



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Asimetrías iuslaborales en el mundo moderno. Un análisis a las formas atípicas de contratación en el derecho laboral

Ligia Yolima Carrero Monroy

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Asimetrías iuslaborales en el mundo moderno.
Un análisis a las formas atípicas de contratación en el derecho laboral

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de investigación 101171
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho

Doctoranda: Ligia Yolima Carrero Monroy
Director y tutor: Jordi García Viña

Barcelona, 2022

DEDICATORIA

A Mami. Este documento es en honor a los sacrificios que hiciste para regalarme la educación que me brinda tantas oportunidades todos los días.

A mi Abuelita Silvia, luchadora incansable, mujer con desbordante cariño, fortaleza y cuya ternura siempre me acompaña.

A ustedes dos, quienes me enseñaron que el trabajo dignifica.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, fuente de mi fortaleza.

A mi mentora y amiga, Daisy del Pilar, por fomentar en mí el gusto por el Derecho del Trabajo.

A mis amigas, Mery Laura y Susana, por siempre creer en mí e impulsarme a seguir adelante cuando tenía dudas.

A mi director de tesis, el Dr. Jordi García Viña, cuya guía me brindó la posibilidad de convertir en realidad muchos retazos de ideas.

A los maestros Marcel Silva Romero y Ernesto Pinilla Campos. Despedimos en corto tiempo a dos de los más grandes laboristas del país, a quienes tuve el privilegio de tener como profesores y por quienes llevo impresa la marca de la rigurosidad permanente como medio para alcanzar grandes cosas.

Seguiré esforzándome para ser digna de su legado.

Resumen

El trabajo como fenómeno social ha evolucionado a través de los años, pasando de ser una actividad por cuenta ajena, con una jornada de trabajo definida, cuya medida principal de ejecución es el tiempo y de vigencia indefinida, a ser una labor adelantada por seres humanos con una intervención cada vez mayor de algoritmos, a tiempo parcial, con vigencia variable, en la cual incluso es complejo identificar la contraparte respecto de la cual presenta dependencia económica. Este cambio ha impactado profundamente el entendimiento de los 3 elementos esenciales del contrato individual de trabajo, la noción de trabajo como objeto de estudio del derecho laboral y por ello demandan una transformación del carácter tuitivo de esta disciplina jurídica.

En este documento presento un análisis a dichos cambios, empezando por una revisión histórica del trabajo a través de las revoluciones industriales, llegando a concentrarme en el trabajo de la cuarta revolución industrial, proponiendo una clasificación del trabajo moderno en 3 categorías: trabajo típico, trabajo semi típico y trabajo atípico, analizando las asimetrías del derecho laboral frente a estas formas de trabajo y finalmente proponiendo la necesidad de redefinir el trabajo como bien jurídicamente protegido del derecho laboral.

Resum

El treball com a fenomen social ha evolucionat a través dels anys, passant de ser una activitat per compte d'altri, amb una jornada de treball definida, la mesura principal d'execució és el temps i de vigència indefinida, a ser una tasca avançada per éssers humans amb una intervenció cada vegada més gran d'algoritmes, un temps parcial, amb vigència variable, en el qual fins i tot és complex identificar el contrapart respecte de la qual presenta dependència econòmica. Aquest canvi ha impactat profundament l'entesa dels 3 elements essencials de l'contracte individual de treball, la noció de treball com a objecte d'estudi de dret laboral i per això va exigir una transformació de l'caràcter tuitiu d'aquesta disciplina jurídica.

En aquest document presento una anàlisi a dit canvis, començant per una revisió històrica de la feina a través de les revolucions industrials, arribant a concentrar-me en la feina de la quarta revolució industrial, proposant una classificació de la feina modern en 3 categories: treball típic, treball semi típic i treball atípic, analitzant les asimetries de dret laboral enfront d'aquestes formes de treball i finalment proposant la necessitat de redefinir el treball com bé jurídicament protegit de dret laboral.

Abstract

Labor as a social phenomenon has evolved over the years. Work goes from an activity for others within a time limit, to be executed by humans in a different time period, validity and other variables. Within other variables are algorithms and the counterpart, which presents the economic dependence construction. These changes have impacted the fundamental understanding of the individual employment contract, the structure of labor law, that required a reconstruction of the protective nature.

This document presents an analysis of mentioned changes, starting with a literature review, taking into account all the industrial revolution phases. Then, this will propose a classification of modern work: traditional, semi-traditional and uncommon. In the next section, the classification will explain the assymetries of labor law. Finally, this will suggest the necessity to redefine work as a legal asset of labor law.

ÍNDICE GENERAL

Resumen	5
Resum	6
Abstract	7
Introducción	15
1. Aspectos generales.....	17
1.1. Objetivo de la investigación	17
1.2. Metodología y estructura del trabajo	20
2. Teoría del trabajo. Desarrollo histórico del trabajo	23
2.1. La prehistoria	23
2.2. La América originaria	23
2.2.1. Los Mayas	26
2.2.2. Los Aztecas	27
2.2.3. Los Incas	28
2.2.4. Conclusión.....	29
2.3. Historia occidental	29
2.3.1. Edad antigua.....	30
2.3.2. Edad media.....	32
2.3.3. Edad moderna.....	35
2.3.3.1. Edad moderna en Europa	36
2.3.3.1.1. Usufructo de la propiedad privada (Barbaglata, 2014).....	36
2.3.3.1.2. Titularidad privada de los medios de producción.	36
2.3.3.1.3. Liberalismo económico	36
2.3.3.1.4. Principio de la autonomía de la voluntad privada.	39
2.3.3.2. Edad moderna durante la colonia en América (Montenegro González, 1984) 41	
2.3.4. Edad contemporánea	44
3. Las revoluciones industriales, la gran depresión, la segunda guerra mundial y el mercado laboral	51
3.1. Primera revolución industrial (1760-1840).....	51
3.2. Segunda revolución industrial (1870 hasta 1945).....	54
3.2.1. La crisis de 1929	58
3.2.2. La segunda guerra mundial (1 de septiembre de 1939 – 2 de septiembre de 1945) 62	
3.3. Tercera revolución industrial	70
3.3.1. Antecedentes para la transición a la tercera revolución industrial	70

3.3.1.1.	Sistema de Bretton Woods	70
3.3.1.2.	La crisis del petróleo de 1973	72
3.3.2.	Las características de la tercera revolución industrial.....	74
3.3.2.1.	Asuntos medioambientales (Declaración de Río de Janeiro de 1992) 75	
3.3.2.2.	Proceso de la digitalización.....	77
3.3.2.3.	El mercado laboral dentro de la tercera revolución industrial	82
3.4.	Cuarta revolución industrial (2011 - proyectada hasta 2030).....	89
3.4.1.	El modelo de sustitución de importaciones y el Consenso de Washington ..	89
3.4.2.	Organización Mundial del Comercio	93
3.4.3.	Fondo Monetario Internacional	95
3.4.4.	Banco Mundial	96
3.4.5.	Banco Central Europeo	96
3.4.6.	El G-20	96
3.4.7.	La globalización	98
3.4.8.	Los refugiados y el fenómeno migratorio	100
3.4.9.	La igualdad y los derechos humanos.....	102
3.4.10.	El cambio climático	104
3.4.11.	La agenda 2030 para el desarrollo sostenible.....	109
4.	El trabajo en la cuarta revolución industrial.....	114
4.1.	Plataformas colaborativas.....	114
4.1.1.	Impacto jurídico de las plataformas colaborativas.....	114
4.1.1.1.	Visión administrativa	116
4.1.1.2.	Visión judicial	118
4.1.1.3.	Visión legislativa.....	134
4.2.	La Fábrica Algoritmo.....	143
4.2.1.	La automatización	145
4.2.1.1.	Los robots y el trabajo humano	148
4.2.1.1.1.	Pérdida de empleos.....	150
4.2.1.1.2.	Creación de nuevos empleos y nuevas competencias requeridas.	156
4.2.1.1.3.	Seguridad y salud en el trabajo, riesgos físicos y psicosociales...	156
4.2.1.1.4.	La velocidad de la robotización frente al trabajo humano.	162
4.2.2.	Internet de las cosas (IoT)	164
4.2.3.	Tecnología autónoma	167
4.2.4.	Manufactura aditiva (impresión 3D)	169

4.2.5.	Nube humana.....	171
4.2.6.	Computación en la nube	172
4.2.7.	Simulación de entornos virtuales	174
4.2.8.	Ciberseguridad	175
4.2.8.1.	Seguridad de los secretos empresariales	176
4.2.8.1.1.	Sobre la cláusula de permanencia	178
4.2.8.1.2.	Sobre la cláusula de no competencia post contractual y el secreto industrial	181
4.2.8.1.3.	Sobre la cláusula de confidencialidad y propiedad intelectual.....	192
4.2.8.1.	Seguridad de los datos personales del trabajador.....	199
4.2.8.1.1.	El abordaje legislativo	199
4.2.8.1.2.	El abordaje jurisprudencial.....	208
4.2.8.2.	Los sistemas de comunicación y su influencia en el ámbito laboral.	228
4.2.9.	Impacto jurídico de la Fábrica Algoritmo	233
4.2.9.1.	Cambio en el objeto del derecho laboral	234
4.2.9.2.	Cambio en las relaciones que regula	235
4.2.9.3.	Cambios en las maneras de trabajar	235
4.2.9.4.	Trabajadores nómadas digitales	239
4.2.9.5.	Personalidad jurídica de los robots en el derecho del trabajo	241
4.2.9.6.	Principio de territorialidad de la ley laboral en el trabajo digital....	245
4.3.	Análisis predictivo.	256
4.3.1.	Impacto jurídico del análisis predictivo	258
4.4.	La reinención de la geografía productiva global. De la descentralización a la relocalización.	264
4.5.	Modelos 360 de negocios des-intermediados:	266
4.6.	Management de la improvisación y de la innovación.....	267
4.7.	Desigualdad robótica tridimensional	268
4.8.	Transformación del mercado de las competencias. Habilidades híbridas <i>soft-hard</i> .	268
4.8.1.	Los marcos de cualificaciones.....	277
4.8.1.1.	Cambios en las competencias demandadas	279
4.8.1.2.	La estabilidad laboral y las competencias	284
4.8.1.3.	Las tendencias en las competencias y los marcos de cualificaciones	285
4.8.1.4.	Credenciales digitales.....	287

4.8.1.5.	Mapas de cualificaciones	290
4.8.2.	La educación formal.....	291
4.8.3.	La formación profesional	294
4.8.4.	La formación complementaria, a lo largo de la vida, continua o corta.....	300
4.8.5.	El reconocimiento de aprendizajes previos	301
4.8.6.	La normalización de competencias	303
4.8.7.	Esquemas jurídicos y sistemas de cualificaciones	304
4.8.7.1.	Sistemas de aprendizaje para la formación en entornos laborales ..	305
4.8.7.1.1.	Las prácticas formativas y su clasificación	308
4.8.7.1.1.1.	Prácticas de Laboratorio	310
Prácticas de Laboratorio de observación indirecta:	310	
Práctica de laboratorio por simulación:	310	
4.8.7.1.1.2.	Prácticas en situación.....	311
Práctica en situación por observación directa.....	311	
Práctica en situación guiada	311	
Práctica en situación por práctica autónoma, práctica independiente o práctica laboral.	311	
4.8.7.1.2.	Mecanismos jurídicos para la formación en entornos laborales ..	313
4.8.7.1.2.1.	El contrato de aprendizaje.....	313
El contrato de aprendizaje en tiempos de COVID-19.....	316	
4.8.7.2.	El reconocimiento de aprendizajes previos y trabajo atípico.....	317
4.9.	Derechos laborales en pandemia. Medidas para el trabajo típico y el atípico.	318
4.9.1.	El teletrabajo	318
4.9.2.	Sistemas de protección al cesante	325
4.9.2.1.	Mecanismos de protección al desempleo	328
4.9.2.1.1.	Las políticas activas de empleo	330
4.9.2.1.2.	Las políticas pasivas de empleo	331
4.9.3.	Impacto en el trabajo típico	336
4.9.3.1.	La terminación de contratos individuales de trabajo.....	336
4.9.3.2.	La suspensión de contratos individuales de trabajo	338
4.9.3.3.	La revisión de los contratos de trabajo.....	344
4.9.3.4.	Test para COVID-19	347
4.9.3.5.	Vacunación general y vacunación en el lugar de trabajo	348
4.9.3.6.	Vacunación y protección de datos personales.....	349
4.9.3.7.	Derecho a la desconexión digital	350

4.9.3.8.	La ejecución tradicional del trabajo y la pandemia.....	352
4.9.4.	Educación y transición al mundo laboral antes y después de la pandemia.	353
4.9.5.	Desempleo juvenil.....	354
4.9.6.	Trabajo atípico en la pandemia	356
4.10.	El trabajo típico	360
4.11.	El trabajo atípico	370
4.12.	La clasificación del trabajo atípico por la OIT.....	373
5.	Una propuesta de clasificación del trabajo	383
5.1.1.	Trabajo humano.....	387
5.1.1.1.	Trabajo típico – protegido - subordinado.....	388
5.1.1.2.	Trabajo semi típico.....	391
5.1.1.2.1.	Trabajo por cuenta propia.....	391
5.1.1.2.2.	Trabajo intermediado	399
5.1.1.2.3.	Trabajo temporal	400
5.1.1.2.4.	Trabajo oculto	406
5.1.1.2.4.1.	Trabajadores autónomo económicamente dependientes.....	408
5.1.1.2.5.	Trabajo en formación	418
5.1.1.3.	Trabajo atípico.....	429
5.1.1.3.1.	Trabajadores digitales	430
5.1.1.3.1.1.	Plataformas de ubicación	430
5.1.1.3.1.2.	Plataformas basadas en la web.....	431
5.1.1.3.2.	Trabajo informal.....	432
5.1.2.	Trabajo de máquinas	443
5.1.2.1.	Máquinas físicas	444
5.1.2.2.	Máquinas no físicas - algoritmos	445
5.2.	Principales asimetrías ius laborales. Las afectaciones a la dignidad humana por centralismo en las formas típicas de trabajo.	448
5.3.	Pagos laborales y condiciones de trabajo.....	448
5.4.	Protección social	451
5.5.	Asociación sindical	458
6.	Protección al trabajo en todas sus formas. Reconsiderar la estructura jurídica para las formas típicas y atípicas en el derecho del trabajo	462
7.	Conclusiones y propuestas finales	471
8.	Bibliografía.....	487

Introducción

Siendo el derecho laboral una rama jurídica con una autonomía tan recientemente reconocida, encontramos que, para su época de nacimiento, el objetivo de estudio era fácilmente definible como el trabajo subordinado (Durant, 1947) (Krotoschin, 1955).

Precisamente a raíz de las fronteras propuestas por su contenido, el derecho laboral se ha enfocado en dos grandes partes, las relaciones laborales individuales y las colectivas; donde empleador y trabajador son los dos sujetos protagonistas.

Con el tiempo, dentro de las formas típicas de contratación se han reconocido dos grandes grupos, el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. Son las regulaciones laborales reconocidas en las legislaciones laborales en el mundo.

Pero resulta que el contenido del derecho laboral que es nada menos que el fenómeno social del trabajo es altamente evolutivo y sus fronteras, antes claramente establecidas, ahora son extremadamente difusas desde el punto de vista jurídico. Situación que provoca una problemática profunda al establecer los alcances en la aplicación del principio protector a relaciones no precisamente dependientes.

Existen múltiples elementos que impactan directamente el trabajo como fenómeno económico y social. La tecnología de la información y las telecomunicaciones, la globalización, la migración, los cambios climáticos, los cambios económicos, las variaciones en la expectativa de vida, la división global del trabajo, las empresas multinivel, la inteligencia artificial, en fin; existen muchos otros ejemplos que permiten evidenciar en este momento de la historia, que presenciamos un conjunto de impactos radicales que presentan retos importantes en la gestión del trabajo en todas sus formas.

Estas transformaciones afectan tanto a los trabajadores, empresarios, sindicatos, asociaciones empresariales, Estados, grupos de interés, etc., por lo que, como se puede comprobar, es un fenómeno global.

Además, es un cambio que obliga a replantear cuestiones respecto a las leyes, la jurisprudencia, los acuerdos colectivos, los contratos de trabajo, así como cualquier tipo de conducta en las relaciones laborales.

Evidentemente el mundo moderno ha cambiado sustancialmente y no puede negarse que el empleo en sus formas típicas, subordinado e independiente, no es el único ni suficiente para abarcar todos los nuevos fenómenos que revolucionan el mercado laboral de hoy.

Este conjunto de nuevas demandas del mercado laboral está formándose con tal rapidez y magnitud, que le están quitando el protagonismo al trabajo típico como eje fundamental del derecho laboral, con las repercusiones que está teniendo en la figura del trabajador asalariado.

