorable que no excluye el riesgo de pobreza, casi un 10% de los trabajadores se inscriben en la categoría de “ocupados en situación de pobreza”. Este porcentaje está aumentando paulatinamente en un contexto de mercados de trabajo en plena mutación, y este aumento es consecuencia de la existencia de carencias en la concepción y la aplicación de los sistemas de protección social. Italia y Portugal son ejemplos de países que han introducidos novedades significativas. El primero a través de un régimen universal de ayuda a la renta mínima en marzo de 2017, y asignando nuevos recursos estructurales a esos fines mediante la Ley de Presupuestos de 2018. En Portugal se realizaron cambios importantes en el régimen de renta mínima para reforzar su capacidad de integración y protección de las personas que viven en la pobreza, sin discriminación por motivos de nacionalidad. La mejora del diseño de los sistemas tributarios y de prestaciones sociales, el fomento de la igualdad de oportunidades en la educación y la formación, la garantía de acceso universal a una asistencia sanitaria y unos servicios sociales de calidad, y la promoción de la igualdad de género, pueden contribuir a reducir las desigualdades y la pobreza, así como su transmisión de una generación a otra<sup>58</sup>.

En relación con la aparición de nuevas modalidades laborales que exigen una adaptación de las instituciones del mercado de trabajo, en Lituania, por ejemplo, se ha realizado una reforma íntegra de su Código de Trabajo con la que se pretende racionalizar las normas para el cese de la relación laboral, y que, al mismo tiempo, reduce la duración máxima de los contratos de duración determinada, aumenta las prestaciones por desempleo y fomenta la negociación colectiva<sup>59</sup>.

En definitiva, se están produciendo avances hacia las metas que se fijaron hace unos años en la Estrategia 2020, que entre otros objetivos incluyen el incremento al 75% de las tasas de empleo de la población de edades comprendidas entre 20 y 64 años y el rescate de al menos 20 millones de personas del riesgo de pobreza y exclusión social. Esto avanza hacia que la UE se esté aproximando a sus objetivos en educación, energía, clima y empleo. Pero, y esto es importante, el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social ha alcanzado su cota máxima en el 2012, año a partir de cual ha disminuido hasta situarse aproximadamente en los niveles anteriores a la crisis. Por este motivo parece improbable que se cumpla en el año 2020 el objetivo de extraer a 20 millones de personas de la pobreza, aunque los riesgos de pobreza están retrocediendo en general.

#### 4. Conclusiones

Hemos visto la necesidad de reformar los sistemas de pensiones y de protección social para mantener su sostenibilidad, accesibilidad y calidad, garantizando al mismo tiempo su adecuación. Por este motivo, la

mayoría de los Estados miembros han acometido una serie de medidas relativas a las pensiones, pero los progresos que se han alcanzado parecen más bien limitados<sup>60</sup>. Esto significa que es necesario buscar qué medidas se deben adoptar, sobre todo a largo plazo, para combatir el problema que presenta el sostenimiento de las pensiones en la era digital. Como se ha afirmado, no nos queda la menor duda de que muchos de los problemas y desafíos a los que se han enfrentado los sistemas de Seguridad Social en la UE ya existían antes de la crisis económica y financiera del año 2008, pero han empeorado con la crisis<sup>61</sup>. Esta crisis ha demostrado que los sistemas de pensiones de capitalización no ofrecen las enormes ventajas que a veces se les atribuían. En este sentido, si “la Seguridad Social consiste en proporcionar seguridad en caso de grandes riesgos sociales, no deberíamos invitar o, incluso a veces, obligar a los ciudadanos a invertir parte de sus ingresos de la vejez en los mercados financieros internacionales. Se trata de una corta visión de los Estados que, obsesionados por las cifras del presupuesto, transfieren importantes responsabilidades para la provisión de ingresos en la vejez a los fondos privados. (...) Si el fondo privado va bien el beneficio se destinará a las personas participantes, si sale mal el Estado tiene que intervenir. La privatización de las ganancias, la ‘estatalización’ de las pérdidas no es un trato justo, tenemos que hacer que nuestros sistemas públicos proporcionen otra vez el grueso de la protección, dejando a los actores privados lo que es realmente complementario”<sup>62</sup>.

Algunas de las reformas de los sistemas de pensiones parecen más válidas de cara al futuro, como, por ejemplo, el modelo sueco, denominado “cuentas nocionales” porque es respetuoso con el principio de solidaridad intergeneracional. No obstante, estas reformas financieras no deben ser las únicas que se acometan en la era de la Industria 4.0, ya que creemos que es posible contribuir al sistema de pensiones con otros ingresos provenientes del florecimiento de la informalidad de los empleos que contribuyan al sistema de la Seguridad Social y “al fomentar una sociedad de oportunidades en el futuro, especialmente para los jóvenes, haciendo reformas estructurales que aumenten el empleo, disminuyan la tasa de paro y suban los salarios”<sup>63</sup>.

Entendemos que es necesario que los Estados miembros destinen los fondos a que el empleo muestre alguna sostenibilidad a largo plazo. En la actualidad, al asalariado promedio de EE.UU. le bastaría trabajar diecisiete semanas al año para percibir el salario real promedio de hace un siglo. En otro orden de cosas, a nivel agregado la obsolescencia de ciertos oficios ha sido más que compensada por la creación de nuevos puestos de trabajo, pero también es cierto que hay una nueva revolución disruptiva en ciernes. Sin duda alguna, “todas las revoluciones industriales han tenido repercusiones notables sobre el mercado de trabajo, y la actual no representa una excepción”, por lo que, con el objetivo de atenuar las repercusiones negativas de las nuevas tecnologías sobre el empleo presente y futuro, es imprescindible que los agentes económicos públicos y privados gobiernen el cambio.

Para ello, es necesario actuar en tres ámbitos: la educación, el mercado de trabajo y la redistribución. Por ejemplo, en lo que respecta a la expansión de los modelos de negocios basados en plataformas económicas y las nuevas formas de contratación es aconsejable estudiar la regulación laboral vigente, así como también diseñar mecanismos que compensen a los damnificados por la revolución digital<sup>64</sup>, por ejemplo, mediante el establecimiento de una renta mínima garantizada para los ciudadanos cuyos ingresos no alcancen el 60% de la renta disponible familiar de cada Estado miembro<sup>65</sup>.

Por otro lado, es necesario que existan unos sistemas de protección social sostenibles e inclusivos para mitigar el impacto de las perturbaciones económicas. Es decir, en consonancia con los principios del pilar de derechos sociales, todos los trabajadores deben tener acceso a la protección social, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral<sup>66</sup>.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Este trabajo es resultado del proyecto de investigación del MINECO (España), titulado “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social” (DER2017-83040-C4-3-R), cuyas investigadoras principales son las Prof. Ana M<sup>a</sup> Chocrón Giráldez y E. Macarena Sierra Benítez.

---

2

Comisión Europea, *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, Bruselas, 16.2.2012, COM(2012) 55 final, p. Los libros son documentos que contienen propuestas de acciones de la UE en un campo específico. Su propósito es iniciar un debate con el público, las partes interesadas, el Parlamento Europeo y el Consejo con el fin de alcanzar un consenso político en [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white\\_paper.html?locale=es](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html?locale=es)

---

3

BLASCO LAHOZ, José F. “Financiación de la Seguridad Social”, Tirant on line (TOL1763.377).

---

4

BBVA, “Pensiones: Sistema de reparto vs sistema de capitalización” en <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/pensiones-sistema-de-reparto-vs-sistema-de-capitalizacion.html>

---

5

Excepto en materia de pensiones causadas por IP o muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponde asumir a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, a las empresas declaradas responsables, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones (art. 110.3 TRLGSS).

---

6

FERRADÁNS, Hugo “¿Es sostenible el sistema de pensiones?”, Blog *Agenda Pública*, domingo 3 de diciembre de 2017, p. 2/8.

---

7

Hay que tener en cuenta que la Unión también puede actuar a fin de abordar los retos a que se enfrentan las personas que trabajan por cuenta propia para acceder a la protección social tomando como base el art. 352 del TFUE que contiene una disposición que autoriza a la Unión a adoptar un acto que sea necesario para alcanzar los objetivos fijados por los Tratados cuando estos no hayan previsto los poderes de actuación necesarios al efecto.

---

8

Comisión Europea, *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, obra cit., p. 9.

---

9

DO C 428 de 13.12, 2017, pp. 10 a 15.

---

10

En esta materia hay una propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, COM (2018) 132 final.

---

11

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al

Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”, [COM (2016) 127 final].

---

12

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, *Supervisión de la aplicación del pilar europeo de derechos sociales*, 13.3.2018, COM(2018) 130 final.

---

13

En relación al Semestre Europeo véase [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european\\_semester.html](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/european_semester.html) y en cuanto a la Estrategia Europea 2020, Comisión Europea, Comunicación de la Comisión Europa 2020, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>

---

14

Comisión Europea, *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, obra cit., p. 4.

---

15

En España en materia de jubilación se han producido diversas reformas Ley 26/1985, ley 24/1997; RDL 16/2001 y Ley 35/2002; Ley 40/2007; Ley 27/2011; RDL 5/2013 y Ley 23/2013.

---

16

MALDONADO MOLINA, Juan Antonio “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018, pp. 113 y 114.

---

17

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> Fernanda; CALVO GALLEGU, Javier “El tratamiento internacional y comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de discriminación y el envejecimiento activo” en CALVO GALLEGU, Javier; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> Fernanda *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, tirant humanidades, Valencia, 2016, pp. 114 a 119 ponen en conexión con el tratamiento de la jubilación, el empleo de las personas de edad y la sostenibilidad de los sistemas de protección social en un contexto de envejecimiento y estabilidad presupuestaria.

---

18

SUÁREZ CORUJO, Borja “Sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social en España y en la Unión Europea” en GARRIDO PÉREZ, Eva; SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, Cristina (coords.) *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, p. 289.

---

19

CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital” (2018/C 129/02) 3.1, 2.4, 2.5 y 2.6.

---

20

21

En España la ejecución presupuestaria del sistema de Seguridad Social (31 de mayo de 2018) es la siguientes: a) ingresos (cotizaciones: 47.251,62 millones de euros; transferencias corrientes: 8.497,22 millones de euros y ingresos patrimoniales: 43,40 millones de euros); y b) gastos (prestaciones contributivas: 42.578,30 millones de euros - invalidez, jubilación, viudedad, orfandad y a favor de familiares-; prestaciones no contributivas: 4.037,63 millones de euros -incluidos complementos a mínimos-). Fuente: Secretaría de Estado de la Seguridad Social en <https://revista.seg-social.es/2018/06/28/la-seguridad-social-presenta-un-saldo-positivo-de-3-291-millones/>

El verdadero origen del actual déficit de la Seguridad Social es que históricamente los ingresos contributivos del sistema de pensiones representan un 10% del PIB, mientras los gastos contributivos han ido fluctuando y actualmente están en un 11,6% del PIB, con lo que el déficit de caja es del 1,6% sobre el PIB. Sin embargo el problema de fondo está en el déficit actuarial del sistema, debido a que entrega, en términos comparables, 1'30 euros por cada euro que recibe de cotizaciones. Fuente: José Enrique Devesa, Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social de la Universidad de Valencia en M. Llamas, “El problema oculto de las pensiones: La seguridad Social pasa 1,30 euros por cada euro que recibe de los cotizantes”, en *Libremercado*, 19 de mayo 2018 <https://www.libremercado.com/2018-05-19/el-problema-oculto-de-las-pensiones-la-seguridad-social-paga-130-euros-por-cada-euro-que-recibe-de-los-cotizantes-1276618770/>

---

22

Preámbulo II de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE 26. 12. 2013, núm. 309).

---

23

El FS se introduce en nuestro sistema por el art. 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social que introduce en nuestro sistema la figura del factor de sostenibilidad con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027 (estas revisiones se efectuarán cada 5 años). La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE 4.07.2018, núm. 161), no sólo ha previsto la aplicación del factor de sostenibilidad en una fecha no posterior al 1 de enero de 2023, sino también que las pensiones mínimas subirán un 3% ese año, un 1'6% el resto y se elevará del 52% al 56% la base reguladora de las pensiones de viudedad (desde el año 2014 la subida ha sido de un 0'25%).

---

24

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Daniel “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2015, p. 213.

---

25

Véase SUÁREZ CORRUJO, Borja “Sostenibilidad de los Sistemas de Seguridad Social en España y en la Unión Europea”, obra cit., pp. 288 y 296.

---

26

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Daniel “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad”, obra cit., p. 206.

---

27

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Daniel “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad”, obra cit., p. 208.

---

28

El Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (aprobado por el Pleno, Congreso Diputados, sesión de 25 de enero 2011) planteó la conveniencia de estudiar, para su posterior análisis y valoración por la Comisión de dicto Pacto, la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo aconsejable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones de los países de nuestro entorno. La Ley 23/2013 regula el índice de revalorización, que vendría a sustituir, a partir de 1 de enero de 2014, el índice de referencia que se aplicaba desde 1997 (el IPC).

---

29

ALDA, Mercedes; MARCO, Isabel; MARZO, Adrián “La reforma del sistema público de pensiones español: el factor de sostenibilidad”, *Revista Finanzas y Política Económica (Colombia)*, Vol. 10, núm. 1, 2018, p. 31. El índice de revalorización de pensiones se determina según una expresión matemática regulada en el art. 7 de la Ley 23/2012 (que modifica el art. 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS-) donde el resultado obtenido no puede dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior a 0’25% ni superior a la variable porcentual del índice de precios de consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t, más 0,50%.

---

30

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Daniel “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad”, obra cit., p. 210. El IRP tiene un valor entre el 0’25% y la variación del IPC+ 0’5% (límite mínimo y límite máximo).

---

31

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Daniel “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: el factor de sostenibilidad”, obra cit., p. 211. Además añade “la aplicación de FS conlleva en principio una menor pensión inicial respecto a su no aplicación y, a su vez, un menor gasto por pensiones en un ejercicio. Pero, puesto que este menor gasto es recogido en el valor del IRP de un número determinado de ejercicios, esto favorece, ante estabilidad en variables, un mayor valor del IRP, que a su vez supone una mayor revalorización dentro de los límites establecidos para la misma”.

---

32

ACTIVA, “¿Cómo se aplica el factor de sostenibilidad en Europa?”, *Revista Seguridad Social. Activa*, 2015 en [http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/BuenasPracticas/REV\\_031174](http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/BuenasPracticas/REV_031174) La documentación de este artículo se ha extraído del trabajo titulado “El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España” presentado por AAVV en el XV Encuentro de Economía Aplicada, celebrado en A Coruña, los días 7 y 8 de junio 2015.

---

33



DEVESA, J. Enrique; DEVESA, Mar; DOMÍNGUEZ, Inmaculada; ENCINAS, Borja; MENEU, Robert; NAGORE, Amparo “El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España”, trabajo presentado en el XV Encuentro de Economía Aplicada, 7 y 8 de junio 2015 en <https://www.uv.es/pensiones/docs/pensiones-jubilacion/Factor%20de%20sostenibilidad.pdf>obra, p. 8.

---

34

DEVESA, J. Enrique; DEVESA, Mar; DOMÍNGUEZ, Inmaculada; ENCINAS, Borja; MENEU, Robert; NAGORE, Amparo “El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España”, obra cit. pp. 9 y 10.

---

35

Ibídem, pp. 8 y 9.

---

36

Ibídem, p. 9.

---

37

DEVESA, J. Enrique; DEVESA, Mar; DOMÍNGUEZ, Inmaculada; ENCINAS, Borja; MENEU, Robert; NAGORE, Amparo “El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España”, obra cit., p. 11.

---

38

MALDONADO MOLINA, Juan Antonio “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, obra cit., p. 117, nota a pie nº 9.

---

39

GUTIÉRREZ BENGOCHEA, Miguel “La sostenibilidad de las pensiones públicas en un Estado de Bienestar Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. II, núm. 2, 2017, p. 99.

---

40

DEVESA, J. Enrique; DEVESA, Mar; DOMÍNGUEZ, Inmaculada; ENCINAS, Borja; MENEU, Robert; NAGORE, Amparo “El factor de sostenibilidad en los sistemas de pensiones de reparto: alternativas para su regulación en España, obra cit., p. 11.

---

41

MOLINA, Juan Antonio “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, obra cit., p. 116.

---

42

MALDONADO MOLINA, Juan Antonio “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, obra cit., p. 119.

---

<https://www.pensionsmyndigheten.se/other-languages/es/es/du-bestammer-over-din-premiepension>

---

MALDONADO MOLINA, Juan Antonio “El factor de sostenibilidad en Europa y España”, obra cit., p. 120.

---

SUÁREZ CORUJO, Borja “Sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social en España y en la Unión Europea”, obra cit., p. 301.

---

MARTÍN ARTILES, Antonio; MOLINA, Óscar “¿Participación financiera para sostener las pensiones? Entre la democracia industrial y la motivación, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33, núm. 2, 2015, pp. 397 y 412.

---

IBÍDEM, pp. 411 y 412. Estos autores parten de la definición de participación industrial aportada por Poole, que la entiende “como el ejercicio del poder por los trabajadores o sus representantes sobre la toma de decisiones en el lugar de trabajo y la capacidad para modificar la distribución de poder en la empresa”, p. 400. Estos autores llegan a la conclusión de que “cuanto más pequeña es la empresa menos son las probabilidades de acceder a la participación en los beneficios e incluso a los planes de pensiones complementarios”. Por lo que esa política no sería trasladable a los países del sur de Europa puesto que ni los sindicatos ni los empresarios tienen suficiente capacidad para ello. Concluyendo su estudio se preguntan si debe ser obligatoria por ley la participación en los beneficios de las empresas, combinada con sistemas incentivos y desgravaciones fiscales, con la finalidad de aliviar la presión de las pensiones públicas y contribuir a la sostenibilidad del Estado de Bienestar *multipilar*, pp. 418 a 420.

---

MINISTÈRE DU TRAVAIL, “Les plans d’épargne salariale” en <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/remuneration-et-participation-financiere/epargne-salariale/article/les-plans-d-epargne-salariale> Véase la LOI n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail.

---

SUÁREZ CORRUIJO, Borja “Sostenibilidad de los Sistemas de Seguridad Social en España y en la Unión Europea”, obra cit., pp. 287 a 296.

---

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, *Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n° 1176/2011*, Bruselas, 7.3.2018 COM(2018) 120 final, p. 14.

---

Se entiende por “régimen de protección social” un marco de normas diferenciado para proporcionar prestaciones a

los beneficiarios con derecho a ellas en Propuesta de Recomendación del Consejo relativa a al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, Estrasburgo, 13.3.2018, COM(2018) 132 final, p. 26.

---

52

Comisión Europea, *Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*. 1 de marzo de 2017 en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro\\_blanco\\_sobre\\_el\\_futuro\\_de\\_europa\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf)

---

53

Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re) integración en el mercado laboral.

---

54

Propuesta de Recomendación del Consejo relativa a al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, Estrasburgo, 13.3.2018, COM(2018) 132 final, pp. 1 a 3.

---

55

Hay que tener en cuenta el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) contempla entre los objetivos de la Unión “promover el bienestar de sus pueblos y el desarrollo sostenible de Europa con el objetivo del pleno empleo y el progreso social, fomentar la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres t la solidaridad entre las generaciones. Y el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) estableciendo que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana. Así como el art. 292 en combinación con los arts. 153.1 c) y 153.2 p. tercero y el 352 del TFUE.

---

56

Ibídem, pp. 15 y 16, señalando que los principios se apliquen a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, pero reconociendo que se apliquen normas distintas a cada uno de aquéllos. La Recomendación se aplica a las siguientes ramas de la protección social: prestaciones por desempleo, por enfermedad y de asistencia sanitaria; maternidad y paternidad asimiladas; invalidez, vejez y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

---

57

<http://redinclusion-social.es/>

---

58

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, *Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n° 1176/2011*, obra cit. pp. 13 y 14.

---

Ibídem, p. 14.

Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, *Semestre Europeo 2018: evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n° 1176/2011*, obra cit., p. 11.

PIETERS, Danny “La Seguridad Social en Europa: entre la conservación del pasado y la construcción del futuro” en AAVV, *El futuro de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010, p. 288.

PIETERS, Danny “La Seguridad Social en Europa: entre la conservación del pasado y la construcción del futuro” en AAVV, *El futuro de la protección social*, Murcia, Laborum, 2010, p. 289.

FERRADANS, Hugo “¿Es sostenible el sistema de pensiones?, obra cit., p. 4/8.

DOMÉNECH, Rafael; GARCÍA, José Ramón; MONTAÑEZ, Miriam, NEUT, Alejandro “Afectados por la revolución digital: el caso de España”, *Papeles de Economía Española*, núm. 156, 2018, pp. 129 y 140.

Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (2016/2270[INI]), P8\_TA(2017)0403. Hay que tener en cuenta que según datos de la Comisión 119 millones de europeos, el 25% de la población total, se encuentra en riesgo de pobreza y exclusión social una vez percibidas las prestaciones sociales.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, *Semestre Europeo 2018: evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento [UE n° 1176/2011]*, obra cit., p. 12.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL PROCESO LABORAL ANTE UN FUTURO DIGITAL****2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL FENÓMENO DEL ENVEJECIMIENTO EN LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: ¿URGE IMPLEMENTAR POLÍTICAS SOCIALES?****2. La protección social de los trabajadores frente al fenómeno del envejecimiento en la cuarta revolución industrial: ¿urge implementar políticas sociales?****The social protection of workers against the evening phenomenon in the fourth industrial revolution: is it implementing to implement social policies?****(Autor)****JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ**

*Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Adjunto de Docencia en los cursos de "Instituciones de la Seguridad Social" y de "Tendencias Jurisprudenciales en materia previsional" que se dictan en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).*

*Miembro de la Sección peruana de Jóvenes Juristas de la SPDTSS. Miembro principal del Círculo de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (CELSS) de la UNMSM. jpaitan.unmsm@gmail.com*

**Sumário:**[1 Introducción](#)[2 Políticas sociales en materia de empleo frente al envejecimiento de la clase trabajadora](#)[2.1 Situación actual del empleo del Perú: El Derecho del trabajo en una encrucijada](#)[2.2 Hacia la implementación de políticas laborales](#)[3 Políticas sociales en materia de seguridad social frente al envejecimiento de la clase trabajadora](#)[3.1 Situación actual del de la seguridad social del Perú: El Derecho de la seguridad social en una encrucijada](#)[3.2 Hacia la implementación de políticas sociales de pensiones dignas, suficientes y equitativas](#)[4 Reflexiones finales](#)**Área do Direito: Trabalho****Resumen:**

El Estado Social y Democrático se constituye en el instrumento y garante típico de la realización de las políticas sociales, las mismas que están dirigidas a garantizar a la ciudadanía el mayor nivel de bienestar, fundadas en los valores de justicia material, igualdad de oportunidades y dignidad de las personas; que en muchos países de América Latina y el Caribe brillan por su ausencia. Ante el fenómeno del envejecimiento de la clase trabajadora que se está produciendo en plena era de la Cuarta Revolución Industrial, en el que además vienen surgiendo nuevas formas de empleo, los planteamientos ofrecidos en el presente trabajo convergen en la necesidad urgente e impostergable de proponer la implementación de políticas sociales, con

el propósito de fortalecer el empleo pleno, decente y productivo durante todo el ciclo de la vida laboral y, a su vez, de nuevos modelos de protección social que aseguren y amplíen su cobertura, así como su sostenibilidad, máxime de la clase trabajadora en edad avanzada.

## Abstract:

The Social and Democratic State is the instrument and guarantor typical of the realization of social policies, which are aimed at guaranteeing citizens the highest level of well-being, based on the values of material justice, equality of opportunity and dignity. of people; that in many countries of Latin America and the Caribbean shine by their absence. Given the phenomenon of the aging of the working class that is taking place in the middle of the Fourth Industrial Revolution, in which new forms of employment are also emerging, the approaches offered in the present work converge in the urgent and urgent need to propose the implementation of social policies, with the purpose of strengthening full, decent and productive employment throughout the working life cycle and, in turn, new social protection models that ensure and expand their coverage, as well as their sustainability, most of the working class in old age.

**Palabras Clave:** Políticas sociales, empleo, seguridad social, envejecimiento, Cuarta Revolución Industrial

**Keywords:** Social policies, job, social security, Aging, Fourth Industrial Revolution

*"(...) [U]na de las responsabilidades más importantes que enfrenta un Gobierno es mantener la economía tan cercana al pleno empleo [y plena seguridad social] como sea posible. Esto no solamente implica una buena política económica, sino también una buena política social".*

Joseph E. Stiglitz<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Con el fenómeno del envejecimiento poblacional, producto del nuevo contexto demográfico y sus cambios acelerados, se viene produciendo cada vez más la disminución en las tasas de mortalidad y fertilidad<sup>2</sup>, en el que el grupo de población de 60 años o más está creciendo más rápidamente que cualquier otro grupo de edad, con proyecciones a triplicar su número en el año 2050. Este fenómeno tiene efectos importantes para el desarrollo económico, los mercados de trabajo y la protección social de los países desarrollados y en desarrollo<sup>3</sup>.

Ante el crecimiento de la población, el aumento del número de jóvenes, el envejecimiento de la clase trabajadora, la migración, que presentan en plena era de la Cuarta Revolución Industrial<sup>4</sup>, en la que además vienen surgiendo nuevas formas de relaciones de trabajo, aparecen los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el futuro del empleo y de la seguridad social? ¿Estamos preparados para garantizar el empleo y protección social de la clase trabajadora frente al fenómeno del envejecimiento poblacional y al nacimiento de nuevas empresas y nuevas formas de organización del trabajo? ¿Podrá la clase trabajadora depender de los ingresos de jubilación públicos –inclusive privados– para su consumo de vejez? ¿Los beneficios de pensión serán suficientemente grandes para apoyar las necesidades –económicas y de salud, principalmente– de individuos cuya esperanza de vida continúa aumentando?

Para dar respuesta a estas interrogantes, es evidente que, primero, debe llamar la atención las dinámicas demográficas (envejecimiento de la población) por que las que atraviesan diferentes países de la región en plena era de la Revolución 4.0 (en el que la tecnología juega un papel importante). El fenómeno del envejecimiento poblacional y el nuevo contexto digital<sup>5</sup>, además de incidir en la economía y las relaciones de producción, tiene mucha vinculación con el empleo y la seguridad social.

En los países desarrollados existe un sistema de protección social adecuado, donde se pueden observar algunos patrones definidos del comportamiento de los trabajadores en el mercado laboral, reflejados, por ejemplo, en los mecanismos de transferencias de la seguridad social que desincentivan la participación laboral de los adultos mayores (como en Estados Unidos, Alemania o los países miembros de la OCDE)<sup>6</sup>.

Muy por el contrario, en los países menos desarrollados –o en desarrollo– como el Perú, en principio, enfrentan el continuo desafío de altas tasas de informalidad, subempleo y ocupación en microempresas, más aún en sus áreas urbanas<sup>7</sup>. Por el lado de la oferta laboral, el hecho que muchos trabajadores no cuenten con una pensión provoca que busquen alguna alternativa de trabajo con el fin de conseguir ingresos, aún después de la edad de retiro. No obstante, los deseos de trabajar se enfrentan a una enorme barrera en el mercado laboral que reduce las posibilidades de los adultos mayores para conseguir trabajo, por la existencia de pocos incentivos para capacitarlos, así como de prejuicios por parte de las empresas para contratarlos, pensando que las personas adultas mayores son menos productivas, menos adaptables y menos dispuestas a aceptar las

nuevas tecnologías que los jóvenes, que tienen una preferencia en la contratación pagándoles salarios menores<sup>8</sup>.

La clase trabajadora sin superar todavía estos problemas, ahora tiene que afrontar las incertidumbres en el empleo y protección social que genera el fenómeno del envejecimiento poblacional, por la cual transitamos y en el que la tecnología y la “digitalización de la vida social ha ocasionado una nueva manera de entender las relaciones entre individual y colectiva”, conocido como, “teconologización de la vida cotidiana”<sup>9</sup>, con una flexibilización constante (y otras veces, desregulación) de la organización del trabajo e, inclusive, de la protección social.

En la vejez, las personas dejan de percibir ingresos laborales y pasan a depender, principalmente, de las prestaciones de la seguridad social (la pensión de jubilación, por ejemplo), cuyo financiamiento deviene principalmente de los aportes de los que todavía forman parte de la clase trabajadora. Así pues, ante un escenario de cambios demográficos, crisis económica y efectos de la transición de la Cuarta Revolución Industrial, es de esperar que el futuro del bienestar de la clase trabajadora (en proceso de envejecimiento) empeore al aumentar su número (al incrementarse sus necesidades y disminuir su principal fuente de financiamiento) y al esperarse una declinación de su actual soporte por la reducción en las tasas de fecundidad<sup>10</sup>.

Entonces, se hace necesario que los Estados de bienestar pongan mayor énfasis en sus políticas que permitan superar, si queremos llamarlo así, este tipo de desprotección social manifiesta de la clase trabajadora (principalmente, del adulto mayor), pues “[l]o que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo [frente a diferentes fenómenos, tales como el envejecimiento poblacional, la globalización, las crisis económicas y a la transición ante la Industria 4.0, principalmente]; lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno que quisiéramos suprimir [como el prevenir la desprotección social]”. Esto es, justamente, el objetivo de las políticas sociales en un Estado social y democrático de derecho.

Al respecto, las *políticas sociales* –que forman parte de las políticas públicas– están dirigidas a garantizar la igualdad material a través de diferentes actuaciones organizadas en torno a tres finalidades esenciales: i) la de promoción de las condiciones que favorezcan y garanticen la igualdad de oportunidades, eliminando cualquier obstáculo para esa igualdad y facilitando el pleno ejercicio de los derechos fundamentales (denominadas políticas sociales promocionales); ii) la de garantía de una vida digna; y iii) la de suficiencia económica en estados de necesidad que se requiera<sup>11</sup>.

De este modo, las políticas sociales tienden a garantizar a toda la ciudadanía, frente a cualquier fenómeno social, económico, político e, inclusive, cultural, el mayor nivel de bienestar, siendo el Estado social y democrático el instrumento y garante de la realización de estas políticas, tanto en materia de empleo como de seguridad social, fundado en los valores de justicia material, la igualdad y dignidad de las personas.

En ese sentido, en las siguientes líneas se propone, en términos generales, algunas políticas sociales en materia de empleo y de seguridad social, para hacer frente al fenómeno del envejecimiento de la población que se presenta con fuerza en plena era de la Cuarta Revolución Industrial, principalmente, sumado a los problemas estructurales que presenta el ordenamiento jurídico peruano laboral y pensionario (o previsional). Ello, con la finalidad de enfrentar los desafíos a la que se enfrentan diversos países (como el Perú) en materia de empleo y de seguridad social, máxime de los trabajadores en edad avanzada<sup>12</sup>.

## **2. Políticas sociales en materia de empleo frente al envejecimiento de la clase trabajadora**

### **2.1. Situación actual del empleo del Perú: El Derecho del trabajo en una encrucijada**

En materia de empleo, durante los últimos años la mayoría de los países han acometido procesos revisionistas de sus respectivos ordenamientos laborales. Los distintos gobiernos, fuere el signo político que fuere, han puesto en práctica diversas acciones flexibilizadoras, en unos casos con un alcance menor al hilo de incidir en alguna de las rigideces más sentidas de cada experiencia o en algún aspecto de las relaciones laborales; pero en otros ejemplos, la flexibilidad (o liberalización) ha tenido una mayor envergadura, con un carácter continuado en el tiempo y con modificaciones introducidas en gran parte de las instituciones y puntos neurálgicos de dicha disciplina<sup>13</sup>.