Teniendo en cuenta ello, me propongo analizar la estructura típica en la cual se basa el derecho del trabajo para establecer su objeto de estudio, para de esta manera establecer si son o no suficientes para atender las necesidades de regulación actuales.

1. Aspectos generales.

1.1. Objetivo de la investigación

Al derecho del trabajo le ha perseguido durante los últimos 20 años un sentimiento lúgubre, que insiste en su inminente desaparición. Año tras año, se nos recuerda a los laboristas de los cambios en los mercados de trabajo, de la reducción del trabajo formal y de su elemento más relevante, que es el contrato individual de trabajo. Lo que para muchos corresponde a la eliminación de nuestra disciplina jurídica especializada, para regresar de esa manera a los dominios del derecho civil, vale decirlo, al reino de la plena autonomía de la voluntad de las partes en el pacto de la prestación personal de servicios, abandonando, por lo tanto, la noción del principio protector.

Esta es la inquietud que mueve el presente trabajo. Estudiar el pasado y presente del derecho del trabajo, de tal forma que, a partir de ello, pueda analizar para dónde va el trabajo como fenómeno social, visto desde el lente jurídico; de esta manera podré establecer si las oscuras proyecciones de algunos son ciertas o si esta disciplina tiene un rol dentro de las nuevas perspectivas de los contextos económicos presentes y futuros.

Y es que muchas veces la disciplina jurídica se desprende de ser analizada en contexto, para enfrentar los problemas una vez estos ocurren y se requiere una intervención que busque mermar o contener más efectos dañinos, siempre con una comprometida venia hacia las estructuras jurídicas tradicionales. En lo jurídico la tradición resulta ser muy importante y le brindamos un alto respeto, buscando adelantar muchas veces la intervención menos invasiva posible. A esto se le suma un asunto de gran impacto en las realidades jurídicas, y es la economía política de estos temas. Los marcos jurídicos laborales son de alto interés social y, por lo tanto, siempre implican un costo político importante que suele dejarse al próximo en la fila de sucesión gubernamental, hasta que se convierten en una bomba de tiempo muy compleja de manejar.

Así las cosas, la aproximación jurídica del trabajo humano ha estado rodeada de su gran impacto social e históricamente hay múltiples elementos a considerar por su influencia en las estructuras jurídicas que se van creando en el camino, tales como los factores de tipo demográfico, sanitario, ambiental, de género, migratorio, tecnológico, económico, entre otros. Por lo tanto, el estudio del aspecto evolutivo-histórico del trabajo resulta de gran importancia para analizar una categoría social como el trabajo.

Para pensar en el futuro, habrá de estudiarse el pasado. Por esa razón, mi hipótesis al iniciar este estudio es que si plasmara la imagen del derecho laboral actual está podría representarse como un cono invertido, donde existe un vértice central y original que es el trabajo típico, respecto del cual existe otro conjunto creciente de fenómenos y mecanismos que impactan la manera tradicional para la prestación de servicios personales, que han ido rompiendo la fuerza ejercida por el vértice y se van alejando y ampliándose cada vez más su distancia desde su punto original.

Está claro que esta idea no se fundamenta simplemente en el número de personas que pueden incluirse en cada uno de los dos grupos más destacados en la actualidad, que son el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, sino en la diversidad de situaciones que terminan por orbitar alrededor de estas, aunque es posible que el avance del número de miembros en el grupo del trabajo atípico en los próximos años pueda llegar a superar a los trabajadores asalariados.

Lo que pretendo comprobar es si en la actualidad, debe o no reformularse esa teoría clásica y convertirlo el derecho laboral en un cono circular recto, donde existan unos principios mínimos fundamentales que además del trabajo subordinado como categoría originaria, abarquen e irradien también a otro conjunto de formas de trabajo atípicas.

Mi idea al iniciar esta investigación es que debemos pasar de una teoría centrípeta a una teoría centrífuga, donde la fuerza imprimida por las realidades del mercado laboral, obligarán a reformular la premisa según la cual, toda prestación personal del servicio bajo continuada subordinación y con una remuneración debe ser regida por un contrato de trabajo, sino que, sin importar el tipo de vinculación utilizada, habrán de garantizarse unos principios mínimos fundamentales del derecho laboral aplicados a la prestación personal de servicios.

Por lo tanto, mi objetivo no se dirige a realizar un análisis pormenorizado de los temas que pueden estar involucrados en el derecho del trabajo, porque además de ser un asunto con amplísimas de variantes, busco solamente enfocarme en aquellos aspectos que me van a servir para entender el trabajo como objeto de estudio del derecho del trabajo y que, por lo mismo, me servirán para dar estructura a las conclusiones. De esta manera, busco analizar los elementos sobre los cuales plantear cómo debería adaptarse el derecho del trabajo para responder a las realidades actuales y futuras del trabajo como fenómeno social, teniendo en cuenta especialmente los distintos escenarios territoriales sobre los cuales rige nuestra ciencia jurídico-laboral, ya que será distinto el rol del derecho del trabajo en el contexto de un país como el mío, Colombia, con alto desempleo y alta informalidad sostenidas por décadas; a lo que ocurre en la mayoría de países en Europa, donde la formalidad empresarial y laboral permiten tomar otro tipo de medidas y el trabajo subordinado y típico pesa más en la balanza del mercado laboral. Por esta razón, se trata de un análisis general, donde le doy al documento un especial interés al caso latinoamericano-Colombiano y al Europeo, ya que se presentan como dos realidades distintas en las que me interesa adentrarme para pensar en cómo abordar el derecho del trabajo bajo realidades contrastantes. Y es que, debido a la dolorosa historia de conflicto global concentrado en Europa Occidental, especialmente una vez finalizada la segunda guerra mundial, dichas sociedades el referente más alto en cuanto a garantías de derechos civiles, políticos y laborales. Es por lo que el presente documento acude a las comparaciones entre dos regiones que generan contraste, Colombia, como representación de América Latina, con un mercado laboral profundamente desigual y problemático, con Europa Occidental, que cuenta con un mercado laboral más cercano a los estándares laborales deseables.

En conclusión, busco realizar un análisis del fenómeno desde afuera hacia adentro para establecer si una construcción normativa basada en el trabajo dependiente e independiente

es adecuada al mundo moderno, y si mediante ella es posible atender un mandato fundacional del derecho laboral, esto es la justicia social, que en clave de pregunta sería establecer ¿cuáles son las instituciones jurídicas laborales aplicables a la cuarta revolución industrial?

1.2. Metodología y estructura del trabajo

Como dejo ver en la introducción, al ser el trabajo un fenómeno eminentemente social, sobre el cual se estructura el derecho como un marco para regular el ejercicio deseado de esta actividad, que además interactúa con múltiples asuntos propios de la existencia humana, en el presente documento he apostado por tener un contexto histórico enriquecido, que me permite precisamente no ver al derecho del trabajo como una herramienta circunstancial de intervención, sino más bien entender a esta rama del jurídica como un organismo sistémico que se ve impactado por su entorno en múltiples aspectos. Y, por lo tanto, el futuro del derecho del trabajo también estará regido por tales situaciones contiguas que terminan por guiarlo y brindan una perspectiva y prospectiva del camino hacia el que podría dirigirse esta disciplina jurídica.

En primera medida, realizaré un recuento histórico del concepto de “trabajo”, con especial enfoque en las implicaciones jurídicas respectivas. Esto es muy importante para identificar los mecanismos de adaptación utilizados a lo largo del tiempo para disponer de una identificación que brinde contextos históricos a las distintas estructuras jurídicas que dieron espacio a la creación del trabajo como un aspecto de la existencia humana jurídicamente relevante y merecedor de un especial estatuto de protección, distinto y autónomo de otras disciplinas jurídicas.

De esta manera, he decidido tomar el camino que marcan las revoluciones industriales para estudiar estos fenómenos y su impacto en la normativa laboral, conforme al cual van surgiendo distintos problemas y soluciones jurídicas propias de cada etapa, teniendo en cuenta que, en una gran medida, el derecho del trabajo ha estado estructurado desde la perspectiva que las revoluciones industriales van proponiendo. De esta manera, me enfocaré en las revoluciones industriales y las instituciones jurídico-laborales que de ellas se derivaron, especialmente vinculadas al liberalismo y al desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, que precisamente son aquellas sobre las cuales aparece el derecho del trabajo como rama independiente en la disciplina jurídica y teniendo como centro al trabajo por cuenta ajena.

Cuando este camino me lleve a la cuarta revolución industrial, abordaré esta como un punto de inflexión en materia de regulación del trabajo humano, ya que, en este fenómeno de explosión de la tecnología e innovación, se están presentando paradigmas de una transformación tan profunda que antes solamente fueron pensados desde la ciencia ficción, es un cambio disruptivo en el núcleo del derecho del trabajo: el trabajo subordinado y por cuenta ajena, el trabajo típico.

Primero analizaré la estructura clásica del derecho del trabajo su figura más destacada, el contrato individual de trabajo, institución central sobre la cual nació y se estructuró el derecho del trabajo, sobre un conjunto de características rígidas. Precisamente en este punto se llega a la discusión sobre el centro de mi hipótesis, sobre qué es el trabajo en la actualidad y cómo se está o debería estar adaptando el derecho del trabajo para atender las necesidades sociales de protección del trabajo, siendo este un fenómeno muy distinto del que existía cuando esta rama del derecho se separó del derecho civil.

De esta manera llego a analizar la clasificación del trabajo atípico que formula la Organización Internacional del Trabajo.

Es todo el análisis previo el que me permite llegar a proponer una nueva clasificación del trabajo en el marco de los cambios de la 4 revolución industrial, y a partir de ello, abordar las que considero las principales tres asimetrías ius laborales que afectan al trabajo semi típico y atípico, en mercados laborales como el de América Latina, debido a la extrema concentración del carácter tuitivo del derecho laboral en la tipología tradicional del trabajo en el contrato individual de trabajo y a término indefinido.

Finalmente propondré las conclusiones, a través de las cuales intentaré formular los elementos para tener en cuenta para que el derecho del trabajo adopte una regulación del futuro que se centre en el amparo de la actividad humana del trabajo.

2. Teoría del trabajo. Desarrollo histórico del trabajo

En este primer bloque de estudio histórico del trabajo, me permito exponer las raíces más profundas del trabajo, como fenómeno sobre el cual se desarrolla la existencia humana y las más iniciales estructuras normativas dispuestas para regular su ejercicio sobre bases homogéneas en distintas comunidades que lo abordan de maneras diversas. Esto brinda una aproximación integral de cara a estudiar la configuración del trabajo en la actualidad.

2.1. La prehistoria

La historia del ser humano empezó hace más de 2,59 millones de años en el período **prehistórico-paleolítico**, cuando los primeros primates homínidos del género homo poblaron la África. Se trataba de grupos nómadas dedicados esencialmente a la subsistencia a base de carroña. Era una economía basada en la alimentación a base de recolección de vegetales, insectos y una muy incipiente caza. También es muy importante destacar que es en este período cuando empieza a desarrollarse el lenguaje humano (Botha & Knight, 2009).

Ya en el **mesolítico** (10.000 años atrás) germinan dos aspectos importantes, que son la agricultura y la caza. Esto tuvo un impacto crucial para la construcción social del trabajo que se haría incipiente en esta etapa y se consolidaría en el neolítico.

Es precisamente con la llegada del **neolítico** (8000 años antes) cuando aparecen los primeros poblados, se consolida la agricultura, el pastoreo, la metalurgia y la división del trabajo por género y edad, pues las mujeres y niños se dedicaban a la agricultura, mientras los hombres al pastoreo y la metalurgia. Los humanos pudieron asentarse en ciertas geografías beneficiosas para la agricultura, dando paso a los trabajos especializados y organización del trabajo. Con este período se cierra la prehistoria, excepto en América, que tiene un desarrollo prehistórico distinto que es importante precisar.

2.2. La América originaria

La evolución prehistórica e histórica del Viejo Continente y el continente Americano son muy distintas en tiempo y espacio, lo que hace improcedente sobreponerlas en su análisis. No solo los materiales de trabajo y las técnicas fueron distintas, sino que las culturas americanas empezaron a formarse cuando las del antiguo continente llevaban milenios de vigencia. Por esta razón quise ubicar entre la prehistoria y la historia del viejo continente, a la historia precolombina de América, ya que en el proceso de imposición de catequización y la subsecuente aniquilación indígena sucedidos en la invasión española, terminarían por la desaparición de civilizaciones originales enteras.

Sobre lo que sucedió en lo que hoy conocemos como Continente Americano, existen muchas teorías, como la teoría de unidad racial de Ales Hrdlicka (Montenegro González, 1984), quien logró recoger las opiniones de varios autores desde el siglo XVIII y fundamentar su teoría en las numerosas características físicas comunes existentes entre diversos grupos indígenas y los mongoles. Señala que hace unos 25.000 años llegaron

desde Asia a través del Estrecho de Bering sucesivas migraciones de mongoles, de quienes descienden todos los indios del continente.

También está la teoría de los cuatro orígenes (asiático, melanesio, polinesio y australiano) formulada por Pal Rivet, que además de aceptar lo propuesto por Hrdlicka expuso que otro grupo precedente del archipiélago de la Polinesia atravesó el Océano Pacífico pasando de isla a isla. Que también llegaron por vía marítima desde el archipiélago Melanesia y que un cuarto grupo arribó desde Australia; Rivet basó su teoría en las numerosas semejanzas físicas, de costumbres y lingüísticas. En relación con el camino utilizado para llegar a América, se propuso que posiblemente fue por una ruta terrestre a través de la Antártida, según la investigación del portugués Mendes Correa. Para 1958 dicha teoría encontraría un espaldarazo con el descubrimiento de varios científicos, quienes hallaron en la Antártida restos de flora y fauna de clima templado, lo cual revela que hace unos 6.000 años tal territorio contaba con un clima más benigno. (Montenegro González, 1984)

Existen otras tantas teorías sobre el origen de los pueblos americanos, pero el autor Augusto Montenegro resume las conclusiones sobre el tema de la siguiente manera:

- El ser humano americano no es autóctono, es decir aparece a efecto de la migración.
- América empezó a poblarse cuando hacía miles de años existían seres humanos en África, Asia y Europa.
- No se ha podido establecer la llegada de los primeros pobladores americanos. Los restos más antiguos datan de hace más de 40.000 años.
- El indio americano mayoritario es de origen mongoloide, pero no es único.

Con estas ideas fundamentales, puede decirse que la primera etapa continental americana ocurrió hace más de 40.000 años y se le denomina de varias maneras como época indígena precolombina, prehispánica o prehistórica. (Montenegro González, 1984).

Esta etapa se divide en 5 períodos culturales sucesivos de desarrollo, que son: paleoindio, arcaico, formativo, clásico y posclásico.

No todos los grupos indígenas americanos alcanzaron estos cinco niveles. Algunos porque desaparecieron y otros por las condiciones geográficas en las que vivieron, ya que para cuando llegaron los españoles, la mayoría de grupos indígenas tenían un desarrollo propio del período formativo, muy pocos alcanzaron el clásico y solo tres llegaron a la etapa postclásica.

En el **paleoindio** estuvimos ante culturas cazadoras y recolectoras de alimentos, abarcando desde la llegada a los primeros inmigrantes hasta hace unos 7.000 años. La caza se realizaba con puntas de proyectiles o flechas muy afiladas, junto con raspadores, con los cuales despojaban de la piel a animales como mastodontes, mamuts, bisontes, entre otros; con esta piel hacían vestidos o toldos. Esta cultura de caza ha sido probada mayoritariamente en Norteamérica, en culturas como la Sandía, Clovis y Folsom.

Bajando por México, se han descubierto en Tlapacoya utensilios de trabajo en piedra y restos de viviendas. Hacia Centro y Suramérica escasean los vestigios de culturas cazadoras. En todo caso, para este período las culturas fueron nómadas.

En el **arcaico** (hace 7.000 y hasta 1.500 atrás) los americanos de valles y llanuras descubren la agricultura, algunas culturas recolectoras y pescadoras de Ecuador y Colombia iniciaron la cerámica hace 3.000 años. Fuimos entonces tardíos en desarrollar la agricultura, pero más temprano se desarrolló la cerámica. En México y Perú es donde aparecieron respectivamente cultivos de calabazas, pimientos y maíz, por un lado; y por otro los de habichuelas, calabazas y algodón, incluso de cestería.

Para el **formativo** (1.500 a.C. y 300 d.C.) se desarrolla la agricultura y las organizaciones estables. En este período empezó la formación o preclásico, de ahí su nombre, de las altas culturas o culturas clásicas y se caracterizó por:

- Producción de alimentos mediante la agricultura, dejando entonces cambios sociales profundos. El maíz fue el cultivo principal de las culturas avanzadas y la yuca el de las menos avanzadas, también empezando el cultivo del ají, la batata, los frijoles, la papa, el cacao y el algodón.
- Se difundieron y perfeccionaron la cerámica y la cestería.
- Comenzó la industria del tejido y en algunos lugares la metalurgia con el oro y el cobre,
- Los grupos humanos fueron definitivamente sedentarios. Se concentraron en aldeas y se organizaron grupos sociales con jefes, sacerdotes y funciones delimitadas.

Entre el 300 d.C. y el 1.000 d.C. solo unos pueblos de Mesoamérica, Perú y Bolivia llegaron al **clásico** o período de las altas culturas urbanas, caracterizado por:

- Edificación de ciudades con calles, plazas y templos de numerosa población.
- Agricultura intensiva, es decir con desarrollo de sistemas de regadío. Implicó la producción de excedentes, lo que acentuó la división del trabajo según diferentes oficios, también con largos períodos sin trabajar.
- También se desarrolló la industria textil, así como la cerámica y el trabajo en los metales con aleaciones de oro y cobre o de cobre y estaño) (Montenegro González, 1984).

En el caso de los chibchas (Suescún Monroy, 1998), ubicados en el centro geográfico e histórico de Colombia, su territorio estaba lleno de bosques, vegetales, animales como el jaguar, el puma, el oso de anteojos, el venado, etc. También contaba con ricos yacimientos de esmeraldas, sal, carbón, petróleo, hierro, calizas, cobre y arcillas entre otros. Cultivaban maíz, papa, quinua, yuca dulce, frijol, algodón, cacao, coca; también realizaban consumo silvestre de curuba, uchuva, papaya, guayaba, en fin.

Precisamente basados en su noción de organismo colectivo donde no existía la propiedad privada, para ellos el trabajo o *choque* era una actividad que los acercaba a Dios, que les

daba dignidad, y los ponía en armonía con su comunidad. Trabajar no era un sacrificio, todo lo contrario, era libre, voluntario, gratificante y lo hacían tanto hombres como mujeres. El trabajo era su aporte para la comunidad. Era el medio más cotidiano para cumplir con la ley superior que le decía a cada uno su deber de cooperar para mantener el equilibrio y armonía del cosmos.

En todo caso, existían unas reglas, nacidas de la costumbre, que debían cumplirse para realizar estas actividades independientes y libres:

- Las actividades productivas de mayor esfuerzo eran realizadas por hombres entre 15 y 60 años que no tuviesen alguna discapacidad
- Las mujeres se ocupaban de crianza de los hijos, labores domésticas, siembra de cultivos, hila algodón, tejer mantas
- Los niños menores de 15 años ayudaban las labores auxiliares
- Los ancianos hacían parte de tareas livianas o las que requerían experiencia y sabiduría
- Los gobernantes también trabajaban en sus funciones
- Sus jornadas laborales iban desde la salida del sol hasta el final de la tarde
- Trabajaban tres días seguidos y descansaban el cuarto
- El trabajo era comunitario e independiente
- No era remunerado, dada la naturaleza del orden social colectivo.
- El año y las labores eran divididas en virtud de la preparación de terrenos para la agricultura, su siembra, mantenimiento y cosecha; otros períodos de tiempo también eran dedicados a la explotación de las minas.
- El aprendizaje de las ocupaciones era de padres a hijos.

Entre los siglos XIV y XVI tres pueblos americanos nativos alcanzaron el posclásico y fueron grandes naciones en expansión militar: los mayas, los aztecas y los incas; los cuales pasaré a estudiar.

2.2.1. Los Mayas

Su origen exacto no ha podido ser determinado, pero de lo que se sabe se les subdivide entre mayas clásicos y posclásicos. Los primeros habitaron en las selvas de Guatemala, Honduras y Belice entre los años 300 y 900 d.C. Y los segundos habitaron la árida meseta de Yucatán en México desde el 900 hasta poco antes de la llegada española.

Para la era postclásica, fueron una sociedad teocrática, en la que muchos funcionarios administraban justicia, cobraban tributos a los campesinos y controlaban las actividades de la población. Su estratificación social se basó en los esclavos, estrato que se componía de personas castigadas por delitos o eran prisioneros de guerra y eran frecuentemente sacrificados a los Dioses. Luego estaban los artesanos y campesinos, quienes eran la mayoría de la población, siendo tejedores, alfareros o agricultores, que vivían y trabajaban en comunidades. Sobre estos últimos pesaban el trabajo y fuertes tributos, que generalmente correspondían a un porcentaje de la cosecha; y como lograban producir

excedentes, quedaban libres de ese trabajo por algunos meses del año, cuyo tiempo invertían en la construcción de templos y caminos.

Así las cosas, la agricultura era la base de la economía maya, pues los sacerdotes gobernantes dividían las tierras entre las comunidades cuyos miembros las trabajaban en común. Eran vigiladas de manera estricta las actividades agrícolas conforme al calendario respectivo y recaudaban la parte de la cosecha que por ley debían entregar a estado.

Fue con la actividad comercial que se complementó la vida económica de los mayas. Precisamente con los excedentes de su agricultura realizaban intercambios y también se intensificó el tráfico de esclavos. Como no tuvieron moneda, usaban granos de cacao como instrumento de cambio, además del trueque.

Uno de sus más grandes logros fue la escritura de jeroglíficos, muchos indescifrables hasta la fecha, pero otros tan famosos como el libro “Popol Vuh”, que contiene antiguas tradiciones y creencias de los mayas – quichés.

2.2.2. Los Aztecas

Luego de los toltecas y los chichimecas, los aztecas llegaron en 1168 al valle de México provenientes de un lugar norteño denominado Aztlán, de ahí su nombre. A principios del siglo XV se apoderaron de la isla del lago Texcoco, donde construyeron la espléndida Tenochtlán y para mediados de siglo XV ya existían junto con estas otras dos grandes ciudades aztecas, Tlatelcoco y Tlacopán, que juntas formaron una confederación a la que suele llamarse “Imperio Azteca”.

Existía socialmente una división en sectores cerrados, de los que con mucha dificultad podía darse movilidad. La confederación de las tres ciudades estaba presidida por el Gran Tlatoani como máximo jefe militar, supremo juez y representante de los dioses. Era una personalidad sagrada, ante la cual se debía estar descalzo y con la cabeza baja. Su poder estaba limitado por el Tlatocán o Gran Consejo, que era formado por los jefes de los calpullis, que tenían funciones legislativas, judiciales y administrativas, pudiendo incluso destituir al monarca por considerarlo incapaz o indigno. Designaba además a los 4 monarcas que elegían al emperador, por ello la monarquía no era hereditaria. Las leyes eran muy severas, y su cumplimiento estaba a cargo de jueces y funcionarios. Había pena de muerte a conductas como matar, robar o recoger maíz verde. Al calumnioso se le cortaba la lengua.

Su estructura económica y social estaba basada en los calpulli, que consistía en una agrupación de familias que trabajaban la tierra de propiedad comunal y no de los individuos que las cultivaban, quienes podían perderlas si por dos años dejaban de cultivarlas. De tal manera que las personas eran solamente propietarios de las cosechas, sobre las cuales tenían que dar una parte al Estado, otra a los templos y otra al jefe del calpulli. Existieron 20 calpulli, cada uno con escuelas y funcionarios.

La producción de maíz fue uno de los factores de su poderío, que les permitió alimentar a la creciente población de 7.000.000 habitantes, pero también producían frijoles,

calabaza, pimienta, tomate, batata, aguacate, cacao y maguey. Sumado a ello desarrollaron la metalurgia con oro y cobre, además de la alfarería y la textilera.

La guerra jugó un papel crucial en la confederación, ya que, para poder mantener la población en aumento, se requería sumar territorios conquistados; además se trataba de una misión religiosa, pues sus creencias dictaban que sus prisioneros de guerra debían ser sacrificados a los Dioses y precisamente por ello, todos los varones prestaban el servicio militar obligatorio. En cada *calpulli* el jefe militar realizaba el reclutamiento necesario, pero la columna del ejército lo constituían los soldados profesionales pertenecientes a las órdenes del Águila y del Jaguar, que iban distinguidos por estar revestidos con plumas de águila o con pieles de jaguar, según correspondiera.

2.2.3. Los Incas

La célula social y productiva de los incas fue el ayllu, que se constituía de un grupo de familias que vivían en la misma aldea o ciudad, que poseían en común la tierra, los animales y las cosechas. Pero la propiedad de las mismas no era del ayllu, sino que se las distribuía el Inca, que era el nombre que dieron los españoles a su llegada, a toda la población indígena desde Ecuador hasta el centro de Chile, pero en realidad era el título del monarca que gobernaba este territorio.

Las tierras de cada ayllu se dividían en tres partes, una para la comunidad, una para el Inca y una para el sol. Las tierras del Inca y las del Sol también eran trabajadas comunalmente por las familias y se consideraba un tributo que debían pagar prestando esos servicios laborales personalmente; no en especie, no en dinero. Existía también la mita, que consistía en una jornada de tres meses de trabajo obligatorio para el estado en la construcción de caminos y puentes, explotación de minas y obras públicas. La mita era obligatoria para los hombres y eran seleccionados por turnos en cada ayllu. Tenían entonces que trabajar para el ayllu, eran obligados a la mita y también los matrimonios eran realizados a una edad fijada por el estado. El imperio procuraba que todos tuvieran un trabajo para subsistir y, los ancianos y personas con alguna incapacidad eran mantenidos por el estado.

Esta fue la única cultura posclásica que desarrolló la ganadería, domesticando las llamas y alpacas. Contaban con el maíz como principal producto y desarrollaron para su cultivo sistemas de regadío, y con el grano de maíz fermentado elaboraban chicha, una bebida embriagante que aún hoy es producida y tomada en algunos países de América. También fueron un pueblo que explotó minas de estaño, cobre, oro, plata e incluso bronce, siendo una de las pocas culturas que trabajaron este último metal.

A pesar de ser una cultura en la cual no existió la propiedad privada, ya que la tierra y cosechas pertenecían al estado gobernado por el Inca, su distribución de clases fue muy marcada, ya que la condición social era heredada y en la base de la sociedad se encontraban los siervos que trabajaban sin remuneración, siendo prácticamente esclavos del imperio.

Toda esta estructura estatal se basaba en la creencia religiosa de que el monarca era un dios, así que por lo mismo era excesivamente débil, en caso de que el Inca no demostrara ese poder divino.

A diferencia de los mayas, los incas no desarrollaron la ciencia y a pesar de haber desarrollado un sistema de regadío, tenían un sistema de numeración rudimentario, no tuvieron escritura y solo mediante el quipu, que era un sistema de cuerdas de nudos y colores diversos, fue como lograron realizar censos de población para recaudar tributos. A pesar de ello, en el campo de la medicina realizaron la trepanación, es decir la perforación del cráneo con un instrumento quirúrgico.

2.2.4. Conclusión

La irrupción de la cultura indígena americana implicó un profundo choque cultural con el eurocentrismo, lo que tendría efectos profundos sobre el trabajo y su regulación en el continente americano, que llegan incluso al punto de que personas nacidas en América afirmaran que en este continente no existía derecho ni producciones de manifestación cultural de nivel superior, antes de la llegada de los conquistadores (López Michelsen, 1950). La verdad histórica mostrará algo distinto (Suescún Monroy, 1998)

Las civilizaciones indígenas son la resulta directa de sus circunstancias. Por esta razón, el orden social de cada una era diverso y se construía en base a los elementos de su realidad social, como la población, el medio geográfico, su organización social, sus elementos espirituales, y por supuesto, sus medios de producción, el trabajo y la técnica.

A pesar de ello contaban con un elemento conector entre todas ellas, que era la noción enraizada de lo colectivo. Para la cultura occidental es un concepto atado a las leyes, pero para los indígenas americanos la comunidad es algo de muchísima más profundidad, pues la unión del grupo se basa en parentesco, territorio, idioma, religión, ética, costumbres y leyes, que les permite identificarse como una entidad orgánica viva. Estas culturas no se identifican de manera individual, sino a través de su colectivo donde la madre tierra es el centro absoluto, superior, trascendente y mágico. En consecuencia, la tierra, los bosques, las aguas, los yacimientos no eran bienes sujetos al dominio individual, sino elementos parte de la comunidad al servicio general.

En una sociedad donde no existe la propiedad privada y la noción de comunidad cuenta con cimientos tan profundos, resulta que la noción de trabajo habrá de ser colegiada y dedicada a la colectividad: de todos, para todos, entre todos. Sin embargo, ello no llegó a significar que no se dieran modelos totalitaristas o incluso esclavismo, por supuesto al estilo propio de cada cultura y con fuertes argumentos de comunidad.

2.3. Historia occidental

La visión occidental del trabajo es diferente a la existente en la América originaria. La historia occidental presenta una evolución que enfoca el trabajo como un elemento importante para los imperios basados en distintos modelos de esclavitud, más adelante en

la consolidación de los gremios y otro conjunto de contratos intermedios que permitían la prestación de servicios personales con distintos fines, aún regulados por la autonomía de la voluntad del derecho civil. En este punto se abre paso la **historia occidental** con su etapa de transición denominada **protohistoria**, donde las sociedades se encontraban dando el paso hacia la escritura y a la formación del estado.

2.3.1. Edad antigua

Se inicia con la **edad antigua**, con el surgimiento y desarrollo de las primeras civilizaciones que desarrollando la escritura cuyo mayor vestigio es la piedra Roseta descubierta en 1799, permitiendo descifrar los jeroglíficos egipcios y que abrió la puerta al estudio de la edad antigua. En este período aparecen el poder político y las religiones organizadas, destacándose dos grupos principales: la civilización grecorromana y los imperios fluviales, ambos con conceptos de trabajo distintos.

Para la **civilización grecorromana** el sistema de producción esclavista predominó, definiendo conceptos sociopolíticos innovadores como la ciudadanía y la libertad personal, para una minoría que era mantenida por el trabajo esclavo. Estos últimos eran principalmente bárbaros de tierras alejadas, apresados por piratas o en guerras, que tendrían como único destino ser explotados de manera brutal, estando condenados a una vida de abuso y exterminio.

De otro lado estaba el trabajo de los hombres libres de Roma.

Como un mecanismo para unir y defender los mismos intereses de un grupo de individuos se constituyeron en Roma las corporaciones o *collegia*. Era la manera para conservar la unión de un gremio, para controlar sus medios de subsistencia, el ejercicio exclusivo de un oficio para que solo los miembros de este pudiesen ejercerla. Existía entonces un poder directo de los gremios de trabajadores para controlar el ingreso al oficio y la manera de ejercerlo.

Se trata de una institución con bastante tradición, teniendo en cuenta que su creación se le atribuye a Numa Pompilio, segundo rey de Roma (716-674 a. C.), de quien se dice distribuyó al pueblo por oficios y artes, garantizando la limitación del ejercicio del oficio dentro de un territorio específico, para que solo los socios o cofrades pudiesen ejercerlo. Otros dicen que los Colegios datan de la época de Servio Tulio, sexto rey de Roma (reinado c. 578 a. C.- c. 534 a. C.) (Portillo, 2019).

Había varios tipos de *collegia*. El religioso, *collegia compitalitia*, asociación que congregaba gente para adorar dioses. El *sodalitates sacrae*, que agrupaba a patricios o a personas con dinero que mezclaban ritos religiosos con otro tipo de celebraciones. Y, finalmente, estaban los *collegia artificum vel opifium*, que eran los colegios profesionales puros. Solo aquellos de larga tradición, lograron perdurar por ser *de antiquitus constitutae*, conforme a las disposiciones de la *lex Iulia de collegiis*. De esta manera, los colegios profesionales subsistieron, pero regulados estrictamente por el estado.

La regulación de los *collegia* contó con gran trascendencia, ya que estos se convirtieron en instituciones poderosas que conforme iban creciendo y ganando importancia debido a la cantidad de sus miembros, generando preocupaciones e implicaciones a nivel político; por lo cual, durante el reinado de Julio Cesar, estas fueron abolidas, para posteriormente ser abiertas nuevamente pero con leyes que regulasen su funcionamiento, como explico a continuación.

Así las cosas, los *collegia artificum* requerían de autorización previa del emperador o del Senado. Este requerimiento les convirtió de uniones de clase obrera, en una mano más de los estamentos de poder, con una reglamentación estructurada destinada al control de su ejercicio. Esta reglamentación puede verse en la Ley de las XII Tablas, que les permite establecer pactos solamente limitados por la ley pública. Se señala que esta disposición fue reproducida por Gayo del texto griego de la Ley de Solón, que dice que si no se oponen a las leyes públicas, será válido que pacten entre sí para sus fines, los de un pueblo o fratria (Tejero García, 1985)

Podría decirse entonces que, realizando un parangón con las figuras actuales, los *collegia artificum* son los colegios profesionales que ejercen el control de la ejecución de actividades laborales de impacto social, que por lo mismo requieren en su ejercicio de control del estado, y que otros son los sindicatos de trabajadores, que son los que se dedican a la defensa de la clase obrera.