En esta inercia, casi insoslayable, se encuentra el Perú, en el que diversas actividades económicas y empresas son subsidiadas a través de “leyes promocionales” que rebajan el estándar de protección laboral previsto<sup>14</sup>, así como la propia legislación que regula la actividad laboral privada (Decreto Legislativo N° 728), generando



empleos precarios.

Diversas actividades económicas y empresas son subsidiadas a través de leyes promocionales que rebajan el estándar de protección laboral previsto, en el entendido de que esta reducción de “costos” promoverá las exportaciones, la formalización o el desarrollo empresarial. Esta opción de política, profundizada en los últimos años e inédita en la región y en el mundo, implica diferencias de trato que crean subcategorías de trabajadores y trabajadoras con condiciones precarias<sup>15</sup>, que se expresan a través de diversas manifestaciones: “el empleo clandestino el más extendido y grave, la subcontratación, los contratos de trabajo a corto plazo, las prácticas de las agencias de trabajo temporal y otros”<sup>16</sup>.

En la evolución de la legislación laboral peruana, se han promulgado diversos regímenes especiales promocionales que contienen derechos laborales reducidos, y en otros casos, hay un desconocimiento de los mismos, tales como son: i) el régimen general laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728); ii) el régimen de promoción de las exportaciones no tradicionales (Decreto Ley N° 22342); iii) el régimen de promoción del sector agrario (Ley N° 27360); iv) el régimen de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa (Ley N° 28015); y, v) el derogado régimen laboral juvenil (Ley N° 30288), conocido popularmente como “Ley pulpín”, el mismo que se pretendió volver a implementar para flexibilizar aún más la legislación laboral<sup>17</sup>.

Estos regímenes especiales promocionales, desde ya, reflejan un empleo precario, contrario al trabajo digno y decente<sup>18</sup>, siendo que este último, en términos de la OIT, implica percibir ingresos adecuados, tener una jornada laboral que concilie la vida familiar con el trabajo, el acceso a salud de calidad y a las pensiones en un marco de promoción de la libertad sindical y la negociación colectiva<sup>19</sup>, sin distinción alguna (edad, sexo, entre otros) y en un régimen de igualdad de oportunidades.

Sumado a ello, la constante flexibilización del empleo peruano con la introducción de nuevas tecnologías propias de la Revolución 4.0 por la que atravesamos, conocido como “uberización del empleo”, viene generando una transición de trabajadores sujetos a una relación de trabajo de dependencia hacia una con independencia, en la que inclusive no existe regulación que puede prever los derechos y obligaciones de las partes dicha relación (dueños de las tecnologías o driver o plataformas digitales y del personal que brinda servicios a través de ella).

El “efecto disruptivo de las nuevas tecnologías tiene el potencial de generar una mayor vinculación entre las personas –y entre los trabajadores–, pero, al mismo tiempo, tienden a atomizar las relaciones de trabajo”. Es así como “[f]enómenos como la “uberización” de las relaciones de trabajo, el trabajo a demanda, trabajo online, u otros están apareciendo en varios países avanzados y es probable que se acentúen en países como Perú conforme avance la penetración de la tecnología [como es el teletrabajo]”<sup>20</sup>.

La persistencia de que los regímenes especiales promocionales sigan vigentes en el Perú, la reducción mínima del empleo informal<sup>21</sup> (70%, aproximadamente), así como la presencia del fenómeno de la uberización de las relaciones trabajo sin regulación alguna, hacen advertir que los mismos son todo lo contrario a la connotación de trabajo decente; por lo que hay evidencia de que nuestro Derecho del Trabajo se encuentra en una *encrucijada* y, por ello, adolecemos (desde el pasado hasta la actualidad) de verdaderas políticas sociales en materia laboral.

## 2.2. Hacia la implementación de políticas laborales

En el Perú es menester implementar políticas laborales –activas y pasivas, de mediano y largo plazo– que promuevan el empleo pleno, digno y productivo durante todo el ciclo de la vida laboral de las personas. “Las políticas activas de empleo son intervenciones del Estado diseñadas para apoyar a poblaciones especialmente vulnerables en el mercado de trabajo [como es el caso de la clase trabajadora envejecida o en proceso de dicho fenómeno], a través de programas de capacitación, servicios de información de empleo, programas de empleo temporal. A diferencia de las políticas “pasivas”, intentan crear las condiciones para que estas poblaciones tomen iniciativas que les permitan salir de su condición de vulnerabilidad de manera sostenible”<sup>22</sup>.

Entre la diversidad de políticas laborales que existen, centrándonos al fenómeno del envejecimiento poblacional, se debe aumentar las tasas de participación en la fuerza de trabajo de todos los grupos de edad, con especial atención en los grupos vulnerables, como son, los trabajadores de edad avanzada (mayores de 60 años) que, a su vez, permitirían el incremento del empleo y de la demanda interior de empleo.

La *inversión en el capital humano* debe ser prioridad permanente del Estado peruano (y de los diferentes gobiernos de turno), puesto que ello permite tener mercados laborales formales con mayor productividad y competitividad, así como de la economía (micro y macro), viabilizando el financiamiento y sostenibilidad de

los regímenes de seguridad social en pensiones al culminar el ciclo de vida laboral de las personas.

Por un lado, se debe promover el *empleo juvenil* siguiendo el objetivo de la legislación laboral: la libertad con igualdad de oportunidades. “Ningún interés, ni el de los trabajadores ni el de los empresarios, es más importante que el objetivo o fin trascendental que debe tener una legislación laboral: *la libertad con igualdad de oportunidades*”.<sup>23</sup> Este objetivo trascendental, inherente al empleo decente, se debe reflejar en la dación de una legislación laboral donde prime la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la sociedad y sobre todo del Estado. Pues todos y cada uno de nosotros, antes de tener la condición de trabajadores, somos personas. Se requiere una mayor atención en las políticas laborales y de empleo que aseguren: i) el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, especialmente la libertad con igualdad de oportunidades, y garanticen condiciones de trabajo decente<sup>24</sup>, no solo para los jóvenes, sino también para los adultos; así como, ii) la conciliación entre el trabajo y la vida personal.

Por otro lado, podría retenerse el talento de las personas con más experiencia y trayectoria en el mercado laboral, que siempre apunta a ser más productivo y competitivo, siempre teniendo en consideración la realidad demográfica<sup>25</sup>, económica<sup>26</sup>, social<sup>27</sup> y legislativa<sup>28</sup> de nuestro país, con la finalidad de mantener un *equilibrio en el desplazamiento de la fuerza laboral*.

El permitir la prolongación de la participación de los trabajadores de edad avanzada, a la vez, contribuiría con una mayor cotización al sistema de seguridad social (financiamiento del sistema). La mayoría de los sistemas de seguridad social vienen financiándose con los ingresos derivados del trabajo asalariado (habría más activos que sostengan a los inactivos), como es el caso de nuestro Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina Nacional Previsional - ONP, y el Sistema Privado de Pensiones (SPP), administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones - AFP.

El Estado peruano, como garante de la realización de las políticas sociales en materia laboral, deben apuntar a dar respuestas prácticas para garantizar el empleo pleno y decente –y la protección social– de todos los grupos de la población en edad de trabajar, con especial atención de los que ingresan por primera vez al mercado y los que pasan a ser más vulnerables (la población adulta mayor), en base a los principios de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo, combatiendo las altas tasas de desempleo e informalidad laboral que afecta a los jóvenes y adultos hoy en día<sup>29</sup>.

Ahora bien, “para la inclusión laboral juvenil [y de los adultos mayores] se requiere un salto cualitativo en materia de calidad de la educación, especialmente aquella a la que acceden o podrían acceder los sectores de más riesgo y vulnerabilidad. La educación, junto con la infraestructura, es una respuesta muy importante para las situaciones de baja productividad y exclusión existentes en América Latina y el Caribe”. Además, “es necesario incentivar programas de inclusión laboral juvenil [y para los adultos mayores] desde el Estado, en concertación con el sector privado, que faciliten el acceso al primer empleo”. Por ende, “es esencial, finalmente, que estas políticas estén basadas no solamente en un enfoque de igualdad de oportunidades (de acceso a los programas y al empleo) sino también de igualdad de competencias, facilitando el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación desde el comienzo de la formación”<sup>30</sup>.

Es imprescindible contar con políticas de inversión en la educación de formación continua, planes y programas para gestionar la accesibilidad al empleo de los jóvenes<sup>31</sup> (por ejemplo, de los *NiNiS*) y de los adultos mayores; así como para gestionar la conciliación entre el trabajo y la vida personal.

Asimismo, frente a los efectos que venimos transitando por las nuevas tecnologías en el mercado laboral peruano: en el volumen del empleo, en la estructura de calificaciones y en las condiciones de trabajo; tanto en las relaciones de trabajo individuales como colectivas, se debe implementar políticas laborales que saquen ventajas a las nuevas tecnologías y que, a su vez, potencien y protejan la empleabilidad de las personas que se sirven de las mismas, sin que ello implique desplazamiento del trabajo decente, puesto que sin este ningún futuro es viable y tampoco el desarrollo personal y laboral de los trabajadores y sus familias; o su falta de regulación por el ordenamiento jurídico laboral. Por ejemplo, el teletrabajo que ya está regulado en el Perú (Ley N° 30036 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2015-TR) podría verse favorecido por la expansión en el uso de la tecnología y el mayor acceso a servicios de telecomunicaciones en los hogares peruanos<sup>32</sup>.

### **3. Políticas sociales en materia de seguridad social frente al envejecimiento de la clase trabajadora**

#### **3.1. Situación actual del de la seguridad social del Perú: El Derecho de la seguridad social en una encrucijada**

En materia de *seguridad social*, el sistema de protección social 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).

Según el Informe IV de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT)<sup>33</sup>, el nuevo contexto demográfico y sus cambios acelerados están dando lugar al “fenómeno del envejecimiento poblacional”, como consecuencia de las bajas tasas de natalidad y de mortalidad, en el que el grupo de población de 60 años o más está creciendo rápidamente que cualquier otro grupo de edad y con proyecciones a triplicarse su número en el 2050. Por ello, debe tenerse en cuenta que los efectos del fenómeno del envejecimiento poblacional inciden en el desarrollo económico, los mercados de trabajo y la protección social de los países desarrollados y en desarrollo.

La seguridad social es un sistema de protección social que permite prestar asistencia médica y garantizar ingresos básicos a todo ciudadano que lo necesite, cuando enfrenta ciertas contingencias o riesgos sociales (enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, desempleo y muerte), a fin de elevar o mantener su calidad de vida (su dignidad). Así, 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)<sup>34</sup>.

Por su parte, la Constitución de 1993<sup>35</sup> en el Capítulo II “De los Derechos Sociales y Económicos”, ha diseñado un marco dentro del cual se conciben los cimientos de la seguridad social en nuestro país. Así, de la conjunción de los artículos 10<sup>36</sup>, 11<sup>37</sup> y 12<sup>38</sup>, origina que tengamos un concepto de seguridad social susceptible de ser ejercido por todos, los mismos que están referidos a su cobertura, prestaciones y gestión<sup>39</sup>, así como a la finalidad y objetivos de los fondos. No obstante, debe precisarse que la aplicación de dicho derecho fundamental del ser humano es progresiva con un criterio de universalidad<sup>40</sup>.

En efecto, la Constitución Política vigente reconoce 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 la elevación –o por lo menos su mantenimiento– de su calidad de vida, a través de dos tipos de prestaciones: las prestaciones económicas (pensiones) y las prestaciones de salud (atenciones médicas y/o económicas). De esta manera, el Estado garantiza el libre acceso de estas, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento. Asimismo, refiere que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles y que solo tienen fines y objetivos previsionales.

En definitiva, en la Constitución Política vigente hay una referencia expresa al derecho humano y fundamental a la seguridad social y de una de sus principales preocupaciones (es decir, las prestaciones económicas de las pensiones), tanto en su cobertura, financiamiento, gestión y finalidad y objetivos de los fondos pensionarios. Así pues, el Estado garantiza el libre acceso de las pensiones, a través de entidades públicas (ONP), privadas (AFP) o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento; y, siendo los fondos (tanto de la ONP como de la AFP) y las reservas *intangibles*.

Ahora bien, no se debe olvidar que desde 1981, año en el que Chile implementó el esquema previsional basado en la contribución definida con base en cuentas individuales administradas por el sector privado, totalmente contrario al esquema de reparto que siempre está a cargo del Estado, se ha venido produciendo reformas pensionales estructurales durante la década de los 90, sobre todo en América Latina y el Caribe, con panoramas positivos y otras veces muy desalentadores.

Ello provocó en los sistemas de organización del gasto, la implementación de tres modelos<sup>41</sup>. De este modo, tenemos legislaciones que tienen modelos previsionales que reemplazaron totalmente el sistema de reparto por el sistema de capitalización individual<sup>42</sup>, o en los que existen de manera paralela<sup>43</sup>, o en los que son complementarios<sup>44</sup>. Se debe implementar este último en el Sistema de Pensiones del Perú, pues el sistema de reparto se encargaría de otorgar prestaciones mínimas o básicas, mientras que el sistema de capitalización otorgaría prestaciones complementarias a las básicas.

En esta inercia, casi ineludible, se encuadra, sin lugar a dudas, el sistema de seguridad social en pensiones del Perú, cuyo modelo previsional está orientado a los trabajadores formales (asalariados), siendo ello reflejo de una cobertura parcial, y en el que coexisten de manera *dual o paralela* el SNP, administrado por la ONP, y el SPP, administrado por las AFP (que, actualmente, va hacia su “Deconstrucción”, con la promulgación de las Leyes Nos. 30425 y 30478<sup>45</sup>). El sistema de pensiones está representado por un sistema público de reparto y un sistema privado de capitalización individual, sin que ello permita un mejor y eficiente aseguramiento de protección social de los trabajadores y pensionistas del presente y futuro de nuestra sociedad. Asimismo, cabe

destacar que, recientemente, se viene implementado de manera focalizada y limitada regímenes de pensiones no contributivas, denominadas pensiones sociales (Pensión 65<sup>46</sup> y Pensión para personas con discapacidad severa<sup>47</sup>), que inspiran una todavía incipiente seguridad social.

El Perú cuenta con: (i) 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; (ii) 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; (iii) la existencia de pensiones insuficientes e inequitativas; (iv) el desaprovechamiento de economías de escala y el mercado oligopólico de AFP; (v) 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, (vi) la ausencia de información y asesoría financiera adecuada, activa, independiente, simple y de fácil acceso para el afiliado<sup>48</sup>.

Sin lugar a duda, con todos los problemas pensionarios que presenta nuestro país, sumado a la desprotección social que viene generando los nuevos modelos de organización de las empresas y, por ende, del trabajo con la Cuarta Revolución Industrial (fenómeno de uberización del empleo), no es sorprendente que hoy en día el Derecho de la Seguridad y, por ende, el sistema de protección social peruano se halle en una *encrucijada*.

Existe una evidente *segmentación en el mercado de pensiones*, pues los trabajadores con mayores ingresos y puestos de trabajo relativamente estables prefieren afiliarse a las AFP; mientras que, aquellos con ingresos bajos optan por la ONP, haciendo cada vez más insostenible el modelo alternativo. Asimismo, existe una evidente “desprotección social” cuando aquellos trabajadores (afiliados a la AFP u ONP) empiezan a migrar a las nuevas modalidades de trabajo (por ejemplo, los que laboran a través de las plataformas virtuales: Uber, Easy Taxi, Beat, Cabify, entre otros), en las que no existe obligación alguna de aportar a algún sistema pensionario, por su falta de regulación.

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.

### 3.2. Hacia la implementación de políticas sociales de pensiones dignas, suficientes y equitativas

Es imprescindible que el Perú cuente con políticas sociales que promuevan la ampliación de una protección social financieramente sostenible, para todos los grupos de la población, en especial a los que son vulnerables (personas de edad avanzada) y no tienen ninguna forma de protección (por ejemplo, los trabajadores del mercado de Apps de taxis). Su atención especial permitirá combinar eficazmente la demanda interior de empleo y la viabilidad económica y financiera del sistema de protección social, pues este último se financia con los aportes de todas las personas que conforman el mercado laboral, cuyo impacto requiere ser positivo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema.

En principio, es importante tener en cuenta que las personas mayores son “agentes del desarrollo”, pues existe un “elevado número de adultos mayores de los países en desarrollo que continúan trabajando tanto tiempo como sea posible (...). Contribuyen a los ingresos del hogar y participan en el cuidado de los miembros de la familia, dan orientación, crean identidad y conforman de muchas otras maneras sus entornos sociales”<sup>49</sup>.

Por un lado, se debe prever fondos de reserva de seguridad social para garantizar el pago de los actuales y futuros pensionistas, tanto del sistema de régimen contributivo de pensiones como del régimen no contributivo. Asimismo, en vista al envejecimiento moderado de la población peruana, se debe evaluar si es posible retardar la edad de jubilación (flexibilizarlas, pero no desregularlas) con la finalidad de prolongar la vida laboral, el nivel de producción, el aumento de las cotizaciones y, por ende, la reducción de pensionistas que podrían ser una gran carga social para el propio Estado y la sociedad.

En ese sentido, en el Perú (así como en otros países) urge contar con políticas sociales de protección social en pensiones de mediano y largo plazo –con esquemas bien diseñados y el apoyo financiero necesario– que permitan reformar de manera integral el sistema de seguridad social en pensiones del Perú, pasando de un

sistema alternativo (SNP / SPP) restrictivo a un nuevo sistema de corte “multipilar, universal y solidario”, siguiendo las pautas previstas por el Banco en 1994<sup>50</sup>, que fueran reformuladas posteriormente en el 2001 y 2005. Se requiere de reformas paramétricas y estructurales que permitan ambicionar a una cobertura y sostenibilidad de las pensiones y, con ello, garantizar y operativizar plenamente los derechos pensionarios de toda la ciudadanía en general, máxime de las personas en edad avanzada y los que están laborando bajo las nuevas modalidades de trabajo propias del fenómeno de la “uberización del empleo”.

Un “nuevo” Sistema de Pensiones Multipilar” en el Perú, es reconocido como posible por el artículo 11 de la Constitución de 1993, permitiría garantizar realmente el derecho a la pensión, de acuerdo a la realidad social, económica y jurídica de cada país, en relación a la evaluación de diversos factores, frente a las crisis económicas globales, aunado al envejecimiento progresivo de la población peruana (aumento de la esperanza de vida), la disminución de la natalidad, acompañada por el descenso en el número de aportantes jóvenes, la elevada tasa de informalidad laboral, el autoempleo y los bajos niveles de empleo, es menester implementar en el sistema de pensiones.

En el nuevo sistema de corte multipilar, se pretende efectivizar la combinación de las ventajas de los regímenes contributivos (representado por el SNP y el SPP) con los no contributivos (representado por los programas asistenciales de “Pensión 65” y “Pensiones para personas con discapacidad severa”). Un primer pilar (Pilar 1) garantiza una pensión mínima, única o universal para todos los trabajadores (públicos o privados, dependientes o independientes), a cargo del SNP; un segundo pilar (Pilar 2) complementa esta prestación esencial, bajo el esquema de capitalización individual, a cargo del SPP; un tercer pilar (Pilar 3) de carácter voluntario, es el que fomenta los regímenes complementarios de pensiones, a cargo de los empleadores; y, un cuarto pilar (Pilar 0) que –con cargo a impuestos estatales, bajo la gestión y administración del propio Estado– garantiza un régimen solidario obligatorio y no contributivo (tipo “Pensión 65” y “Pensiones para personas con discapacidad severa”), de orden temporal, puesto que 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).

La implementación de esta política de protección social (reforma estructural) deberá ser complementada con otras reformas paramétricas importantes, tales como: retardar la edad de jubilación; establecer la contribución tripartita; tener en cuenta que la forma de cálculo de la pensión está alineada con el esfuerzo contributivo y la contingencia concreta que se está protegiendo; suprimir los planes de jubilación anticipada que son contrarias a la prolongación de la vida laboral, pues con menores años de cotización, el monto de las pensiones también es menor; y, entre otros puntos. 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.

El retraso de la edad de jubilación es más positivo que modificar las bases que determinan la cuantía de la pensión o del aumento de las cotizaciones, pues los sistemas de pensiones se deben ir adaptando a los cambios constantes (económicos y sociopolíticos), teniendo en cuenta los niveles de protección dignos. El retraso de la edad de jubilación repercutirá en el aumento de los años de cotización y la base reguladora del cómputo de la pensión permiten otorgar cuantías suficientes de las mismas. La forma de cálculo de la pensión debe tener en cuenta el esfuerzo contributivo y la contingencia concreta que se está protegiendo. Por otra parte, también se debe suprimir los planes de jubilación anticipada que son contrarias a la prolongación de la vida laboral, pues con menores años de cotización, el monto de las pensiones también es menor.

No obstante, para alcanzar una mayor cobertura en el sistema de pensiones peruano, también se requerirá de la implementación de verdaderos regímenes de pensiones sociales no contributivos (reflejados de manera incipiente en Pensión 65 y Pensión para personas con discapacidad severa) para combinarlos también con los contributivos, teniendo en cuenta los diferentes métodos de cálculo de estas. Paralelamente, se deberá implementar regímenes universales financiados con impuestos, e acuerdo con cada realidad social, económica, y jurídica, y previa la evaluación de diversos factores, frente a las crisis económicas globales y los cambios demográficos<sup>51</sup>.

Sin duda, la implementación de este nuevo esquema previsional (con reformas estructurales y paramétricas) 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 (“Cultura de la Seguridad Social”) 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) –y no solo a cargo de representantes del Gobierno, como aconteció con la creación de un Grupo de Trabajo denominado “Comisión de Protección Social”<sup>52</sup>, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas.

Al respecto, dicha Comisión mediante su Informe denominado “Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo” presentado en setiembre de este año (2017), y



en respuesta a los problemas previsionales identificados, plantea un sistema integral de pensiones que funcione sin discriminación alguna y a favor de todos los ciudadanos, en el que se pretende unificar el SNP (los actuales afiliados pueden decidir libremente afiliarse al nuevo sistema o permanecer en el mismo), el SPP (los ahorros acumulados de los afiliados del SPP pasan al nuevo esquema) y el programa asistencial social (Pensión 65). Este nuevo sistema integral estaría conformado por tres pilares complementarios -que no difieren mucho con lo propuesto para el nuevo Sistema de Pensiones Multipilar-: 1) un primer pilar antipobreza que enrumbaría al sistema en la dirección aspiracional de una pensión básica universal; 2) un segundo pilar de ahorro con verdaderos fines previsionales, esto es, enfocado en la tasa de reemplazo (la renta mensual en la etapa de jubilación como proporción del ingreso en la etapa activa); y 3), un tercer pilar de desacumulación que facilite la estabilidad de un ingreso decente durante el periodo de jubilación mediante el desarrollo de un mercado de rentas vitalicias simples, eficiente y barato junto con esquemas idóneos de retiro programado de los ahorros del trabajador. La afiliación de nuevos trabajadores que ingresen a la fuerza laboral (sector formal e informal o trabajadores dependientes e independientes) se efectúe de manera obligatoria y automática a este nuevo sistema integrado previsional.

El Perú deberá tomar una decisión en implementar en el Sistema de Pensiones un *nuevo modelo Multipilar*<sup>53</sup>, cuya reforma que deberá estar contenido en una política de protección social, como se señaló preliminarmente, debe ser realizada tomando en cuenta los factores económicos, sociales, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, sin dejar de 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, así como de la verdadera institucionalidad y articulación de las entidades encargadas de la administración y gestión del Sistema Peruano de Pensiones.

#### 4. Reflexiones finales

A la luz de los cambios sociales en los albores del Siglo XXI, el empleo y la seguridad social, se deben relacionar pluridimensionalmente con los cambios demográficos, la globalización y la Cuarta Revolución Industrial, en el que coexisten las empresas virtuales a gran escala con las empresas tradicionales, para efectos de combinar eficiente y eficazmente la regulación de la demanda interior de empleo con la sostenibilidad financiera de la seguridad social, promoviendo un diálogo intergeneracional de solidaridad y de apoyo mutuo.

Nuestras sociedades se fundan sobre el trabajo y la seguridad social (en salud y en pensiones), siendo que el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad social son las disciplinas jurídicas encargadas de su estudio, respectivamente. Así, por estar ambas disciplinas estrechamente ligadas, conforman el “derecho social” que contribuye “al estatuto del *empleo*, que hace del trabajo la fuente principal de la seguridad económica de las personas”, como lo enfatiza Alain Supiot<sup>54</sup>.

De este modo, el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad social, sin que ambos se hallen en una “encrucijada”<sup>55</sup>, deben enfrentar dichos fenómenos y ser instrumentos para seguir garantizando empleos decentes y protección social para toda la clase trabajadora (dependiente e independiente) que labora bajo las formas tradicional de empleo o sujeto a las nuevas modalidades de trabajo. “Los países [como el Perú] deberían de aprovechar las ventajas de la globalización [y de los demás fenómenos mencionados], pero tratando de adaptarla a sus propias exigencias”<sup>56</sup>.

Así pues, en un Estado social y democrático de derecho, definido como “aquella forma de organización del poder político en la comunidad que comporta una responsabilidad de los poderes públicos en orden de asegurar una protección social y bienestar básico para sus ciudadanos”<sup>57</sup>, se requiere de políticas sociales de empleo y de protección social -integrados y coordinados- de mediano y largo plazo, sobre todo estas últimas. Ello, con la finalidad de fomentar y garantizar la inversión del capital físico (de los trabajadores, tanto de los que están a punto de jubilarse como de los que ingresan por primera vez al mercado laboral o de los que son trabajadores *freelance*) e incentiven el ingreso de trabajadores dependiente e independientes y de las empresas familiares.

De esta manera, ante esta inercia de reformas pendientes, sumado al fenómeno del envejecimiento, principalmente, urge implementar estas políticas sociales en materia de empleo y de seguridad social, con el propósito de fortalecer el empleo pleno, decente y productivo durante todo el ciclo de la vida laboral e implementar nuevos modelos de protección social que amplíen su cobertura, así como su sostenibilidad, máxime de las personas en edad avanzada: una reforma pendiente en el Perú. Se requiere, por tanto, de “la articulación y seguimiento de políticas en materia laboral y de protección social y un efectivo diálogo social en los distintos niveles de gestión pública”<sup>58</sup>.

Siguiendo las enseñanzas del segurólogo Ángel Ruiz Moreno, es menester recordar y poner en práctica lo

siguiente: “si no tenemos políticas sociales en materia de empleo y de seguridad social [como es en el caso peruano], entonces habrá que implementarlas. Y, si las que tenemos –o las que tratemos de implementar– no cumplen con su cometido esencial, tener empleos plenos y decentes con una cobertura y sostenibilidad de las pensiones, entonces, habrá que reformarlas. Los riesgos que impliquen reformas con dichas políticas sociales resultarán menos costosos que los de un descontento popular, que ya viene clamando empleo digno y decente con una protección social, también digna y equitativa”.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

OBSERVATORIO SOCIAL. *Argentina en la mira de un Premio Nobel: JOSEPH STIGLITZ*, p. 17. Declaración obtenida en la Conferencia de prensa ofrecido en el VI Congreso Internacional sobre Reforma del Estado y la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, 2001.

2

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 (traducción propia). Véase GALASSO, Vincenzo. *The political future of social security in aging societies*. MIT Cambridge, Mass, 2008, pp. 1-9.

3

Ver: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe IV. Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico*. OIT, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, 2013, p. 123.

4

Referida en la mayor parte de los estudios a la “Sharing economy”, “collaborative economy”, “on-demand economy”, “peer economy”, “collaborative consumption”; siendo estos términos que hacen alusión a un determinado modo de entender la economía, como consecuencia de la denominada Cuarta Revolución Industrial o Revolución 4.0, que necesariamente se confronta con la economía precedente o “tradicional”. Véase TRILLO PÁRRAGA, Francisco. “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”. En *Revista de derecho social* N° 76, Editorial Bomarzo, Albacete, octubre/diciembre 2016, p. 59.

5

En el que se adoptan nuevas tecnologías digitales, tales como son las tecnologías de datos masivos (big data), por ejemplo, utilizados principalmente por los países de la OCDE.

6

GARCÍA NÚÑEZ, Luis. *Desprotección en la tercera edad: ¿Estamos preparados para enfrentar el envejecimiento de la población?* Departamento de Economía – PUCP, Lima, 2012, p. 10.

---



7

LEÓN C., Janina. "Educación, seguridad social y mercados de trabajo en el Perú". En: GARAVITO, Cecilia y MUÑOZ, Ismael (ed.). *Empleo y protección social*. PUCP, Lima, 2012, p. 331.

---

8

GARCÍA NÚÑEZ, Luis. *op. cit.*, p. 11.

---

9

TRILLO PÁRRAGA, Francisco. *op. cit.*, p. 61.

---

10

GARCÍA NÚÑEZ, Luis. *op. cit.*, p. 11.

---

11

Para mayores alcances sobre las políticas sociales, véase BÉJAR, Héctor. *Política social, justicia social*. Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación, Lima, 2001; MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia, 2006; ADELANTADO, José; NOGUERA, José y RAMBLA, Xavier. El marco de análisis: las políticas sociales. En ADELANTADO, José (coord.). *Cambios en el Estado de Bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*. Icaria - Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000, pp. 23-61; LAHERA, Eugenio. Política y políticas públicas. CEPAL, Santiago de Chile, 2004; entre otros autores.

---

12

En el caso peruano, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la pirámide poblacional cambia progresivamente reduciéndose la población más joven e incrementándose la población mayor con una esperanza de vida de 75 años, como consecuencia de los cambios en la mortalidad y la fecundidad que vienen afectando el volumen y la estructura, en lo referido al comportamiento social y económico, por edad de la población. Para ver la población estimada y proyectada por departamento, provincia y distrito (según hombre o mujer), 2000-2015, se puede consultar: INEI. *Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población por Sexo, según Departamento, Provincia y Distrito, 2000-2015*. INEI, Lima 2016, pp. 27-381. Véase:

<<http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0842/libro.pdf>>[Consultado el 24 de abril de 2018].

---

13

ALEMÁN PAEZ, F. "Mercado de trabajo y políticas de creación de empleo en el Sistema Español de Relaciones Laborales". En *Revista del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - UNMSM*, Lima, 1996, p. 170.

---

14

PLADES. *La agenda laboral pendiente del TLC Perú Estados Unidos: Cuando la competitividad se basa en la reducción de los derechos laborales*. Informe elaborado en el marco de la 18ª Reunión Regional de la OIT y previa a la Audiencia Pública del Consejo de Asuntos Laborales del TLC Perú - EEUU (octubre, 2014). PLADES y otros, Lima, 2014, p. 3.

---

PLADES. *op. cit.*, p. 17.

GALÍN, Pedro. *El empleo precario en América Latina, en la flexibilización laboral en Venezuela*. ILDIS, Nueva Sociedad, 1991, p. 13.

Se puede revisar el Proyecto de Ley N° 1104/2016-PE, denominado “Ley que promueve la contratación formal de los jóvenes”, de fecha 21 de marzo de 2017, propuesto por el propio Poder Ejecutivo.

El Índice de Trabajo Decente (ITD) permite medir la evolución de la calidad del empleo que se genera en el país. Para ello utiliza 5 indicadores sustantivo del Trabajo Decente: contrato/registro, salario mínimo, jornada laboral no mayor a 48 horas semanales, afiliación en algún seguro de salud y a un sistema de pensiones. Ver: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo decente y juventud en América Latina*. OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2013.