A su paso, también existía la regulación para el trabajo individualmente considerado. El derecho romano es la base de muchas instituciones jurídicas de la actualidad, y dentro de ello contempló varias figuras jurídicas dedicadas a la regulación del trabajo desde el punto de vista civil, privado. De esta manera, la *locatio* romana implica varias categorías importantes: la *locatio conductio rei* (contrato de arrendamiento de cosas), la *locatio conductio operis* (contrato de obra), y la *locatio conductio operarum* (contrato de trabajo).

De esta manera, la expresión adoptada de *locatio*, buscaba significar el hecho de “colocar” algo al servicio de otro algo. En el caso de nuestro asunto objeto de estudio, aparece el deber del *locator*, que era quien ejercía la función de “colocar” una *opera* (su fuerza de trabajo, sus servicios); o *un opus* (alguna materia para que fuera trabajada por la otra parte en el contrato con vistas a alcanzar un resultado). A su paso, el *conductor*, era la parte que recibía el producto del trabajo del *locator*. (Torices Viña, 2017)

Sobre las especies de la *locatio*, hay dos que resaltan dentro del objeto del presente escrito, como se mencionó antes: la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*.

Con la *locatio conductio operis*, una persona se obligaba con otra a realizar una obra para la primera, a cambio de un precio que esta pagaba. En este caso, el objeto del contrato era brindar *aliquid faciendum* del trabajador que se obligaba a realizar una obra, que podía ser una cosa material o un servicio.

Por otra parte, la *locatio conductio operarum* consistía en una persona que se obliga a poner al servicio del empleador su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración. De esta manera, en este contrato de trabajo se plantea celebrado por partes iguales, empleador

y trabajador, siendo este último quien libre y auto determinadamente pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, recibiendo un pago por ello. Por ello, el objeto de este contrato es la fuerza de trabajo, la actividad laboral, no tanto el resultado. Vale decirlo, es un contrato de medio, no de resultado. Lo que importa es la prestación personal del servicio a favor de otro. Elemento central y distintivo de este contrato, que en la modernidad se transformaría en el ejercicio del poder de subordinación jurídica.

Por otro lado, en antigua Grecia los ilotas eran “los esclavos de la comunidad, éstos no estaban vinculados a un hombre, sino a un territorio” (Jardé, 1960).

En los **imperios fluviales** del antiguo Egipto, Babilonia, India y China, se impuso el medio de producción asiático, caracterizado por la existencia de un poder absoluto en la cúspide del imperio, sostenido con pagos de tributos por las comunidades campesinas atadas a este, pero que gozaban de condición social libre, ya que la esclavitud existía, pero no era la fuerza de trabajo principal. Estos imperios se desarrollaron mediante el poder en ríos y mares, dependiendo de los agricultores dedicados a producir alimentos, a quienes el líder supremo otorgaba tierras y herramientas para cultivarla, por lo tanto, la tierra era comunal. Con el tiempo, resultó que a estos pequeños grupos de agricultores se les van concediendo poder, convirtiéndose en dinastías.

El trabajo estaba entonces directamente relacionado a la agricultura, lo que en concepto de Monfort y Sudrià implica tres elementos: estar dominadas por la escasez, ser profundamente desiguales, pero a la vez ser capaces de generar crecimiento. Ante el crecimiento de la densidad de la población, el ser humano se veía en la obligación de mejorar sus métodos de producción, con un fin de sobrevivir.

Por lo descrito, durante la edad antigua el trabajo se presentó en el marco principal de las sociedades esclavistas. Se trató de sociedades profundamente desiguales, enraizadas en la posesión de unos, los esclavos, por otros, los amos; donde los primeros eran animales propiedad de los segundos. Ya se vislumbraba también el trabajo de artesanos y hombres libres.

Ya entre los siglos 3º y 8º se habla de la edad **antigüedad tardía**, que se erige como una etapa de transición que en el aspecto económico significó la sustitución del modo de producción esclavista al feudal.

2.3.2. Edad media

Luego llega la **edad media**, entendida esta como un período histórico de la civilización occidental comprendido entre de 476, con la caída del imperio romano de Occidente, a 1492, con la caída del imperio romano de Oriente y el descubrimiento de América, que se caracteriza por el modo de producción feudal con una sociedad predominantemente rural. En ella se dio una incipiente vida urbana y una burguesía que a la postre daría con el desarrollo del capitalismo.

En las **sociedades feudales**, también existe explotación de unos a otros, pero pasando de la extrema centralización del poder propio de la edad antigua, a la dispersión de este.

Desde la cúspide de la sociedad feudal, estaba el poder representado en el emperador o los reyes, que diluían el mismo hacia la base a través de la aristocracia denominada nobleza, con gran autonomía e independencia. Sus construcciones jurídicas se influenciaron de las tradiciones romanas y germánicas, que en lo que se refiere al trabajo se reflejaron en la clientela, el séquito y el vasallaje.

Precisamente con el fin del imperio romano, la gente quiso regresar al campo. Para ello se utilizaron relaciones de **clientela**, que era un acuerdo privado según el cual una persona ponía sus servicios a disposición de un patrón poderoso, usualmente un funcionario, un obispo o un senador, a cambio de su protección. La naturaleza privada del vínculo implicaba básicamente que estaba lejos del control del estado.

Mediante el **séquito**, propio de la tradición germánica, se generaba un vínculo de lealtad entre el jefe y sus secuaces durante el tiempo de una campaña de guerra.

Finalmente, el **vasallaje** fue bastante común y permanente. Consistía en el juramento de fidelidad del vasallo, un noble o un clérigo, hacia su señor feudal para determinadas servidumbres, principalmente apoyo político y militar, recibiendo una contraprestación que habitualmente consistía en el otorgamiento de control y jurisdicción sobre la tierra y población de su feudo o señorío. Era un contrato sinalagmático celebrado entre hombres libres, jurándose lealtad y no traicionar ese vínculo.

Descendiendo en la pirámide social, existieron diferentes tipos de vasallaje, pues también ocurría entre los señores feudales y los siervos, donde el que se une a un señor se convierte en *homo suus*, es decir, se convierte en hombre suyo. Esto era realizado con un acto formal en el cual el siervo pone sus manos entre las del señor, como señal de entregarse a este; acto al cual se le denomina homenaje u *homenatge*, en catalán (Lastra Lastra, El trabajo en la historia, 2009).

Allí los señores feudales, ejerciendo dominio sobre los hombres y las tierras a través de la renta feudal, devuelven la condición de personas a los siervos, pero en una limitada condición. En este caso no hay una noción de trabajo dependiente como tal, más bien puede hablarse de una servidumbre, ya que los señores feudales eran los dueños de la tierra, impusieron impuestos a sus siervos, quienes a su vez podían disfrutar de la tierra de manera restringida y pagando un porcentaje de lo producido. Era una especie de trabajo autónomo, pues el siervo poseía la técnica y la fuerza de trabajo, pero carecía de los otros factores de producción, la tierra y el capital.

No se buscaba entonces incrementar la producción ni la renta, por lo mismo el transporte estaba poco desarrollado y las poblaciones se dividían en pequeñas y remotos pueblos fruto de un sistema de defensa frente a la inseguridad y las guerras. Por lo tanto, la división masculina y femenina del trabajo, con reconocimiento apenas del primero, basada en el matrimonio servil era el núcleo de esa economía.

No había interés en regular esta actividad humana que era marcadamente servil y no generaba riqueza para el siervo, que era apenas una actividad de subsistencia. Aunque es

de anotar que existía una diferencia marcada entre la Europa Mediterránea y la Nórdica, pues la organización de la producción en la primera era individual y en la segunda era colectiva. Si bien es cierto en Europa del norte la tierra era también poseída de manera individual, sí existía una organización del trabajo comunitaria (Monfort & Sudrià , 2014). La comunidad del pueblo definía la tierra a ser cultivada, el producto a cultivar, así como el tiempo a utilizar en la producción. Encontramos entonces dentro del sistema feudal, el trabajo comunitario.

En el feudalismo no había hombres iguales ante la ley. Los señores tenían derechos y los siervos deberes. Los primeros tenían justicia, los segundos no, de tal manera que ningún tipo de reclamación podía prosperar si el señor feudal incumplía alguna de sus obligaciones. Solo los señores feudales poseían la tierra e imponían a los siervos un conjunto de prestaciones en trabajo y pagos en especie o moneda. Esta era la renta feudal.

En todo caso al tratarse de economías basadas en la tierra, se enfrentaron a varios problemas: (i) no poder predecir el clima y su impacto en las cosechas, (ii) alimentación y energía deficientes (iii) herramientas rudimentarias (iv) escasos bienes de consumo; y por supuesto, no toda la tierra era apta para el cultivo, pero el alza de alimentos por el crecimiento de la población, implicaron reducción de los espacios cultivables hasta entonces dedicados al pastoreo y la migración.

Se pasó entonces de la agricultura itinerante hacia cultivos estables que fueron revolucionados con el arado de ruedas que, junto a otras innovaciones sencillas, mezcló en el trabajo agrario a la fuerza humana, la fuerza animal y las herramientas. Como este sistema de producción descansaba fuertemente en la agricultura, estaba sometida a factores climáticos, la productividad de los siervos que, dadas las difíciles condiciones, sufrían de enfermedades; factores que no padecían las máquinas que llegaron a revolucionar los burgos, la artesanía y el comercio.

En la edad media se estableció el sistema gremial o de cofradías, de gran importancia para el fenómeno social del trabajo. Sobre este asunto, Johannes Bühler refiere que el mismo resultó de la agrupación de personas con la misma profesión y condiciones de vida similares en el marco de un sistema de comercio e industria incipiente, que llegaron a las ciudades en búsqueda de nuevas oportunidades y mejores condiciones de vida. Como menciona Max Weber, esta mano de obra llegó a las ciudades, permitió la formación del sistema de trabajo a domicilio y de artesanos humildes que posteriormente llegarían a la industria fabril (Weber, 2012).

Cada gremio o cofradía era regulado por leyes propias derivadas de la costumbre, pero cuando se trataba de representar el artesanado y defender los intereses colectivos, se reunían varios gremios de la ciudad (Bühler, 2005).

Llegaron a generar una clase especial dentro de la vida de la ciudad, ya que el acceso a los gremios se daba a través del parentesco y nacimiento. El maestro Américo Plá Rodríguez (Plá Rodríguez, 1989), al presentar la evolución histórica del aprendizaje destaca que, citando a Rabanal Carbajo, en el medioevo, el aprendizaje se estableció como

instrumento jurídico de *“formación del especialista y para la atribución de un puesto en la estructura jerárquica”* (Rabanal Carbajo, 2002)

En la Edad Media, el aprendizaje funcionó como una de las piezas fundamentales de la organización gremial. Se trataba nada menos que del primer paso y necesario para ser parte de la corporación. Para aquel entonces, las corporaciones eran las monopolizadoras de la industria, y estaban compuestas por artesanos cuya aptitud para el oficio se garantizaba y como esa industria era manual (serie de movimientos combinados que se aprenden más por la vista, la imitación y la práctica) resultaba absolutamente necesario el aprendizaje, como medio para adquirir la aptitud indispensable. Por tratarse de un sistema “a-capitalista”, existía un número reducido e invariable de maestros y la única forma de llegar a estos puestos limitados y seguros, era ir escalando las etapas de la jerarquía gremial: aprendiz-compañero-maestro. (Plá Rodríguez, 1989)

Los tres gremios principales eran los artesanos, los industriales y los comerciantes que fueron logrando cierta acumulación de capital y algunos linajes alcanzaron derechos especiales de protección, convirtiéndose finalmente en burgueses (Bühler, 2005). Precisamente con el propósito de controlar el poder que podían llegar a tener ciertos maestros dentro de los gremios, se generó un sistema para mantener la mayor igualdad posible entre los miembros del gremio. Se acordó regular el proceso de trabajo, de tal manera que ningún maestro podía escapar de las modalidades tradicionales y el gremio vigilaba la calidad de las mercancías, así como la cantidad de aprendices y obreros permitidos, llegando incluso a regular el acceso a las materias primas. Hacia adentro, los gremios buscaron controlar completamente los procesos productivos y hacia afuera eran monopolio absoluto, llegando incluso a ser delegado para establecer la política industrial. También se regularon los requisitos y tiempos para ser aprendiz, oficial y maestro. La de aprendizaje llegó a ser de 7 años en Inglaterra, pero de 5 en otros países y de 3 en Alemania; al finalizar estos tiempos, el aprendiz se convertía en oficial y debía trabajar sin pago durante algún tiempo. Por otro lado, se extremó el acceso al gremio por cantidad de miembros y acceso solamente por parentesco (Bühler, 2005)

Aparece entonces el taller y de la mano del sistema capitalista de producción, dejarán atrás la hegemonía gremial.

2.3.3. Edad moderna

Llega entonces la **edad moderna** entre 1492 con el descubrimiento de la existencia del continente americano por los europeos y terminará en 1789 con la revolución francesa.

En esta época se destacan los valores de la modernidad, es decir el progreso, la comunicación y la razón, teniendo como marco un impactante encuentro cultural de la prehistoria que ocurría en América, con la modernidad de Eurasia.

Las personas de la época empezaron a buscar respuestas directamente a través de los medios que cada realidad les brindaba. Por un lado, los intelectuales acudían a la ciencia, y por otro, las clases populares quisieron explorar el mundo, en cuyo proceso de

“exploración” es probable que hubiese mucho de generar mayores riquezas para los “ricos” y de poder ganarse la vida para los “pobres”.

2.3.3.1. Edad moderna en Europa

La llegada del sistema capitalista estuvo rodeada por varios fenómenos que lo impulsaron: las expediciones que darían con el descubrimiento del nuevo mundo (1492), el crecimiento de un mercantilismo estrictamente intervenido por el estado (siglos XVI y XVIII en Europa), las ideas de Adam Smith con “La riqueza de las naciones” (1776), los postulados de la revolución francesa (1789), y por supuesto la Revolución Industrial (1760-1840).

De tal manera que en esta era florecieron el capitalismo, el humanismo, los estados nación, la investigación empírica y el choque de civilizaciones que resultaría en la imposición de la visión de la civilización occidental, vale decirlo, la economía – mundo.

Para el componente social del trabajo, esta era implicó un incipiente capitalismo de:

2.3.3.1.1. Usufructo de la propiedad privada (Barbaglata, 2014).

La dominación del factor capital dentro del sistema capitalista otorga a los empresarios el derecho a aspirar, dice el Maestro Héctor-Hugo Barbagelata, no solo al provecho del emprendimiento sino también a una plena libertad de iniciativa, lo que contiene la posibilidad de fijar las condiciones de trabajo y producción. Esto implicó condiciones de trabajo inhumanas para los obreros de la industria y el trabajo a domicilio, encontrándose en el derecho civil el espacio donde la ley del amo y el servidor fue complementaria del derecho de propiedad.

2.3.3.1.2. Titularidad privada de los medios de producción.

Al ser los medios de producción privados y el trabajo uno de los elementos de la ecuación productiva, ocurrió y ocurre una competencia en el mercado del trabajo asalariado; lo que implicó una situación de miseria para los obreros de la industria y el trabajo a domicilio.

2.3.3.1.3. Liberalismo económico

Teniendo en cuenta la obra de Adam Smith “La riqueza de las naciones”, se sostuvo que la riqueza se deriva del trabajo. Para ello, se reclamaron condiciones libres en la contratación de la mano de obra, de esta manera ello no se regiría conforme a la regulación de los gremios que aún existían, sino que se garantizaría así la libertad de comprar y vender en todos los factores de producción. En ese sentido, el liberalismo económico buscaba la reducción del papel regulador del estado en todos los aspectos de la actividad económica que sería auto regulada por la oferta y demanda. Una libertad individual absoluta, que en términos jurídico-laborales correspondería a una plena e irrestricta autonomía de la voluntad privada para la contratación de personas. Se concibió entonces, que cualquier restricción impuesta a la libertad implicaba un bloqueo al progreso, la

armonía y la paz social. Por lo tanto, se consideraba por esta doctrina que, en tanto nada estuviera regulado, todo marcharía de maravilla conforme a las leyes naturales.

La evolución histórica del liberalismo económico presenta las escuelas clásicas de los fisiócratas, la anglo-francesa y la escuela liberal contemporánea. (Antoine (S.I.), 1839)

Para los fisiócratas, discípulos de Quesnay, la fisiocracia implica la constitución natural del gobierno más ventajoso para el género humano. Derivándose de la expresión de Rousseau sobre que “el hombre es esencialmente bueno y no tiene más que seguir las tendencias de la naturaleza, se fundamentó esa nueva moral. Para Dupont de Nemours, quien tuvo como maestro a Mercier de la Riviere, el nuevo orden social significa la marcha automática de los deberes y derechos recíprocos, como insumo absolutamente necesario para mayor multiplicación de productos y así incentivar la producción a fin de procurar la mayor suma de dicha posible al ser humano (Du Pont de Nemours, 1768).

Los **fisiócratas** sostienen que las leyes se crean para asegurar las condiciones mínimas necesarias para la expansión de la vida social, vida cuyo objeto es el goce fundado en la propiedad; de esta manera, las únicas relaciones jurídicamente relevantes son aquellas nacidas del comercio o la industria. Por lo tanto, las leyes están hechas para asegurar únicamente la libertad de las convenciones, lenguaje a través del cual los hombres disponen de su propiedad. Esto quiere decir, según los fisiócratas, que la ley solo puede hacer una sola cosa, que es permitir que los hombres se guíen por su interés personal. Nada más. El mantra del fisiócrata es, entonces, el famoso *dejar hacer, dejar pasar*.

La **escuela anglo-francesa**, liderada por Smith, dicta que todo se mueve por la libertad natural del interés. Interés que, describe en su célebre obra de “Investigaciones sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones”, y que podría definirse como el interés propio, el amor propio o egoísmo. Aquí es donde plantea claramente como uno de los puntos donde se debe contar con absoluta libertad de contratación, de autodeterminación sin ninguna intervención estatal, es en el régimen del trabajo; donde las únicas leyes reinantes serán las del mercado y cada uno será libre de contratar qué, cómo, cuándo, qué donde y quién desee, en tanto no infrinja la ley de justicia juzgada por un espectador imparcial. Por lo tanto, ningún lugar tiene dentro de este pensamiento, la protección del más débil, los derechos colectivos.

Un pensamiento diametralmente opuesto a lo que es hoy el centro del derecho del trabajo: la protección del más débil en el ejercicio del trabajo humano en todas sus formas. No hay cabida al “deber ser” orientado al bienestar común, sino que solo se puede contemplar cómo el mercado va orientando la repartición de riqueza. En esta escuela llegarían como discípulos, Thomas Malthus y David Ricardo.

También está la **escuela ortodoxa francesa**, que según uno de sus seguidores Jean-Baptiste Say, toda la sociedad se reduce a producir y consumir. A su paso, Bastiat dice que el principio fundamental de toda civilización es el goce. Dice que hay que dejar a los hombres trabajar, cambiar, aprender, asociarse, obrar, reobrar entre ellos; y de esa interacción inteligente no brotará sino orden, armonía y progreso infinitos.

Finalmente, la **escuela liberal contemporánea**, probaría irrefutablemente los dolorosos resultados provocados en el mundo de los trabajadores por el liberalismo intransigente y se propondría una ruptura creando el ala de los liberales moderados, como lo explica James Edwin Thorold Rogers.

Al dirigir el análisis hacia los liberales moderados, se encuentra que se concentran más en los hechos y datos históricos, conservando fuertemente varios de los dogmas clásicos. Y, aunque de manera muy limitada, admiten la posibilidad de la intervención estatal en los más agudos problemas derivados del liberalismo puro.

En la obra de James Edwin Thorold Rogers se aprecia claramente lo que he descrito anteriormente:

“(...) toda teoría económica que desdeña los hechos conduce, en la práctica, a grandes errores, que resultan muy perjudiciales cuando se aferran a ellos personajes ignorantes, pero influyentes. Podría citar, por docenas, errores de esta clase. Algunos han sido vencidos definitivamente, otros se conservan aún, pero van perdiendo terreno, pues la política práctica se inspira cada día más en el espíritu económico. Muchos de ellos tienen gran resistencia; son aquellos que han tomado la forma de derechos adquiridos y ya se les defiende en nombre de la tradición, ya se les adorna con afirmaciones tan terminantes como infundadas (...) Comencé por reunir datos acerca de los precios de artículos de primera necesidad. En seguida extendí el círculo de mis investigaciones a todo aquello que podía ilustrarme sobre la condición social de los ingresos desde hace seiscientos años. (...) Este estudio me ha enseñado que muchas cosas que consideran naturales los economistas de fama, son artificiales en alto grado; (...) Preciso es confesarlo, la economía política está enferma; su autoridad se ve discutida, sus conclusiones atacadas.

(...)

La desconfianza hacia la economía política corriente ha sido expresada en alta voz por los obreros y no hay motivo para extrañarse de ello. La cuestión del trabajo ha sido discutida por muchos economistas con un desdén tanto altanero como irritante. Verdad es que el economista enseña que toda riqueza tiene por origen el trabajo, que no es más que el trabajo almacenado bajo la forma de objetos apetecibles, que el capital es el producto del ahorro y que los esfuerzos del trabajo se acrecientan y multiplican. Pero después cambia de repente de dirección y reprocha a los obreros su imprevisión, su temeridad, su incontinencia en multiplicarse torpemente, y les declara, con más o menos claridad, que nos prestarían un buen servicio emigrando por millares, cuando la ausencia de algunos miles de nuestras personas acomodadas es lo que no nos causaría perjuicio alguno. Jamás he percibido en ninguno de los numerosos libros escritos por la pluma de economistas el menos esfuerzo por remontarse a las casas históricas del conmovedor espectáculo que nos

rodea, ni para descubrir si alguna iniquidad persistente ha sido la causa dominante del pauperismo inglés. Las tentativas de los obreros para mejorar su suerte han sido desfiguradas o pasadas en silencio, o bien se les ha recomendado que se preocupen por el porvenir del fondo de los salarios, ese fantasma, esa palabra vaga y vacía. En Estados Unidos la cosa es peor aún. Un autor ha publicado un libro acerca del salario, afectando ignorar deliberadamente el efecto de la tarifa americana sobre la retribución de los trabajadores. Si conociera una palabra de la materia sobre la cual escribe, a menos que lo haga para conseguir un empleo, sabría que el aumento de las Aduanas sale necesariamente del gasto de los pobres, y no hubiera necesitado un míster Washburn, ex ministro de los Estados Unidos en París, le recordará que el fraude es una pasión que avasalla a todo americano rico y que la corrupción de lo aduaneros es el instrumento de que constantemente se vale.

(...)

El legislador prescribe, en uso de su autoridad, el sentido que debe darse a las palabras que emplea y no consiente que se altere seta significación; de lo contrario, la ley vendría a ser en la práctica un caos indescifrable. Nadie está autorizado a discutir sus definiciones; basta con que la interpretación se determine de una vez para siempre. Pero en aquellas cuestiones que afectan a los intereses más hondos de la humanidad, no puede admitirse autoridad alguna semejante” (Rogers, 1888)

Rogers, además de criticar directamente la economía política y referir la cuestión social histórica como un elemento importante para las proposiciones de las leyes económicas, abre el espacio para que el Estado, a través del legislador, imponga a los ciudadanos normas con una interpretación específica, limitada, con la que precisamente se busca limitar el mandato irrestricto del mercado. De esta manera, las antes todopoderosas partes, a través de sus convenciones y en uso de su autonomía, no pueden alterar el significado específico que el legislador le brinde a los textos legales. Llegando incluso a proponer que existen asuntos de talla superior intocables, que corresponden a “los intereses más hondos de la humanidad”.

2.3.3.1.4. Principio de la autonomía de la voluntad privada.

Este aspecto merece un análisis más detallado, ya que este es el eje fundamental sobre el cual se estructura el derecho civil, del cual posteriormente surgiría el derecho del trabajo como rama independiente, precisamente como una excepción jurídica dedicada a imponer límites, adicionales al interés público y las buenas costumbres, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, el trabajador.

Este principio de la autonomía de la voluntad privada, corazón palpitante del derecho civil, tuvo su fundamento en la época del estado liberal, como nos recuerda tratadista argentino Carlos Santiago Fayt.

Dice Fayt que este principio se desarrolló a partir de la revolución inglesa de 1688, la americana de 1776 y la francesa de 1789 y surge como una conquista de los derechos individuales. Este estado liberal se caracteriza por reducir sus funciones a la seguridad y protección de los derechos individuales: vida, libertad y propiedad privada (Fayt, 1973).

Sobre este asunto el alemán Jürgen Habermans manifestó que “el estado tenía que garantizar las bases de una sociedad de propietarios particularmente autónomos mediante la autonomía privada, de la cual se deducían lógicamente la libertad del contrato de comercio, de propiedad y de herencia” (Habermans, 1969)

A su paso, el también alemán Kurt Lenk opina que “los individuos libres e iguales en derechos, regulan sus mutuas relaciones mediante contratos privados, libremente acordados, tanto si se trata de cuestiones políticas, económicas o de otro tipo. Esta concepción del contrato está hecha a imitación del proceso de cambio entre poseedores de mercancías que compiten libremente (Lenk, 1971)

La autonomía de la voluntad privada es, entonces, la traducción jurídica del ambiente político y mercantil de la época, dominado por el liberalismo económico.

Como consecuencia, la tarea del estado estaba estrictamente limitada a la creación de reglas generales para que las partes, de manera concreta, crearan sus propias regulaciones para defender su libertad y propiedad. El contrato, como expresión de la voluntad de las partes, se equipará entonces a la ley. Se dispone que el derecho estatal debe limitarse a servir a la voluntad individual, o a complementarla, o a suplirla, conforme se presuma querido por esa voluntad. Ello termina por ser traducido en la regla “*voluntas facit legem*”.

Fue así como el principio de autonomía de la voluntad privada llega a tener consagración constitucional, como en la Constitución de Estados Unidos de Norte América, sección 1ª, parte 1ª sobre “derechos a la vida, la libertad y a la búsqueda de la felicidad”. También se preserva en forma de códigos, tales como el código Civil Francés, artículos 544, 1134 y 1154; el Austriaco, artículo 18, 354, 860, 861; el español, artículo 1255; el colombiano, artículo 1494, 1602, entre otros muchos casos alrededor del mundo.

El Código Civil francés, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804 y conocido también por los nombres de Código Napoleónico o Código de Napoleón, consagra en su artículo 1134 el principio de la autonomía de la voluntad de las partes de la siguiente manera:

“Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe.”

De su texto se pueden exponer las siguientes características esenciales del principio de la autonomía de la voluntad privada conforme a la doctrina francesa:

- Existe libertad para contratar y para no hacerlo. Es entonces la libertad de contratación un elemento central de la autonomía de la voluntad.

- Con la negociación del contrato, las partes buscan efectos jurídicos concretos, destinados a regular sus propios intereses.
- Las únicas restricciones que existen en la celebración de contratos son las buenas costumbres y el orden público.
- La intención de los contratantes es determinante para establecer el alcance e interpretación del texto contractual.
- Las partes mismas pueden elegir la jurisdicción o el mecanismo para resolver las eventuales controversias.
- La voluntad de las partes es una fuente formal de derecho.

Siendo la autonomía de la voluntad de las partes el eje principal del derecho civil será este mismo el paradigma que se rompe y que valida la existencia del derecho laboral.

En el derecho laboral este principio está limitado y se crean un conjunto de ficciones jurídicas que, con absoluta independencia de la voluntad de las partes, generan consecuencias jurídicas. A la relación del trabajo se llega por alguna de dos vías, bien por el acto jurídico de la celebración de un contrato de trabajo, bien por la ocurrencia de un hecho jurídico que implica la reunión de tres elementos esenciales configurando el “contrato realidad”: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación jurídica y la remuneración.

Con el paso de los años, precisamente para enfrentar las cambiantes condiciones en el ejercicio de la actividad laboral, se han ido generando alcances interpretativos y normativos con numerosos tipos de excepciones al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia laboral, aunque, vale la pena precisarlo, este principio sigue teniendo un valor muy relevante en la actualidad, especialmente en algunos países que le brindan un espacio predominante conforme a su sistema económico y, por lo mismo, del ejercicio de la libertad de empresa.

2.3.3.2. Edad moderna durante la colonia en América (Montenegro González, 1984)

El impacto de la conquista de América también implicó un conjunto de fenómenos sociales de gran trascendencia, siendo la mita y la encomienda las más marcadas (Montenegro González, 1984). El marco legal mínimo para cualquier tipo de expedición a América después de la llegada accidental de Colón, se instituyó el contrato de capitulaciones, que básicamente consistía en que el conquistador reconocía la propiedad de la Corona sobre las tierras y mares que descubriese, obligándose también entregar una quinta parte del botín de metales preciosos a la Corona, asumiendo para ello el costo de la expedición, fundar poblaciones y convertir a los indios al cristianismo.

Fue mediante las Leyes de Burgos de 1512 que se estableció la encomienda, consistente en un sistema para encomendar un grupo de indios a cada conquistador, para que trabajaran en las minas, pero con la obligación de bautizarlos, instruirlos en la fe católica, enseñarlos a leer y escribir, darles vivienda, tierras y salario. Decían las leyes que los indios debían trabajar 5 meses al año, con un período de descanso de 40 días y no podían

ser golpeados con palos ni azotes, ni siquiera ser insultados. De tal manera que uno de los principales motivos de la Corona Española para conquistar y dominar el territorio americano, fue el convencimiento de estar realizando una misión de evangelización. A pesar de ello, no eran normas que se cumplieren.

Este modelo acabó siendo un mecanismo de abusos y crueldad con la población nativa, ya que cada conquistador buscó obtener el mayor margen posible de ganancias en cada expedición. Ante tal situación, la Corona dictó normas para parar la violencia, pues por ejemplo con un edicto de 1500 se prohibió esclavizar a los indios.

En este momento de tanta complejidad, surge la figura de Bartolomé de las Casas, un religioso español dedicado a la defensa de los derechos de los indígenas a inicios de la colonización de América. Denunció el sistema de la encomienda por su carácter de exterminio y orientación a la esclavitud. Con la llegada al trono del Rey Carlos I se abrió un espacio para que Fray Bartolomé fuera escuchado y se le encargó que realizara una propuesta de reforma a dicha institución aplicada en América, la que nunca se haría realidad por la lucha y resistencia de los indígenas y los intereses de los encomenderos en mantener la institución.

Su obra es amplia y se refleja, entre otros, con escritos que resaltan el acceso a los derechos humanos por nacimiento y que la condición de haber nacido en las Indias no elimina el carácter humano de sus habitantes y, lo que es lo mismo, la garantía de unos derechos mínimos fundamentales que fueron sistemáticamente soslayados en el proceso de conquista. Tales escritos son: “Memorial de remedios para las indias” (1518), también conocida como “Los quince remedios para la reformación de las Indias”, “Historia de Indias” (1517); “Apologética historia sumaria” (1536); “De único vocationis modo”, conocida en español como “Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión” (1537); “Memorial de los remedios” (1542); “Treinta proposiciones muy jurídicas (c. 1548)”; “Principia Quaedam” (1552); “Brevísima relación de la destrucción de las Indias”; “Tratado sobre los indios que se han hecho esclavos” (1552).

Se le considera un precursor de la conquista basada en la evangelización aceptada, voluntaria, humanitaria, del derecho internacional y de los derechos humanos. La siguiente frase recoge su legado: *“Las leyes y reglas naturales y del derecho de las gentes son comunes a todas las naciones, cristianas y gentiles, y de cualquier secta, ley, estado, color y condición, que sean sin ninguna diferencia”*, es esta una formulación emitida en el Vaticano por Bartolomé de las Casas.

Su legado resulta trascendente en el derecho del trabajo actual debido a los principios básicos planteados en referencia con la lucha en contra de la explotación, la violencia, el abuso. La necesidad de ponderar como superior e inquebrantable la perspectiva humana del trabajo, en el marco de los fenómenos económicos, es un llamado hecho desde entonces por Bartolomé de las Casas. El trabajo realizado sin condiciones dignas, violencia en los entornos laborales, explotación laboral, no es más que la versión vigente de los fenómenos deshumanizantes que se padecen a lo largo de la historia, lo que sin duda estamos viviendo conforme se recoge en este texto. La construcción del trabajo típico como única y excluyente fuente de derechos, deshumaniza a los trabajadores que

están fuera de él, convirtiéndolos en un factor de producción más, desprovisto de garantías mínimas universales y cuyo despojo y minimización es un requerimiento para el crecimiento de la industria.

Regresando a lo que sucedía en América durante la edad moderna, los españoles no fueron los únicos colonos de América, pues el continente recibió además portugueses, ingleses, franceses y holandeses.