Diario UNO. *La agenda laboral: entre la profundización liberal y el trabajo decente*. Diario UNO, Lima, 7 de agosto de 2014. Véase: <<http://diariouno.pe/columna/la-agenda-laboral-entre-la-profundizacion-liberal-y-el-trabajo-decente/>> [Consultado el 29 de junio de 2018].

CHACALTANA, Juan y RUIZ, Claudia. “El mercado laboral peruano y el futuro del trabajo”. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*. Volumen 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, p. 21. Véase: <[http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc\\_adapt/article/viewFile/453/608](http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/viewFile/453/608)> [Consultado el 10 de agosto de 2018].

Mario Vargas Llosa (Nobel de Literatura) lo retrataría en su obra *Conversación en la Catedral* (1969), como ese “Perú criollo, pendejo e informal”, que hasta ahora es el Perú de nuestros días.

CHACALTANA, Juan y SULMONT, Denis. *Políticas activas en el mercado laboral peruano: El potencial de la Capacitación y los Servicios de Empleo*. CIES, Lima, 2003, p. 56. Este documento ha sido preparado por investigadores del CEDEP y la Universidad Católica, en el Marco de la Red de Políticas de Empleo auspiciada por el Consorcio de Investigaciones Económicas y Sociales (CIES).

NEVES, Javier y ARCE, Elmer. “La Batalla de los intereses y la conquista de los objetivos en el Derecho Laboral peruano”. En: *Código de Derecho Laboral: Régimen laboral de la actividad privada*, volumen I, Palestra, Lima, 2011, p. 41.

---

GAMERO REQUENA, Julio, “La agenda laboral: entre la profundización liberal y el trabajo decente”. En: *Diario UNO*, Lima, 7 de agosto de 2014. Véase: <<http://diariouno.pe/columna/la-agenda-laboral-entre-la-profundizacion-liberal-y-el-trabajo-decente/>> [Consultado 10 de junio de 2018].

---

Al respecto, se debe tener en consideración que actualmente algunos países presentan un envejecimiento avanzado (por ejemplo, la mayoría de los países de la Unión Europea y algunos países de Latinoamérica, como Uruguay), otros uno moderado (por ejemplo, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Perú y Venezuela) e incipiente (por ejemplo, Bolivia, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua y Paraguay).

---

Las perspectivas de la economía mundial vienen deteriorándose, con dinámicas diferenciadas entre un mayor avance de la economía estadounidense, estancamiento en la Zona Euro y Japón, y deterioro en las economías emergentes con crecientes vulnerabilidades y desequilibrios macro financieros.

---

En América Latina y el Caribe, *millones de jóvenes* enfrentan grandes problemas para encontrar un empleo. Uno de cada cinco jóvenes (21 millones) son *NiNis*, y la tasa de *desempleo juvenil* triplica la del resto de trabajadores. De los jóvenes que trabajan, sólo uno de cada tres (35%) tiene un *empleo formal*. El problema no es exclusivo de la región y casi todos los países del mundo comparten el desafío de crear buenas oportunidades para los jóvenes. Véase:

<<http://blogs.iadb.org/trabajo/2016/02/01/sistemas-de-aprendices-un-puente-para-el-empleo-juvenil/>>[Consultado el 22 de junio de 2018].

---

Se debe tener en cuenta que muchos países están implementando reformas flexibilizadoras –y otras desregularizadoras– de su legislación laboral. Por ejemplo, en unos países se viene implementando jornadas reducidas de trabajo, programas de capacitación para jóvenes y personas adultas; mientras que, en otros la implementación de contratos temporales en el que los trabajadores no gozan de estabilidad alguna.

---

La tasa de empleo informal sigue siendo alta (70%), e involucra a 7 de cada 10 trabajadores. En el caso de las microempresas (1-10 trabajadores), la informalidad laboral llega al 92%. Véase:

<<http://trabajodigno.pe/2017/05/01/dia-internacional-de-los-trabajadores-luces-y-sombras-del-trabajo-en-el-peru/#more-1304>>[Consultado el 4 de junio de 2018].

---

La Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe reseña en un nuevo informe las ideas debatidas en el Foro Internacional sobre Empleo, Juventud y Gobernabilidad Democrática, que congregó a personalidades de la región para debatir principalmente sobre el desafío de generar más oportunidades laborales para la juventud. Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La juventud en la nueva era de justicia social*, OIT, Ginebra, 2012, p. 26.

Ante este panorama, los *programas de aprendices* se presentan como una fórmula prometedora. Los países con sistemas de aprendices más desarrollados han podido mantener bajas las tasas de desempleo juvenil incluso durante la crisis global (por ejemplo, del 5% en *Alemania*, que fue pionero en este tema), y mayores niveles de productividad para el sector privado. Véase:

<<http://blogs.iadb.org/trabajo/2016/02/01/sistemas-de-aprendices-un-puente-para-el-empleo-juvenil/>>[Consultado el 02 de junio de 2017].

CHACALTANA, Juan y RUIZ, Claudia. *op. cit.*, pp. 11-31.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *op. cit.*, p. 123.

GONZALES, César y PAITÁN, Javier. *El derecho a la seguridad social*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, pp. 51-67.

La Constitución de 1979 constituye el antecedente inmediato de la Constitución Política vigente. En el capítulo III “De la seguridad social, salud y bienestar”, ubicado en el Título I de la misma, referida a los “Derechos Fundamentales de la persona” (Artículos 12, 13 y 14), se dio por primera vez la constitucionalización de la seguridad social en el Perú.

*“Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social*

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley para la elevación de la calidad de vida”.

*“Artículo 11.- Libre acceso a las pensiones de salud y pensiones.*

El Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La Ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

*“Artículo 12.- Fondos de la Seguridad Social.*

Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.

---

GONZALES, César y ANTOLA, Mariella. "La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones". En *Laborem, Revista de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 15, SPDTSS, Lima, 2015, pp.127-128.

---

ABANTO REVILLA, César. "El Derecho universal y progresivo a la Seguridad Social". En: GUTIERREZ, Walter (Dir.). *La Constitución Comentada*, tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 419-422.

---

La aparición de estos modelos o perspectivas más o menos definidas, se dan en el contexto de la reforma de la seguridad social en América Latina, en el que se incorpora el sistema de capitalización individual en reemplazo total o parcial de los de reparto. Véase: GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. "Hacia una Seguridad Social para todos: El sistema de pensiones en el Perú". En: *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones: Problemas y medidas de protección de los fondos de los afiliados*. Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 120-124.

---

En este modelo, se sugirió el reemplazo total del sistema público de reparto, que es el que existe en la mayoría de los países, cerrándolo y reemplazándolo con el sistema de capitalización (o régimen de capitalización individual) administrado por empresas privadas. Se aplicó en seis países: Chile (1981), Bolivia y México (1997), El Salvador (1998), la República Dominicana (2003-2005) y Nicaragua (2004).

---

En este modelo se sugirió el reemplazo parcial del sistema público de reparto, en la que coexiste como una opción alternativa o paralela del régimen de capitalización individual. Se aplicó en dos países: *Perú* (1992) y Colombia (1994).

---

En este modelo, se sugirió la combinación de los sistemas de reparto y de capitalización individual, al menos, la introducción de algunos elementos del sistema de capitalización o la corrección de algunos defectos del sistema de reparto con este último. Se aplicó en cuatro países: Argentina (1994), Uruguay (1996), Costa Rica (2001) y Ecuador (2004).

---

La Ley N° 30425, Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF, y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de abril de 2016. Por su parte, la Ley N° 30478, Ley que modifica el artículo 40 y la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de junio de 2016. Con la Ley N° 30425 y su modificatoria, Ley N° 30478, entre otras modificaciones y adiciones, dispone la liberalización de los fondos de las AFP, en 95.5% y 25%, respectivamente, a favor de los pensionistas.

---

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 de edad que carezcan de las condiciones básicas de subsistencia, es decir, a los adultos mayores en extrema pobreza, otorgándoles una subvención económica de S/ 125 Soles cada mes por persona.

La pensión para persona con discapacidad severa, creado el 11 de agosto de 2015 mediante Decreto Supremo N° 004-2015-MIMP, se encarga de brindar una pensión no contributiva de S/ 150 Soles mensuales a las personas con discapacidad severa en situación de pobreza, cuyo fin es el elevar la calidad de vida de dichas personas. 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 Piura y Ayacucho serían los primeros en acceder a dicha pensión).

Según el Informe de la Comisión de Protección Social denominado “Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo”, presentado en setiembre del 2017. Véase: < [http://www.proteccionsocial.com.pe/assets/pdf/Informe\\_Final\\_CPS.pdf](http://www.proteccionsocial.com.pe/assets/pdf/Informe_Final_CPS.pdf) > [Consultado el 1 de junio de 2018].

MEIBNER, Matthias. “La protección social en la vejez: su importancia en el marco de la cooperación para el desarrollo”. En: PRADO, Antonio y SOJO, Ana (edit.). *Envejecimiento en América Latina. Sistemas de pensiones y protección social integral*. CEPAL, Santiago de Chile, 2010, p. 107.

BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford University Press, Washington, 1994.

Mediante Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10, de fecha 13 de enero de 2017, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 15 de enero de 2017, se dispone la creación del Grupo de Trabajo denominado “Comisión de Protección Social” integrado por expertos independiente, elegidos por el Ministerio de Economía y Finanzas -mas no por representantes de los trabajadores y de la sociedad civil-, a fin de proponer reformas de la seguridad social en salud y pensiones.

Fue creada mediante Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10, de fecha 13 de enero de 2017. Los miembros de dicha Comisión fueron Alejandro Arrieta (presidente), jefe de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), Janice Natalie Seinfeld Lemlig, Miguel Jaramillo Baanante, Lorena Prieto Toledo, Augusto de la Torre y David Tuesta Cárdenas. Un Comisión en el que no existió la participación de los actores principales ni mucho menos se promovió dialogo social alguno.

Para mayores alcances, se puede revisar los siguientes trabajos: BANCO MUNDIAL. O

*op.cit.*; GONZALES, César y PAITÁN, Javier. “Hacia un modelo multipilar del sistema de pensiones peruano: ¿Una reforma impostergable?”. En: *Revista Diálogo y Concertación Nacional del Consejo Nacional del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. CNT y MTPE, Lima, 2015; y, ABANTO César y PAITÁN, Javier. “¿Es inconstitucional la ley que libera los fondos de las AFP? El ahorro forzoso y la esencia de los regímenes previsional”. En: *Soluciones Laborales*, núm. 101, año 9, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 99.

---

54

SUPIOT, Alain. *Derecho del Trabajo*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 10.

---

55

El Derecho del Trabajo, así como el Derecho de la Seguridad Social, no son realidades eternas que existen fuera del tiempo y el espacio. Son fenómenos sociales que deben considerarse en su contexto histórico concreto, y es dentro de tal contexto donde deben analizarse su nacimiento, desarrollo y transformación. Sin lugar a dudas, estos derechos constituyen, al igual que el resto de la regulación social en su conjunto, una de las grandes conquistas sociales del siglo veintiuno. Sin embargo, no es sorprendente que hoy se hallen en una encrucijada. Véase BRONSTEIN, Arturo. *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo: Desafíos actuales*. OIT, Ginebra, 2010, pp. 1-36.

---

56

STIGLITZ, Joseph. E. “El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina”. En: *Revista de la CEPAL*, número 80, agosto 2003, p. 38.

---

57

MONEREO PÉREZ, José L. “Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral”. En *Consejo Económico y Social*, N° 26, junio de 1996, Madrid, p. 10.

---

58

VIDAL, Álvaro; CUADROS, Fernando y SÁNCHEZ, Christian. *Flexibilización laboral en el Perú y reformas de protección social asociadas: Un balance tras 20 años*. CEPAL y GIZ, Santiago de Chile, 2012, p. 57.



## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL PROCESO LABORAL ANTE UN FUTURO DIGITAL

3. ENVEJECIMIENTO DE LA MUJER TRABAJADORA EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LATINOAMÉRICA. UNA MIRADA DESDE EL CONTEXTO DE GÉNERO

### **3. Envejecimiento de la mujer trabajadora en los sistemas de seguridad social en latinoamérica. Una mirada desde el contexto de género**

---

#### **Aging of working women in social protection systems in latin america. A look from the gender context**

**(Autor)**

**YANETH VARGAS SANDOVAL**

*Miembro de la Asociación Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas" AIDTSS. yanvargass@hotmail.com*

#### **Sumário:**

##### Introducción

##### I Envejecimiento de las mujeres trabajadoras en latinoamerica

###### 1 Envejecimiento de la mujer

###### 2 Acceso de la mujer al trabajo

###### 2.1 Trabajo formal

###### 2.2 Trabajo informal

##### II Los sistemas de seguridad social en latinoamérica

###### 1 La no incorporación al mercado laboral afecta el derecho de pensiones de las mujeres

###### 2 Sistemas de Pensiones en América Latina

###### 2.1 Reformas Pensionales

###### 2.2 Contexto de Género en la Reforma de Pensiones de 2008 en Chile

###### 3 Necesidad de implementar una repuesta adecuada en los sistemas de seguridad social – el contexto de género

###### 1 Cumplimiento de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio-ODM

###### 2 Contexto de Género en los sistemas de pensiones

###### 3 La vejez activa en lo Político-Para las mujeres es necesario pensar en lo político

##### III Conclusiones

**Área do Direito:** Trabalho

**Resumen:**

En el presente artículo se abordará el envejecimiento de las mujeres trabajadoras en Latinoamérica y se explicará la forma en que los sistemas de protección social no garantizan una adecuada cobertura en la vejez de estos sujetos. Por lo que se requiere pensar la seguridad social bajo un contexto de género y que la mujer continúe siendo una activista política para plantear soluciones en lo que respecta a la seguridad social.

## **Abstract:**

This article will address the aging of working women in Latin America and how social protection systems do not guarantee adequate coverage in old age. Therefore, it is necessary to think about social security with a gender context and that women become a political activist to propose solutions in terms of social security.

**Palabras Clave:** Envejecimiento, seguridad social, mujer, pobreza

**Keywords:** Aging, Social Security, woman, poverty

## **Introducción**

En el presente artículo se abordará un aspecto que ahora es necesario estudiar, el envejecimiento de las mujeres trabajadoras en Latinoamérica, solo de esta manera podemos tener el tiempo suficiente para lograr que los sistemas de protección social garanticen una adecuada cobertura en la vejez.

En la primera parte, se estudia el acelerado envejecimiento poblacional de la región, evidenciando que se presenta con mayor intensidad en las mujeres, quienes tienen una mayor esperanza de vida. Igualmente se hace indiscutible el estancamiento del trabajo formal para la mujer y el incremento del trabajo precario, siendo uno de los planteamientos más graves el hecho de que la informalidad es sinónimo de mujer.

En la segunda parte, se analizan los sistemas de seguridad social en Latinoamérica y la falta de incorporación al mercado laboral de las mujeres que afecta el derecho a la pensión de estas. Igualmente se examinarán los regímenes contributivo y subsidiado de las pensiones y se estudiarán los sistemas de prima media y los de ahorro individual, poniendo de relieve el hecho de que ninguno de los regímenes contempla las diferencias de género invisibilizando la necesidad de equiparar en oportunidades el acceso a este derecho por parte de esta población.

Y, por último, se estudiará la necesidad de implementar una respuesta adecuada en los sistemas de seguridad social, teniendo en cuenta el género de acuerdo con la necesidad del cumplimiento de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio específicamente los Objetivos 1º, 5º y 8º. Y, en lo que respecta a los sistemas de pensiones, se establecerá el contenido de género con acciones afirmativas adecuadas en los sistemas de pensiones. Por lo que se propondrá como conclusión los argumentos por los cuales se necesita promover y apoyar una vejez activa en lo político para las mujeres.

## **I. Envejecimiento de las mujeres trabajadoras en latinoamerica**

### **1. Envejecimiento de la mujer**

Es necesario plantear en esta primera parte, que cuando se habla de mujer trabajadora en este documento, se refiere a todas las mujeres que desempeñan una actividad, ya sea formal, informal, o invisible, como las cuidadoras no remunerados en los hogares de América Latina; lo anterior se hace para reivindicar el trabajo que desarrollan miles de mujeres y que nunca ha sido reconocido.

En América Latina y el Caribe, de acuerdo con el informe de la ONU, sobre envejecimiento poblacional, se evidencia un acelerado envejecimiento en la región, pasando de “un 12% de por ciento del total a los 60 años o más en 2017 a tener el 25 por ciento a estas edades en 2050”<sup>1</sup>. Sumado a que “la esperanza de vida promedio de los países analizados en el periodo 2010-2015 es de 74.5 años para toda la población; 77.8 para las mujeres y 71.3 para los hombres”<sup>2</sup>. Esta mayor expectativa de vida de las mujeres lleva a considerar que el envejecimiento poblacional acelerado en América Latina y el Caribe se presenta con mayor intensidad en las mujeres, situación que no es del todo beneficiosa para ellas, ya que, según la Organización Mundial de la Salud- OMS, viven más, pero “su mortalidad es mayor y tienen menos acceso a la atención de salud”<sup>3</sup>.

Otro aspecto para tener en cuenta es que la mujer llevará consigo en la vejez su trayectoria de vida, por lo que la vejez en muchos casos será el reflejo de la pobreza, producto del poco acceso a la salud, la informalidad y los trabajos precarios; situaciones que influyen de manera directa en la vejez, por lo que la relación vejez-pobreza será en muchos eventos el sino trágico de las mujeres.

### **2. Acceso de la mujer al trabajo**

## 2.1 Trabajo formal

Para el 2017, según la CEPAL<sup>4</sup>, la tasa de participación de la mujer en el mercado laboral en América Latina y el Caribe se estancó en el 53%; siendo empleadas en trabajos precarios el 78,1%. Y, respecto al desempleo, según la CEPAL, se presenta más en las mujeres que en los hombres, siendo persistente en la población más empobrecida. Situación que evidencia igualmente la OIT, al establecer que “las mujeres son prácticamente la mitad de los desempleados: 13 millones de un total de 26 millones”<sup>5</sup>.

Acceder a un trabajo formal, para la mujer no es garantía de equidad. Ya que deberán enfrentar situaciones como brechas salariales, techos de cristal o discriminación laboral. En lo que respecta a la *brecha salarial*, se entiende como el pago de un menor salario a las mujeres, por el mismo trabajo desarrollado por los hombres. En el último estudio que se realizó por parte de la OIT en América Latina, para analizar la brecha salarial se toman cuatro países de la región, en los años 2010-2016, siendo la brecha salarial para Costa Rica más del 10% y para Uruguay el 20%<sup>6</sup>. Lo que evidencia la tendencia seguida por la región, ya que las mujeres ganan en promedio, el 20% menos que los hombres, tan solo por el hecho de ser mujeres<sup>7</sup>.

Otro aspecto para tener en cuenta en el trabajo formal desarrollado por la mujer es que en muchas ocasiones las mujeres enfrentan *techos de cristal*; que no les permiten acceder a empleos de calidad, de dirección o manejo aun cuando tengan las capacidades para desempeñarse en los mismos, lo que, sin lugar a dudas, implica una pérdida de oportunidades de las mujeres y de la sociedad.

En el informe “La mujer en la gestión empresarial: Cobrando impulso en América Latina y el Caribe” de la OIT<sup>8</sup>, se plantea una dura realidad, “una mayor proporción de las empresas en América Latina y el Caribe no tenía en cargos de supervisión o en cargos directivos subalternos o de nivel medio (33% y 20%, respectivamente) en comparación con la cifra mundial del 10% para cada categoría”<sup>9</sup>, al no permitir acceder a cargos directivos a las mujeres, se pierde la capacidad y el talento de ellas, lo que afecta gravemente en un futuro su derecho pensional.

Sumado a lo anterior, el techo de cristal en la región se evidencia en las empresas de América Latina, con un promedio en los cargos directivos del 19%, siendo mejor en el Caribe que asciende al 24%<sup>10</sup>. Lo anterior refleja la poca participación de la mujer en cargos de dirección. Aun cuando, se han implementado acciones afirmativas para subsanar esta realidad en el sector público, para la adecuada participación de la mujer en cargos de dirección en los poderes públicos; países como Argentina<sup>11</sup>, Bolivia<sup>12</sup>, Brasil<sup>13</sup> y Colombia<sup>14</sup>, entre otros en la región, han tenido que implementar leyes de cuotas de participación en los cargos de decisión. A pesar de las normas, el techo de cristal persiste.

## 2.2 Trabajo informal

Cuando las mujeres no pueden acceder a trabajos formales, se enfrentan a la informalidad, al desempleo o a desempeñar trabajos precarios que muchas veces tienen un “alto contenido de género como el servicio doméstico”<sup>15</sup>, o se deben desempeñar en trabajos de cuidadoras no remuneradas, en las cuales suele confundirse con responsabilidades familiares que no se remuneran o se consideran actividades no laborales.

La participación de la mujer en la informalidad es alta, en la región en tan solo tres países los hombres superan a las mujeres en la informalidad (República Dominicana, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela). Colombia en los últimos años ha evidenciado este aumento de la informalidad, pasando de un 38% a un 61% de mujeres trabajando en la informalidad<sup>16</sup>.

Sumado a esta situación, la OIT<sup>17</sup> encontró que aproximadamente el 15% de las mujeres son empleadas familiares, sin remuneración o desempeñan trabajos no remunerados en mayor proporción que los hombres, esto es, desarrollando trabajos invisibilizados por la sociedad, por lo que se hace necesario de acuerdo con la OIT que se plantee para las mujeres la necesidad de generar políticas macroeconómicas centradas en aspectos de género como la formalización de empleos informales.

No formalizar el empleo informal proyecta una doble carga para algunas mujeres, la de ser mujeres y ser pobres, ya que como lo señala ONUMJER<sup>18</sup> a las mujeres de bajos recursos se les impone una carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado mucho mayor que a las mujeres que tienen recursos económicos, lo cual es evidente en América Latina y el Caribe, mientras que en otras ocasiones las mujeres se ven enfrentadas a que la permanencia en el mercado laboral de las mujeres, depende de sus esposos.

## II. Los sistemas de seguridad social en latinoamérica

### 1. La no incorporación al mercado laboral afecta el derecho de pensiones de las mujeres

El acelerado envejecimiento de la región con gran impacto de género plantea la necesidad de buscar nuevas formas de abordar los sistemas de seguridad social en salud y en pensiones. Especialmente cuando se presenta un mayor número de pensionados en comparación con las personas que cotizan a los sistemas de pensiones, por lo que se hace necesario replantear los sistemas basados en la solidaridad intergeneracional<sup>19</sup>.

Lo anterior, sumado a que en la región el número de los trabajadores que cotizan al sistema de pensiones aún es bajo, tan solo 5 de cada 10 trabajadores realizan cotizaciones, y falta aún mucho tiempo para llegar a la cobertura total, “si se mantuviera ese ritmo de aumento en la cobertura (8 puntos por década) se tardaría 70 años más en llegar a una cobertura casi total para el promedio de la región”<sup>20</sup>. Será necesario, por lo tanto, diseñar una adecuada política en pensiones en la región, ya que como se evidencia a los graves problemas de baja cotización, se suma el aumento de la informalidad, y la poca protección de las personas mayores, quienes no perciben en muchos casos ninguna protección en la vejez, siendo igualmente baja también la protección de las personas mayores<sup>21</sup>.

Otro aspecto que debe ser analizado, es que la alta tasa de informalidad que lleva a una mayor desprotección en la vejez, actualmente afecta más a mujeres que a los hombres, al respecto el BID que hacia el 2050 “un alto porcentaje de los adultos mayores en la región (entre el 47% y el 60%) no dispondrá de los ahorros suficientes para financiar una pensión formal y deberá depender de la ayuda de familiares o del Estado para subsistir en caso de no seguir trabajando”<sup>22</sup>.

## 2. Sistemas de Pensiones en América Latina

Los planteamientos anteriores hacen necesario realizar un acercamiento a los sistemas de pensiones en Latinoamérica, dichos sistemas se estructuran, en regímenes o programas *contributivos* y en *regímenes o programas subsidiados o pensiones sociales*; sistemas que no han tenido en cuenta el contexto de género dentro de su estructuración, en la región tan solo, en la última reforma impulsada por Chile en el año 2008, se incorpora el contexto de género.

En lo que respecta a los *regímenes contributivos*, se organizan en sistemas fuertemente dependientes del trabajo formal; situación que afecta directamente a la mujer, ya que como se evidenció, no acceden fácilmente a trabajos formales, por lo que deben enfrentar la informalidad o trabajos precarios, que hacen que se interrumpan los periodos de cotización, o, simplemente, que no realicen cotizaciones dentro de los sistemas contributivos de pensiones; por lo que el acceder al reconocimiento de una pensión, será mucho más complejo para ellas<sup>23</sup>.

Los regímenes contributivos igualmente establecen una cobertura de los riesgos sociales, cuyo financiamiento se estructura en las cotizaciones de los trabajadores, empleadores y el Estado, en algunos países. Pero para tener derecho a la prestación serán necesarios unos requisitos previamente establecidos, los años cotizados al sistema de pensiones y una edad determinada.<sup>24</sup> Los sistemas contributivos de pensiones se gestionan en América Latina y el Caribe por medio de sistemas de reparto administrados a través de entidades del Estado; o mediante sistemas de capitalización individual, administrados por los Fondos privados de pensiones -AFP. Algunos Estados de la región optan por uno de los anteriores sistemas o por sistemas mixtos, o paralelos, que dan la posibilidad de realizar cotizaciones a uno u otro sistema, o a uno solo de los sistemas.

Por otro lado, en lo que respecta a los regímenes o programas no contributivos, estos regímenes están determinados para un grupo de población generalmente vulnerable y focalizada, que no requieren cotizaciones, por lo que dependerán directamente de los Estados, y se estructuran para eliminar la extrema pobreza<sup>25</sup>; por lo que se construyen como soporte del Estado frente a la situación de desprotección en la vejez de sus ciudadanos.

El problema que se presenta en los sistemas no contributivos es que no garantiza una cobertura universal, por lo que muchas veces en la vejez la mujer pobre se encuentra desprotegida; situación que se demuestra en el aumento en la feminización de la pobreza y la desigualdad<sup>26</sup>. Siendo una de las posibles soluciones para superar la pobreza, repensar los sistemas de seguridad social<sup>27</sup> y la política social para ellas; se hace necesario que los sistemas pensionales garanticen las condiciones de bienestar para las mujeres en la vejez, lo cual conlleva nuevos retos<sup>28</sup>.

### 2.1. Reformas Pensionales

En los últimos años, en América Latina se han implementado importantes modificaciones del sistema de seguridad social en Pensiones, algunas han sido reformas *estructurales*, que son las que crean un nuevo sistema de pensiones, transformando el “diseño institucional del sistema de pensiones de reparto (o capitalización parcial colectiva) mediante la introducción de la capitalización individual”<sup>29</sup>. Otras han sido

reformas *paramétricas*, que son las que “se relacionan con cambios de parámetros en un sistema de reparto. Sin embargo, también es posible aplicarlas a los sistemas de capitalización individual”<sup>30</sup>.

En lo que respecta a los sistemas de capitalización individual, se plantean como un ahorro individual de toda la vida laboral de las personas, sujeto a los correspondientes rendimientos financieros, que aumentarán el capital para acceder a una pensión, tienen un alto contenido de individualidad, pero son los que afectan más directamente a la mujer; por cuanto para acceder a la pensión será necesario un mayor capital, debido a que tienen una esperanza de vida mayor, lo que conlleva a que para acceder a la pensión de vejez requiera de un ahorro mayor.

Chile, con la reforma realizada en los 80s, implementó exclusivamente el sistema de capitalización de las pensiones. Sistema que fue fuertemente criticado por la OIT, mencionando que uno de sus inconvenientes era que, con éste, se violaban los principios básicos de la seguridad social, entre ellos el de la *Equidad de Género* y Legitimidad Social, principios promovidos por la OIT de forma universal. Por lo que la OIT le hizo recomendaciones para reformar el sistema de Pensiones<sup>31</sup>.

La modificación en pensiones que se presenta en el año 2008, es una modificación parametral, que buscó que el sistema de pensiones fuera solidario y tuviera una mayor cobertura; que se estableciera una institucionalidad del sistema previsional chileno; e igualmente, que se considerara la equidad de género en el sistema de pensiones. Otras reformas importantes en la región serían reformas parametrales desarrolladas, básicamente, para implementar la cobertura Universal y para determinar el sostenibilidad financiera, como el caso de Colombia en 1993 y 2005, Uruguay en 1996, Costa Rica en 2001 o Panamá en el 2008.

## 2.2. Contexto de Género en la Reforma de Pensiones de 2008 en Chile

En América Latina, el único país que ha planteado una reforma introduciendo dentro de su modificación el contexto de género es Chile, que para 2008 implementa mediante la Ley 20255 del 2008, la reforma de pensiones; esta reforma tendría un reconocimiento a la mujer, por cuanto plantea, que se debe reconocer una bonificación por cada hijo nacido vivo, con el fin de incentivar la pensión básica solidaria para la mujer. Otro aspecto es que durante el matrimonio civil, cuando hay menoscabo económico, el cónyuge debe traspasar el 50% de los aportes de su ahorro individual al otro cónyuge, para compensar los fondos acumulados durante el matrimonio<sup>32</sup>.

Lo que se pretende con la incorporación del contexto de género en la norma de pensiones en Chile, es hacer un reconocimiento de la brecha de género en el sistema previsional, por cuanto las mujeres son las que tienen menos cotizaciones para las pensiones, poca cobertura y montos de pensiones más bajas. Se pretendió hacer un “reconocimiento al trabajo reproductivo y al cuidado que han ejercido las mujeres históricamente en el país”. Por lo que es al Estado al que le corresponde asumir esta responsabilidad.

La reforma del 2008 no brindó las garantías suficientes de acceso al sistema de pensiones. Por lo que para el año 2017, se presenta un proyecto de ley para modificar el sistema de pensiones en Chile. Por medio del cual se pretende realizar la implementación de un nuevo sistema de ahorro colectivo a cargo del Estado, fortalecer la cobertura, y el sistema de pensiones solidarias y de ahorro previsional voluntario colectivo y mejorar la equidad de género<sup>33</sup>,

Las constituciones y las normas de seguridad social en pensiones en América Latina no comprenden la situación real que vive la mujer dentro de la vida laboral, la dificultad de inserción en el mercado laboral, el menor acceso al trabajo decente, la división sexual del trabajo, que le lleva a desarrollar trabajo de cuidadoras no remuneradas, entre otras muchas situaciones, conllevan una poca cobertura en el sistema de seguridad social contributiva, lo que contribuye a que la pobreza afecte a las mujeres en la vejez<sup>34</sup>.

Lo anterior evidencia la necesidad de que América Latina plantee una seguridad social teniendo en cuenta el contexto y el enfoque de género, en el cual se reconozca la diferencia que existe en la inserción y desarrollo de la vida laboral, y la proyección de vida, entre hombre y mujeres, y no solo que se preocupen por la sostenibilidad del sistema pensional<sup>35</sup>. Ya desde la CEPAL se está planteando la necesidad de reformas estructurales en los sistemas de pensiones en el que se diferencie claramente a los hombres de las mujeres, esto no es más que se establezca el contexto de género en el diseño de las reformas de pensiones<sup>36</sup>. Chile ha dado el primer paso en dicho reconocimiento, se espera, por tanto, que la región igualmente siga estos pasos.

## 3. Necesidad de implementar una repuesta adecuada en los sistemas de seguridad social - el contexto de género

### 1. Cumplimiento de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio-ODM

A las mujeres se les ha impuesto la división sexual del trabajo, situación que las ha afectado en el devenir de su vivir diario en todas las épocas<sup>37</sup>, llevando como consecuencia el poco acceso a los derechos a una pensión

en la vejez. “En consecuencia, la comunidad mundial tiene ante sí uno de los retos sociales y del mercado laboral más acuciantes: subsanar las brechas entre los géneros en el mundo del trabajo”<sup>38</sup>.

Uno de los esfuerzos que se han hecho para lograr la equidad de género, y en últimas, poder proteger de la pobreza a la mujer, ha sido la implementación de los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible desarrollados en la Agenda 2030 de la ONU, cuya finalidad es la de erradicar la pobreza, combatir la desigualdad y la injusticia. En lo que es referente a la mujer, se plantea en el Objetivo 5º que señala que se debe “lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.” Otro de los Objetivos que igualmente beneficia a la mujer es el Objetivo 1º, donde se evidencia la necesidad de poner fin a la pobreza. Igualmente, será importante para la mujer lograr el pleno empleo, en el contexto de trabajo decente, que se contempla en el Objetivo 8º donde se señala que se debe “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”<sup>39</sup>.

Por lo anterior, y para cumplir los objetivos del Milenio, se hace necesario que los Estados de América Latina implementen políticas públicas en las cuales se incentiven aspectos como los establecidos en los países desarrollados, respecto de las mujeres, “se sabe que en estos países hay factores que han propiciado sustancialmente el aumento de las tasas de participación femenina, en especial las de las madres; por ejemplo, las políticas de asistencia familiar que procuran mejorar el equilibrio entre la vida privada y la laboral, el derecho a una licencia remunerada y a reincorporarse a un puesto de trabajo equivalente, así como los servicios de cuidado infantil asequibles para los progenitores que trabajan (OTI, 2016)”<sup>40</sup>.

## 2. Contexto de Género en los sistemas de pensiones

Se requiere buscar la diferencia que existe entre los hombres y las mujeres dentro del sistema de pensiones, por cuanto es necesario observar que la inserción en el mercado laboral en las mujeres, y su vida laboral es diferente, muchas veces por aspectos económicos y socioculturales, por lo que es de vital importancia implementar acciones afirmativas adecuadas en los sistemas de pensiones, que permitan compensar la inequidad de género<sup>41</sup>.

Para las pensiones contributivas, se hace necesario que los gobiernos, empleadores y sindicatos, propendan por el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, planteando políticas de trabajo decente, eliminación de la discriminación laboral, determinación adecuada de la conciliación de la vida familiar con el trabajo y rediseñando los roles de cuidados y de asistencia familiares<sup>42</sup>.

Será necesario pensar en la implementación como lo propone la OIT, en los pisos de la seguridad social, para garantizar unos mínimos de derechos que permitan que las personas tengan unas condiciones de vida decentes en la vejez, especialmente para las mujeres quienes son la población envejecida más necesitada, se tiene que reivindicar la seguridad social, como una condición que ayudará al desarrollo de los países Latinoamericanos y no como una carga económica<sup>43</sup>.

## 3. La vejez activa en lo Político-Para las mujeres es necesario pensar en lo político

En lo que respecta a la intervención de las mujeres en política, Martha Nussbaum, en su libro *Las mujeres y el desarrollo humano*, afirma que no tienen una efectiva participación en la vida política, esto debido a que son más vulnerables por situaciones como la mala alimentación, la salud, menos educación, son discriminadas o acosadas laboralmente; situaciones que deberán enfrentar sin una adecuada protección legal. Todo ello, sin lugar a duda las separa de lo político<sup>44</sup>.

Sumado a lo anterior, el derecho al voto femenino en América Latina tan solo va a ser reconocido en el siglo XIX, siendo pionero Uruguay en 1927, Brasil 1932, Chile 1934, Colombia tan solo lo va a reconocer en 1957, lo que hace que las mujeres no tengan una tradición democrática. No se debe desconocer que el derecho al voto históricamente “era una cuestión de propiedades y de posición social, pero también de sexo biológico. Las mujeres de todas las clases estaban privadas del derecho al voto debido a su sexo”<sup>45</sup>. Este devenir histórico en la participación democrática de la mujer afecta sin lugar a dudas su participación en la política.

Los movimientos feministas han logrado que los Estados, reconozcan y reivindiquen la equidad de la mujer en la política, por lo que han implementado acciones afirmativas mediante leyes de cuotas, consistentes en establecer un porcentaje de participación de las mujeres en los cargos públicos o en los partidos políticos en América Latina y el Caribe han implementado estas acciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Colombia<sup>46</sup>. Pero, a pesar de estas leyes, la participación en la vida política aún es baja, al respecto se tuvo que implementar en el 2011 *la resolución sobre la participación de la mujer en la política* por parte de la ONU, por cuanto las mujeres en todo el mundo siguen estando marginadas de la política, no solo como votantes, sino en cargos de elección o de dirección<sup>47</sup>.

Pero, más allá de leyes, o determinación al derecho de igualdad en las constituciones Latinoamericanas se



hace necesario que las mujeres tengan la posibilidad de *ser o hacer*, como lo señala Amartya Sen y Nussbaum, al desarrollar *el enfoque de capacidades*, ya que “es en este espacio de las capacidades donde mejor pueden plantearse las preguntas acerca de la igualdad y desigualdad social”<sup>48</sup>. Solamente de esta manera las mujeres pueden comprender la importancia de la participación en la toma de decisiones de lo que las afecta.

Las mujeres de acuerdo con el enfoque de capacidades deben controlar su propio entorno, dentro del cual se encuentra la política, solo esto le permite “ser capaz de participar efectivamente en elecciones políticas que gobiernen la propia vida; tener el derecho de participación política, de protecciones de la libre expresión y asociación”<sup>49</sup>.

La conciencia de participación en política de las mujeres les permite un reconocimiento de sus derechos y, especialmente, el de la seguridad social; prueba de ello es que en América Latina (Chile), solamente cuando llega al poder ejecutivo (como presidenta) una mujer, se establece una reforma de pensiones con contexto de género, siendo la presidente Michelle Bachelet quien impulsa la reforma de pensiones en el año 2008, lo que conlleva un avance en el reconocimiento del derecho a la mujer en la seguridad social.

No se debe desconocer que la actividad política debe ser desarrollada por las mujeres en todas las etapas de la vida, no solamente de jóvenes, sino también cuando son adultas, ya que “las personas mayores son un grupo político muy activo; en todas las elecciones, los ancianos están muy bien representados como votantes a todos los niveles”<sup>50</sup>. Reconocerse como mujeres con necesidades, pero con una activa participación en lo que las afecta en torno a la seguridad social, ser activistas políticas, hará que los derechos sean reconocidos con su participación, creando un escenario diferente al que se les ha obligado a vivir.

### III. Conclusiones

Hay que reconocer que América Latina se encuentra envejeciendo, y que este es un envejecimiento especialmente femenino que plantea retos en lo que respecta a la seguridad social en pensiones. Lo anterior, por cuanto en los sistemas de pensiones en la región no se ha implementado el contexto de género, que permitiría evidenciar que la vida laboral y la vejez de las mujeres es diferente a la de los hombres.

Sumado a que los sistemas de pensiones contributivos se fundamentan en un empleo formal para hombres y mujeres sin diferencia. Desconociendo que la incorporación de la mujer al mundo del trabajo está lejos de ser equitativo, en los empleos formales las mujeres afrontan *techos de cristal* que no le permiten desarrollar todas sus capacidades, sumado a que sus aportes en pensiones se pueden ver afectados cuando existe una brecha salarial del 20% de diferencia entre los salarios de los hombres en promedio en América Latina y el Caribe. Estas realidades afectan sin lugar a duda a las mujeres en las pensiones contributivas.

Sumado a lo anterior, cuando las mujeres no pueden acceder a un trabajo formal, tendrán que sobrevivir en la informalidad, desempeñando trabajos precarios, muchas veces desempeñando trabajos invisibles para la sociedad, como el doméstico o de cuidado, trabajos con alto contenido de género; lo que tendrá consecuencias negativas para la vejez, ya que la única posibilidad que se tendrá será acceder a los auxilios y cuidados de la familia o de los sistemas subsidiados de pensiones, que son económicamente muy bajos.

Los sistemas de pensiones de la región se estructuran en sistemas contributivos dependientes generalmente de un empleo formal, y los regímenes subsidiados estructurados en el financiamiento del Estado. En América Latina, se han implementado en pensiones los sistemas de reparto, administrados especialmente por entidades públicas, en las cuales para acceder a una pensión se requiere un número de semanas de cotización y una edad plenamente establecida. Y un sistema de ahorro individual, en el cual se requiere un capital previamente fijado, que se proyecta como ahorro individual, para ser entregado una vez llegue la vejez. Los dos sistemas no tienen en cuenta el contexto de género, lo que afecta a la mujer ya que tienen una esperanza de vida más alta que la de los hombres, y un acceso limitado al trabajo formal.

Todo lo anterior, hace necesario repensar los sistemas de seguridad social en América Latina y el Caribe, uno de los aspectos que ya se están implementando, para generar una adecuada equidad de género, es dar cumplimiento a los Objetivos de Desarrollo del Milenio establecidos por la ONU, especialmente el 5, donde se señala que se debe lograr la igualdad y empoderar a las mujeres y niñas.

Pero, sin lugar a dudas, el empoderamiento debe ser un empoderamiento en lo político, que las mujeres participen en la toma de decisiones que la afecta, especialmente ser partícipes de sus propias decisiones en lo que respecta a los sistemas de seguridad social; cuando la mujer actúa desde lo político puede hacer la diferencia, se pudo evidenciar esta realidad con el mandato en Chile de Michelle Bachelet, que hace la reforma de pensiones en el 2008 e incluye el contexto de género, contribuyendo a reconocer a través de la seguridad social el trabajo invisible de las cuidadoras de las mujeres.



---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

ONU, World Population Prospects, New York United Nations 2017, [https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017\\_KeyFindings.pdf](https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf), (consultada 22 de Julio 2018).

---

2

Natalia Aranco *et al.*, *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, pág.91

---

3

OMS, *Género y Envejecimiento* <http://www1.paho.org/spanish/hdp/hdw/genderageingsp.PDF?ua=1>, (consultada el 22 de julio del 2018).

---

4

CEPAL, Feminización se ha estancado en torno al 53% en la región y persiste sesgo de género en el mercado laboral, <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-tasa-participacion-laboral-femenina-se-ha-estancado-torno-al-53-la-region> (consultada el 22 de julio del 2018).

---

5

OIT, La participación Laboral de las mujeres aumenta pero el camino a la igualdad aún es largo en América Latina y el Caribe, Web: [http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_619953/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_619953/lang-es/index.htm), (consultada el 22 de julio del 2018).

---

6

OIT, La brecha salarial en América Latina, Estimación para cuatro países (Costa Rica, México, Perú y Uruguay). Oficina Regional para América Latina y el Caribe. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/genericdocument/wcms\\_616175.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/genericdocument/wcms_616175.pdf) (consultada el 22 de julio del 2018).

---

7

OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el Mundo, Mujeres, Tendencias del empleo femenino*, Ginebra, 2018, Avance Global, pág. 12.

---

8

OIT, La mujer en la gestión empresarial: Cobrando impulso en América Latina y el Caribe, 2017, OIT, [http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/events/2017/lima\\_conf/wibm\\_fullreport\\_2017\\_sp.pdf](http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/events/2017/lima_conf/wibm_fullreport_2017_sp.pdf), (consultado el 28 de julio del 2018).

---

9

OIT, La mujer en la gestión..., *op. cit.*

---

10

OIT, La mujer en la gestión..., *op. cit.*

---

11

Argentina, Ley 24.012 de 1991.

---

12

Bolivia, Ley 26 de 2010.

---

13

Brasil, Ley 12.034 del 2009.

---

14

Colombia, Ley 581 del 2000.

---

15

Yaneth Vargas y Carla Bracchi, "La mujer latinoamericana dentro del contexto de los Derechos Humanos: Énfasis desde la perspectiva del derecho al trabajo". *IUSTA*, (enero-julio 2016), número 44, 2016, pág. 77.

---

16

OIT, La mujer en la gestión..., *op. cit.*

---

17

OIT. (Diciembre de 2017). <http://www.ilo.org>. Obtenido de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_557080.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557080.pdf): [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_557080.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557080.pdf), (consultado el 28 de julio del 2018).

---

18

ONUMUJER. [www.unwomen.org](http://www.unwomen.org). Obtenido de [www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-fact-sheet-latin-america-and-the-caribbean-es.pdf?la=es&vs=0](http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-fact-sheet-latin-america-and-the-caribbean-es.pdf?la=es&vs=0): [www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-fact-sheet-latin-america-and-the-caribbean-es.pdf?la=es&vs=0](http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-fact-sheet-latin-america-and-the-caribbean-es.pdf?la=es&vs=0) , (consultado el 14 de Marzo de 2018).

---

19

Natalia Aranco *et al.*, *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, pág. 5.

---

20

OIT, *Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*. Perú, OIT, 2018, pág. 17.

---

21

BID, OCDE, WORDL BANK GROUP. *Panorama de las Pensiones: América Latina y el Caribe*, Washington D.C., 2015, BID, pág. 9.

---

22

Natalia Aranco *et al.*, *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, pág. 31.

---

23

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2011, CEPAL, pág. 118.

---

24

OIT, *Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*, Ginebra, 2018, OIT, pág. 78.

---

25

OIT, *Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*, Ginebra, 2018, OIT, págs. 78-79.

---

26

CEPAL. *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2017, CEPAL, pág.19

---

27

OISS.  
(2014).file:///C:/Users/yanva/Documents/Libros%20genero%20laboral/LA\_PERSPECTIVA\_DE\_GENERO\_OISS\_2014.pdf.  
Obtenido de OISS:  
file:///C:/Users/yanva/Documents/Libros%20genero%20laboral/LA\_PERSPECTIVA\_DE\_GENERO\_OISS\_2014.pdf,  
(consulta 4 de marzo del 2018).

---

28

OISS.  
(2014).file:///C:/Users/yanva/Documents/Libros%20genero%20laboral/LA\_PERSPECTIVA\_DE\_GENERO\_OISS\_2014.pdf.  
Obtenido de OISS:  
file:///C:/Users/yanva/Documents/Libros%20genero%20laboral/LA\_PERSPECTIVA\_DE\_GENERO\_OISS\_2014.pdf,  
(consulta 4 de marzo del 2018).

---

29

CEPAL. *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2017, ISBN 978-92-1-121978-4, p.124

---

30

CEPAL. *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2017, ISBN 978-92-1-121978-4, p.126

---

31

OIT. (Diciembre de 2017). <http://www.ilo.org>. Obtenido de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_557080.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557080.pdf): [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_557080.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557080.pdf)

---

32

CHILE, Ley 20.255 del 2018.

---

33

CHILE, *Proyecto ley No 118-365 2017*.

---

34

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2017, ISBN 978-92-1-121978-4. Pag. 31.

---

35

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2017, CEPAL, pág. 34.

---

36

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 2017, CEPAL, pág. 52.

---

37

Wikander, U. *De criada a empleada, Poder, sexo y división del trabajo (1989-1950)*, España, 2016, Siglo XXI, pág. 8.

---

38

OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el Mundo, Mujeres, Tendencias del empleo femenino*, Ginebra, 2018, Avance Global, ISBN 978-92-2-328518-0, Pág. 4

---

39

ONU, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>, (consultado el 31 de julio del 2018).

---

40

OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el Mundo, Mujeres, Tendencias del empleo femenino*, Ginebra, 2018, Avance Global, ISBN 978-92-2-328518-0, Pág. 7.

---

41

OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el Mundo, Mujeres, Tendencias del empleo femenino*, Ginebra, 2018, Avance Global, pág. 13.

---

42

OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el Mundo, Mujeres, Tendencias del empleo femenino*, Ginebra, 2018, Avance Global, pág. 4.

---

43

OIT. [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_141821/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_141821/lang-es/index.htm), (consultada el 1 de agosto del 2018).

---

44

Nussbaum, M. *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*. Barcelona, España, 2002, Editorial Herder S.A., pág.27

---

45

Wikander, U. *De criada a empleada, Poder, sexo y división del trabajo (1989-1950)*, España, 2016, Siglo XXI, pág. 117.

---

46

CEPAL, Estadísticas para la equidad de Género, Magnitud y tendencias en América Latina, (2007) [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/27843/1/LCG2321P\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/27843/1/LCG2321P_es.pdf) (consultado el 22 de julio del 2018).

---

47

ONU.MUJERES, <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation>, (consultada el 5 de agosto del 2018).

---

48

Nussbaum, M. y Levmore, S., *Envejecer con sentido. Conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares*. Barcelona, España, 2018, págs. 40 y 123.

---

49

Nussbaum, M. y Levmore, S., *Envejecer con sentido. Conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares*. Barcelona, España, Paidós Básica, 2018, pág. 123.

---

50

Nussbaum, M. y Levmore, S., *Envejecer con sentido. Conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares*. Barcelona, España, Paidós Básica, 2018, págs. 275-277.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL PROCESO LABORAL ANTE UN FUTURO DIGITAL****4. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN CHILE: AVANCES Y CRÍTICAS****4. Protección a la Maternidad en Chile: Avances y Críticas**

---

**Protection to Motherhood in Chile: Advances and Criticism****(Autor)****YENNY PINTO SARMIENTO***Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile. ypinto@ucn.cl***Sumário:**[Introducción](#)[2. Protección internacional de la maternidad](#)[3. Protección de la maternidad en Chile](#)[3.1 Descansos y permisos](#)[3.2. Fuero laboral: la protección frente al despido](#)[3.3. Sistema de seguros y subsidios](#)[4. Conclusiones](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

La protección a la maternidad fue una de las primeras preocupaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; preocupación que se centraba en la combinación de medidas meramente prohibitivas de determinados trabajos en razón de la condición de mujer, pasando luego a enfocarse en la protección de la maternidad. En este artículo se repasa dicha evolución, desde las normas de protección internacional, hasta el Derecho chileno, en cuyo caso advertimos una progresiva regulación propia de la Seguridad Social en esta materia.

**Abstract:**

The protection of motherhood was one of the first concerns of the Labor and Social Security Law, a concern that focused on the combination of merely prohibitive measures of certain jobs due to the status of women, and then focused on the protection of motherhood. This article reviews this evolution, from international protection standards, to Chilean law, in which case we notice a progressive regulation of Social Security in this area.

**Palabras Clave:** Maternidad-protección-Seguridad Social**Keywords:** Motherhood-protection-Social Security**Introducción**

La tasa de participación laboral femenina ha aumentado a través de los años, lo que puede ser explicado por múltiples razones. Entre ellas, el aumento en los niveles de escolaridad, factores demográficos tales como

aumento en jefaturas de hogares, número de hijos o estado civil, entre otros<sup>1</sup>. Esta creciente incorporación, como señala Caamaño, es sin exoneración de las responsabilidades familiares que tradicionalmente le han sido asignadas, lo que ha ocasionado una constante tensión entre sus obligaciones laborales y familiares<sup>2</sup>.

Para comprender mejor estas reflexiones, debemos, en primer lugar, señalar que se entiende por maternidad, que, de acuerdo con la Real Academia Española, es “*el estado o cualidad de madre*” y por madre “*la hembra que ha parido*”. En este sentido, como señala Amparo Garrigues: “La maternidad vincula a la mujer con el proceso biológico generativo (embarazo, parto y puerperio), y también, en su caso, con los hijos habidos como consecuencia del mismo, en una suerte de proceso relacional y afectivo entre madre e hijo, y de dependencia- física y psicológica- de éste respecto de aquella (dependencia que se manifiesta de manera especialmente intensa en las edades más tempranas del ser humano); además, y en la medida que tales vínculos emocionales y de dependencia se entablan, también, sin necesidad que medie un proceso procreativo natural, se hallarán presentes -asimismo- tanto en los supuestos de afiliación adoptiva, como respecto del padre en los casos que el varón de implique en la crianza de los hijos (por lo que debería hablarse más estrictamente de maternidad/paternidad)”<sup>3</sup>.

La protección a la maternidad fue una de las primeras preocupaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, esto se explica, como dice Caamaño: “por los bienes jurídicos involucrados, dado que al tutelarse a la madre no sólo se le cuida a ella, sino que también a los niños y a toda la comunidad”<sup>4</sup>. En este sentido, Garrigues añade que “la maternidad ha sido, tradicionalmente, un bien jurídico merecedor de especial protección, tanto en el sentido genérico, per se, como en sentido específico, en consideración a los distintos bienes jurídicos que en ella se incluyen (la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y su hijo de adecuados vínculos relacionales y afectivos -en lo que podría entenderse como una especial valoración de la institución familiar- tampoco resultan ajenas las consideraciones político-laborales y político-demográficas que, en determinadas coyunturas, han justificado o justifican medidas protectoras de singular intensidad)”<sup>5</sup>.

Con todo, la necesidad de una especial protección se sigue planteando en cuanto la maternidad sigue siendo causa de discriminación. Como señala Martínez García, el embarazo es a menudo visto como motivo seguro de absentismo laboral, peor condición física y aptitud para el trabajo, así como motivo de enfermedades<sup>6</sup>. En el ámbito de la discriminación, que antes se ha descrito, las normas proteccionales de la mujer persiguen ir despejando determinados estereotipos, en el sentido que sólo son las mujeres las capacitadas o las mejor capacitadas para los cuidados de los hijos, bien que las mujeres son menor capacitadas que los hombres, bien que las mujeres están en menor disposición laboral que los hombres<sup>7</sup>.

Esto se origina, como lo señala un informe de la Dirección del Trabajo, porque en la cultura occidental se suele identificar a las mujeres como madres, depositando en ellas la responsabilidad del cuidado de los hijos<sup>8</sup>, en contraposición al espacio laboral que ha estado históricamente asociado a la idea de hombre proveedor<sup>9</sup>. Sin embargo, estas ideas tradicionales han ido cambiando con la incorporación de la mujer al mundo laboral lo que ha generado una serie de cambios sociales, en el que los roles tradicionales están cambiando, aumentando incluso los hogares monoparentales y unipersonales<sup>10</sup>. Lo anterior presenta nuevos desafíos que implican responsabilidades y obligaciones compartidas, sin embargo, se presenta la dificultad de compatibilizar el desarrollo de la vida profesional y laboral, con las responsabilidades familiares y personales. Y, en este contexto, hablar de corresponsabilidad implica reconocer que en el hogar es necesario el aporte de todos sus miembros. Sin contar con la necesidad del desarrollo personal, puesto que cada persona necesita el espacio para realizar actividades que le permitan descansar, recrearse, aprender, etc<sup>11</sup>.

Como señala Ríos Rodríguez, los sistemas de seguridad social nacionales han intentado adaptarse a los drásticos cambios sociales y demográficos, desarrollando un concepto más amplio de “trabajadores con responsabilidades familiares”. Agrega la autora que: “Hoy por hoy, la maternidad no puede ser considerada exclusivamente como una situación de invalidez laboral transitoria que padecen muchas mujeres, sino que tiene que ser incluida en un contexto más amplio cuya tendencia es la de reunir las prestaciones por maternidad con las familiares”<sup>12</sup>.

En el apartado siguiente analizaremos dicha evolución en el Derecho Internacional y algunos aspectos de la protección en el Derecho chileno.

## 2. Protección internacional de la maternidad

En cuanto a esta materia, los Convenios y Recomendaciones han experimentado una evolución en sus planteamientos. En un primer momento, la preocupación se centraba en la combinación de medidas meramente prohibitivas de determinados trabajos en razón de la condición de mujer, partiendo de la doble consideración de ésta, en primer lugar, como un ser fisiológicamente inferior al varón, un sujeto laboral



“débil” equiparado a los menores y, de ahí, la necesidad de establecer restricciones en su acceso a determinados trabajos; y, en segundo lugar, como un ser nacido exclusivamente para la maternidad, cuyo papel debía ser salvaguardado por el interés público que representaba<sup>13</sup>.

En primer lugar, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, que señala en su artículo 25 N° 2 que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. En 1966, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas promulgó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prescribe en su artículo 10 N° 2 que: “Los Estados parte en el presente pacto reconocen que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

Por su parte, la OIT ha contribuido activamente en la protección de la maternidad, siendo una preocupación permanente, lo que puede explicarse, como señala Caamaño: “por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como así mismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época”<sup>14</sup>. Por ello, la OIT ha contribuido, a través de sus instrumentos, a aumentar dicha protección, incentivando a instaurarlo en el debate internacional y a la firma de convenios que obliguen a los Estados miembros a asegurar cierto nivel de protección a las trabajadoras que tienen hijos<sup>15</sup>, encontramos en estas materias una protección directa a través de los Convenios números 3, 103, 183, e indirectamente en los Convenios números 132, 136, y especialmente, el número 156.

El primer instrumento data de 1919, y es el Convenio N° 3, que, como señala Caamaño: “Representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección a favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, es decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social”<sup>16</sup>. El convenio establecía, en su artículo 3, que la mujer no estaba autorizada a trabajar durante un período de seis semanas después del parto; que tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas, que recibirá durante el período que permaneciera ausente prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; además del permiso de lactancia de dos descansos de media hora. Por su parte, el artículo 4 establecía la ilegalidad del despido de la mujer en permiso preparto o posparto, y en el caso que las ausencias se prolongaran más allá del permiso posparto, que fueran consecuencia de una enfermedad motivada por el parto, siempre que fuere acreditado por certificado médico y hasta cierto tiempo máximo que podía ser determinado por la autoridad competente de cada país.

Posteriormente, se adopta el Convenio N° 103, con fecha 28 de junio de 1956, el que amplía los derechos de la madre trabajadora, y su ámbito de aplicación, comprendiendo también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, y a las que trabajan en su domicilio. Establece un derecho de descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, debiendo tomarse obligatoriamente una parte después del parto, siendo determinado el tiempo por la legislación nacional, el que en ningún caso podrá ser inferir a 6 semanas. Si el parto sobreviene después de la fecha presunta, el Convenio establece que el descanso será prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y el descanso puerperal obligatorio no podrá ser reducido. En caso de una enfermedad, a consecuencia del embarazo, la mujer tendrá un descanso suplementario, y si es a consecuencia del parto el descanso puerperal será prolongado. Por su parte, el artículo 4 consagra el derecho de percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas. En el caso de las primeras las fijará la legislación nacional las que deben ser suficientes para garantizar la manutención de la mujer y del hijo; en el caso de las segundas, deben comprender la asistencia durante el embarazo, parto y puerperal. Ambas deben ser concedidas mediante un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos.

En el año 2000, se aprueba el Convenio N° 183 sobre protección a la maternidad, que en su artículo 2 establece que se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente. En relación a los beneficios, se señala que confiere derecho a la protección a la salud, buscando proteger a las mujeres embarazadas, y aquellas en proceso de lactancia; licencia de maternidad con una duración de al menos 14 semanas, donde mínimo deben ser 6 con posterioridad al parto; licencia en caso de enfermedad o complicaciones, prestaciones pecuniarias, prestaciones médicas; protección del empleo y no discriminación, perfeccionando el derecho al fuero maternal; y, derecho a dar alimentos al hijo. En su artículo 3 establece, en materia de salud laboral, que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo potencialmente peligroso o lesivo para su salud o la de su hijo, ya porque dicha peligrosidad haya sido determinada por la autoridad competente, ya porque derive de una evaluación en la que se haya evidenciado

la existencia de riesgo significativo para ellos.

En su artículo 4 se refiere al descanso por maternidad, con una duración de, al menos, catorce semanas, la que incluirá un período obligatorio, de al menos, seis semanas posteriores al parto, a menos que se acuerde otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Además, establece que la trabajadora tendrá derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad. Junto a lo anterior, se refiere a la protección de la capacidad económica de la trabajadora en situación de maternidad, debiendo financiarse las prestaciones mediante un seguro obligatorio. Y, por último, debemos mencionar, que hace referencia a prestaciones sanitarias, tanto a la madre como al hijo.

De manera indirecta, Amparo Garrigues menciona los Convenios N° 132, el cual establece que las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como en el caso de la maternidad, será, contadas como parte del período de servicios; el Convenio N° 136, que prohíbe a la mujer embarazada o lactante los trabajos que impliquen exposición al benceno o a productos que lo contengan; y el Convenio N° 156, que tiene como objetivo que los Estados promuevan una igualdad efectiva para los trabajadores con responsabilidades familiares<sup>17</sup>.

### 3. Protección de la maternidad en Chile

En Chile, respecto de las normas de protección a la maternidad, podemos distinguir dos etapas. Una, en que surgen normas de carácter protector a la mujer y al hijo que está por nacer; y una segunda etapa, en la que se comienza a introducir la noción de equidad y considerar las medidas de protección desde la discriminación laboral. En la primera, surgen prohibiciones explícitas, como el caso de los trabajos nocturnos, minería subterránea, etc., y la segunda coincide con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>18</sup>.

En este sentido, las normas protectoras han transitado, como analizamos al inicio de este trabajo, desde una sucesiva consideración de la mujer como sujeto débil, en la medida que hubo determinadas tareas prohibidas, por su complejidad o el empleo de la fuerza física, que hacían desaconsejable la contratación de mujeres<sup>19</sup>. En una segunda etapa, el nuevo posicionamiento de la mujer, la modificación de la familia tradicional, la superación de un esquema patriarcal clásico en el ámbito civil, por ejemplo (el otorgamiento de la plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, conforme a la Ley N° 18.802, de 1989<sup>20</sup>; la derogación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y la equiparación de todos los hijos, nacidos dentro y fuera del matrimonio, con la Ley N° 19.585<sup>21</sup>), provocaron sin duda algunos cambios dramáticos en la configuración de la sociedad chilena en los últimos 30 años, en un país que ha aumentado de manera acelerada su PBI *per capita*, y en el que la mujer, como se ha analizado, se ha incorporado masivamente al trabajo, atendida la mejora económica sostenida y la modificación profunda del modelo familiar<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, las normas protectoras buscan resguardar el equitativo reparto de las responsabilidades familiares, favoreciendo la efectiva incorporación de la mujer al mercado laboral.

Las normas que analizaremos a continuación se sitúan, a nuestro juicio, en los dos ámbitos de protección que se han descrito. Por un lado, la conciliación de la vida familiar con el trabajo, dispensando una protección tradicional a la maternidad; y, en segundo lugar, un sistema diseñado para evitar la discriminación arbitraria de la mujer y posibilitar su incorporación. Ello se traduce, en definitiva, en un régimen tendiente a un incipiente sistema de seguridad social, en la medida que permite la efectiva repartición de las responsabilidades parentales especialmente, en el desarrollo de la familia.

En efecto, actualmente encontramos diversas formas de protección reguladas en el título II del Libro II del Código del trabajo, denominado “de la protección a la maternidad”, además de algunas leyes especiales, como la ley N° 21.063, denominada Ley Sanna, que analizaremos más adelante. Pueden agruparse o calificarse en permisos o descansos, en supuestos de enfermedad o condiciones propias de la madre o del hijo; protecciones frente a la terminación de la relación laboral, como el fuero y, un incipiente sistema de seguridad social, como en caso de subsidios y seguros. Analicemos cada uno de estos grupos.