La encomienda se trató, inicialmente, de una figura dedicada a que el encomendero protegiera, representara ante la ley y evangelizara al grupo de familias que recibía en encomienda. Y por ello, los indios pagaban el tributo y prestaban algunos servicios al encomendero. Para 1549 la Corona Española prohibió el trabajo obligatorio y dejó a los encomenderos el beneficio de recibir directamente los tributos; pero cuando los indios no tenían cómo pagar los tributos, se cobraba con jornadas de trabajo. Fue solo hasta 1721 que fue abolida la encomienda, de tal manera que a medida que fueron falleciendo los encomenderos, eran libres los indios.

A su paso, la mita era un sistema originario del imperio Inca consistente en un sistema de turnos de trabajo de varias semanas al año para el desarrollo de obras públicas, como la construcción de templos, acueductos, fortalezas, caminos, entre otros. Fue el Virrey Francisco de Toledo quien la reactivó en la época de la colonia española y consistía en que los corregidores seleccionaban a indios no encomendados para trabajar a cambio de un salario; no eran aceptados voluntarios. La mita podía ser agrícola, pastoril o minera. El mitayo recibía un salario después de descontados los tributos, y tenían que costearse los gastos de traslado entre los caseríos y los lugares de trabajo. Usualmente los mitayos eran engañados por los criollos o españoles para comprar mercancías y tener que realizar turnos extra para pagarlos, aunque incurrieran en la prohibición de las Leyes de Indias que establecían que la mita minera no podía durar más de 10 meses al año. La mita fue la causante de una reducción de la población indígena en el Virreinato de Perú en el siglo XVI.

En México y Centroamérica no existió la mita, en cambio sí existió el cuatequil que consistía en jornadas de trabajo con distribución de trabajadores y turnos que requerían de la autorización del Virrey o la Audiencia.

Aunque en Europa Occidental ya no existía, en la conquista americana reapareció la esclavitud convirtiendo a los negros africanos en mercancía e instrumento de trabajo ante la rápida desaparición de los indios en las Antillas, se destinaron principalmente a la minería, pero también a la agricultura, con condiciones incluso peores que las de los indios, pues a los esclavos no se les consideraba personas sino objetos.

Los negros que escapaban de sus amos les denominaban cimarrones, ya que huían para agruparse en las cimas de las montañas. Eran castigados con azotes y otros castigos corporales inhumanos y de llegar a pasar 7 meses lejos de sus amos, eran ahorcados. Los que lograban escapar de la persecución, se agremiaban en palenques, que eran caseríos rodeados de palos de madera; así se denominan en Colombia, Centroamérica y las Antillas. En Venezuela se les llama cumbes.

La mano de obra esclava negra e indígena fue fundamental para el desarrollo de la economía enfocada al capitalismo comercial y al mercantilismo, de tal manera que los monarcas intervinieron sus economías con prácticas que les permitieran acumular oro, plata y otros capitales.

En el Brasil de los siglos XVI y XVII los portugueses no encontraron oro, ya que los indígenas aún no los trabajaban, pero a finales del siglo XVII se descubrió oro y diamantes, de tal manera que en la primera etapa de la conquista portuguesa se dedicaron a la agricultura. Y en la segunda etapa, a conquistar el interior de Brasil, la explotación minera y a contar con más esclavos.

Para Smith (Hurtado Prieto, 2003), quien vivió en la edad moderna, en la sociedad comercial la mayor parte de las necesidades individuales son satisfechas gracias al trabajo de otro. Así las cosas, un individuo será rico o pobre, conforme logre disponer para sí mismo del trabajo de los demás. De tal manera que la forma de alcanzar la riqueza, acorde a Smith, implica contar con trabajadores subordinados al servicio propio. Y bajo esta premisa, cuando se realiza una transacción mercantil, hay un intercambio de trabajo. El tiempo de vida que cada trabajador imprime en producir un bien y servicio, toma parte entonces de cualquier negocio sobre lo producido.

2.3.4. Edad contemporánea

El trabajo en la **historia contemporánea** abarca un período desde la revolución francesa (1789) hasta el presente. Es una etapa de profunda transformación en cortos períodos de tiempo y por lo tanto resulta de gran impacto su estudio para entender las dinámicas en las que se mueve el derecho laboral.

Precisamente es en esta etapa que pueden clasificarse las 4 revoluciones industriales, el paso de la servidumbre al contrato civil, de allí al contrato de trabajo y finalmente al cuestionamiento sobre el objeto principal de estudio del presente documento, el futuro del trabajo.

Este período histórico se inicia con la rebelión de los privilegiados, la asamblea constituyente y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en Francia (Montenegro González, 2002). En el país europeo estaban ocurriendo varios eventos importantes. El antiguo régimen intentaba imponer impuestos a los nobles y el clero, pero se realizó una convocatoria a los Estados Generales, que tenía representación del clero, la nobleza y la burguesía. Con este llamamiento los primeros dos estamentos pensaban afianzar su poder, pero lo que terminó por suceder fue la consolidación del poder en manos del tercer estado, es decir de la burguesía que representaba al pueblo. Sucedió que estos se revelaron ante la negativa del rey para contar los votos individualmente en el marco de la reunión de los Estados Generales. Fue así como convocaron una Asamblea Constituyente que deliberaba en Versalles, pero en París crecía la tensión por el aumento de precios y el temor de que Luis XVI disolviera por la fuerza la Asamblea. Esta tensión vino a resultar en un estallido representado por la toma de La Bastilla, la destitución del alcalde de París y la creación de una Comuna presidida por un burgués.

Entre tanto, la Asamblea Constituyente reconoció a la Guardia Nacional, encargada de resguardar las propiedades de los burgueses del desorden popular y luchar en contra del ejército real.

Con la presión de los desórdenes en París, la Asamblea Nacional Constituyente Francesa se vio presionada a abolir la servidumbre, los privilegios del clero y la nobleza, las cargas que se habían impuesto a los campesinos y promulgó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

La Constitución de 1791 generó una profunda transformación y convirtió al estado francés en una monarquía constitucional, entregando también el poder a los burgueses, pues solo los ciudadanos que pagaran impuestos podían votar y ser elegidos para cargos públicos; todo ello contrariando precisamente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Esta situación terminó por escalar la violencia y el autoritarismo, generando el espacio para que el ejército tomara el control político de Francia. Dentro de los integrantes de los ejércitos revolucionarios estaba Napoleón Bonaparte, quien demostraría rápidamente sus habilidades tácticas tanto en el campo de batalla como en la política. En 1804 Napoleón fue declarado por el Senado como el emperador de los franceses, posición que vía plebiscito fue confirmada por el pueblo. De esta manera, se creó un imperio burgués con autoritarismo militar de Napoleón.

En el gobierno de Napoleón se dispuso de gran cantidad de obras administrativas y legislativas, siendo de gran importancia el Código Civil napoleónico de 1804 que declaró la libertad de trabajo y la abolición de las corporaciones. Así, la industria burguesa eliminó el bloqueo que estas últimas pretendían establecer para limitar la producción a sus condiciones.

Para regular el trabajo, este Código se basó en un principio esencial de la revolución francesa, que es la igualdad de los hombres ante la ley; por esta razón a las relaciones de trabajo se les aplicó el derecho común, ya que, al ser todos iguales, corresponde regir sus actos por las mismas leyes. En el capítulo 3° del título 8° del libro 3° se establece el contrato de arrendamiento de obra y de industria; y el artículo 1.779 refiere tres clases de contratos, así: (i) contrato de trabajos domésticos y obreros (ii) contrato de transporte, y (iii) contrato para la confección de obra; todo ello siguiendo la tradición romana.

Había dos partes en la relación laboral, el patrón o empleador -arrendatario-, que estaba en condiciones de igualdad jurídica con el trabajador -arrendador- que pactaban con libertad los elementos de tiempo, modo y lugar en el que se iban a prestar los servicios personales de uno al servicio de otro por el pago de un salario y su único límite era el Código Civil, respetando entonces los demás elementos para el perfeccionamiento del contrato, cuales son el consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos. (Labarca Goddard, 1966)

Con el tiempo, esta condición de igualdad jurídica de las partes en la relación de trabajo resultó en la explotación laboral y abusos de todo tipo del patrono hacia el empleador, por las simples dinámicas en las que la prestación del servicio ocurría, donde el poder económico de unos imponía sobre la condición humana del prestador del servicio personal. Condiciones insalubres, jornadas de trabajo infinitas, trabajo infantil, exposición indiscriminada a factores de riesgo, salarios paupérrimos, pagos totales en especie, exterminio de cualquier tipo de protesta, entre otros factores.

Esta situación junto con el impulso revolucionario en Francia se extendió por Europa y por América, donde los burgueses se sintieron con la fuerza suficiente para intentar alcanzar el poder y derrocar el antiguo régimen, con la forma que fuese que se presentara. Por esta razón, las ideas de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y en general de la revolución francesa, resultaron alimentando el fuego revolucionario de luchas independentistas por muchos años, incluyendo también los movimientos obreros.

Se evidenció que el poder preponderante del capital en el sistema capitalista provocó una explotación sin piedad de la capacidad de trabajo de hombres, mujeres y niños en condiciones inseguras e insalubres. **Karl Marx** presenta de manera sistemática y organizada las objeciones al mismo en su obra más significativa “El capital”, volumen I (1867) (Marx, 1867). Allí atacó la propiedad privada de los medios de producción y dividió la sociedad burguesa entre capitalistas y asalariados. Precisamente estudia la fuerza de trabajo humana, que se cambia, se compra y se vende como otra mercancía cualquiera y obedece a las mismas leyes del mercado, sin importar que detrás de ellas hay un ser humano, con su familia: el proletario.

Engels también opina al respecto y es citado por el mismo Marx cuando realiza una descripción de lo que sería un día del trabajador en una industria capitalista:

“La esclavitud en que la burguesía tiene sujeto al proletariado no se revela nunca con mayor claridad que en el sistema fabril. Aquí, cesa, de hecho y de derecho, toda libertad. El obrero tiene que presentarse en la fábrica, sobre poco más o menos, a las 5 y media de la mañana, si acude dos minutos más tarde, es castigado; si llega 10 minutos después, no se le admite hasta que pase la hora del desayuno, con lo que pierde un cuarto de día de jornal. Tiene que comer, beber y dormir a la voz de mando... La despótica campana le saca de la cama y le levanta de la mesa, interrumpiendo su desayuno y su comida. ¿Y qué pasa dentro de la fábrica? Aquí, el fabricante es legislador absoluto. Dicta los reglamentos de fábrica que se le antojan; modifica y adiciona su código a medida de su deseo; y, por disparatadas que sean las cláusulas que introduzca en él, los tribunales dicen indefectiblemente al obrero: has entrado a trabajar voluntariamente en virtud de ese contrato, y no tienes más remedio que cumplirlo...Estos obreros están condenados a vivir desde los nueve años hasta su muerte bajo la férula física y espiritual.” (Engels, 1972)

Esta situación resultante de la implementación del “*laissez faire, laissez passer*”, preocupó a algunos asociados al socialismo utópico como Étienne Cabet, Charles Fourier, Henri de Saint-Simon.

También estuvo Robert Owen, quien por primera vez abogó por la creación de una ley internacional para la protección de los trabajadores en una petición dirigida en 1818 al Congreso de la Santa Alianza.

La búsqueda de soluciones globales para los problemas de los trabajadores sería defendida también de manera temprana por Daniel Le Grand, un filántropo suizo radicado en Francia que dedicó buena parte de su vida a intentar mejorar las condiciones laborales de sus trabajadores, y que a partir de 1840 se embarcó en el estudio de la situación jurídica de los obreros en diversos países, comenzando a redactar proyectos de leyes internacionales. (Ramos Vázquez, 2017)

Le Grand abordó temas como la jornada de trabajo, la fijación de un día de descanso, el trabajo nocturno, las actividades insalubres o peligrosas y una reglamentación especial para los niños.

Las primeras normas laborales –sobre jornadas y condiciones de trabajo– datan de inicios del siglo XIX. Está la Factory Act inglesa de 1802, también conocida como la *Health and Morals of Apprentices Act*. Esta ley estableció que: (i) Los centros de trabajo debían estar adecuadamente ventilados y ser encalados –pintados– dos veces al año; (ii) los niños debían tener equipos completos de ropa para el trabajo; y, (iii) los niños menores de nueve años no podían trabajar. (Boza Pró, 2014)

Asimismo, se estableció una jornada máxima de trabajo de ocho horas para los niños entre los nueve y trece años y de doce horas para los adolescentes entre los catorce y dieciocho años. Por su parte, la norma de 1833, sobre tiempo de trabajo, estableció que la jornada de trabajo debía desarrollarse entre las 5.30 a.m. y las 8.30 p.m. y no podía ser mayor a las doce horas diarias, prohibiendo el trabajo nocturno para los niños. En Francia puede citarse la ley de 1848 como la primera que estableció una jornada máxima de trabajo (Boza Pró, 2014)

Empezó también el proceso de agremiación de los obreros ante las violaciones de los patronos y a liderarse esfuerzos internacionales para “estandarizar los abusos” y generar un orden mundial de este factor de producción. Las acciones en favor de una organización internacional que enfrentara temas laborales se iniciaron en el siglo XIX, y fueron lideradas por dos empresarios, Robert Owen (1771-1853) de Gales y a quien ya mencioné anteriormente, Daniel Le Grand (1783-1859) de Francia (Organización Internacional del Trabajo, 2018).

Fueron surgiendo los movimientos obreros como una herramienta de lucha y presión por parte de los trabajadores (Bernadros Sáenz, Hernández Benítez, & Santamaría Lacho, 2014).

Para hacerle frente a este fenómeno a finales del siglo XIX se extendió desde Alemania (Bismarck), hacia otros países y continentes, un conjunto de políticas públicas de protección social, presentándose entonces las primeras manifestaciones del estado bienestar. En Alemania para 1871 se introdujo el seguro de accidentes y el de enfermedad en 1883. En Inglaterra, para 1911 fue cuando se dispuso de seguro de accidentes, pero los de jubilación y desempleo en 1909. En EE. UU. solo hasta 1930 se generó la ley de federal de seguros de accidentes. Solo sería en el siglo XX cuando se lograra la limitación y regulación del trabajo infantil, así como la reducción de la jornada laboral, primero a 12 y luego a 8 horas. (Bernadros Sáenz, Hernández Benítez, & Santamaría Lacho, 2014)

Se presentó entonces una transición del contrato civil de obra al contrato de trabajo. Ya se ha pasado por los modos de producción esclavista, feudal y llegando al capitalista, donde el derecho inicialmente aplicable a la prestación de servicios personales se produjo bajo la perspectiva de absoluta dominación del capital sobre la condición humana del trabajador, es así como algunos autores le denominaron el derecho de dominación (Sinzheimer, 1930).

Con el paso de los años, fue abriéndose campo un conjunto de regulaciones apartadas, eventuales y limitadas que algunos sindicatos incipientes iban logrando, pero fuera del mando del Estado.

El objetivo de este conjunto de normas que iban creándose por la costumbre, era permitir convivir al régimen capitalista con las condiciones humanas mínimas para ejecutar el servicio contratado. No se trataba de la creación de un nuevo sistema económico, sino de la armonización de las necesidades del capital con las necesidades humanas y esta es precisamente la misma dinámica que se ha venido moldeando a través de los años con la fuerza que a esta ecuación ha impuesto el avance de la tecnología.

Simplemente el capitalismo en su forma más pura implica que el capital domina a los demás factores de producción, y al existir cualquier tipo de imposición de nuevas condiciones de trabajo o limitación del *ius variandi* o poderes del empleador, se está socavando el capitalismo. Por lo mismo, cada vez que se propone una regulación para mejorar el desarrollo del capitalismo, se acude a una reducción de las condiciones de empleo y a una ampliación de los poderes del empleador.

Es de allí donde surgió el afán o necesidad de regular el trabajo asalariado, para estandarizar o controlar de alguna manera este factor de producción y permitir una economía mundial regulada. Se inició con el contrato civil.

Guillermo Boza Pró distingue dentro de la doctrina clásica, que el derecho del trabajo experimentó tres etapas en su proceso de desprendimiento del derecho civil: la prohibición, la tolerancia y el reconocimiento (Boza Pró, 2014)

La etapa de prohibición se caracteriza por el nacimiento de los primeros sindicatos y la posición del estado liberal para legitimar su soberanía o monopolización del poder. Como primera característica de los estudios que abordan el tema, está el impacto del sistema de

producción capitalista en el trabajo, que sustituyó al feudalismo que a su vez había reemplazado al esclavismo.

Se evidencia una transformación radical en la concepción del trabajo. Se partió en el esclavismo de una inexistencia de todo reconocimiento de este como una actividad humana, pasando en el feudalismo a unos vínculos de servidumbre señorial donde el trabajo del siervo implicaba una cierta protección y otorgamiento de una tierra para vivir y alimentarse. Llegamos al capitalismo donde se trabaja a cambio de capital, bajo un régimen civil de igualdad negocial de las partes, regido por la autonomía de la voluntad privada.