#### 3.1. Descansos y permisos

En primer lugar, los descansos de maternidad, regulados en el artículo 195 del Código del Trabajo, son un derecho irrenunciable de las trabajadoras, cuya duración es de 6 semanas antes del parto, denominado descanso prenatal, y 12 semanas después de éste, denominado postnatal. Durante estos descansos queda prohibido el trabajo, otorgando además derecho a subsidio y a fuero. Para hacer uso de los descansos de maternidad, se requiere presentar al empleador un certificado médico o de matrona, que será expedido de forma gratuita, que acredite que el estado de embarazo ha llegado al periodo fijado para obtenerlo, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197.

En segundo término, la “ampliación de los descansos de maternidad”, regulado en el artículo 196 del Código del Trabajo, permite la extensión de los descansos pre y postnatal, en caso de una enfermedad que se produzca como consecuencia del embarazo o del alumbramiento, en cada caso. Debe ser acreditado con un certificado médico, y su duración será determinada por los servicios que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas. Respecto de esta ampliación, no queda claro cuál es el criterio para determinar la extensión, puesto que se introduce como requisito que el parto se produzca antes de iniciada la semana 33 de gestación, en circunstancias que el parto prematuro se define como “aquel embarazo que finaliza espontánea o por indicación médica, antes de las 37 semanas de gestación”<sup>23</sup>. Lo mismo sucede respecto del peso señalado, no existen razones objetivas para no incluir a los partos ocurridos entre la semana 34 y 37 de gestación<sup>24</sup>.

En tercer lugar, el “permiso para el padre por nacimiento de un hijo”, también regulado en el artículo 195, otorga al padre a un permiso pagado por el empleador de 5 días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, en cuyo caso será de días continuos excluyendo el descanso semanal, o se pueden distribuir dentro del primer mes del nacimiento del hijo. Si no hace uso del permiso durante ese período, se pierde. Este derecho también lo tendrá el padre que obtenga el cuidado personal o la adopción de un menor mediante resolución judicial, contado desde la notificación de ésta.

Este artículo refleja la gran discriminación existente en nuestra legislación, al privar al padre del denominado período crítico, de vital importancia para el desarrollo de los estímulos, que permita un adecuado desarrollo del organismo y, por consiguiente, el Código del Trabajo mantiene lo que Caamaño ha denominado el pecado original, en el entendido que sigue considerando casi exclusivamente a la mujer como la idónea para el cuidado de los hijos<sup>25</sup>. Sin embargo, actualmente en nuestro país existe un proyecto de ley que busca extender el permiso del padre de cinco días a un mes, favoreciendo de esta manera la participación del padre en una etapa fundamental del hijo (a)<sup>26</sup>.

En cuarto lugar, el “permiso postnatal parental”, regulado en el artículo 197 bis, que establece un descanso a continuación del postnatal, pudiendo entonces sumar un total de 6 meses desde el nacimiento del hijo entre ambos descansos. Como ya se indicó, la particularidad de este derecho es que puede ser ejercido por la madre o compartido con el padre trabajador, y que además establece dos modalidades de ejercicio. En tal sentido, puede ser en jornada completa o en jornada parcial, extendiéndose en el primer caso por 12 semanas y en el segundo por 18, debiendo dar aviso al empleador por carta certificada con 30 días de anticipación de la modalidad elegida. A contar de la séptima semana, puede traspasarse al padre trabajador, en cuyo caso corresponde a la madre indicar la cantidad de semanas de duración, las que deben ubicarse en el período final del permiso y ser ejercidas en el mismo régimen que elegido por la madre. El empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva que dificulte su uso, será multado por la Inspección del Trabajo.

En quinto lugar, el “derecho a dar alimentos”<sup>27</sup>. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 206 del Código del Trabajo y otorga, a favor de la mujer, una hora al día para dar alimento a los hijos menores de 2 años, es de carácter irrenunciable, y puede ser ejercido de tres maneras: en cualquier momento durante la jornada; dividiéndolo en dos porciones; o postergando o adelantando en media hora o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo. En relación con este derecho, la Dirección del Trabajo ha señalado que también gozan de la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de 2 años por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse al efecto, las trabajadoras que, teniendo derecho a sala cuna, no hacen uso de la respectiva sala cuna durante la jornada, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de las cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago de un bono compensatorio, salvo cuando se ha establecido dicho bono teniendo en cuenta condiciones de trabajo que hacen imposible el ejercicio del derecho de alimentación<sup>28</sup>.

Finalmente, la norma dispone que, si ambos padres son trabajadores, pueden acordar que sea el padre quien ejerza este derecho, lo que debe ser comunicado a los empleadores. Con todo, el padre ejercerá este derecho cuando tuviere el cuidado personal del menor por resolución judicial, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él. También ejercerá este derecho el trabajador o trabajadora al que se le haya otorgado el cuidado personal del menor por resolución judicial.

En sexto término, “permiso especial por enfermedad grave del niño menor de un año”, regulado en el artículo 199. Se trata de un permiso con derecho a subsidio, que requiere la acreditación mediante certificado médico de la situación de salud de que se trate, el que además determinará su duración. Su ejercicio corresponde a la madre trabajadora, pero si ambos padres trabajan cualquiera de ellos podrá ejercerlo, a elección de la madre. Sin embargo, lo tendrá el padre si enviudase, o la trabajadora o trabajador, el cónyuge o conviviente civil, a

quien se le haya otorgado judicialmente el cuidado personal del menor.

En séptimo lugar, el “permiso especial por enfermedad gravísima hijos mayores de un año”, regulado en el artículo 199 bis, permite que padre y madre trabajadores puedan ausentarse de sus labores en caso de accidente grave o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte del hijo mayor de 1 año y menor de 18 años, acreditado mediante certificado correspondiente, por el número de 10 jornadas ordinarias de trabajo al año distribuidas a elección del trabajador o trabajadora, quienes podrán usarlo conjunta o separadamente si ambos trabajan. El mismo derecho lo tiene el tercero que tenga el cuidado personal del menor por resolución judicial.

Este permiso también procede en otros tres casos: a) cuando el o la cónyuge, conviviente civil, o el padre o madre del trabajador o trabajadora, se encuentren desahuciados o en estado terminal; b) para el cuidado de personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit, o que presenten dependencia severa; c) para el cuidado de un menor con discapacidad física debidamente inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante.

La particularidad de este permiso es que el tiempo no trabajado deberá ser restituido mediante imputación a su próximo feriado anual, a sus días administrativos en caso de trabajadores del sector público o a través de horas extraordinarias o de otras formas que convengan libremente las partes. En el caso de no ser aplicable estos mecanismos, se podrá descontar el tiempo de las remuneraciones en forma de un día por mes.

Es importante señalar que se trata de una de las últimas modificaciones legales en esta materia, por cuanto fue introducido por la Ley N° 21.063, publicada el 30 de diciembre de 2017, conocida como “Ley SANNA”, que crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, disponiendo reglas especiales para el cáncer, trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos, fase o estado terminal de la vida y accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente. El permiso para cada trabajador o trabajadora en caso de cáncer y de trasplante de órganos tendrá una duración de hasta 90 días, por cada hijo o hija afectado por esa condición grave de salud, dentro de un período de 12 meses, contados desde el inicio de la primera licencia médica. Para la fase o estado terminal de vida durará hasta producido el deceso del hijo o hija y por accidente grave tendrá una duración máxima de hasta 45 días en relación con el evento que lo generó, por cada hijo o hija afectado.

En octavo término, los “permisos en caso de fallecimiento de la madre trabajadora o resolución judicial que otorgue cuidado personal del menor”, regulados en los artículos 195, 197 bis, 199 y 200, permiten traspasar al padre los descansos y permisos de maternidad y otros derechos asociados, en caso de que la trabajadora fallezca al momento del parto o mientras hace uso del descanso postnatal, o en caso de que éste tuviere el cuidado personal por resolución judicial. Lo mismo se aplica al permiso postnatal parental y al permiso por enfermedad grave del niño menor de un año. En caso de cuidado personal o adopción por resolución judicial de un menor de seis meses de edad, la trabajadora o trabajador, que no fuere padre o madre biológicos, tendrán derecho a un permiso con subsidio de doce semanas previo al permiso postnatal parental.

### **3.2.Fuero laboral: la protección frente al despido**

Durante el embarazo y hasta un año después de expirado el descanso postnatal, excluido el permiso postnatal parental, la trabajadora gozará de fuero laboral, es decir, el empleador no podrá ponerle término al contrato de trabajo sino con autorización previa del juez. En relación a esta facultad de pactar otros beneficios o modalidades, la última reforma al sistema de relaciones laborales, que entró en vigencia el 1 de abril del 2017, modificó las materias de negociación colectiva, ampliando su ámbito al señalar expresamente, en el inciso 2° del artículo 306 del Código del Trabajo, que las negociaciones podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, y adicionalmente pactos sobre condiciones especiales de trabajo, los que pueden tener por objeto la distribución de la jornada de trabajo semanal.

### **3.3.Sistema de seguros y subsidios**

Puede mencionarse, en primer lugar, el “subsidio maternal”. Se trata de un beneficio previsional en dinero, que tiene como objetivo el reemplazo de la remuneración de la trabajadora o trabajador dependiente del sector privado o en reemplazo de la renta de la trabajadora o trabajador independiente, mientras se encuentran ejerciendo los derechos con ocasión de maternidad y paternidad, siempre que cumplan los requisitos que exige la ley. Respecto de los trabajadores del sector público no opera el subsidio, ya que en este caso siguen percibiendo sus remuneraciones durante los períodos de descanso de maternidad, a excepción del permiso postnatal parental, durante el cual tienen derecho al mismo subsidio que se contempla para trabajadores del sector privado.

En segundo lugar, el “derecho a sala cuna”. Este beneficio, regulado en el artículo 203 del Código del Trabajo, procede cuando las empresas ocupan 20 o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, y establece que las empresas deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, autorizadas o reconocidas por el Estado. Las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de 2 años y dejarlos mientras estén en el trabajo.

Igual obligación rige para los centros comerciales, industriales o de servicios administrados bajo una misma razón social, cuyos establecimientos en conjunto reúnan más de 20 trabajadoras. Estos últimos, si se encuentran en una misma zona geográfica, pueden cumplir con la obligación construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de salas cunas para sus trabajadoras, previa autorización del Ministerio de Educación. Igual opción tendrán los empleadores de trabajadores agrícolas de temporada, habilitando y manteniendo uno más servicios de sala cuna durante la temporada, según lo previsto en el artículo 95 bis del mismo Código. También tendrá este derecho el padre en caso de fallecimiento de la madre, o quien tenga el cuidado personal del menor por resolución judicial. El mismo artículo establece una forma alternativa de cumplimiento de esta obligación, que consiste en pagar los gastos de la sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos, y que además incluye el pago del valor de los pasajes de transporte de ida y regreso hacia la sala cuna.

La Dirección del Trabajo ha señalado que se acepta, atendidas las especiales características de la prestación de servicios, la compensación monetaria del beneficio de sala cuna, facultando a la madre trabajadora que labora en ciertas y determinadas condiciones excepcionales para pactar con su empleador el otorgamiento de un bono compensatorio por un monto que resulte apropiado para financiar el servicio de sala cuna cuando ella no está haciendo uso del beneficio a través de una de las alternativas que la ley señala<sup>29</sup>.

Ahora bien, el derecho a sala cuna resulta igualmente exigible cuando la madre trabajadora se encuentre haciendo uso de licencia médica o en cualquier otro evento que le impida cuidar adecuadamente a su hijo menor de dos años, aun cuando la forma de ejercer el derecho sea mediante el pago de un bono compensatorio pactado por las partes. En el año 2016, con la entrada en de la Ley N° 20.891, se estableció que en caso de que ambos padres de un hijo menor de 2 años sean funcionarios públicos de algún ministerio o servicio público que dependa o se relacione con el Gobierno, la madre podrá elegir que su empleador cumpla con la obligación señalada en el artículo 203, en la sala cuna que disponga el servicio público empleador del padre, siendo financiada por la institución empleadora de la madre. La funcionaria deberá dar aviso a su empleador, el cual solicitará a la institución del padre la disponibilidad de cupo para ello. En caso de existir cupos limitados, el personal de la institución empleadora del padre tendrá derecho preferente y la institución a la que pertenece la funcionaria deberá dar cumplimiento al derecho de sala cuna conforme a lo ya señalado. Como puede observarse, esta materia resulta un avance cuanto, a la igualdad de derechos entre madres y padres trabajadores, sin embargo, no deja de estar exenta de algunas problemáticas, ya que, por ejemplo, la redacción parte de la base de que el empleador del padre cuenta con una sala cuna, lo que no siempre es así. Otro problema, es que sigue manteniendo la responsabilidad del empleador de la madre de financiar la sala cuna, lo que contribuye a fomentar discriminación al momento contratar a una mujer. Además, uno de los principales problemas de la norma es la condición de contar el establecimiento con más de 20 trabajadoras, dejando en la total indefensión a aquellas trabajadoras que presten servicios para un establecimiento que no reúna dicha condición.

Actualmente, en Chile se ha ingresado un proyecto de sala cuna universal, estableciendo un beneficio para madres y padres, independiente del tipo de contrato y cantidad de mujeres que trabajen en la empresa. Donde el financiamiento a través de la cotización previsional que será entre el 0,1% y 0,4%, la cual se destinará a un fondo común exclusivo para financiar la sala cuna de los hijos menores de dos años.

En tercer lugar, aparece en esta categoría, el denominado “seguro en caso de enfermedades catastróficas”. Como ya se ha adelantado, la Ley N° 21.063, denominada “Ley Sanna” creó un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padecen enfermedades catastróficas, cuyo objetivo es permitir que el padre y la madre, que tengan la condición de trabajadores, puedan prestar atención, acompañamiento o cuidado personal a sus hijos e hijas menores de edad, cuando estén afectados por una condición grave de salud, durante el período de tratamiento o recuperación o en la fase final de una condición terminal. Se establece de esta manera, un seguro obligatorio que opera con una licencia médica, recibiendo el trabajador durante ese período un subsidio que reemplaza a su remuneración mensual, financiada con cargo al seguro.

Con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, los padres y madres de Chile se veían enfrentados a la difícil realidad de no poder ausentarse de sus trabajos en situaciones en que necesitan cuidar a un hijo o hija menor de edad afectado por una condición grave de salud, exponiéndolos a la innecesaria disyuntiva de continuar trabajando o tener que renunciar, a fin de poder otorgarles una adecuada atención, con las consecuencias que ello implicaba.



Junto a lo anterior, se debe señalar que en Chile casi un millar de niños y niñas son diagnosticados con cáncer<sup>30</sup>, quienes, para enfrentar la enfermedad, deben someterse a largos y complejos tratamientos, demandando el cuidado personal y contención de sus padres. Lo mismo ocurre con los niños y niñas que son sometidos a complejos procedimientos de trasplantes de órganos y necesitan a sus padres para poder sobrellevar de mejor manera su proceso de recuperación. O en la situación, no menos dramática, de un diagnóstico de desahucio o que sufren un accidente grave con peligro de muerte.

En cuanto a las personas protegidas por el seguro, el artículo 2 de esta ley incluye a los trabajadores dependientes, funcionarios de los órganos de la Administración del Estado, y los trabajadores independientes señalados en el D.L. 3.500<sup>31</sup>. En relación con las contingencias protegidas el artículo 7 establece una enumeración taxativa incluyendo el cáncer, el trasplante de órganos sólidos y de progenitores hematopoyéticos, fase o estado terminal de la vida, accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente.

Son causantes los mayores de un año y menores de 18 años, salvo en el último caso que se comprende a los mayores de un año y los menores de 15 años. La licencia médica será otorgada al trabajador o trabajadora por el médico tratante del niño o niña por períodos de hasta quince días, pudiendo ser prorrogado por períodos iguales, sea en forma continua o discontinua. En caso de cáncer el permiso tendrá una duración de hasta 90 días, meses por cada hijo o hija afectada dentro de un período de 12. En caso de trasplante de órgano sólido y progenitores hematopoyéticos tendrá una duración de hasta 90 días, contados desde la primera licencia. En los casos de fase o estado terminal durará hasta producido el deceso del hijo o hija. En caso de accidente grave tendrá una duración máxima de hasta 45 días.

Si el padre o madre son trabajadores con derecho al seguro podrán hacer uso del permiso conjunta o separadamente, según ellos lo determinen. Además, en caso de cáncer o trasplante, cualquiera de ellos podrá traspasar al otro la totalidad del permiso que le corresponde. En caso de accidente grave sólo podrá traspasar los dos tercios del total del permiso. Además del permiso, la Ley establece el derecho al pago de un subsidio con cargo al seguro durante todo el período de duración del permiso, que se calculará sobre la base del promedio de las remuneraciones netas y de los subsidios por incapacidad de origen común, laboral o maternal, o bien de este seguro, percibidos en los últimos tres meses calendario anteriores más próximos al inicio del permiso. El monto del subsidio equivaldrá al 100% de las remuneraciones o rentas netas del trabajador o trabajadora.

Para poder llevar a cabo el otorgamiento del subsidio señalado, con fecha 28 de abril de 2017 se publicó la ley N° 21.010, que estableció la creación del fondo del seguro para el acompañamiento de niños y niñas, el cual una vez que se encuentre totalmente en vigor (1 de enero de 2020), se formará con un 0,03% de las remuneraciones o rentas imponibles de los trabajadores dependientes o independientes. A la fecha, la cotización al nuevo seguro corresponde a un 0,015%, la que en el caso de los trabajadores dependientes es de cargo total y exclusivo del empleador, lo que viene a plasmar el principio de solidaridad que debe inspirar los regímenes de seguridad social. En cuanto a su administración y gestión, actualmente la recaudación de las cotizaciones es efectuada por la Mutualidades de Empleadoras y el Instituto de Seguridad Laboral, en forma conjunta a las cotizaciones de la ley n° 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En cuanto a la administración financiera del fondo social, estará a cargo de una persona jurídica de derecho privado, determinada mediante licitación pública, y cuyo objeto exclusivo será la administración del fondo, la inversión de sus recursos y los giros que se realicen conforme a la ley.

#### 4. Conclusiones

La protección a la maternidad en Chile se ha traducido en un régimen complejo, que ha ido avanzando poco a poco hacia un sistema de seguridad social. Como se ha visto, hay normas de protección directamente emparentadas con la relación laboral individual, pero los esfuerzos legislativos en Chile han estado encaminados hacia un sistema de cobertura de estados de necesidad.

En efecto, la lectura de las normas de Seguridad Social, siguiendo a Hernández Martín<sup>32</sup>, es la de las cargas o situación de necesidad: “La superación del concepto de riesgo se opera cuando la indemnización no se limita a riesgos futuros e inciertos, elementos éstos típicos de la noción de riesgo en sentido estricto, sino que se extiende a eventos susceptibles de compensación, pero ya realizados. De aquí que la doctrina francesa proponga, en sustitución de la expresión riesgo social, la de cargas sociales”. En efecto, la Seguridad Social interviene en una dimensión distinta. Siguiendo a Alonso y Tortuero<sup>33</sup>, la Seguridad Social es el conjunto de normas que persigue la prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad, cuando ésta es incapaz de evitarlos en la fase previa de riesgo. La aseguración forzosa brinda un adecuado modelo para la distribución social equilibrada del riesgo de la empresa. Como hemos visto, por esta senda han ido transitando las normas internacionales y las legislaciones comparadas, al proyectar la

protección familiar en la óptica de la equitativa repartición de las responsabilidades familiares y entendiendo que la incorporación de la mujer es una contingencia social que debe ser amparada, en aspectos concretos, por la sociedad.

Desde esta perspectiva, nos parecen un avance en esta materia las innovaciones introducidas con la denominada “Ley Sanna”. El incorporar un permiso para cuidar a los hijos que son diagnosticados con este tipo de enfermedades, donde deben someterse a largos y complejos tratamientos, demandando el cuidado personal y contención de sus padres, los que hasta la entrada en vigor de esta ley se encontraban en la disyuntiva de continuar trabajando para evitar caídas dramáticas en los ingresos familiares o renunciar a sus empleos para poder acompañar en este duro proceso a sus hijos. Otro aspecto importante es el establecer la igualdad en dicho permiso, tanto para el padre como la madre, y la modificación del artículo 199 bis incorporando al conviviente civil como sujeto protegido, lo que refleja la adecuación a las otras modificaciones legales que se han ido realizando en nuestro país.

A pesar de ser un gran avance, podríamos mencionar algunos aspectos que se podrían ir mejorando en el futuro. Uno de ellos, es la aún escueta lista de enfermedades, en comparación, por ejemplo, al caso español. En efecto, nuestra legislación sólo contempla una lista de cuatro casos considerados como condición grave de salud, por lo que en las otras enfermedades no contempladas se debiese aplicar el artículo 199 bis, es decir, se gozará sólo de diez jornadas ordinarias al año, las que además deberán ser restituidas mediante imputación al feriado anual o laborando horas extraordinarias, o incluso descontando el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador. Lo que, lógicamente, no es suficiente cuando se tiene un hijo con otra enfermedad grave no contemplada en la lista.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Como se señala en un estudio del Instituto Nacional de Estadísticas: “*La inserción de las mujeres en el mercado del trabajo es relevante pues aumenta su autonomía al participar en la toma de decisiones en diversos canales de acción (públicos, domésticos-privados, etc.). Además, mejora su calidad de vida asociada a distintas dimensiones del bienestar*”. Estudio Mujeres en Chile y mercado del trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales. Disponible en <http://www.ine.cl/docs/default-source/laborales/ene/publicaciones/mujeres-en-chile-y-mercado-del-trabajo---participación-laboral-femenina-y-brechas-salariales.pdf?sfvrsn=4>.

2

CAAMAÑO ROJO, E., “Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno”, *Revista de Derecho Valdivia*, v. 16, 2004. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502004000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100003)

3

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social* (Madrid, 2004), Consejo Económico y social, p. 21.

4

CAAMAÑO ROJO, E., “Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo”, *Revista de Derecho de la PUCV*, núm. 33, 2009, p. 4.

5

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., op. cit., pp. 21-22. Véase RÍOS RODRÍGUEZ, Ana, “Protección de la maternidad en la



6

Véase MARTÍNEZ GARCÍA, María Luis, "Maternidad y discriminación de las mujeres en el empleo", *Anales de Derecho* vol. 35, núm. 2, 2017, pp. 3-4. Véase también SANZ CABALLERO, S. "De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Estudios de Economía Aplicada* vol. 27, núm. 3, 2009, p. 728.

---

7

Véase GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, M. J. y LATAS GARCÍA, A., "Rompiendo estereotipos", *Revista Trabajadora* núm. 53, 2015, p. 14.

---

8

¿La maternidad castigada? Disponible en [http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-103042\\_archivo\\_01.pdf](http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-103042_archivo_01.pdf). Véase RÍOS RODRÍGUEZ, A., op. cit., 162.

---

9

En este sentido, véase Caamaño Rojo, Eduardo, "El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Valparaíso*, vol. XXXI, 2008, p. 328.

---

10

Véase Rodríguez Escanciano, Susana, "La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes", *Temas Laborales* núm. 82, 2005, pp. 48-49. Véase también CASAS BAAMONDE, M. E., "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo", *Revista Laboral* núm. 11, 1998, p. 2; BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J., "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional", González Ortega, S. (director), *Seguridad Social y Familia* (Madrid, 1999), La Ley, p. 19.

---

11

"Estudio percepciones y prácticas de conciliación y corresponsabilidad en organizaciones públicas y privadas", disponible en [https://www.esa.cl/esa/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio\\_sernam\\_uandes\\_2014\\_1\\_.pdf](https://www.esa.cl/esa/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio_sernam_uandes_2014_1_.pdf). Véase CAAMAÑO ROJO, E., El permiso parental..., op. cit., p. 329.

---

12

RÍOS RODRÍGUEZ, A., op. cit., p. 167.

---

13

SÁNCHEZ, M., *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo* (Madrid, 2009), Bomarzo, pp. 30-31.

---

14

CAAMAÑO ROJO, E., “Los efectos de la protección...”, op. cit., p. 5.

---

15

Véase el informe HENRÍQUEZ, H. Y RIQUELME V., “Trabajo y maternidad: Los pasos pendientes”, *Temas Laborales* núm. 3. Disponible en [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl)

---

16

CAAMAÑO ROJO, E., *Mujer, Trabajo y Derecho* (Santiago, 2011), Legal Publishing, p. 50.

---

17

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., op. cit., pp. 25-31. Véase también CAAMAÑO ROJO, E., “El permiso parental...”, op. cit., p. 334.

---

18

En este sentido, véase el informe *¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos, aporte al debate laboral de la Dirección del Trabajo*, disponible en [http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-103042\\_archivo\\_01.pdf](http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-103042_archivo_01.pdf).

---

19

E incluso, como hemos visto, la perspectiva de la primera parte del siglo XX tendió al desincentivo de la contratación femenina, en cuanto las mujeres debían dedicarse primordialmente al cuidado de los hijos. Véase CAAMAÑO ROJO, E., “Los efectos de la protección...”, op. cit., p. 3. Para la exclusión de la participación de la mujer en industrias pesadas, véase HUTCHINSON, Elizabeth, *Labores propias de su sexo: Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900-1930* (Santiago, 2006), pp. 235 y ss.

---

20

Véase NIÑO TEJEDA, Eduardo, “Capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVI, 1995, pp. 271 y ss.

---

21

Véase RAMOS PAZOS, René, “Análisis crítico de la Ley N° 19.585”, *Revista de Derecho Universidad Austral* vol. X núm. 1, 1999, pp. 125 y ss.

---

22

Si en Chile el año 2000, el PIB *per capita* era de 5.472 euros, en 2010 los 9.649 euros; en tanto, el año 2017 se registró un PIB de 13.483. Puede compararse este PIB con el de España, por ejemplo, que alcanza al año 2017, 25.100 euros y con el de Portugal, que alcanza los 18.900 euros. Véase [datosmacro.expansion.com](http://datosmacro.expansion.com).

---

23

Disponible en

[http://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PERINATAL\\_2015\\_%20PARA%20PUBLICAR.pdf](http://www.minsal.cl/sites/default/files/files/GUIA%20PERINATAL_2015_%20PARA%20PUBLICAR.pdf)

---

24

Para este problema véase Caamaño Rojo, E., “Los efectos de la protección...”, op. cit., p. 9.

---

25

CAAMAÑO ROJO, E., “Los efectos de la protección...”, op. cit., p. 10. Para su análisis, véase especialmente CAAMAÑO ROJO, E., “El permiso parental...”, op. cit., p. 346.

---

26

Disponible en [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=11791-13](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11791-13)

---

27

Para la historia del texto de la ley y las críticas a la óptica de su consagración, que se ha mantenido hasta la fecha, véase THAYER ARTEAGA, William, “Salas Cunas y derecho del niño a la leche materna”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 21 núm. 2, 1994, pp. 351 y ss.

---

28

Véase, por ejemplo, el Ordinario 2495/67, de 7 de junio de 2017: “Los derechos contemplados en el artículo 206 inc. 5° del Código del Trabajo, a saber, la ampliación del lapso de permiso para alimentar al hijo menor de dos años por el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el pago del valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la trabajadora, le corresponden a todas las dependientes que, prestando servicios en una empresa que está obligada a lo preceptuado en el artículo 203 del mismo código, gozan del derecho de alimentación de sus hijos, incluyendo a aquellas que, durante la jornada, no hacen uso de la respectiva sala cuna, manteniendo al menor en su hogar o en un lugar distinto, dentro de los cuales igualmente ha de comprenderse a las trabajadoras que han pactado con la empresa la sustitución del servicio de sala cuna por el pago lícito de un bono compensatorio”.

---

29

Como se dice en el Ordinario 2909, de 30 de junio de 2017: “1) No corresponde, en el caso particular, el pago de un bono que sustituya el beneficio de sala cuna, sin perjuicio de lo cual, el empleador deberá restituir las sumas que la trabajadora haya tenido que pagar para proveer un establecimiento de educación parvularia a su hija, hasta el momento en que la empresa dio efectivo cumplimiento a su obligación de otorgar sala cuna. 2) Desde la emisión del Dictamen N°2.495/67, de 07.06.2017, a trabajadora tiene derecho a que se le amplíe la hora de que dispone para dar alimentos a su hija menor de dos años por el tiempo necesario para el traslado de ida y vuelta”.

---

30

El total de casos nuevos de cáncer infantil informado por RENCi para Chile en el período 2007-2011 fue de 2.404 cánceres, que corresponden a una tasa global de 128, 2 por millón de menores de 15 años (ambos sexos). De acuerdo con los datos de este período, los casos totales esperados al año son 504 cánceres. Información disponible en [http://www.ipsuss.cl/ipsuss/site/artic/20180117/asocfile/20180117150429/informe\\_renci\\_2007\\_2011registro\\_nacional\\_c\\_ncer\\_infantildepto\\_epidemiolog\\_aminsal2018.pdf](http://www.ipsuss.cl/ipsuss/site/artic/20180117/asocfile/20180117150429/informe_renci_2007_2011registro_nacional_c_ncer_infantildepto_epidemiolog_aminsal2018.pdf)

---

Señalados en los artículos 89 y 90, y que se refiere a aquellos trabajadores que se encuentren afiliados al sistema previsional.

---

HERNÁNDEZ MARTÍN, D., “El ámbito objetivo de la Seguridad Social”, VVAA. *Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social* (Madrid, 1964), Artes Gráficas Helénica, p. 59. En el mismo sentido, TORTUERO indica que la protección de la LBSS giró sobre siniestros, cualquiera fuere su causa, otorgando prestaciones relativamente uniformes, para todos los asegurados, tanto en cuantía como en duración. (TORTUERO PLAZA, J. L., “Principios y realidades en la configuración del sistema de Seguridad Social (1963-1972): Unidad en la contingencia y uniformidad en la prestación”, El Mismo (coordinador), *Cien años de protección social en España* (Madrid, 2007), Instituto Nacional de Seguridad Social, p. 361).

---

ALONSO OLEA M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social* (Madrid, 2000), Civitas, 17ª edición, pp. 19 y 27. Sobre la definición, véase también ALONSO OLEA, M. “La Seguridad Social: Pasado, presente y futuro”, Gonzalo González, B. y Nogueira Guastavino, M. (coordinadores), *Cien años de Seguridad Social* (Madrid, 2000), Fraternidad-Muprespa-UNED, p. 159. Como afirman BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA Y MOMPARLER CARRASCO, el seguro obligatorio adopta el concepto de riesgo del seguro privado, pero paulatinamente se extiende para comprender otras contingencias sociales que serían difíciles de encuadrar en el concepto de riesgo. Véase BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. Y MOMPARLER CARRASCO, M. *Curso de Seguridad Social, t. I: Parte General*, (Valencia, 2008), Tirant Lo Blanch, pp. 34-35.

**Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial****7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL PROCESO LABORAL ANTE UN FUTURO DIGITAL****5. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PROCESO JUDICIAL: EFICACIA PROBATORIA DE LA INFORMACIÓN GENERADA POR MEDIOS TÉCNICOS. UNA MIRADA HACIA EL PROCESO LABORAL****5. Nuevas tecnologías y proceso judicial: eficacia probatoria de la información generada por medios técnicos. una mirada hacia el proceso laboral**

---

**Processo e novas tecnologias: eficiência probatória da informação gerada por meios técnicos. uma olhada para o processo do trabalho****(Autor)****LAURA NIEVAS**

*Universidad Autónoma de Nuevo León (Argentina), CEDEP Universidad Pablo Olavide de Sevilla (España).  
nievasl@gmail.com*

**Sumário:**[1 Introducción](#)[2 La prueba y su reconocimiento normativo: derecho a probar](#)[2.1 La prueba en el proceso laboral de la provincia de Córdoba](#)[3 Mensaje de datos: su recepción normativa y eficacia en el proceso laboral](#)[3.1 Forma y prueba de los actos jurídicos y el mensaje de datos](#)[3.2 Praxis procesal: el mensaje de datos como elemento probatorio](#)[4 Conclusiones](#)**Área do Direito:** Trabalho**Resumen:**

Enmarcado en un modelo racional de prueba, este trabajo pone en discusión la tensión latente entre el carácter no físico que presenta la información generada por medios técnicos, y la regulación normativa de la producción de la prueba. Esto guarda relación, entre otros aspectos, con la eficacia probatoria del mensaje de datos, en general, y del correo electrónico, en particular.