En este momento histórico es donde se inician las relaciones laborales individuales y colectivas con alguna estructura concreta, puesto que las fábricas y el comercio en general requería de mano de obra constante y capacitada, especializada en una labor concreta. Con la industrialización, se crea una necesidad de garantizar la prestación personal continuada de mano de obra humana, con lo cual aparece el contrato civil. El rol del estado en esta etapa frente al trabajo fue el de garantizar precisamente el orden público y evitar cualquier tipo de interferencia en la actuación de las fuerzas del mercado. El estado era el guardián del “dejar hacer, dejar pasar”

El trabajo realizado en ese momento se caracterizaba por:

- Autonomía de la voluntad de las partes para acordar las condiciones de empleo
- Duración indefinida del vínculo, vale decirlo, el trabajo tenía la virtud de durar por un tiempo extenso, en tanto el objeto del contrato persistiera. En todo caso, habrá que precisar que, en el Código de Napoleón, posteriormente transmitido en a los códigos civiles que lo utilizan de referencia, como por ejemplo el español, el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.
- Largas jornadas de trabajo
- Condiciones insalubres e inseguras para ejercerlo
- Inexistencia de justiciabilidad de derechos del trabajador
- Realización de labores concretas, repetitivas y permanentes
- Absoluta subordinación jurídica
- Remuneración precaria
- Trabajo infantil sin restricción

Este fue el trabajo de la primera revolución industrial, cuya consolidación y evolución se presenta entre 1760 y 1840, y se potencializa con la producción a gran escala en las nuevas fábricas con la mecanización de la producción y la energía proveniente del agua y del vapor. En la siguiente sección abordaré las 4 revoluciones industriales y el desenvolvimiento del derecho del trabajo con el paso de los años.

3. Las revoluciones industriales, la gran depresión, la segunda guerra mundial y el mercado laboral

Los cambios definitivos en la manera como se desarrolla la manufactura moldean la manera en la que se contrata y regula el trabajo como factor de producción. En esta sección busco estudiar cómo los cambios que dividen las revoluciones industriales se ven reflejados en el comportamiento del mercado laboral y en sus estructuras jurídicas.

3.1. Primera revolución industrial (1760-1840)

Una revolución industrial es un momento en el espacio y tiempo que significa el rompimiento definitivo de un paradigma productivo. Para el caso de la primera revolución industrial, el rompimiento de la dependencia a la economía rural y comercial, pasando a estar ante una economía urbana, industrializada y mecanizada (Chaves Palacio, 2004).

Su germen aparece en el Reino Unido debido a cuatro cambios radicales: explosión demográfica, agrícola, comercial y de transporte (Marín, 1981).

En lo demográfico, pasó de tener 5.800.000 habitantes en 1741 a 14.000.000 en 1831. Frente a la agricultura, se dieron nuevas técnicas de producción, así como el sistema de cercamientos; también ocurrió un crecimiento del 90% en la productividad agrícola del siglo XVIII. En el aspecto comercial, las exportaciones inglesas llegaron a triplicarse entre 1750 a 1800. Finalmente, en cuanto a transportes, se dieron mejoras en las carreteras y la navegación por ríos, pero el factor definitivo fue el ferrocarril, con la ampliación de los mercados a precios nunca vistos. (Marín, 1981)

Pero el ajuste más radical generado por este conjunto de fenómenos fue en el cambio ideológico en los órdenes jurídico, social y religioso. Jurídico porque se generó un fuerte afianzamiento de la propiedad privada dentro del sistema capitalista, diferenciándolo del trabajo, los cercamientos en la agricultura y la constitución de sociedades para ejercer el comercio y la industria. Socialmente, la liberación de mano de obra a causa de la revolución agraria, además de la disolución del régimen gremial, implicó la creación de un verdadero y complejo mercado de trabajo, donde la fuerza de trabajo de la persona se convierte en mercancía. Desde el punto de vista religioso, finalmente, las visiones del protestantismo y el calvinismo llegan a aportar el ideario necesario para establecer el caldo de cultivo del capitalismo. (Marín, 1981)

El paso de una economía agraria a una basada en la tecnología de las máquinas, principalmente la energía derivada del vapor se dio en Inglaterra. A lo que luego se le van uniendo Francia después de las guerras napoleónicas (1815), Alemania en 1871, Norte América luego de la guerra de secesión (1865) y finalmente Rusia después de la Primera Guerra Mundial (1918).

Se caracterizó por un crecimiento sostenido de fábricas, generando un paisaje lleno de chimeneas; dentro de estas fábricas se conjugaba la fuerza de trabajo de muchas y variadas categorías de trabajadores, adultos y niños, encargada de manejar las máquinas. (Marín, 1981)

Como todo cambio radical, el temor y la tendencia a intentar mantener el estatus quo, generó gran desorganización, visible en aspectos descritos de la siguiente manera (Marín, 1981):

- Transformación de una sociedad de castas a una de clases. Se pasa de un sistema estrictamente cerrado, donde el parentesco rige la fortuna de los ciudadanos, a uno semiabierto que da preferencia al estatus adquirido, es decir a la fortuna es construida por cada ciudadano en la medida su esfuerzo personal, al menos desde el punto jurídico se plantea de esa manera.
- Ruptura de las jerarquías tradicionales. La burguesía accede a la clase dirigente y las máquinas igualan al aprendiz, oficial y maestro a la misma condición, una masa social indiferenciada. Se elimina casi por completo la apreciación de la habilidad individual del trabajo manual ya que se le reemplaza a esta con la máquina. Los trabajadores asalariados calificados, son reemplazados por máquinas, trabajadores ordinarios, mujeres y niños. Se crea una masa de trabajadores poco preparados.
- Creación de situaciones de desarraigo y mutación de la relación personal con el sistema de producción. El concepto de familia extendida, profundamente atado a la sensación de identidad del individuo, se afecta a causa de los traslados masivos de la población buscando trabajo y residencia en las grandes urbes. Por otra parte, la venta de la fuerza de trabajo personal se convierte en la única conexión con la relación de producción en la sociedad. Sumado a ello, se percibe a la máquina como la enemiga del trabajo humano tradicional.
- Miseria de los trabajadores industriales. Proliferan los salarios bajos establecidos para nivel de subsistencia a lo sumo, multitud de viviendas de pésima calidad, inexistencia de seguridad social en el trabajo, trabajo de niños y mujeres, jornadas de trabajadores limitadas por la capacidad física de soportarlas. Incluso, llegaron a encadenar niños a las máquinas para evitar su escape y si se dormían, eran azotados. Estas fueron las razones principales que impulsaron los movimientos obreros, que en la etapa de prohibición explicada por Boza Pró, implicó una severa represión de las organizaciones de trabajadores. Los Códigos Penales tipificaron como delito a la sindicalización, por ejemplo:
 - México. Código Penal (1871): “se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos penas, a los que formen un tumulto o motín, o empleen de cualquiera otro modo la violencia física o moral con el objeto de hacer que suban o bajen

los salarios o jornales de los operarios” explica Boza Pró citando a Néstor De Buen (De Buen, 2008).

- Perú. Decreto Ley 7166 (1931). suspensión automática de las garantías constitucionales a consecuencia de la declaración de una huelga, y su automática restitución al término de ésta.
- Valoración del obrero como relleno de las máquinas. Por primera vez en la historia del ser humano, este pierde el rol principal en los procesos de producción y las máquinas toman ese lugar. Ahora es el criterio auxiliar para soportar la inversión realizada. Evidentemente esto se comporta de manera distinta conforme al tamaño de la empresa y el sector, pero es un fenómeno visible desde entonces hasta nuestros días. Las personas dejaron de ser humanos y se convirtieron simplemente en piezas de maquinaria.
- El trabajo define el rol social del hombre. No existe otra manera de suplir las necesidades básicas y se concibe el mismo como la manera de aportar al crecimiento social. En la edad media el trabajo era un castigo, aquí implica la definición del ser dentro de la sociedad.
- Choques constantes entre clases. Las situaciones ya descritas implican la creciente oposición entre quienes detentan los medios de producción y quienes son asalariados dependientes de vender su fuerza de trabajo. Ello hace que empiecen a aparecer asociaciones para organizar la lucha. Marx es quien recoge todo este fenómeno y lo estudia profundamente.

También explica Montenegro otro conjunto de factores para tener en cuenta (Montenegro González, 2002):

- Era de inventos. Philippe Lebon y Alphonse Beau de Rochas inventaron el motor de explosión, así como la lámpara de gas para el alumbrado público. Brayton usó petróleo para dar fuerza motriz. Rudolf Christian Karl Diesel adaptó el motor a diferentes combustibles. Gottlieb Wilhelm Daimler inventó el automóvil, pero sería Ford quien estableció la fabricación en serie, apoyado por la vulcanización del caucho realizada por Charles Nelson Goodyear.
- Desarrollo del capitalismo industrial: El siglo XIX fue definido por un mercado liberalismo económico, absoluta libertad de trabajo, producción, comercio, empresa e inversión. Desde las posiciones privilegiadas de poder, los burgueses se asentaron en los parlamentos para dictar medidas favorables a la industrialización. Las máquinas aniquilaron los talleres familiares y concentraron a los obreros dentro de un solo edificio para la producción. Allí se centró la clase social proletaria, cuya denominación proviene de la clase social más pobre del imperio romano, cuya única posesión era su prole, es decir sus hijos.
- La necesidad de obtener las materias primas demandadas por la industrialización dio oxígeno al imperialismo. Con la dominación económica sobre los reinos

asiáticos y africanos, se permitía cierta autonomía o derechos exclusivos bajo la condición de intervención de capitales y obtención de ganancias. El primer gran imperialista fue Gran Bretaña, bajo el liderazgo de la Reina Victoria. A la postre, Europa lograría imponer sus condiciones en el mundo entero, solo exceptuando a Estados Unidos y Japón. La producción ocurría en los términos y condiciones del poderoso desarrollo industrial europeo.

- Desde el punto de vista religioso, el papa Leon XIII publicó la encíclica *Rerum Novarum* (viernes 15 de mayo de 1891), en la cual criticó el liberalismo económico por afectar los derechos naturales del hombre, abogó por el derecho de sindicalización y a recibir un salario justo. También condenó el comunismo, por sus predicados ateos y materialistas, de tal manera que propuso la justicia social y el amor cristiano como fundamento de cualquier relación laboral, en oposición a la lucha de clases.

Bajo este contexto, los primeros movimientos obreros aparecen, a pesar de la violenta represión. En Gran Bretaña se desarrolló el movimiento cartista, denominado de esta manera porque se trató de un movimiento organizado que presentó al Parlamento la Carta del Pueblo, que con un millón de firmas pedía sufragio universal, voto secreto y elecciones anuales. Esta visión política del movimiento obrero implicaría un paulatino reconocimiento de derechos sociales y a la postre implicaría la creación del partido laborista.

3.2. Segunda revolución industrial (1870 hasta 1945)

En la primera década del siglo XX, la energía eléctrica y el motor de combustión interna, impulsada por combustibles fósiles, principalmente derivados del petróleo, y la producción en masa taylorista y fordista abrieron paradigmas para el inicio de la Segunda Revolución Industrial.

El modo de producción esclavista en Estados Unidos inicia en 1619 cuando el barco inglés *while lion* llega a las costas de Virginia con 20 esclavos comprados en Angola por los portugueses, que luego serían capturados por piratas ingleses. Fueron intercambiados por ganado.

Inicialmente la llegada de esclavos extranjeros tuvo una escala reducida y se integraron a la mano de obra esclava de los nativos americanos en las plantaciones de tabaco, algodón y arroz. Los terratenientes vieron posibilidades de expansión a través del esclavismo, de tal manera que la explotación de esclavos se amplió con cientos de miles de africanos que, una vez en Estados Unidos, tuvieron descendencia que sustentó el sistema principalmente en el sur del país.

Existía una marcada diferencia en los sistemas económicos de los estados del norte y los estados del sur en Estados Unidos. Los norteamericanos se urbanizaron e industrializaron

rápidamente, el comercio crece de la mano de una enorme infraestructura de transporte, principalmente vía ferrocarril. Es así como se describe a este fenómeno:

“la industrialización también se caracteriza por la construcción de grandes industrias en las que se producirán cambios sociales masivos, ya que el porcentaje de trabajadores asalariados en el total de la población activa aumentó del 10% en 1800 al 40% en 1860. Casi todo el noreste se ha convertido de hecho en una región donde los trabajadores son asalariados, distanciándose del ideal del mito fundador de los Estados Unidos, que eran los campesinos libres y autónomos que se asentaban en sus tierras. Entre los empleados, casi la mitad son mujeres, jóvenes que trabajan durante algunos años en la industria textil antes de casarse. Estas mujeres trabajan en estas fábricas, con lo que contribuyen a los ingresos de la familia, que tiene contribuciones en efectivo para comprar cosas.” (Helg, 2020)

La declaración de independencia de 1776 no eliminó la esclavitud, y mientras en un norte industrializado crecía el movimiento abolicionista, y a pesar de que el tráfico internacional de esclavos fuera prohibido en 1808, el sur era sostenido por la producción esclavista.

Para 1860 se eligió al presidente republicano Abraham Lincoln y apoyó la abolición de la esclavitud en todo el país, pero los estados del sur tenían una dependencia productiva completa mediante los esclavos y por ello se opusieron a la decisión de Lincoln, estallando una guerra civil. Hasta 11 estados declararon su secesión para conformar los Estados Confederados de América, pero los estados Unionistas ganaron la guerra en la Batalla de Gettysburg. El país se reunificó, prohibiendo la esclavitud mediante la enmienda 13 de la Constitución, pero en todo caso iniciaría una política de segregación racial profunda.

Inicia la segunda revolución industrial a Estados Unidos y para 1867 llegan inmigrantes en masa, de países como Alemania, Irlanda, Italia, Japón, entre otros, buscando oportunidades. *“Entre 1820 y 1860 hubo la llegada de 5 millones de inmigrantes que contribuyeron a esta explosión. En total, la población aumentó de 5,3 millones en 1800 a 31,5 millones en 1860, es decir, seis veces más”* (Helg, 2020). Se inician también conflictos con los americanos originarios para despojarles de su territorio, resultando en una aniquilación de los indígenas. El país en todo caso seguía buscando territorios cercanos para conquistar, por lo que buscó establecer una expansión de imperio colonial.

En este período, explica Lucas Marín (Marín, 1981), ya existe una clara consolidación de la sociedad industrial, plenamente organizada en torno de la producción y las máquinas desarrolladas para ello; esto significó un crecimiento económico exponencial, que en Estados Unidos para 1890 pasó de tener una población de 50 millones a una de 85 millones en 1905, triplicando el valor de los productos manufacturados en ese mismo período de tiempo. Ello impulsado por la apertura de mercados con el descubrimiento de oro en California, llamada fiebre del oro, y los desarrollos del transporte mediante la creación de una gran red de ferrocarriles, canales y carreteras.

Muy importante para la definición de este período fue la organización científica del trabajo a través del taylorismo y el fordismo. Ambos métodos de producción en masa, comenta Munck (Munck, 2008), crearon un nuevo método de trabajo. Taylor propondría las bases teóricas de administración científica del trabajo, que se basaba en la separación entre la planeación, la ejecución de la fábrica y el establecimiento de una única y mejor manera de hacer cada tarea. Sería Ford el pionero del principio de la cadena de montaje en la que se aplicó estrictamente el estudio de tiempo y movimiento de Taylor, ya que eran las máquinas las que imponían el ritmo y la marcha de la fábrica. Fue Ford quien dispuso el pago fijo por contrato, a cambio del tradicional pago por piezas, además del pago de 5 dólares al día. Al respecto, Antonio Gramsci es referido por Munck y señala que su objetivo era “crear una fuerza de trabajo cualificada para ser orgánica y bien articulada, o un equipo compuesto por trabajadores especializados. A la par de ello, el fordismo también implicó el surgimiento de la sociedad de consumo; ya que, a salarios más altos, corresponde un mayor nivel de vida y consecuentemente mayor consumo.

A diferencia de lo que ocurría en el resto de Europa, Rusia no se había transformado como las demás naciones, como expone Augusto Montenegro (Montenegro González, 2002). En ese país el poder del Zar se mantuvo, perpetuando los beneficios de la nobleza y el clero, no existió una burguesía creciente y casi la totalidad de la población era campesina sometida aún a la servidumbre.