**Resumo:**

Considerando o impacto das tecnologias de informação e comunicação nos sistemas jurídicos, em geral, e a demanda dos cidadãos por respostas adequadas aos conflitos que são canalizados através de um processo judicial, no caso do processo do trabalho, este trabalho concentra-se na atividade probatória para investigar os requerimentos de confiabilidade exigidos à mensagem de dados para fornecer informação eficaz ao processo.

**Palabras Clave:** derecho a probar, mensaje de datos, eficacia probatoria, proceso laboral

**Palavras-Chave:** direito de provar, mensagem de dados, eficácia probatória, processo do trabalho

## 1. Introducción

En la era digital, la información generada por medios técnicos es masivamente utilizada por los usuarios con la convicción de su valor vinculante ante un eventual conflicto, frente a lo cual se espera que los ordenamientos jurídicos brinden respuestas adecuadas para los problemas que se presentan en un proceso judicial.

La posibilidad de ofrecer mensajes de datos como elemento de prueba es un asunto que está fuera de discusión, sin embargo, surgen interrogantes como ¿qué conocimientos pueden aportar al proceso el mensaje de datos? ¿Qué grado de fiabilidad se le exige a esta información para incidir en la fijación judicial de los hechos? o, bien, ¿con qué dificultades se encuentran los operadores jurídicos durante la actividad probatoria (ofrecer y producir prueba)?

En este trabajo se indaga sobre los presupuestos que el mensaje de datos debe cumplir para ser valorado eficazmente -en el sentido de aptitud para lograr el efecto deseado- por el juez. Es decir, se profundiza sobre los presupuestos que en el marco de un proceso se le exige al mensaje de datos para aportar información al proceso y, de ese modo, tener entidad para probar una pretensión. Esto, además, situado desde el proceso laboral de la provincia de Córdoba.

A tales efectos, se profundiza sobre el reconocimiento del derecho a probar, su alcance y contenido en la doctrina constitucional; se describe y analiza cuál ha sido la recepción normativa del mensaje de datos tanto en el ámbito sustancial como procesal, y, fundamentalmente, se indaga acerca de su implementación y dificultades en la praxis procesal. El desarrollo de esta temática se lleva a cabo a partir del análisis documental de doctrina y jurisprudencia, que, en los últimos años, han puesto en evidencia esta problemática.

## 2. La prueba y su reconocimiento normativo: derecho a probar

La prueba judicial, entendida como la información que se obtiene de los medios de conocimiento que emplean las partes (o quienes intervienen en el proceso) para que el juez constate o infiera la verdad de los hechos que son presupuesto de sus pretensiones, permite ensayar una definición del “derecho a probar” como la posición jurídica que reviste quien tiene el carácter de parte, consistente en la exigencia al sistema de justicia del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de los elementos probatorios propuestos<sup>1</sup>.

En el sistema jurídico argentino, si bien el derecho a probar no fue, al menos de modo directo, reconocido en la Constitución originaria, a partir de 1994 en función de la jerarquización constitucional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>2</sup> (art. 75 inc. 22 CN) es posible interpretar que este derecho ha quedado receptado, en tanto el art. 14, inciso 3, apartado e) refiere como garantía mínima de que goza toda persona acusada de un delito, durante el proceso: “e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (...)”.

No obstante, indagando en la Constitución material, con anterioridad a la reforma referida a partir de los enunciados normativos relativos al “juicio previo” y a la inviolabilidad de “la defensa en juicio de la persona y de los derechos” (art. 18 CN), la doctrina y jurisprudencia habían interpretado el contenido y alcance de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio en sentido comprensivo del derecho a probar<sup>3</sup>.

Luego, en cuanto al derecho a ofrecer prueba y al deber judicial de producción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en referencia al procedimiento penal, ha ordenado a los magistrados “extremar por su parte la averiguación de los hechos” cuando son importantes para la decisión de la causa, y para averiguar la verdad real de lo sucedido, mientras que en el ámbito civil ha referido que la producción de la prueba está, en principio, confiada a la diligencia de los interesados (Lagasta). Además, ha referido que, en cualquier fuero, la omisión de diligenciar una prueba solicitada en forma clara y con potencialidad para lograr una decisión favorable a la pretensión del beneficiario, importa un ataque al derecho de defensa (Augier)<sup>4</sup>.

Finalmente, Sagüés refiere que la orientación genérica de la CSJN, en cuanto al alcance de la defensa en juicio y el debido proceso, es que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en todos los procesos, sin que quepa diferenciar causa criminales, juicios especiales, procedimientos ante tribunales administrativos, e, incluso, causas seguidas en la jurisdicción militar (López, *Fallos* 310:1797), aunque deba tenerse en cuenta la particularidad de cada proceso (BID, *Fallos*, 325:1649).

Esta posición fue reforzada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al expedirse en el caso “Tribunal Constitucional del Perú”, en tanto sostuvo que las reglas del art. 8 de la CADH (Pacto San José de Costa Rica) relativas al proceso penal, rigen, mínimamente, y, en general, en todo proceso donde se determinen derechos y, por ende, también en el orden civil, laboral, administrativo, fiscal e, incluso, en el juicio político<sup>5</sup>.

En síntesis, en el ordenamiento jurídico argentino<sup>6</sup>, más allá del carácter autónomo (o no) que se le atribuya a la posición jurídica de probar, teniendo en cuenta el desarrollo efectuado por la doctrina y jurisprudencia de las garantías de defensa en juicio y debido proceso -reforzado por la interpretación de la CIDH-, es posible afirmar que el derecho a probar se encuentra reconocido y comprende el aseguramiento de los elementos de prueba, la solicitud de medios de prueba, su admisión, práctica y valoración; como proponer al juez argumentos de prueba y contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción<sup>7</sup>. Ello, sin perjuicio de la adecuación que se efectúe mediante las normas procesales conforme las características y finalidad de cada proceso (civil, laboral, penal, etc.).

### 2.1. La prueba en el proceso laboral de la provincia de Córdoba

En la provincia de Córdoba, el proceso laboral está regulado por la Ley Procesal del Trabajo<sup>8</sup> (LPT), y, a grandes rasgos, se estructura en una única instancia que se lleva a cabo en dos etapas: una instructiva que tiene lugar ante un juez unipersonal<sup>9</sup>, frente al cual se admite la demanda, se fija audiencia a efectos conciliatorios y, de abrirse la causa a prueba, se ofrecen los medios de prueba, diligenciándose solo aquéllos que no afecten la inmediación (documental, pericial, informativa). En un segundo momento, la causa es elevada a un órgano colegiado<sup>10</sup>, el cual fija audiencia de vista de la causa y recepta los medios probatorios que no fueron producidos con anterioridad (confesional, testimonial e inspección judicial) y, finalmente, se dicta sentencia.

Este modelo procesal ha sido caracterizado como mixto, en tanto se encuentra a mitad de camino entre un proceso, predominantemente, inquisitivo y otro, predominantemente, dispositivo, en el cual el juez tiene iniciativa probatoria y la posibilidad de dar impulso a la prueba<sup>11</sup>. Así, en el art. 15 LPT se recepta el principio de oficiosidad o, en términos de la norma, el “impulso procesal”, con lo cual el juez tiene iniciativa en los actos procesales, salvo aquéllos que deben ser impulsados por las partes exclusivamente.

En palabras de Somare y Mirolo, en este proceso, el juez no se encuentra limitado a la actividad de las partes, pues si bien no procede a iniciar la acción de oficio, una vez incoada, la impulsa y continúa hasta su conclusión, sin necesidad de la iniciativa de las partes, ordenando, incluso, la ejecución de medidas probatorias conducentes a obtener la verdad real<sup>12</sup>. En este sentido, en el art. 33 LPT se establece que el tribunal para alcanzar la verdad de los hechos controvertidos debe disponer de oficio las diligencias que estime necesarias, lo que debe integrarse con la facultad del tribunal de sentencia para disponer medidas para mejor proveer (art. 60 LPT).

Por otro lado, atento la consideración de la persona que trabaja como la parte hiposuficiente de la relación efectuada por el sistema jurídico, tanto normas sustanciales como procesales (art. 23 inc. 10 Constitución provincial, art. 20 LCT, art. 29 LPT, etc.) aseguran al trabajador la gratuidad en el acceso a la jurisdicción<sup>13</sup>.

Respecto a la prueba en el marco de un proceso, en tanto permite a las partes acreditar la veracidad de sus afirmaciones a efectos de obtener una sentencia favorable, constituye uno de los aspectos más relevantes del proceso, si bien regulación depende de las características del proceso<sup>14</sup> que se trate. La LPT en materia de prueba, en general, y en cuanto al modo de incorporar al proceso y producir información generada por medios técnicos, en particular, no cuenta con previsiones específicas. Así, si bien en el Título IV (arts. 39-44) refiere a la prueba no profundiza en los medios de prueba y remite al Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba<sup>15</sup> (CPCCC), en aquellos supuestos que no están regulados por sus normas (art. 114 LPT).

El CPCCC establece como regla la libertad probatoria (art. 200) permitiendo la aplicación de un criterio amplio al admitir los elementos probatorios ofrecidos, sin perjuicio de las precisiones establecidas en relación a la prueba prohibida o imposible de producir (art. 199 CPCCC), a la vez que la valoración de su eficacia queda reservada para un estadio posterior (art. 198 CPCCC).

En concordancia con el principio de libertad probatoria, el art. 202 CPCCC relativo a los medios de prueba, refiere que cuando se ofreciere un medio de prueba no previsto expresamente, se empleará el procedimiento determinado para otras pruebas que fuere análogicamente aplicable. En tal marco, una vez que la parte que ofrece la prueba escoge uno de los medios legalmente establecidos (documental, informativa o pericial) o, en su defecto, un procedimiento análogo, resta el largo camino del diligenciamiento y, con ello, el análisis de los requerimientos que el elemento probatorio ofrecido debe cumplimentar para que la información que trae al proceso sea -en su momento- valorada eficazmente, lo que, a su vez, guarda relación con la carga de la



prueba.

El legislador, mediante lo previsto en el art. 39 LPT, ha optado por distribuir de modo anticipado la carga de la prueba al prever qué le corresponde acreditar tanto al actor como al demandado en juicio<sup>16</sup>.

Entre las hipótesis donde la norma le ha asignado al empleador la carga de la prueba, prescindiendo de lo que haya alegado en juicio, se cuentan: aquellos supuestos en los que el trabajador reclama el cumplimiento de obligaciones que la ley, los convenios colectivos o los laudos establecen en cabeza del empleador<sup>17</sup>; lo relativo a la información que deba constar en la documentación que la ley le exige llevar al empleador, como, incluso - para algunos autores-, documentación no obligatoria (tarjetas de control de asistencia), y cuando se controvierten montos remuneratorios establecidos por ley, convenio colectivo o acuerdo de partes.

Este dispositivo, integrado con otras presunciones legales en pos de hacer efectivos los mecanismos tendientes a igualar a las partes de la relación de trabajo, posee relevancia al momento de valorar los elementos probatorios y, si bien, pueden presentar un carácter contra epistémico, lo cierto es que ha sido establecido teniendo en cuenta situaciones fácticas, de allí que resulte, también, de utilidad para valorar la información proveniente de mensaje de datos.

### 3. Mensaje de datos: su recepción normativa y eficacia en el proceso laboral

En este momento de la “era digital”, no es una novedad que las TIC incidan transversalmente en nuestras vidas y en el modo de relacionarnos, y, en tal contexto, los ordenamientos jurídicos, más tarde que temprano, han tomado razón de su impacto y han adecuado sus regulaciones -o lo están haciendo- a efectos de atribuir efectos jurídicos a nuevas situaciones.

Históricamente, las telecomunicaciones electrónicas han sido objeto de regulación en diferentes ámbitos. Algunas normas internacionales provienen de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en tanto organismo especializado de la ONU<sup>18</sup>, y entre ellas se destaca la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico<sup>19</sup>, que recomienda reconocer efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información transmitida a través de mensajes de datos.

A nivel regional, la OEA cuenta con un organismo asesor relacionado con las TIC: la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones, la cual ha desarrollado instrumentos que constituyen un marco de referencia para los gobiernos de los Estados miembros, al definir políticas en esta materia. En el ámbito interno, se cuenta con diferentes normas y reglamentaciones relativas, principalmente, a firma digital, protección de datos personales<sup>20</sup>, administración de dominios de Internet<sup>21</sup>, delitos informáticos<sup>22</sup>, etc.

Antes de continuar, es preciso explicitar que atento las múltiples nociones con que la doctrina refiere a la información generada por medios técnicos<sup>23</sup>, en este trabajo se emplea la noción “mensaje de datos”, en tanto que comprensiva de toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares<sup>24</sup>.

#### 3.1. Forma y prueba de los actos jurídicos y el mensaje de datos

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) recepta el principio de libertad de formas (art. 284)<sup>25</sup>, y agrega que “la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta (...)” (art. 286). Asimismo, la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, “(...) siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos” (art. 286), lo que constituye una referencia al mensaje de datos<sup>26</sup>.

Luego, en cuanto a los instrumentos particulares, la sistematización efectuada por el legislador en el CCCN, que mantiene la receptada en el Código Civil anterior (Ley 340)<sup>27</sup>, refiere que “(...) pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados (...)”. Y, en cuanto al alcance de la categoría instrumentos particulares no firmados, ésta comprende “(...) todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información” (art. 287).

Este enunciado normativo, a su vez, lleva a identificar cuándo un instrumento está firmado y cuándo carece de firma. Así, el art. 288 del CCCN establece que “la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto (...)”. Y, en el caso de los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza “(...) una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”. Estipulación que, según veremos, ha sido objeto de diferentes interpretaciones.

En este sentido, se hace necesario traer a colación lo establecido en la Ley de Firma Digital (LFD)<sup>28</sup>, mediante la cual, en lo relevante, se regula el empleo de la firma electrónica, de la firma digital y su eficacia jurídica<sup>29</sup>. En esta ley se define como firma digital “al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma” (art. 2).

Además, equipara la firma digital a la manuscrita al establecer que, “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital (...)” (art. 3). Lo cual es designado por la doctrina como principio de equivalencia, y aplicable a aquellos casos donde la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias ante la ausencia<sup>30</sup>.

En esta ley, además, se define la firma electrónica como el “conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital” (art. 5).

Luego, la firma digital efectuada conforme los presupuestos establecidos en el art. 9 LFD<sup>31</sup>, trae aparejada presunción de autenticidad, autoría e integridad. Es decir, se presume, salvo prueba en contrario, “que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma” (art. 7); que el documento con firma digital no ha sido modificado desde el momento de aquélla, “(...) si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero (...)” (art.8), y que, cuando un documento digital es enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleva la firma digital del remitente, “el documento firmado proviene del remitente” (art. 10).

Efectuadas estas precisiones, resta indagar cuál es el valor probatorio de un instrumento que posee firma electrónica en los términos de la LFD. En este sentido, en la LFD nada se explicita, por lo que, efectuando un razonamiento a contrario, en tanto la firma electrónica no cumpla con los requisitos de la firma digital no trae aparejada presunción de autenticidad, autoría e integridad establecidas para ésta, independientemente que pueda constituir un elemento más de valoración a efectos probatorios.

Sin embargo -como se anticipó-, el enunciado normativo del art. 288 CCCN, que refiere a la firma digital de los instrumentos generados por medios electrónicos, es objeto de diferentes interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia: una, considera que el requisito de la firma queda satisfecho solo si se utiliza una firma digital en los términos de la LFD (restrictiva), y, otra, que podría denominarse extensiva, conforme la cual la referencia a “firma digital” efectuada en el enunciado normativo del art. 288 del CCCN es general, y no refiere a la firma digital de la LFD.

Desde la primera posición, a partir de una interpretación literal del art. 288 del CCCN, se sostiene que la norma que establecía la firma electrónica en los términos de la LFD (art. 5º) ha quedado virtualmente derogada, ya que el art. 288, en cuanto a los instrumentos generados por medios técnicos, subordina la existencia de firma sólo al uso de la firma digital en los términos del art. 2º de la LFD<sup>32</sup>.

Desde la segunda, el requerimiento de la firma queda satisfecho si se utilizan soportes o procedimientos confiables, quedando comprendidos en este dispositivo los documentos con firma electrónica. En este sentido, Molina Quiroga<sup>33</sup> afirma que la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen, puede concretarse por otros medios, no siendo necesario restringir la interpretación del enunciado normativo a la firma digital en los términos de la LFD<sup>34</sup>.

Luego, sin desconocer la seguridad jurídica que brindan los instrumentos que poseen una firma digital conforme a las pautas y con los alcances previstos en la LFD, y la necesidad de preservar tal seguridad, varios autores coinciden en que el art. 288 del CCCN debe ser interpretado extensivamente y, en consecuencia, comprender como instrumentos particulares firmados (instrumento privado) a aquellos documentos que, si bien no poseen firma digital en los términos de la LFD, cuentan con una firma electrónica segura.

Finalmente, aun adscribiendo a la posición restrictiva, es necesario considerar lo establecido en el art. 319 del CCCN, en relación al deber del juez de valorar la eficacia probatoria de los instrumentos particulares, en base a diferentes procedimientos allí establecidos, a saber: congruencia entre lo sucedido y narrado, precisión y claridad técnica del texto, usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen. Se trata de pautas no excluyentes, y algunas de ellas vinculadas directamente al mensaje de datos.

### 3.2. Praxis procesal: el mensaje de datos como elemento probatorio

En la praxis procesal el lograr que el mensaje de datos sea valorado por el juez eficazmente constituye un asunto de suma importancia, especialmente cuando del relevo de sentencias surgen numerosos casos en los cuales las partes no pueden acreditar los hechos que sustentan la pretensión invocada, dado que los elementos probatorios ofrecidos o producidos no resultan eficaces<sup>35</sup>. Esto lleva a indagar sobre aspectos como autenticidad<sup>36</sup>, integridad o inalterabilidad y autoría<sup>37</sup> del mensaje de datos, y dependiendo del elemento probatorio que se trate es necesario adicionar lo atinente a la emisión y recepción del mensaje.

En la faz probatoria el mensaje de datos, v. gr., correo electrónico<sup>38</sup>, para tener eficacia probatoria debe ser reconocido por la parte contraria, o bien autenticado por otros medios de prueba. En el caso de que un elemento probatorio no sea desconocido<sup>39</sup>, es decir, en el supuesto de que el oferente solicite en una audiencia el reconocimiento, y la contraria no comparezca, sin causa justificada, serán de aplicación los apercibimientos legales que establecen presunciones en favor del oferente, que en el caso del proceso laboral se encuentran estipuladas tanto en normas procesales como sustanciales (arts. 39 LPT y 55, 57, etc. LCT), siendo posible, de tal modo, alcanzar igual resultado que cuando el elemento es reconocido, salvo que en la causa exista otra información que desvirtúe o neutralice la presunción.

Luego, el mayor esfuerzo probatorio para la parte que ofrece, comienza cuando estos elementos son desconocidos por la contraria<sup>40</sup>, lo que hace necesaria su acreditación a través de otros medios de prueba<sup>41</sup>. De allí que, en el ofrecimiento de prueba, sea habitual encontrar, de modo concurrente o alternativo, postulaciones como: a) ofrecer impreso el mensaje de datos (correo electrónico, mensajes de texto) como prueba documental; b) brindar la información necesaria para acceder al mensaje de datos (usuario y contraseña de correo electrónico) y solicitar una audiencia a efectos de su reconocimiento por la contraria; c) ofrecer el mensaje de datos transcripto en acta notarial como prueba documental; d) cuando la información está en poder de la contraria, solicitar audiencia de exhibición; e) ofrecer, de modo principal o subsidiario, pericia informática, u f) ofrecer informativa a la empresa prestataria del servicio de internet o de telefonía.

Ahora bien, ¿cuál de estos medios probatorios se presenta como el más eficiente a fin de acreditar los hechos que sustentan la pretensión? Previamente a ensayar una respuesta para este interrogante, es necesario explicitar algunas normas que rigen la actividad probatoria en el sistema procesal laboral cordobés.

Así, la parte en contra de quien presenta un documento tiene la carga procesal de reconocer su autenticidad. En este sentido, en el art. 192 del CPCCC -relativo a la contestación de demandada- se establece que "(...) el demandado deberá (...) reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyan (...), bajo pena de tenerlos por reconocidos (...)", de allí que el silencio ante los documentos tiene como efecto su reconocimiento. Asimismo, en el art. 314 del CCCN -norma sustancial- se establece que cuando se presente un instrumento, la persona a quien se le atribuye su firma debe manifestar si le pertenece, todo ello sin efectuar distinciones en relación al soporte que la contiene.

Luego, si la parte niega la autenticidad debe indicar los documentos que resulten indubitables para el cotejo (art. 243 CPCCC)<sup>42</sup> o, bien, el oferente puede indicar documentos para el cotejo o pedir que el contrario forme cuerpo de escritura, en cuyo caso, si se negare a formarlo o no asistiere a la audiencia fijada a tales efectos, se tendrá al documento por auténtico (art. 249 CPCCC).

Sin embargo, en el ámbito laboral, una vez ingresados los documentos al proceso, en lugar de correr traslado conforme lo establece el procedimiento civil (art. 243 CPCCC), teniendo en cuenta las características de oralidad e intermediación que rigen este proceso, es habitual que el juez de conciliación fije una audiencia a efectos del reconocimiento, y, en el caso de producirse un desconocimiento de firma (de un instrumento privado), corresponde probar la autenticidad del documento conforme las modalidades establecidas por las normas del CPCCC -el cotejo y la comparación de la letra- (art. 249), lo que abre camino hacia la pericial caligráfica (art. 242 CPCCC).

En tal marco, resulta de interés preguntar cómo implementar estas normas al mensaje de datos, dado que estos dispositivos refieren a instrumentos privados (escritos y firmados) en soporte papel. Para ello, se toma como ejemplo uno de los elementos probatorios más empleados; el correo electrónico, siendo a su vez necesario -conforme las normas ya referenciadas- distinguir si se está ante un correo electrónico que posee firma digital o ante uno que carece de ella, es decir, un correo electrónico simple (CES).

Un documento con firma digital, en los términos de la LFD, no presenta mayores inconvenientes, ya que al poseer presunción legal sobre su autenticidad, autoría e integridad no resulta necesario solicitar el reconocimiento judicial de firma a quien hubiere firmado digitalmente el documento<sup>43</sup>.

"(...) Cuando se ofrecen como prueba e-mails (...), habrá que distinguir según haya sido enviado con firma digital o firma electrónica, a mérito de lo dispuesto por la ley 25.506 que les asigna a los documentos digitales confeccionados bajo el procedimiento de firma digital la presunción de autoría y autenticidad salvo prueba en

contrario. Así habrá que tener en cuenta que la utilización de la firma digital garantiza la identificación de una persona, y la presunción de autenticidad de un documento, por lo que no es necesario solicitar judicialmente el reconocimiento de la firma de quien hubiere firmado digitalmente el documento”<sup>44</sup>.

Sin embargo, si se trata de un documento con firma electrónica, como algunos autores consideran al CES, es decir, a aquél que es enviado sin tomar medidas de seguridad adicionales a las establecidas por el propio sistema de correo electrónico (nombre de usuario y contraseña), si bien no hay impedimento para que sea ofrecido como elemento probatorio, en el caso de ser desconocido por la contraria, quien lo invoca debe acreditar aquellos presupuestos que en el caso de un documento con firma digital se presumen.

“En cambio, si el correo ha sido remitido con firma electrónica, el tribunal deberá ponderarlo en función de las reglas de la sana crítica racional, teniendo en cuenta si aquél ha sido reconocido o no por la parte contra quien se lo pretende hacer valer; en su caso si se ha efectuado una pericia informática tendiente a demostrar su autenticidad e inalterabilidad determinándose la fecha de envío, remitente, destinatario, archivos adjuntos, etc.”<sup>45</sup>,

En esta instancia, los operadores jurídicos se encuentran con un problema, que, si bien es de interpretación normativa, posee consecuencias prácticas, dado que el alcance o extensión que se le atribuya a un enunciado normativo -en el caso el art. 288 del CCCN- incide en el valor probatorio del CES; si se lo entiende como un documento con firma electrónica habrá que probar autoría, autenticidad e integridad del mensaje.

Por otro lado, desde una interpretación extensiva del art. 288 CCCN, y más favorable a quien pretende probar, de acreditarse que se han utilizado soportes o procedimientos que aseguran indubitablemente la autoría e integridad del instrumento, puede ser considerado como un documento privado.

En síntesis, cuando un elemento probatorio es desconocido por la contraria o cuando lo que se ha ofrecido es un CES, el esfuerzo probatorio de la parte que lo propone debe ser mayor, ello con la desventaja que se trata de una tecnología masivamente utilizada con la convicción de su valor vinculante ante un eventual conflicto.

Retomando el interrogante planteado en relación a cuál medio probatorio puede considerarse más eficiente, y habiendo quedado el ámbito de análisis reducido a aquellos documentos que carecen de firma digital, en los términos de la LDF, indudablemente que presentar la impresión de un CES, sin mayores aditamentos, presenta como dificultad que, si es desconocido, no resulta acreditada la autenticidad, contenido ni autoría del mensaje.

Por otro lado, en cuanto a cómo incorporar o presentar la información contenida en medios técnicos, hay quienes sostienen que no es necesario, o, incluso, pertinente, traspasar ese material a formato papel siendo suficiente con ofrecer, de modo pormenorizado, información para acceder al elemento probatorio en cuestión (usuario y contraseña del correo electrónico, datos para ingresar a la aplicación donde están los mensajes, etc.), y solicitar una audiencia de exhibición, por la parte que la propuso, o de reconocimiento, por la contraria, manteniendo de ese modo la originalidad. Lo cual, además, es relevante en supuestos donde la parte oferente no cuenta con acceso a la información -que puede encontrarse a disposición de la contraparte-, en cuyo caso, y en los límites fijados por la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, es posible solicitar su exhibición.

Otra posibilidad es la presentación de un acta notarial, en la que un escribano tras imponerse del contenido del mensaje (v. gr., correo electrónico, mensaje) por medio de su lectura en pantalla, transcriba dicho texto. Lo cual si bien dará fe de la identidad entre lo observado y lo asentado en el acta, es decir, acredita la autenticidad del contenido, deja subsistente lo relativo a la autoría e integridad del mensaje<sup>46</sup>.

En este sentido, se ha considerado insuficiente la constatación notarial ofrecida por la parte demandada para demostrar publicaciones agraviantes en una red social, porque ante el desconocimiento formulado por la parte actora con relación a la autoría del contenido de los mensajes, debió ofrecer otro medio para demostrar la autoría<sup>47</sup>.

Por lo que en estos casos es recomendable, como complemento, requerir un informe técnico. Algunos autores<sup>48</sup> indican, incluso, que el acta notarial puede incluir un acta técnica del experto presente en el acto de constatación, lo cual es considerado de relevancia para otorgar calidad probatoria a la evidencia que se recolecta.

Así, la pericia informática luce como uno de los medios más adecuados conforme las características de los soportes o mecanismos que contienen los elementos probatorios que se pretenden presentar en juicio, en tanto brinda información contextual o adicional que no surge de modo visible, y es la que suele pasar desapercibida cuando se acompaña el contenido del mensaje de datos transcripto en un acta notarial o, más aun, en una impresión de pantalla, por lo que constituye una herramienta determinante a efectos de

corroborar la inalterabilidad del elemento probatorio<sup>49</sup>.

Sin embargo, para acreditar otros presupuestos, ha evidenciado algunas limitaciones. Así, respecto de su eficacia para acreditar la autoría de contenidos publicados en una red social -que al ser consideradas agravantes constituyeron la causa invocada para justificar un despido con causa-, teniendo en cuenta que el procedimiento para registrarse como usuario de Facebook no requiere la verificación de la identidad del usuario, se ha objetado que la pericia informática no resulta suficiente para acreditar la titularidad de una red social, ya que puede ocurrir que quien se registre haya suplantado la identidad o creado una identidad falsa, lo que es ajeno a este tipo de pericia que solo puede aportar datos técnicos, para, luego, poder requerir otro medio de prueba que llevará al titular<sup>50</sup>.

En relación a los correos electrónicos, mediante una pericia informática es posible establecer desde qué cuenta de correo y utilizando qué equipo (mediante la determinación del IP) se envió un mensaje determinado, sin embargo, y especialmente al formular los puntos de pericia, es necesario conocer el tipo de correo electrónico de que se trata, dado que ello incide en la ubicación de los datos que se buscan; así de tratarse de un correo corporativo la investigación podría resultar infructuosa si solamente se analizara la computadora de un usuario (quien se investiga) dejando de lado el servidor corporativo<sup>51</sup>.

En cuanto al envío o recepción, la prueba pericial informática permite determinar si el mensaje ha sido remitido desde una cuenta institucional de determinada empresa con lo cual el problema de la autoría queda resuelto si lo que se pretende probar es que la empresa envió la comunicación. Sin embargo, similar constatación puede no obtener idénticos resultados de tratarse de una cuenta de acceso público -*Hotmail* o *Gmail*- donde de su dominio poco se puede deducirse.

Asimismo, la prueba del envío de un correo electrónico, nada o poco puede informar sobre su recepción ya que los protocolos de comunicación que se utilizan regularmente para enviar correos electrónicos, no implementan sistemas de acuse de recibo confiables<sup>52</sup>, de allí que en el caso de haberse probado el envío podría ser necesario producir prueba adicional para acreditar la recepción por el destinatario.

Finalmente, la prueba informativa dirigida a la empresa prestataria del servicio para que informe los registros de tráfico electrónico del cliente (flujo de la cuenta) permite probar la autoría en un correo institucional (es posible probar que el mensaje partió de determinado IP) y el envío en una cuenta de acceso público, no obstante deja sin resolver el problema de la integridad o inalterabilidad del mensaje en el primero y la autoría e inalterabilidad en el segundo, lo cual deberá probarse por otros medios.

En síntesis, acreditar los presupuestos que hacen a la fiabilidad de la información contenida en un mensaje de datos, dependerá: por un lado, de comprender cómo funciona el servicio, plataforma o aplicación donde el elemento probatorio puede ser visibilizado o gestionado, ya que la estrategia probatoria será diferente según se trate de información que surge de un correo electrónico, mensaje de texto, red social, página web o nube; como de las circunstancias del caso concreto y de los principios procesales que rijan el proceso judicial en el cual se ha ofrecido el mensaje de datos.

En este sentido, lo que a través del interrogante planteado se pretende es advertir que los medios probatorios, de considerarse individualmente, pueden presentar falencias; como, por ejemplo, de la práctica surge una creencia en torno a que el acta notarial es suficiente para probar la autenticidad y contenido de información que surge de correos electrónicos o páginas web, o que la pericia informática es el medio idóneo para acreditar la autoría de la información contenida en una red social, por lo que ofrecer medios de prueba combinados surge como una opción adecuada y eficaz -aunque no del todo eficiente-, a la vez que encuentra sustento en el principio de libertad probatoria (art. 200 CPCCC).

#### 4. Conclusiones

El carácter transversal de las TIC -como se ha evidenciado desde distintas aéreas de conocimiento-, entre otros aspectos, brinda la posibilidad de abordar la problemática planteada desde diferentes perspectivas; en este trabajo se han buscado posibles respuestas dentro del sistema procesal laboral vigente en la provincia de Córdoba, lo que no implica que se entienda innecesaria la búsqueda de propuestas tendientes a su adecuación o modificación. Desde esta óptica, se ha trabajado acerca de los presupuestos legales que el mensaje de datos debe cumplimentar para una vez incorporado, en el marco de un proceso laboral, pueda ser valorado por el juez eficazmente.

A tales efectos, se ha profundizado sobre el alcance del derecho a la prueba, en este sentido, más allá del carácter autónomo (o no) que se le pueda atribuir a la posición jurídica de probar en el ordenamiento jurídico argentino, teniendo en cuenta el desarrollo de las garantías de defensa en juicio y debido proceso es posible afirmar que el derecho a probar se encuentra reconocido y comprende el aseguramiento de elementos de

prueba, la solicitud de medios de prueba, su admisión, práctica y valoración, lo cual ha sido reforzado por la interpretación brindada por la CIDH, encontrándose en el ámbito procesal reflejado en el principio de libertad probatoria y los medios de prueba receptados.

Esto visualizado desde el proceso laboral, atento las características de oficiosidad, gratuidad, búsqueda de la verdad real, además de otras disposiciones tendientes a garantizar la protección de la parte hipo suficiente de la relación de trabajo, arroja como resultado un orden particular con gran incidencia tanto en el procedimiento probatorio como al momento de valorar los elementos de prueba. Esto proporciona al Juez de Conciliación y al Tribunal de sentencia facultades para direccionar el proceso, encausar las medidas probatorias e, incluso, en el caso del Tribunal de sentencia, requerir medidas para mejor proveer, aspectos que -a diferencia de otros procesos-, contribuyen a que los magistrados puedan innovar, reencauzar y tomar medidas que les permitan dirigir el proceso en un contexto cambiante y sustancialmente diferente al valorado por el legislador al momento de la sanción de las normas que regulan el proceso.

Por otro lado, en cuanto al mensaje de datos, del análisis de la normativa vigente, y sus principales interpretaciones, se evidencia la consideración del impacto de las tecnologías en los sistemas jurídicos y, en consecuencia, la adecuación de diversas normas para contemplar los soportes técnicos y, a su vez, hacerlo de modo genérico para no quedar retenidos en el tiempo a tecnologías que cambian constantemente (v. gr. art. 287 CCCN).

Se evidencia, además, que la adecuación de la normativa interna responde a requerimientos y recomendaciones que surgen de organismos internacionales que se ocupan de estudiar y proponer cambios a efectos de receptar los requerimientos del tráfico electrónico mundial, como es el caso del principio de equivalencia funcional adoptado en la LFD -y mantenido en el CCCN-.

Sin embargo, estas modificaciones se evidencian principalmente en normas sustantivas no habiéndose producido modificaciones -hasta el momento- en los ordenamientos procesales, como es el caso del proceso laboral en la provincia de Córdoba. No obstante, en la praxis procesal, el principio de libertad probatoria permite buscar, a través de la prueba combinada, alternativas en post de acreditar los hechos que sustentan la pretensión que se invoca.

Esto sin desconocer, por un lado, las ventajas y desventajas de cada medio de prueba y, por otro, que la eficacia probatoria de la información que se disponga guarda relación con el tipo de documento en que se encuentre contenida: de allí que identificar si el mensaje de datos que se pretende utilizar contiene firma digital o, bien, firma electrónica es un asunto de suma relevancia en la estrategia probatoria.

Luego, tal vez, lo problemático de la incorporación al proceso y valoración eficaz de la información generada por medios técnicos no sea la falta de disposiciones de orden procesal que establezcan por ejemplo un medio de prueba específico, sino que el problema puede ubicarse en el recelo de los operadores jurídicos por apartarse de los esquemas probatorios tradicionales y el temor a lo desconocido, lo que se relaciona de algún modo con la falta de ofertas académicas al respecto.

De allí que el operador jurídico para armar la estrategia procesal -como también el juez al valorar el material probatorio- necesita, y cada vez más, poseer conocimientos básicos o, bien, asesoramiento técnico sobre prácticas y herramientas tanto informáticas como de la disciplina forense<sup>53</sup>, dado que aspectos como la obtención, traslado o conservación del mensaje de datos se encuentran directamente relacionados con los presupuestos legales que hacen a la fiabilidad de la información.

Sin embargo, esta deficiencia desde lo institucional en un Estado que tiene reconocido el derecho a probar y el deber de garantizar el servicio de justicia, resulta un problema significativo, y especialmente, si tiene lugar en el marco de un proceso laboral, atento su particularidad de impulso procesal de oficio y gratuidad, y donde el Estado se ha obligado a garantizar el acceso a la jurisdicción y la protección de la parte débil de la relación.

En este orden de ideas, es grave que se pierda o no se logre incorporar adecuadamente, por problemas técnicos, información que posea entidad para acreditar las pretensiones invocadas, por lo que se estima necesario debatir políticas de gestión judicial que consideren las particularidades del mensaje de datos y, en consecuencia, proporcionen a las oficinas los medios y auxiliares técnicos necesarios para receptar, conservar o almacenar el material probatorio manteniendo el soporte original de la información.



1

Es posible ampliar en RUIZ JARAMILLO, L. B., “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, *Revista Estudios de Derecho*, vol. 64, núm. 143, 2007.

---

2

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16/12/1966 (Resolución 2200 A (XXI)).

---

3

La CSJN como contenido del derecho de defensa en juicio ha indicado como de necesario cumplimiento ciertas formas sustanciales que comprenden la acusación, defensa, prueba y sentencia Casiraghi y Fernández. Véase SAGÜÉS, N. P., *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 863.

---

4

SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 868.

---

5

SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 857.

---

6

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos que receptan de modo explícito el derecho a probar, vgr. Colombia o España. Véase RUIZ JARAMILLO, L. B., *op. cit.* p. 188.

---

7

Lo cual guarda relación con la justificación de la premisa fáctica del silogismo judicial. Es posible profundizar en GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

---

8

Ley 7987. BO: 15/01/1991.

---

9

Juez de conciliación.

---

10

Cámara Única del Trabajo en la ciudad de Córdoba o Cámara del Trabajo en algunas circunscripciones del interior de la Provincia.

---

11

MIMESSI, V., “De la prueba”, en SECO, R. (director), *Ley Procesal del Trabajo de la Provincia de Córdoba 7987. Tomo I*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 410.



---

12

MIMESSI, V., *op. cit.*, p. 410.

---

13

Las disposiciones normativas que propenden a la efectividad de esta garantía son variadas y poseen distinto alcance, entre ellas normas que establecen la posibilidad de remitir de modo gratuito comunicaciones dirigidas al empleador o a la AFIP (ley 23.780, art. 11 ley 24.013), eximición del pago de tasa de justicia (art. 304 inc. 26° del Código Tributario Provincial), o el anticipo de gastos a efectos de garantizar la producción de medios probatorios (art. 29 LPT).

---

14

Atento la distribución de competencias entre el Estado nacional y las provincias en producción normativa -conforme la forma federal de gobierno adoptada por el sistema constitucional argentino- las normas sustanciales regulan los aspectos vinculados a cómo deben probarse los actos jurídicos y a la fuerza probatoria de los instrumentos, mientras que las normas procesales -propias de cada provincia- regulan los relativo a medios de prueba, su presentación en juicio como el control efectuado por las partes y por el juez.

---

15

Ley 8465. BO: 08/06/1995.

---

16

MIMESSI, V., *op. cit.*, p. 413.

---

17

Comunicación del preaviso (art. 243 LCT), el pago de las remuneraciones (art. 74 LCT), el otorgamiento de las vacaciones (art. 154 LCT), o el pago del sueldo anual complementario (art. 122 LCT).

---

18

Fundada originalmente en París, en 1865, como Unión Telegráfica Internacional, y desde 1947 se convirtió en un organismo especializado de la ONU. Véase JAIME MARTÍNEZ, H., "La prueba electrónica en el proceso laboral", *Revista Gaceta Laboral*, vol. 21, núm. 3, Universidad del Zulia, 2015, p. 280-281.

---

19

Aprobada en 1997 por la Asamblea General de la ONU.

---

20

Ley de protección de datos, N° 25.326 (Sancionada: 04/10/2000. Promulgada Parcialmente: 30/10/2000); Disposición 4/2009 para el ejercicio del derecho de retiro o bloqueo. Dirección Nacional de Protección de Datos Personales; Disposición 20/2015 sobre Condiciones de licitud para la recolección de datos personales a través de VANTs o drones. Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (B.O. 27/05/2015); Ley de Confidencialidad, N° 24.766 (Sancionada: 18/12/1996. Promulgada: 20/12/1996).

---

21

Ley sobre software de protección para las empresas ISP, N 25.690 (B.O. 3/01/2003); Reglamento para la Administración de Dominios de Internet en Argentina. Resolución Secretaria Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (27/2/2014).

---

22

La Convención de Budapest, para la luchar contra delitos informáticos. Ratificada por Argentina en noviembre de 2007.

---

23

Sobre el punto es posible consultar, entre otras obras, a GRANDE SANZ, M., “La prueba electrónica en el arbitraje comercial internacional; en particular, el convenio arbitral electrónico”, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático (Segunda Época)*, Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática, núm. 2, 2017.

---

24

Definición estipulada para la ley modelo sobre comercio electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la 85ª Sesión Plenaria, 16 de diciembre de 1996.

---

25

“Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente (...)”.

---

26

De los fundamentos de la Comisión redactora del CCCN surge que se buscó regular la expresión escrita incluyendo toda clase de soportes, aunque para su lectura se exijan medios técnicos, a fin de recibir el impacto de las nuevas tecnologías. Véase MOLINA QUIROGA, E., “Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas”, en GRANERO, H., *E-mails, chats, mensaje de texto, facebook y dvd. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, Albremática, Buenos Aires, 2015.

---

27

Artículo 978: La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta.

---

28

Número 25.506. B.O.: 14/12/2001.

---

29

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados son regulados por la autoridad de aplicación, que conforme el Decreto Reglamentario 2628/02 es la Subsecretaría de Tecnología de Gestión.

---

Cabe aclarar que inicialmente este reconocimiento presentaba ciertas limitaciones. Así en el art. 4 se previó como exclusiones: disposiciones por causa de muerte; actos jurídicos del derecho de familia; actos personalísimos en general, y actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes. Sin embargo, tal dispositivo ha sido derogado mediante el Decreto presidencial 27/2018 (11/01/2018).

“Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos: a) haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el artículo 16 de la presente, por un certificador licenciado”.

QUADRI, G., “Los mensajes de texto como prueba en el proceso civil”. Cita online: AP/DOC/381/2015.

MOLINA QUIROGA, E., *op. cit.*, p. 27.

Desde la doctrina se justifica esta posición en anteproyecto original del CCCN, donde el art. 288 refería a instrumentos generados por medios electrónicos y el requisito de la firma quedaba satisfecho con el uso de un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento. Véase LEGUIZAMÓN, H., “Las dificultades probatorias de los adelantos tecnológicos y el nuevo Código Civil y Comercial”, en GRANERO, H., *E-mails, chats, mensaje de texto, facebook y dvd. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*. Albremática, Buenos Aires, 2015, p. 90.

Resultó injustificado el despido dispuesto por la empresa empleadora con fundamento en que el trabajador habría utilizado para fines personales el correo electrónico e Internet proporcionados por ella, ya que no se acreditó la existencia de norma alguna sobre el uso que los empleados debían hacer respecto a dichas herramientas, ni perjuicio alguno hacia la empresa, como así tampoco que el dependiente redactase y enviase mensajes destinados a terceros ajenos a la empresa, máxime cuando las computadoras eran utilizadas por todos los empleados de la compañía, teniendo libre acceso a ellas. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X. López, Marcela Edith c. C.C.R. S.A. *Concord Consumer Communication Research Development SA*. 25/09/2008. *Derecho del Trabajo*: 2009 (febrero), 166; Debe rechazarse la causal de pérdida de confianza invocada por la empleadora para justificar el despido, pues, no ha logrado acreditar que el trabajador haya sido quien elaboró el correo electrónico que invocó como prueba de que aquel incurrió en incumplimientos de la política de compra de la empresa, ya que si bien los testigos señalaron que se envió un mail desde su PC, no hay prueba que haya sido él quien lo haya enviado ya que no lleva su firma digital. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II. Antoniazzi, Mauro Gabriel c. Minera Santa Cruz S.A. s/ despido. 29/08/2013. La Ley 24/12/2013,5; Si bien el trabajador reconoció haber enviado el correo electrónico que desembocó en el despido, si frente a la disolución contractual el actor desconoció e impugnó la causal, el “onus probandi” recaía sobre la demandada, quien no pudo acreditar el uso indebido del correo de la empresa al no haber guardado copia y dar de baja su casilla cuando lo desvinculó Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X. K.C.A. c. Banco Santander Río S.A. s/ despido, 30/08/2013. La Ley Online, AR/JUR/58349/2013; Es injustificado el despido dispuesto por la embajada demandada respecto de un trabajador que fue acusado de haber visualizado desde

su computadora, material pornográfico que involucraba a menores de edad, pues la prueba informática ofrecida no pudo realizarse en tanto aquella vedó toda posibilidad de acceso al material aludido al decidir su remisión al país de origen, siendo que se trataba del medio probatorio por excelencia para determinar el tipo de conducta denunciada. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX. I., A. J. c. *Embassy of the United States of America*, 31/10/2011. La Ley Online, AR/JUR/71400/2011.

---

36

“(…) resulta viable ofrecer correos electrónicos como prueba en el proceso judicial en función del principio de libertad de medios expresamente consagrado en la ley del rito local (art. 202 C.P.C.), cabe precisar que su valoración se encuentra sujeta en primer lugar a que pueda comprobarse su autenticidad.” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación de Córdoba. Pisanu Juan M. c. Carteluz SRL s/ ordinario. 22/05/2014. La Ley Córdoba, 2014 (julio), 678.

---

37

Resulta improcedente tener por demostrado los motivos invocados como fundamento del distracto dispuesto por la accionada, toda vez que no se encuentra verificado que hubiera sido el actor quien envió los correos electrónicos con contenido reñido con las buenas costumbres -en el caso, con material pornográfico- como tampoco que existiera algún tipo de advertencia por parte de la empresa antes de comenzar a operar el sistema informático, en el sentido de advertir que la utilización de tal herramienta estaba estrictamente reservada a cuestiones laborales. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I. Peiro, Ricardo F. c. Ceteco Argentina SA. 29/04/2005. Derecho del Trabajo, 2005 (noviembre), 1609; El despido dispuesto por el empleador a raíz de un correo electrónico supuestamente enviado por el actor en términos injuriantes, resulta arbitrario, rupturista y contrario a los principios de continuidad y subsistencia del contrato de trabajo, pues, no surge fehacientemente acreditado que el actor hubiera enviado dicho correo electrónico en tanto si bien salió de su casilla no era el único usuario que podía ingresar en su computadora ya que otros usuarios conocían su password. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I. B., N. M. c. Omnimex SA. s/ despido. 29/11/2013. *La Ley* 18/03/2014, 6; Deviene injustificado el despido de un trabajador que laboró en el área de tecnología de un correo, decidido por el empleador en virtud de la supuesta conducta injuriente en la que aquél habría incurrido al deshabilitar los registros de auditoría de un servidor, lo cual habría permitido el envío de un mail masivo con contenido agravante hacia directivos de la empresa, pues si bien del informe del perito analista en sistemas y de los testimonios aportados a la causa surge que dicho mail salió del servidor que estaba a cargo suyo y de otras personas, no pudo corroborarse que en forma personal lo hubiera enviado o que hubiera deshabilitado el log de auditoría. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII. Barboza, Antonio A c. Correo Oficial de la República Argentina SA. 28/10/2009, *DT 2010 (marzo)*, 554; “(…) el Directorio del Banco -frente a las incontrastables irregularidades que su propia investigación interna le detectaba e indicaba- en vez de profundizar su tarea llegando a las verdaderas causas y reales responsables laborales de tales incumplimientos, decidió extinguir el contrato a Bertello, dando por cierto la confección apócrifa de operaciones cambiarias con un único elemento (la identificación de usuario-operador del sistema) y desechando la propia declaración de Bertello como de los demás empleados de la sucursal”. Cámara del Trabajo de Villa María. Bertello Nicolás c/ Banco de la Provincia de Córdoba SA - Ordinario (Expte. 332250). Sentencia: 94. 31/03/2016. Esta resolución fue casada por la demandada, la Cámara concedió el recurso y los autos fueron elevados al Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

---

38

El correo electrónico es el elemento habitualmente empleado y, en términos generales, comparte iguales presupuestos legales que otros elementos que integran el género mensajes de datos, como los mensajes de texto que se intercambian mediante el empleo de celulares inteligentes, o los mensajes intercambiados mediante aplicaciones destinadas al tal efecto.

---

39

La accionada tampoco desconoció los mensajes de correo electrónico agregados por la accionante y cursados a la dirección institucional y en algunos casos respondidos, así como el dirigido a otra dirección institucional ante un pedido de cotización, los cuales revelan que eran usuales las tratativas precontractuales y post contractuales entre las partes por ese medio. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D. Bunker Diseños SA c. IBM Argentina SA. 02/03/2010. La Ley, 03/06/2010, 7.

---

40

El planteo del demandado, en una división de condominio, respecto a la falta de valoración de los correos electrónicos como medio de prueba debe rechazarse, pues, ante el desconocimiento categórico que realizó de ellos la actora, le cabía a su parte la carga de la prueba del hecho invocado y, en tal tarea, no tuvo éxito, en tanto los oficios librados a las empresas que prestan ese servicio resultaron negativos en el caso, informaron que no realizan respaldos o almacenamiento de la información contenida en las cuentas. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Pergamino. Gómez, Mercedes Luján c. Grangetto, Miguel Ángel s/ división de condominio. 08/04/2014. La Ley Buenos Aires, 2015 (marzo), 161; Las injurias graves endilgadas a la esposa deben rechazarse, pues las fotografías e impresiones de correos electrónicos y chat presentados por el esposo, que revelarían una relación extramatrimonial mantenida por aquella, fueron desconocidos en su autenticidad como en su contenido, y sobre ellas no se ofreció ni produjo prueba subsidiaria (del voto del Dr. Del Campo). Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. A., C. c. C. T., E. s/ divorcio contencioso. 21/03/2014 LLNOA 2014 (agosto), 709.

---

41

Puede considerarse auténtico el contenido del intercambio electrónico de datos entre quienes se vincularon mediante un contrato para la explotación de un complejo turístico, aun cuando el actor desconoció los correos, pues, los autores y sus principales destinatarios admitieron su veracidad, máxime si son coincidentes con lo que surge de los testimonios aportados. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F. Naka Hernán Facundo c. Valle de las Leñas S.A. s/ordinario. 05/02/2013, en DJ 31/07/2013, 61.

---

42

“(…) Negada la autenticidad, se deberá indicar, bajo el mismo apercibimiento, documentos públicos o privados reconocidos que lleven su firma, para el cotejo, o manifestar que no existen”.

---

43

DIAZ VILLASUSO, M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y Concordado*, Advocatus, Córdoba, 2013, p. 60.

---

44

Pisanu Juan M. c. Carteluz SRL. *Conf. ut supra*.

---

45

Pisanu Juan M. c. Carteluz SRL. *Conf. ut supra*.

---

46

MOLINA QUIROGA, E., *op. cit.*, p. 45.

---

Cámara de Apelación en lo Laboral de la Ciudad de Santa Fe, Sala Segunda. “Perticarari, Marcela Betiana y otro c/ La Red Informativa SRL y otros/ Cobro de pesos laborales”. 16/09/2016. Véase FERRER, F., “La prueba de la autoría de los contenidos publicados en redes sociales”, *Revista de derecho laboral actualidad*, Rubinzal Culzoni, núm. 1, 2017, p. 391.

MOLINA QUIROGA, E., *op. cit.*, p. 62.

“El perito informático informa que, luego de ingresar a la cuenta de mail, se constató que todos y cada uno de los emails aportados como prueba se encuentran en las bandejas de email de la cuenta del actor. Refiere que los mails están alojados en el servidor de Google no siendo posible modificar el texto, dado que los usuarios solo pueden ver dichos mails, y no tienen la posibilidad de editar o modificar los ubicados en dichas carpetas”. CNAT, Cadoroni Hernán Diego c/ Gómez Gabriel Alejandro y otros. 31/08/2012, en Ruiz Fernández;2017, p. 444; “(...) el perito [informático] incorporó informe aclaratorio (...). En lo relevante indicó que el destino de almacenamiento de Outlook Express u otro gestor de correos electrónicos puede ser cambiado y situado en otra parte, o aún más, pueden realizarse copias de los correos electrónicos, sin perder su integridad y ser ello presentado como documental.”. Cámara Única del Trabajo de Córdoba, Sala Segunda. “Spinosa Luis Carlos y otro C/ Fusiones SRL y otros - Ordinario - Despido” (Sentencia 207), 15/06/2018.

El perito puede informar que se empleó un dispositivo móvil, pero será la compañía de telecomunicaciones la que proveerá los datos del titular o su localización. También es posible efectuar un estudio de perfil del usuario, etc.

Para analizar el contenido de un correo electrónico es necesario tener presente dónde están almacenados los archivos de datos que contienen la información de las carpetas del correo electrónico, que, si bien usualmente son almacenadas en el disco rígido de la computadora, pueden estar almacenados en otra computadora o en el servidor de correo. Según la ubicación y almacenamiento, se han clasificado los servidores de correo electrónico en servidores generales, servidores corporativos y servidores web. Es posible ampliar este punto en MOLINA QUIROGA, E., *op. cit.*, p. 67 y ss.

BENDER, A., “Validez probatoria del correo electrónico. Jurisprudencia y normas del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en GRANERO, H., *E-mails, chats, mensaje de texto, Facebook y DVD. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, Albremática, Buenos Aires, 2015, p. 115.

Desde el análisis forense de la evidencia informática se plantean diferentes etapas en cuanto al modo de tratamiento del material probatorio: a) de adquisición, en la que se persigue obtener el material probatorio; b) de preservación, en la cual se apunta a la conservación del material; c) de obtención, en la cual se efectúa el análisis y obtención de la información, y d) presentación de resultados (informes). Es posible ampliar este punto en SUEIRO, C., *Vigilancia electrónica y otros modernos medios de prueba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.





## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

### **7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL PROCESO LABORAL ANTE UN FUTURO DIGITAL**

#### **6. O FUTURO DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR RESCISÓRIO VIGENTE NO DIREITO PORTUGUÊS, EQUACIONADO NO CONTEXTO DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL: FIM OU REFUNDAMENTO**

## **6. O futuro do procedimento disciplinar rescisório vigente no direito português, equacionado no contexto da Quarta Revolução Industrial: fim ou refundamento**

---

### **The future of the current disciplinary procedure in portuguese law, seen in the context of the Fourth Industrial Revolution: end or refundation**

**(Autor)**

**BRUNO TOMAZ BERNARDES**

*Advogado/lawyer btb@bga.pt*

#### **Sumário:**

[1 A Quarta Revolução Industrial](#)

[2.O poder disciplinar laboral](#)

[3.A justa causa de despedimento](#)

[4.O procedimento disciplinar rescisório](#)

[5.Fim ou refundamento do procedimento disciplinar?](#)

[6.Conclusões](#)

**Área do Direito:** Trabalho

#### **Resumo:**

Na ordem jurídica Portuguesa, o despedimento individual de um trabalhador por justa causa deve ser obrigatoriamente precedido de procedimento disciplinar, sob pena de o mesmo ser declarado ilícito. O procedimento disciplinar rescisório, consubstancia-se num verdadeiro processo informal, gerido e tramitado no seio da empresa. Tem um carácter eminentemente

formalista e fases absolutamente obrigatórias, sendo que a duração do mesmo é geralmente elevada, dependendo do exercício mais ou menos cabal do contraditório por parte do trabalhador, o que acarreta custos para o empregador e desgaste para o trabalhador. No caso de impugnação judicial do despedimento, o procedimento disciplinar é reavaliado em tribunal, bem como é efetuada uma repetição da prova aí produzida. O que se pode traduzir, grosso modo, no arrastar de meses ou anos de uma situação com relevância disciplinar rescisória. Ora, isto não se compadece com a velocidade e celeridade promovidas pela revolução tecnológica em curso à escala global e às quais o direito laboral não pode ficar indiferente. Propomo-nos, por isso, efetuar uma reflexão da acerca da natureza e estrutura do procedimento disciplinar rescisório Português, comparando-o com outras ordens jurídicas e efetuar um juízo acerca da necessidade da sua manutenção ou reformulação, à luz da especificidade da denominada 4ª Revolução Industrial.

## **Abstract:**

In the Portuguese legal order, the justified dismissal of an individual worker for must be preceded by a disciplinary procedure, under penalty of being declared unlawful. The disciplinary procedure, is a true informal process, managed and processed within the company. It has an eminently formalistic character and obligatory phases, the duration of which is generally high, depending on the worker's more or less complete exercise of the defense, which entails costs for the employer and wear and tear on the worker. In the case of a judicial process, the disciplinary proceedings are re-evaluated in court, and a repetition of the evidence produced is carried out. What can be translated, roughly, in the drag of months or years of a situation with releasing disciplinary relevance. This does not fit with the speed of the technological revolution under way on a global scale and to which labor law cannot remain indifferent. We propose, therefore, a reflection on the nature and structure of the Portuguese disciplinary procedure towards dismissal, comparing it with other legal orders and to make a judgment about the necessity of its maintenance or reformulation, in light of the specificity of the so-called 4th Revolution Industrial.

**Palavras-Chave:** Procedimento, disciplinar, despedimento, tecnológica, revolução

**Keywords:** Procedure, disciplinary, dismissal, technological, revolution

“Inovação distingue um líder de um seguidor”, Steve Jobs

## **1. A Quarta Revolução Industrial**

Nos dias de hoje está muito em voga a expressão “*Quarta Revolução Industrial*”. Mas o que significa concretamente? O que nos trouxe de novo? E mais importante, em que medida vai alterar a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos nos diferentes contextos que compõem a nossa vida quotidiana?

Ora, para compreendermos este conceito, temos que fazer um exercício retrospectivo e, *prima facie*, realizarmos em que é que consistiram as 3 revoluções anteriores. Assim, *grosso modo*, a Primeira Revolução Industrial mecanizou a produção, utilizando para o efeito a força da água e do vapor. Já a Segunda Revolução Industrial criou a produção em massa mediante a utilização e potencialização da energia elétrica; a Terceira automatizou a produção recorrendo à eletrónica e à tecnologia de informação. E, finalmente, eis que está em marcha uma Quarta Revolução Industrial. De com Klaus Schwab<sup>1</sup>, autor de “*A Quarta Revolução Industrial*”, fundador do World Economic Forum, criador da famosa cimeira de Davos, “a 4ª Revolução Industrial consiste na revolução da digitalização massiva, da Internet of Things, da aprendizagem automática (machine learning) e da robotização, mas também da nanotecnologia e dos novos materiais, e da biotecnologia. Por outras palavras, tecnologias

que fundem os mundos físico, digital e biológico”. Esta revolução digital de fusão de tecnologias acelera o tempo em que vivemos, imediatiza as interações pessoais e profissionais. Dá-nos TEMPO...e tempo, mais do que dinheiro, é VIDA... Esta interconexão global em que vivemos nos dias de hoje, propiciada pela irradiação da internet, faz com que tudo aquilo que o ser humano necessita, esteja à distância de um clique, de um deslizar de ecrã, em suma, de segundos.

Ora, no mundo laboral e dos negócios a esta Quarta Revolução já galopa de forma fulgurante e disruptiva. O acesso ao conhecimento e à informação democratizou-se mediante o recurso a plataformas digitais globais de pesquisa e os desafios que se colocam são colossais, tendo que haver necessariamente uma adaptação e mutação constantes. O importante será a inovação, qualidade, a rapidez e eficácia. Em 2016, a consultora McKinsey<sup>2</sup> estimou que 45% dos empregos disponíveis poderiam ser automatizados, especialmente aqueles que não são geradores de novas ideias, produtos e serviços, ou que não exigem comunicação complexa e profundidade de pensamento.

Verifica-se assim que esta Quarta Revolução Industrial vai alterar o paradigma laboral, tanto ao nível de oferta de empregos como ao nível do próprio desenvolvimento da relação laboral.

As palavras de ordem serão celeridade e flexibilidade. Ao nível dos horários, das funções, da retribuição e também da cessação dos próprios contratos de trabalho. A proliferação de novas tecnologias fará com que a presença no local de trabalho e a existência inclusivamente de um horário se torne obsoleta. Um trabalhador, recorrendo às plataformas digitais, pode efetuar o seu trabalho em qualquer lado, a qualquer hora mesmo as reuniões presenciais serão gradualmente substituídas pela vídeo-conferência ou vídeo chamada. Para o empregador a oferta de emprego será global e muito do trabalho será feito por robôs e computadores, os quais irão competir cada vez mais com as pessoas.

Neste contexto, trabalhadores e empresas, para poderem ser apelativos mutuamente neste mercado de trabalho global, terão que desenvolver novas valências. E assim acontece com a ordem jurídica, que é, nada mais, nada menos, que produto da sociedade em que se integra, reflexo do tempo ou era em que vive. A legislação laboral terá que necessariamente acompanhar os ventos de mudança que já sopram furiosamente e fustigam as relações laborais. E deste ponto de vista, terão que ser paulatinamente reformados alguns dogmas e paradigmas, que à luz deste admirável mundo novo se tornarão obsoletos. Entre os paradigmas que poderíamos analisar, atenderemos apenas num, que nos parece premente de ser reformado e que diz respeito à rutura da relação laboral por via disciplinar.

Em face desta nova era de revolução tecnológica que nos dá TEMPO e em que a velocidade e celeridade à escala global são doutrina, fará sentido manter na ordem jurídica portuguesa a estrutura do atual procedimento disciplinar rescisório? É o desafio que nos propomos equacionar ao longo das linhas subsequentes.

## **2.O poder disciplinar laboral**

Para encarmos esta questão, teremos que nos socorrer previamente de um conjunto de conceitos. Entre o primeiro desses conceitos surge um que tem especial acolhimento na nossa ordem jurídica e que é o conceito de poder disciplinar.

O poder disciplinar é um dos poderes do empregador e enquadra-se no seu poder de direção e disciplina<sup>3</sup>, que lhe é conferido ao empregador com a finalidade de assegurar a organização do trabalho, a promoção pessoal e profissional dos trabalhadores, bem como o incremento da produtividade com vista ao êxito organizacional. Dispõe o art. 98.º do Código do Trabalho (doravante designado como CT), que o empregador pode no seu exercício, aplicar as sanções

elencadas no art. 328.º/1 do mesmo diploma, sendo a mais grave dessas sanções o despedimento com justa causa. Nos termos do n.º 4 do seu art. 329.º do CT “o poder disciplinar pode ser exercido directamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele”. Haverá assim que distinguir a titularidade do poder disciplinar, um genuíno poder punitivo privado, nas palavras de J. Leal Amado<sup>4</sup>, do seu efetivo exercício.

Trata-se de um direito potestativo ambivalente (*ordenatório ou prescritivo e sancionatório*<sup>5</sup>), com carácter gravoso nesta sua mais característica manifestação de *poder* punitivo, importa reconhecer que o seu exercício – conferindo embora ao seu titular uma certa margem de natural elasticidade/discrecionabilidade – acarreta simultaneamente uma acrescida responsabilidade ante os limites gerais decorrentes da boa fé e do abuso do direito. É por isso que a titularidade do seu exercício está legalmente conferida ao empregador. Pode ser exercido também por superior hierárquico do trabalhador, por delegação de poderes, sempre tal exercício há-de respeitar os termos estabelecidos pelo empregador. E ainda que num cenário mais alargado que possam funcionar mais dilatados poderes de delegação/representação, nada obsta a que o empregador outorgue poderes a outrem para o exercício do poder disciplinar, como também sustenta Romano Martinez<sup>6</sup>, sempre estes poderes estarão sujeitos, no seu exercício, como convimos, à conformação do legítimo titular desse direito/poder: ‘nos termos estabelecidos por aquele’, o empregador, lembrando de novo o n.º 4 do art. 329.º do CT.

Ora, onde o poder disciplinar encontra a sua emanção máxima, é no procedimento disciplinar. Sendo que o caso que nos interessa é o procedimento disciplinar com vista ao despedimento de um trabalhador. E a relevância do mesmo é extrema: assume um carácter obrigatório, ou seja, só se pode despedir um trabalhador com justa causa, mediante recurso ao procedimento disciplinar. Ou seja, para aplicar validamente a um seu trabalhador esta sanção, prevista no artigo 328.º n.º 1 al. f) do CT, o empregador tem de lançar mão de um procedimento disciplinar. E assim, entramos no segundo conceito essencial da questão sob reflexão, que é o conceito de justa causa de despedimento, que afluiremos no capítulo seguinte.

### 3.A justa causa de despedimento

Prescreve o art. 338º do CT que “é proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”, estatuinto o nº 1 do art. 351º do mesmo diploma que “Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Já no nº 2 da mesma disposição legal, a título exemplificativo, o legislador concretizou alguns dos comportamentos do trabalhador que poderão constituir justa causa de despedimento.

Segundo tem sido doutrina e jurisprudência pacíficas, a existência de justa causa de despedimento nos termos do citado preceito, exige a verificação cumulativa dos seguintes requisitos: 1) um, de natureza subjectiva, traduzido num comportamento culposo do trabalhador; 2) outro, de natureza objectiva, que se traduz na impossibilidade de subsistência da relação de trabalho; 3) e, ainda, a existência de nexo de causalidade entre aquele comportamento e esta impossibilidade de subsistência da relação laboral. Assim, para que se esteja perante justa causa de despedimento tornase necessário que haja um comportamento culposo do trabalhador e que a sua gravidade seja de tal ordem que torne impossível a subsistência da relação de trabalho.

A justa causa do despedimento pressupõe uma acção ou uma omissão imputável ao trabalhador a título de culpa, e violadora dos seus deveres laborais, previstos no Art.º 121º do

CT, emergentes do vínculo contratual e cuja observância é requerida pelo cumprimento da actividade a que se obrigou, pela disciplina da organização em que essa actividade se insere, ou, ainda, pela boa-fé que tem de registar-se no cumprimento do contrato. No entanto, não basta a verificação do referido comportamento culposo do trabalhador. Sendo o despedimento a mais grave das sanções, para que o comportamento do trabalhador integre a justa causa é ainda necessário que seja grave em si mesmo e nas suas consequências, de modo a tornar impossível a subsistência da relação laboral<sup>7</sup>.

E a gravidade do comportamento do trabalhador não pode aferirse em função do critério subjectivo do empregador, devendo atenderse a critérios de razoabilidade, considerando a natureza da relação laboral, o grau de lesão dos interesses da entidade empregadora, o carácter das relações entre as partes e demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes - nº 3 do art. 351º do CT.

Tanto a gravidade como a culpa são apreciadas em termos objectivos e concretos, de acordo com o entendimento de um empregador médio, em face do caso concreto, e segundo critérios de objectividade e razoabilidade (cfr. art. 487º/2 do Código Civil), sendo certo que o comportamento culposo do trabalhador apenas constitui justa causa de despedimento quando determine a impossibilidade prática da subsistência da relação laboral.

Existirá impossibilidade prática de subsistência da relação laboral sempre que, nas circunstâncias concretas, a permanência do contrato e das relações pessoais e patrimoniais que ele importa, sejam de forma a ferir, de modo exagerado e violento, a sensibilidade e a liberdade psicológica de uma pessoa normal, colocada na posição do empregador, ou seja, sempre que a continuidade do vínculo represente uma insuportável e injusta imposição ao empregador<sup>8</sup>.

Deve ser tido em conta o princípio da proporcionalidade, previsto no Art.º 330 n.º 1 do CT, que é comum a todo e qualquer direito punitivo que determina que a sanção disciplinar deve ser sempre proporcionada à gravidade da infracção e à culpabilidade do infractor. Assim, encontrando-se preenchidos os pressupostos previamente referidos que consubstanciam a justa causa de despedimento, a mesma não opera por si só na cessação de um contrato de trabalho por esta via. Sendo uma das sanções disciplinares, pressupõe a efectivação da mesma mediante emanção do poder disciplinar do empregador. E essa emanção objetiva-se, obrigatoriamente, sob a forma de um procedimento disciplinar.

#### **4.O procedimento disciplinar rescisório**

Ora, como já veiculado, o despedimento com justa causa constitui uma das modalidades da cessação do contrato de trabalho. E, como já supra exposto, para aplicar validamente a um seu trabalhador esta sanção, prevista no artigo 328.º n.º 1 al. f) do CT, o empregador tem de lançar mão de um procedimento disciplinar. Quer isto dizer, que qualquer despedimento tem que ser necessariamente precedido de procedimento disciplinar, subordinado a princípios inderrogáveis e a um formalismo estrito.

Entre os principais princípios encontra-se o princípio constitucional de protecção da segurança no emprego, o princípio do contraditório, que deve ser observado ao longo do procedimento e que implica que o trabalhador tenha o direito de manifestar a sua posição e contradizer os factos que lhe são imputados. Bem como o princípio de proporcionalidade, que proíbe a aplicação de sanções arbitrárias, devendo haver uma justa adequação entre a gravidade das mesmas e sanção aplicar. Reitera-se que o despedimento com justa causa constitui a sanção mais grave legalmente prevista e apenas poderá ser aplicada em caso de comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Em caso de despedimento com justa causa, o procedimento disciplinar a observar é complexo, estando sujeito a prazos curtos e ao cumprimento das diversas fases. Trata-se de um verdadeiro processo interno, como se fosse um processo judicial dentro da empresa. Deve iniciar-se no prazo de 60 dias subsequentes àquele em que o empregador, ou o superior hierárquico com competência disciplinar, teve conhecimento da infração (art. 329.º/2 CT), sendo que esta se conta a partir do conhecimento da mesma.

*Grosso modo*, podemos dizer que o procedimento disciplinar com vista ao despedimento com justa causa, se consubstancia em 5 fases principais, sendo que destas apenas 3 são obrigatórias. A primeira fase é o inquérito prévio previsto no Art.º 352º do CT, que se consubstancia no conjunto de atos necessários para o apuramento de factos com eventual relevo disciplinar, ou seja, as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que os mesmos ocorreram, com vista à fundamentação da nota de culpa. Trata-se de uma fase facultativa. Se a empregadora já tem na sua posse todos os elementos necessários à elaboração da nota de culpa, esta fase é dispensável. Com o inquérito prévio, os prazos de caducidade de 60 dias e prescrição de 1 ano, são interrompidos e o empregador passa a dispor de um prazo de 30 dias entre a suspeita de factos irregulares e início do inquérito para o exercício da ação disciplinar; bem como de um prazo de 30 dias após a conclusão do inquérito para a notificação da nota de culpa ao trabalhador. Sem inquérito prévio, o empregador dispõe de 60 dias após o conhecimento dos factos para comunicar a nota de culpa ao trabalhador.

A segunda fase do procedimento disciplinar é a nota de culpa, que é nada mais nada menos que a peça rainha do procedimento disciplinar, ou seja, é ela que vai balizar os factos ou a motivação conducente ao despedimento. Isto porque na decisão final, o empregador não pode alegar factos que não constem da nota de culpa, ou da defesa escrita do trabalhador, salvo se atenuarem a sua responsabilidade (357.º n.º 4 do CT). A nota de culpa deve conter a descrição circunstanciada dos factos, de molde a que o trabalhador compreenda aquilo que lhe é imputado, e, por conseguinte, não fique diminuído nas suas garantias de defesa.

A terceira fase é a da resposta à nota de culpa prevista no Artº 355º do CT. Depois de receber a nota de culpa, o trabalhador tem 10 dias úteis para responder à mesma, período no qual tem o direito a que lhe seja facultado para consulta o procedimento disciplinar (sob pena de ilicitude do despedimento). Pode juntar documentos e requerer que sejam efectuadas diligências probatórias, que têm que ser obrigatoriamente realizadas pelo empregador nos termos do Art.º 356º do CT (ou então fundamentar o seu indeferimento de forma satisfatória).

Seguidamente, inicia-se a quarta fase, denominada de instrução do procedimento disciplinar, previstas no Artº 356º do CT, que consiste na realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador ou aquelas que entenda realizar por sua iniciativa (sendo que neste ultimo caso será uma fase facultativa). Entre essas diligências probatórias contam-se a inquirição de testemunhas, junção de documentos e outras que se mostrem pertinentes para o esclarecimento da verdade (por exemplo, exames periciais, acareações etc.). Neste âmbito, cabe ao trabalhador assegurar a comparência das testemunhas, bem como as condições necessárias para a efetivação das restantes diligências requeridas e as declarações das testemunhas devem ser reduzidas a escrito.<sup>9</sup>

Por último, chegamos à quinta fase, da decisão que deve ser tomada 30 dias depois da conclusão das diligências probatórias. Na decisão deverão ser ponderadas as circunstâncias do caso, a adequação do despedimento à culpabilidade do trabalhador e não podem ser invocados factos não constantes da nota de culpa ou da resposta ao trabalhador, salvo se atenuarem a responsabilidade deste.

Uma vez chegada ao conhecimento do trabalhador a referida decisão de despedimento com justa causa, o contrato de trabalho considera-se cessado. Aqui chegados, caso o trabalhador discorde da decisão de despedimento (o que geralmente acontece), terá que



obrigatoriamente interpor uma ação de impugnação de despedimento no prazo de 60 dias. E, a partir daí, desenrola-se um processo judicial, que pode conduzir ou não à validação da licitude do despedimento. E a particularidade do nosso regime processual laboral, é que o tribunal vai analisar não apenas a existência de justa causa de despedimento, mas também a regularidade formal do procedimento disciplinar.

Caso o despedimento seja lícito, o contrato considera-se definitivamente cessado. Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador, de acordo com o disposto no artigo 389.º n.º 1 al. a) do CT é condenado a indemnizar o trabalhador pelos danos patrimoniais (vencimentos intercalares previstos no artº 390º n.º 1 do CT) e não patrimoniais por este sofridos. A ilicitude do despedimento determina, ainda, a reintegrar o trabalhador nos termos do disposto na alínea b) do mesmo preceito ou a pagar uma indemnização que deve situar-se entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, contada até ao trânsito em julgado da decisão judicial e nunca inferior a três meses de retribuição e diuturnidades (artigo 391. n.ºs 1 a 3 do CT), A antiguidade é, de acordo com o disposto no n.º 2, contada desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial, sendo que qualquer dia para além do ano completo contará como ano adicional.

## 5.Fim ou refundamento do procedimento disciplinar?

À luz desta nova era em que vivemos fará sentido manter este procedimento interno da empresa? Como já aludimos abundantemente, o procedimento disciplinar rescisório é um quase processo, gerido e tramitado no seio da empregadora. Todo este procedimento, nos moldes em que existe, leva tempo e consome meios da empresa empregadora. Um procedimento disciplinar com vista ao despedimento tem um tempo de duração mínimo de cerca de 2 meses, sendo que em casos de complexidade elevada, com requerimentos probatórios extensos, essa mesma duração pode facilmente disparar para 4, 6 ou mais meses. Nesse período temporal, ou o trabalhador está suspenso da sua prestação laboral, com retribuição, ou então vigora uma paz podre na empresa, que mantém ao seu serviço um elemento indesejado. Em suma, trata-se de um período de tempo demasiado elevado e que pode ter consequências nefastas para a empresa, para a paz laboral e consequente produtividade.

No caso de impugnação judicial do despedimento, este período temporal é ainda mais elevado, já que uma ação judicial de impugnação de despedimento, não obstante ter carácter urgente, poderá demorar entre seis meses a um ano em primeira instância, sendo que, dependendo dos graus de recurso possíveis, pode demorar outro tanto nos Tribunais superiores. O que se pode traduzir, *grosso modo*, no arrastar de meses ou anos de uma situação com relevância disciplinar rescisória.

Ora, isto não se compadece com a velocidade e celeridade promovidas pela revolução tecnológica em curso à escala global e às quais o direito laboral não pode ficar indiferente. Acresce que, como já vimos, no caso de impugnação judicial do despedimento, o tribunal vai analisar, não apenas a existência de justa causa de despedimento, mas também a regularidade formal do procedimento disciplinar.

E o problema é que há todo um manancial de potenciais vícios do procedimento disciplinar que podem inquinar um despedimento materialmente válido. Recorde-se que entre os fundamentos da ilicitude e irregularidade do despedimento se encontram os vícios do procedimento disciplinar, nomeadamente os exemplificados no Art.º 381º e 382º do CT: 1) Se tiverem decorrido os prazos estabelecidos nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 329.º do CT ou seja, se se verificar o decurso do prazo de prescrição de um ano para exercer o poder disciplinar, ou o prazo de caducidade de 60 dias para iniciar o procedimento disciplinar; 2) Caducidade do



direito de aplicar a sanção (artigos 329.º n.ºs 1, 2 e 3, 357.º n.º 1 e 382.º n.º 1 do CT); 3) Falta de declaração da intenção de despedimento e da Nota de Culpa ou sua deficiente formulação (353.º n.º 1 e 382.º n.º alíneas a) e b) do CT); 4) Caso não exista nota de culpa ou esta não contiver a descrição circunstanciada dos factos imputados ao trabalhador ou a decisão de despedimento invoque factos não constantes da Nota de Culpa; 5) Desrespeito do direito do trabalhador consultar o processo e responder à Nota de Culpa (355.º e 382.º n.º 2 alínea c do CT); 6) Ausência de solicitação do parecer à CITE nos casos em que é obrigatória, ou decisão contra este parecer (63.º e 381.º alínea d do CT); 7) Falta da decisão final de despedimento ou sua deficiente formulação (357.º n.ºs 4 e 5 e 382.º n.º 2 alínea d do CT); 8) Omissão das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador (389.º n.º 2 do CT); 9) Falta de comunicação da intenção de despedimento e da nota de culpa às estruturas representativas dos trabalhadores (353.º n.ºs 2 e 4 do CT); 10) Falta de apresentação de cópia do processo às estruturas representativas dos trabalhadores para efeitos de emissão do respetivo parecer (356.º n.º 5 e 7 do CT).

Em todas as situações *supra* descritas, mesmo existindo justa causa de despedimento em termos materiais, verificando-se uma irregularidade formal das *supra* elencadas, acarretará a ilicitude do despedimento. Assim, fará sentido manter-se nestes moldes um procedimento que leva tanto tempo e incorpora em si uma carga formal que se constitui numa autêntica “*Espada de Dâmocles*” no pescoço do empregador? Como vimos, o procedimento disciplinar dura no mínimo 2/3 meses, consome meios e afeta a produtividade do empregador.

Não obstante a bondade dos princípios que conformam o procedimento disciplinar (segurança no emprego, proibição dos despedimentos arbitrários, proporcionalidade e contraditório), a verdade é que há fases que são absolutamente inócuas e a sua verdadeira utilidade prática é mais do que duvidosa. Se não vejamos. A resposta à nota de culpa é facultativa, não tem efeito cominatório. Ou seja, o trabalhador, que dispõe de um prazo de 10 dias úteis para exercer o contraditório, pode optar por não o fazer, sem que tal tenha qualquer consequência ou penalização. Dito de outra forma, o seu silêncio não equivale à admissão dos factos que lhe são imputados.

Apesar da existência de diligências de prova obrigatórias (vulgo, as pertinentes que sejam requeridas pelo trabalhador), a realidade é que, de acordo com a maior parte da jurisprudência, o empregador não está obrigado a fazer uma análise crítica das provas produzidas e a especificação dos meios de prova que foram determinantes para a sua convicção em sede de decisão.

Acresce ainda, que, em rigor, o procedimento disciplinar nada prova em termos materiais e a relevância do mesmo em sede de impugnação do despedimento é geralmente em desfavor do empregador, na medida em apenas se avaliam eventualmente os vícios do mesmo. Ou seja, o empregador não é obrigado a demonstrar em sede de procedimento disciplinar a efetiva ocorrência dos factos imputados ao trabalhador; a prova realizada no procedimento disciplinar não inverte o ónus da prova em caso de impugnação de despedimento, não liberta o empregador da obrigação de demonstrar em tribunal os factos que justificaram o despedimento. Isto é, mesmo que tenha produzido prova no procedimento disciplinar, o empregador terá que a repetir em sede judicial, se a sanção disciplinar for impugnada.

*Contrario sensu*, se não fez prova suficiente no procedimento disciplinar, também não é relevante, desde que a prova produzida em tribunal seja suficiente para o efeito, sendo que, aí, não está vinculado aos meios de prova que usou no processo disciplinar.

Aqui chegados, talvez tenha chegado a hora de reconhecer que a bondade dos princípios que estiveram na génese da obrigatoriedade do procedimento disciplinar, é facilmente subvertida pela prática e na verdade encontra-se anacrónica para ambos os interessados: para o trabalhador que não tem ónus de resposta e cujo contraditório e provas produzidas podem

ser simplesmente ignorados; para o empregador, que está sujeito à levada duração do procedimento disciplinar, aos inúmeros vícios formais do mesmo e ao facto de a prova produzida em sede disciplinar ser absolutamente desvalorizada em sede judicial. Atente-se no caso clássico, de despedimento fundamentado nas declarações em sede disciplinar de uma única testemunha, que depois não comparece no julgamento, muda de versão ou tem “*lapsos de memória*”. Nestes casos, os tribunais valoram única e exclusivamente a prova produzida em julgamento e não a produzida em sede disciplinar.

A Quarta Revolução Industrial é velocidade, inovação, conectividade, tecnologia de fusão, prevalência do conteúdo sobre a forma. Dá-nos tempo. Para trabalharmos, produzirmos, vivermos. Tempo... Precisamente, a antítese do atual procedimento disciplinar rescisório em vigor no direito laboral Português.

## 6. Conclusões

Terá que haver necessariamente uma reformulação do procedimento disciplinar, que o torne mais célere, apelativo e contemporâneo desta nova era. Visto do prisma atual, o procedimento disciplinar encontra-se obsoleto e necessita claramente de se adaptar aos ventos de mudança. Não faz sentido que haja diligências de prova obrigatórias, quando depois a prova produzida possa ser absolutamente desvalorizada pelo empregador ou pelo Tribunal. Aliás, constata-se que nem sequer a resposta à nota de culpa é obrigatória, nem tem qualquer efeito cominatório.

Por outro lado, a própria jurisprudência terá que ter um papel consentâneo com a nova era em que se vive. Por exemplo, carece de sentido a orientação jurisprudencial maioritária de que as declarações das testemunhas recolhidas em sede disciplinar tenham que ser reduzidas a escrito quando já nem em tribunal, nas audiências de julgamento isso acontece. Poderiam ser gravadas, através do Skype, WhatsApp ou outras aplicações equivalentes. Pelo que urge haver também uma inversão jurisprudencial nesta matéria.

Talvez não fosse descabida a aproximação a outras ordens jurídicas, que abordam esta questão de uma perspetiva diversa. Por exemplo, em Espanha não existe um procedimento disciplinar *stictu sensu*, como o português. O despedimento por motivos disciplinares efetiva-se mediante uma comunicação de uma carta de motivação, onde são descritos os motivos em que se funda o despedimento, bem como a data quem que o mesmo se efetiva. Depois o trabalhador tem 20 dias para contestar judicialmente o despedimento, sendo os seus direitos acautelados pela via judicial.

Já em França, o procedimento disciplinar também é bem mais ligeiro do que o previsto na legislação portuguesa, prevendo-se apenas que empregador deverá, antes de tomar a decisão de despedimento, convocar o trabalhador para uma reunião preliminar, na qual indica os motivos da decisão prevista e recolhe as explicações do trabalhador, sendo que aquando da sua audição o trabalhador pode fazer-se assistir por uma pessoa da sua escolha que pertença ao pessoal da empresa. Já a decisão do despedimento deve ser comunicada ao trabalhador por carta registada com aviso de receção, dela devendo constar a fundamentação dos motivos do despedimento, a qual não poderá ser enviada com um prazo inferior a dois dias sobre a reunião preliminar. Ou seja, em França, também não se prevê o direito de o trabalhador requerer diligências de prova, nem a obrigatoriedade do empregador as realizar.

Ora, as legislações espanhola e francesa, permitem celerizar a resolução de um foco de litígio, potencialmente nefasto para ambas as partes, ficando estas com o ónus de em sede judicial fazerem valer as suas posições, privilegiando a materialidade e o conteúdo sobre a forma. Todavia, não nos parece que estes exemplos prevaleçam em Portugal, até porque seria necessária previamente uma reforma constitucional profunda e uma mudança de paradigma

político nacional, em que a esquerda, historicamente, tem tido uma maior prevalência na democracia portuguesa.

Haverá provavelmente uma aproximação intermédia, o direito é uma ciência em constante mutação e reflexo da contemporaneidade. Certamente que em futuras reformas laborais, o procedimento disciplinar será expurgado da sua carga negativa e dilatória, celerizando o mesmo, eliminando paulatinamente a obrigatoriedade das diligências probatórias (o que já foi ensaiado em reformas anteriores), bem como reduzindo o leque de potenciais vícios formais, conformadores de ilicitude do despedimento.

As novas tecnologias tomarão conta do mesmo, eventualmente as empresas terão aplicações e sistemas informáticos onde as partes farão inclusão e gestão das suas peças processais, notificações e/ou diligências investigatórias ou probatórias que haja que realizar. E, citando William Ford Gibson<sup>10</sup>, “o [futuro](#) já chegou. Só não está uniformemente distribuído”.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Texto publicado na revista Foreign Affairs.

2

Estudo Mackinsey.

3

Pedro Sousa Macedo, Poder Disciplinar Patronal, ALMEDINA.

4

J. Leal Amado, Contrato de Trabalho, 2.ª Edição, Janeiro de 2010, pág. 219.

5

M. Rosário Palma Ramalho, ‘Direito do Trabalho’, Parte II, 3.ª Edição, 2010, pág.703.

6

Romano Martinez, Código do Trabalho, 8.ª edição, 2009, pág. 881.

7

Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 8.<sup>a</sup> edição, vol. I, págs. 461 e segs.

---

8

Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, 1991, págs. 822; Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, 1992, págs. 488; Jorge Leite e Coutinho de Almeida, em *Colectânea de Leis do Trabalho*, 1985, págs. 249.

---

9

cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 24/5/2000 in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

---

10

Escritor Norte americano, [NPR interview](#)

## **Revista de Direito do Trabalho - Ed. Especial**

CONCLUSIONES GENERALES DEL 2º CONGRESO MUNDIAL CIELO LABORAL 2018 (MONTEVIDEO). CONCLUSIONES GENERALES DEL 2º CONGRESO MUNDIAL CIELO LABORAL "CUARTA REVOLUCIÓN MUNDIAL Y GLOBALIZACIÓN: LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO, LA SALUD Y VIDA PRIVADA DE LOS TRABAJADORES ANTE LOS DESAFÍOS DEL FUTURO"

### **Conclusiones generales del 2º Congreso Mundial CIELO Laboral 2018 (Montevideo). Conclusiones generales del 2º Congreso Mundial cielo laboral "Cuarta Revolución Mundial y Globalización: la protección del empleo, la salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro"**

---

**Universidad de la República Montevideo (Uruguay)**

**(Autor)**

**ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ**

*Miembro del Comité Ejecutivo de la Red CIELO Laboral Profª Universidad de Sevilla (España)*

**Área do Direito:** Trabalho

Señoras y señores:

Es para mí un gran honor presentar las conclusiones generales -en una versión aquí resumida- del II Congreso Mundial de la Red Internacional CIELO Laboral, en esta bonita y acogedora ciudad de Montevideo, con tanta riqueza histórica y cultural. Este Congreso Mundial, titulado "Cuarta Revolución Industrial y Globalización: la protección del empleo, la salud y vida privada de los trabajadores ante los desafíos del futuro", celebrado en esta Universidad de la República, ha reunido a estudiosos del mundo del trabajo de 17 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Perú, Polonia, Portugal, Suiza, Uruguay y Venezuela.

Desde un punto de vista formal y organizativo, en estos dos intensísimos días, se han celebrado tres sesiones plenarias -incluida esta sesión formal de clausura-, y 15 sesiones temáticas (en las que también se han desarrollados 12 seminarios). Asimismo, se han presentado varios pósteres, un importante Informe de la OIT y varios libros.

La participación ha sido alta y de calidad, por lo que debemos felicitar a los cerca de 140

participantes que han defendido sus ponencias con rigor científico en un corto espacio de tiempo, y que, con sus reflexiones y conclusiones, me han permitido redactar las siguientes conclusiones generales. En ellas, he intentado tener en cuenta el contenido de cada una de las sesiones plenarias y temáticas, agrupando dichas conclusiones por bloques de temas tratados.

Es obligado comenzar con lo que la Cuarta Revolución Industrial supone para el empleo y los desafíos que nos aguardan. La empresa conectada y gestionada con procesos automáticos de inteligencia artificial y las plataformas tecnológicas han generado un nuevo tipo de trabajador más autónomo y con capacidad de innovación y adaptación al cambio. Este hecho disruptivo está provocando un debate en torno a la protección del trabajador conforme a las instituciones y normas existentes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Como se ha dicho en este Congreso, la tecnología que ha ocasionado estos cambios debe tratarse no sólo como un instrumento de opresión, que puede afectar a los derechos fundamentales de los trabajadores y a la dignidad humana, sino como un mecanismo de liberación que puede servir para controlar que esos derechos sean respetados por la propia Inspección de Trabajo. En este sentido, se ha afirmado que el diálogo social y la regulación a nivel nacional e internacional pueden servir para que, desde un punto de vista legal y ético, la tecnología esté al servicio del ser humano de manera integral, no sólo como consumidor y emprendedor, sino también como trabajador.

Por lo tanto, la primera conclusión general, que resulta básica, es la de que *la tecnología debe estar al servicio del ser humano*. La dignidad humana, como fundamento de convivencia, debe ser preservada de los peligros de las tecnologías disruptivas. De este modo, la regulación estatal e internacional y el diálogo social son los mecanismos que deben hacer prevalecer el mantenimiento del Estado de Derecho para defender los derechos humanos de los ciudadanos y de los trabajadores frente a los riesgos que la tecnología pueda provocar.

La segunda conclusión general se concreta en que, *en la era digital, es necesario abordar el concepto de trabajador dentro de las nuevas manifestaciones de la ajenidad y, en general, reconfigurar el empleo digital de la Cuarta Revolución Industrial para repensar el alcance del Derecho del Trabajo; todo ello, con el fin de potenciar los derechos humanos en el trabajo e incorporar los valores éticos en la empresa*. Asimismo, ante los avances tecnológicos de la Industria 4.0, también es necesario rediseñar normativamente la figura del empleador.

La tercera conclusión general es la de que, si queremos solucionar a nivel nacional los problemas que plantea el fenómeno de internalización de las relaciones laborales, *debemos abordar, de una vez por todas, los retos desde una perspectiva internacional*. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar algunos de los factores y riesgos a tener en cuenta: la elaboración de los contratos inteligentes plasmados en contratos susceptibles de ser ejecutados más o menos automáticamente, los *e-sports* o las competiciones de videojuegos en plataformas *on-line*, los procesos de tercerización de las empresas, las transformaciones dinámicas del mercado de trabajo, la digitalización de la empresa y su impacto en la salud (el derecho a la desconexión, la protección social de los trabajadores) y otros similares.

La cuarta conclusión general es la de que *la globalización necesita un nuevo contrato social mundial*. Y ello con el fin de conseguir un modelo de gobernanza internacional orientado en los principios internacionales del trabajo, con trabajo decente para todos y que respete las libertades democráticas y los derechos individuales y colectivos en las relaciones laborales, así como la ansiada universalización de la protección social en Latinoamérica. Es necesario aplicar políticas expansivas que contengan la llegada de ciclos económicos adversos y que aseguren un nivel de competencia respecto de otras economías emergentes, según las medidas propuestas por el Banco Interamericano de Desarrollo.

La quinta conclusión general es la relativa a *la necesidad de afrontar los retos que suponen*

*las nuevas tecnologías para los derechos fundamentales de los trabajadores.* Así, por ejemplo, el acoso sexual laboral se ha considerado una forma de violencia de género que necesita de la instauración de políticas públicas en salud mental dirigidas a toda la población, con el fin de lograr el desempeño del trabajo en un ambiente sano y equilibrado. Además, ante estas situaciones de acoso, estrés y síndrome del trabajador quemado, se hace necesaria una ley - donde no la hubiere-, de manera que se exija una responsabilidad ética por parte de los sujetos de la relación jurídica para garantizar ambientes laborales saludables. Igualmente, es necesaria la protección del trabajador ante nuevas formas de discriminación por su orientación y condición sexual y la defensa del colectivo LGTBI en el Derecho Internacional y en cada Estado.

La libertad de expresión en las redes sociales sigue estando necesitada de la obtención de un suficiente equilibrio entre los derechos de los trabajadores y el de la empresa al control laboral y protección de su reputación social.

De otro lado, el derecho a la huelga recobra importancia, dado que las tecnologías pueden favorecer el ejercicio de un esquirolaje prohibido: el de carácter técnico. En este punto, es necesario contar con el diálogo social como medio para la solución de los conflictos.

La sexta conclusión general afecta a la materia de la conciliación de la vida personal y laboral y la privacidad del trabajador. Resulta necesaria *una regulación normativa que dote a los trabajadores de las garantías debidas para combatir, en este ámbito, las prácticas abusivas del siglo XX.* Así, es importante el compatibilizar el tiempo de trabajo con las medidas de conciliación de la vida personal y laboral (principio de igualdad de género), preservando el ejercicio del derecho a la intimidad cuando la prestación de servicios se realiza con las nuevas tecnologías, como, por ejemplo, el teletrabajo o las nuevas formas de trabajo en las plataformas digitales.

Y, en este Acto formal de Clausura de este Congreso Mundial, ya no cabe extenderse más, en cuanto ahora procede dejar el tiempo de trabajo y entrar en otro más distendido.

Me gustaría dar las gracias a todos los que han participado y hecho posible este Congreso, que ha resultado fructífero y útil para el intercambio de ideas y propuestas de solución a los problemas aquí debatidos.

Y, ya que estamos en Uruguay, me gustaría finalizar con una frase atribuida al famoso poeta Mario Benedetti, y que define perfectamente la situación a la que se enfrenta el mundo del trabajo ante los retos de la Cuarta Revolución Industrial, la globalización y un mundo en constante evolución:

*“Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto, cambiaron todas las preguntas”.*

Muchas gracias a todos.

Profesora Esperanza Macarena Sierra Benítez. Universidad de Sevilla (España)