En 1861 el zar Alejandro II decretó la libertad de los siervos, adquiriendo la propiedad de las tierras que cultivaban tras el pago de una indemnización a los dueños. El estado pagaría de manera anticipada a los propietarios y este cobraría a los campesinos en varios plazos. Pero este proceso no fue entendido o considerado justo por los campesinos, que se sublevaron creando movimientos como los nihilistas, quienes realizaron un atentado provocando la muerte del zar Alejandro II. Lo que vino con los zares herederos fue represión y bloqueo de las reformas.

Iniciaría de manera tardía y lenta el proceso de industrialización ruso, impulsado por la inversión de capitales franceses, que desarrollaría una incipiente burguesía, pero con pocas libertades; y de un proletariado creciente que fue demandando cambios sociales.

A comienzos del siglo XX, sumado a las demandas proletarias, los burgueses también empezaron a demandar un gobierno constitucional liberal como el de Gran Bretaña o Francia y los movimientos socialistas encontraron en Rusia un ambiente muy favorable. La monarquía fue quedando sin respaldo.

En 1905 el zar Nicolás II cedió a la creación de un régimen constitucional y con la derrota en la guerra con Japón, en el país se agudizó la crisis económica y social. Se desató una huelga en todo el país. Ocurrió el denominado “domingo sangriento” en el que la guardia imperial dispersó a balazos una manifestación pacífica de obreros y niños. De ello se culpó al zar aunque no estaba en palacio, quien para evitar una guerra civil, debió conceder libertades individuales, de prensa y de reunión, creando también la Duma o Asamblea Legislativa. Pero este proceso de democratización no avanzó, pues el zar impuso varias veces su criterio, incluso llegando a disolver la duma varias veces. Los

socialistas fueron creando en ese ambiente muchos soviets, no solamente con obreros y campesinos, sino con soldados.

Entre 1914 y 1918 ocurriría la primera guerra mundial, como expone Augusto Montenegro (Montenegro González, Historia del antiguo continente, 2002). Al declararse la paz mediante el Tratado de Versalles, se declaró culpable del conflicto a Alemania y se le castigó. Estados Unidos se consolidó indiscutiblemente como potencia y líder económico mundial.

En Rusia, la entrada a la primera guerra mundial implicó el fin del régimen zarista con la primera revolución. El 14 de marzo de 1917 la Duma constituyó un gobierno de transición que exigió la abdicación del zar Nicolás II. Con ello caería la dinastía Romanov de tres siglos de vigencia. Esta primera revolución fue liderada por la burguesía, que decidió mantenerse en la primera guerra mundial, creando el espacio necesario para que Lenin propusiera convertir la revolución burguesa contra la monarquía, en una revolución socialista contra la monarquía y el capitalismo a la vez. En noviembre de 1917 Lenin proclamaría el triunfo de la revolución bolchevique de los obreros, campesinos y soldados. Ya en el poder, se creó el Consejo de Comisarios del Pueblo, presidido por Lenin, cuyas principales reformas fueron:

- Retiro del país de la guerra
- Abolición de las propiedades agrícolas, que pasaron a los campesinos bajo el control de los soviets
- Nacionalización de bancos, industrias, ferrocarriles y demás servicios públicos; entregó la administración de las fábricas a los trabajadores bajo la dirección del gobierno.
- Separó el estado de la iglesia ortodoxa y prohibió cualquier instrucción religiosa, reemplazándola con educación marxista
- Decretó la obligatoriedad del trabajo y del servicio militar para hombres y mujeres

A la muerte de Lenin en 1924, asumió el poder Stalin, quien industrializó el país, estructuró el estado y colectivizó las tierras. En este último punto, se crearon las granjas colectivas o *koljoses* y las granjas de estado o *sovjozes*. En los *koljoses* las utilidades son repartidas entre los trabajadores según el rendimiento de cada uno, las tierras son del estado y los campesinos son dueños únicamente de su vivienda, una huerta y algunos animales. A su paso, en los *sovjozes* los trabajadores ganan un salario como los obreros de las fábricas

El conflicto dejó a cerca de 13 millones de muertos, personas con discapacidad, huérfanos y viudas; además de la devastación de regiones enteras. Durante la guerra, las mujeres reemplazaron a los hombres en las fábricas y oficinas, lo que implicó a la postre el reconocimiento del derecho de las mujeres a elegir y ser elegidas en Gran Bretaña y otros países.

Con el fin de la primera guerra mundial mediante el Tratado de Versalles, también se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), encargada de elevar el nivel de vida del

proletariado en todo el mundo, esencialmente para unificar las condiciones de producción en todo el globo en el componente del trabajo humano. Pasaría a ser una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas con la finalización de la segunda guerra mundial.

Esta Organización, referente internacional del derecho laboral, se fundó en el profundo convencimiento de que la justicia social es esencial para lograr una paz universal y duradera. En ese sentido, su propósito es precisamente ello, alcanzar la justicia en los aspectos laboral y social, basándose para ello en el tripartismo que brinda igualdad de condiciones a estados, empleadores y trabajadores, sosteniendo que el trabajo es la llave para garantizar la justicia social. De esta manera, el papel de la Organización Internacional del trabajo se centra en establecer cobertura y calidad en el trabajo como puerta de acceso a las garantías laborales mínimas para el bienestar social.

En una nota más destinada a referirme al objetivo de este documento y el rol de la OIT en el mismo, vale la pena anotar desde ya que es enorme el reto que asume esta Organización de cara a las transformaciones del trabajo moderno, a los fenómenos que hoy conocemos como trabajo atípico y, evidentemente, en el ambiente de debilidad económica acrecentada por la pandemia desde 2020, la explosión del trabajo virtual, tanto típico como atípico, el disparo en el trabajo informal y demás situaciones, no hacen más que alejar a las personas de la puerta de acceso a condiciones laborales mínimas y dignas es enorme, teniendo en cuenta que solo los trabajos formales típicos constituyen la completa apertura de los mismos. Las estructuras institucionales del estado social se centran en el trabajo típico-formal, y su falta de adaptación han provocado un escape de estas, vías precarización laboral. Pero de todo esto y el papel de la OIT hablaré más adelante.

Ahora bien, regresando al recuento histórico, es posterior a la creación de la Organización Internacional del Trabajo, y como consecuencia de las condiciones en que se estableció el Tratado de Versalles, entre otras situaciones, que estalló el nazismo, el fascismo y la gran depresión. Ocurrió una cadena nefasta de acreencias. Los aliados tenían deudas con Estados Unidos, que se había convertido en el banquero mundial. A su vez, los aliados pagaban los créditos con el dinero que Alemania pagaba por concepto de sus sanciones. Cuando Alemania no pudo pagar, Estados Unidos le prestó.

3.2.1. La crisis de 1929

En octubre de 1929 los valores de la bolsa de Nueva York bajaron severamente; muchos negocios y bancos quebraron y el cierre de comercios y fábricas generó millones de desempleados. Fue la caída del capitalismo puro.

Sucedió que la producción en masa generó una sobreproducción que no logró ser absorbida por los mercados, sumado a esto el crecimiento artificial de muchos valores creó una burbuja financiera que reventó e hizo perder confianza en el mercado, creando un pánico financiero en 1929 que derivó una carencia de flujo de dinero haciendo inviable la producción, los empleos y el consumo. Esta caída colapsó la economía, provocando un coletazo gigantesco que requirió muchos años de reconstrucción hasta 1939.

Según cifras del Banco Mundial, durante la Gran Depresión de los años 1929-33, la tasa de desempleo en Estados Unidos se disparó del 3 % al 25 %. La producción industrial se redujo a la mitad (Banco Mundial, 2019).

Durante esta crisis sufren muchos sectores, pero especialmente la agricultura y los obreros.

Además de esto, durante la década de 1930 en Estados Unidos se presentó un desastre ecológico conocido como el *dust bowl*, que consistió en una sequía muy grave que afectó las llanuras entre el Golfo de México hasta Canadá, provocado por años de prácticas agropecuarias negativas que despojaron de humedad del suelo causando una profunda sequía, tanto que la tierra hecha polvo y arena era levantada por el viento en grandes nubes tan condensadas que ocultaban el sol.

Esto significó un desastre monumental y miles de granjeros tuvieron que salir de sus tierras buscando mejores oportunidades de vida, teniendo que atravesar el país de extremo a extremo en condiciones nefastas. Tres millones de habitantes dejaron sus granjas durante la década de 1930, y más de medio millón emigró a otros estados, especialmente hacia el oeste (Worster, 1979, pág. 277).

Por otra parte, se había presentado el nacimiento e internacionalización del movimiento obrero que se enfocaba en las jornadas y salarios. En Chicago surge el movimiento obrero a finales del siglo XIX, empezando por la lucha de la reducción y regulación de la jornada laboral de 16, 12, 10 y llegando a las 8, 8, 8 horas (8: horas de trabajo, 8: horas de sueño y 8: horas de ocio) durante muchos años. De la misma manera, en Estados Unidos se reúnen muchas corrientes de pensamiento social llegadas de Europa a causa de la inmigración.

Estas personas luchan unos tras otros para conseguir mejoras salariales y en jornada de trabajo creando los primeros sindicatos. Inicialmente estas agremiaciones eran declaradas ilegales, que se describe como la etapa de la prohibición conforme a la clasificación histórica propuesta por Guillermo Boza Pró, que he mencionado anteriormente (Boza Pró, 2014). Ello porque se les consideraba monopolios y, en aplicación de la norma antimonopolio o *Sherman Antitrust Act*, eran prohibidas. Esta ley fue publicada el 2 de julio de 1890, estando hecha para evitar las acciones de Rockefeller con la Standard Oil Co. Inc. Fue así como en 1911, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sentenció que la estructura y el desempeño de dicha compañía se ajustaba a las conductas de “monopolio” definida por según la Ley Sherman Antitrust, ordenando su desmembración en 34 empresas independientes.

A Estados Unidos llegaban millones de emigrantes en búsqueda del sueño americano y se encuentran con unas situaciones laborales muy complejas de empleo precario y desempleo. Teniendo en cuenta las cifras inmigración en Estados Unidos se pueden identificar 3 olas: la de 1881 a 1890 con 5.246.613 personas, la de 1901 a 1910 de 8.795.386 personas y entre 1911 a 1920 con 5.735.811 personas. Es así como, solamente

entre 1901 y 1930, a Estados Unidos emigraron 18.638.406 de personas (Guerrero Yoacham & Guerrero Lira, 1998, pág. 162).

Por su origen europeo, los inmigrantes empezaron a ser considerados anarquistas “problemáticos” y discriminados sistemáticamente a causa de las nociones xenofóbicas provocadas por lo que ocurría en el marco de la primera guerra mundial. A esta fama de problemáticos, definitivamente no ayudó el intento de homicidio realizado por Giuseppe Zangara, en contra del presidente Roosevelt el 15 de febrero de 1933 en Miami, Florida. Zangara era un albañil de educación baja a quien cuyos fuertes dolores abdominales, presuntamente ocurridos por una apendicectomía que le realizaron en 1926, luego serían citadas como causas de sus cada vez más frecuentes delirios. (History.com Editors, 2020)

Los europeos, especialmente los trabajadores que buscaban mejorar las condiciones laborales del gremio fueron perseguidos e inculpados por crímenes que no cometieron y condenados a la muerte. Entre ellos, estuvo el sueco Joel Emmanuel Häggglund, mejor conocido como Joe Hill, que se convierte en activista político y líder por la lucha de los trabajadores y la creación de sindicatos en Estados Unidos. Fue miembro de los “*wobblies*”, es decir miembro de la “Industrial Workers of the World (IWW)”, Trabajadores Industriales del Mundo, que era una organización sindical internacional que fue fundada en 1905 en Chicago, Illinois en los Estados Unidos.

Para esa época ser europeo en Estados Unidos significaba una presunción de culpabilidad basada en la xenofobia, se les acusaba de delitos que no cometieron y aún, contando con pruebas testimoniales sobre su inocencia, pesaba más la discriminación a que eran sometidos, siendo llevados en largos juicios con resultado mortal. Así sucedió con Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti que eran dos inmigrantes italianos, trabajadores y anarquistas.

También se destacó Emma Goldman, quien fue una activista anarquista rusa de origen judío, considerada la madre del movimiento obrero.

Evidentemente los sindicatos se quedaron sin posibilidades de exigir mejores condiciones, simplemente por la desaparición masiva e intempestiva de empleos en 1929.

Estados Unidos, al quedarse sin recursos por la gran depresión, no puede prestar los recursos planeados para reconstruir Europa tras la primera guerra mundial. Alemania no tiene con qué pagar el Tratado de Versalles y, en consecuencia, Europa no tiene ninguna manera de respirar en el ahogamiento de la economía para 1929.

En ese caldo de cultivo tan brutal, aparece Hitler, como explicaré en el siguiente capítulo. Pero también es en este momento histórico tan terrible, que aparece Franklin D. Roosevelt, trigésimo segundo presidente de los Estados Unidos entre 1933 hasta su muerte en 1945, siendo el único que ha logrado ganar cuatro elecciones presidenciales en esa nación: la primera en 1932, la segunda en 1936, la tercera en 1940 y la cuarta en 1944.

El *New Deal* propuesto en campaña y desarrollado por Roosevelt ya como presidente, con la asesoría de John Maynard Keynes, implicó el desarrollo del estado benefactor en

Estados Unidos, como método para solucionar el problema de perturbación económica transitoria de la gran depresión, reactivando así la economía a través de la creación de empleos formales para personas en obras públicas, dejando también de grandes infraestructuras estatales, la Corporación Federal de Seguro de Depósitos y el Programa de Asistencia de Nutrición Suplementaria, entre otros (Banco Mundial, 2019, pág. 126).

Es allí cuando se legalizan los sindicatos con la adopción de la *Ley Wagner* o *National Labor Relations Act* del 6 de julio de 1935, que lograron organizarse dentro de las empresas, a tener seguridad social pensional, seguro de desempleo y regular las jornadas de trabajo.

Entonces, la crisis del empleo ocurrida en 1929 fue muy grave debido a que se evidenció que el crecimiento económico no era eterno, que la agricultura no era infalible y las industrias no podrían producir sin consumo. Se comprobó dolorosamente que el mercado no se puede regular solo y se ve necesario replantear la política de agricultura en Estados Unidos. El liberalismo puro resultó en la comprobación a través de hechos irrefutables, que socialmente era insoportable mantener la auto regulación del mercado.

Aquello permitió la formulación e implementación del neoliberalismo, que pondera la necesidad de la intervención del estado en la economía, pero facilitando y regulando la libre empresa, reconociendo la función social de la propiedad privada y de la contratación de trabajo sobre el principio de libertad, la actuación de los sindicatos y las necesidades del trabajador.

Esta transformación de la regla económica pretendía generar un mayor crecimiento, esa era su pretensión. Esa libertad de los mercados generaría un efecto derrame que implicaría beneficios para todos y ello fue asociado con financiación, globalización, cuotas de impuestos más bajas, liberalización, pero 40 años después, según Joseph Stiglitz (Stiglitz J. , 2020), se evidencia que el modelo es un fracaso. Indica el economista que solo el 1% de la población son aquellos que han acumulado grandes riquezas y se han visto beneficiados con este modelo. El crecimiento se está ralentizando y existe una alta inestabilidad. En Estados Unidos la esperanza de vida ha decaído, hay una depravación moral con los préstamos abusivos, la crisis de los opioides en la cual las farmacéuticas vendían drogas adictivas negando que lo eran, las empresas de automóviles vendiendo vehículos contaminantes, pero negando tal carácter, las empresas de comidas vendiendo alimentos adictivos, provocando enfermedades en los niños y adultos. También está la crisis climática, la crisis en la desigualdad, entre otras. (Stiglitz J. , 2020)

El reto para el sistema neoliberal y, si se quiere, para cualquier sistema económico, es asegurar la construcción de sociedades prósperas en el marco de una justa distribución de la riqueza. Sobre este horizonte económico, se plantea el rol del ordenamiento jurídico como mecanismo para asegurar que no se presenten abusos y exista un control a la autonomía de la voluntad privada, generando reglas de juego que permitan al mercado avanzar, pero sin sacrificar la equidad social.

Precisamente en este marco de intervención del mercado, el derecho del trabajo tiene un rol protagonista, ya que es nada menos que el mecanismo de expresión jurídica más

directo sobre la economía, en lo que tiene que ver con la implementación socialmente sostenible del neoliberalismo.

Ocurre en este momento que el derecho del trabajo se emancipa como disciplina jurídica distinta del derecho civil y establece como su premisa principal el principio protector, según el cual se reconoce la desigualdad fáctica de las partes inmersas en la relación de trabajo; ante lo cual el derecho del trabajo crea desigualdades jurídicas a favor del trabajador para así equiparar las cargas, creando así igualdad negocial laboral.

Esta relación jurídica y económica se refleja en una vinculación contractual de dos partes, expresada en el contrato de trabajo, donde una pone al servicio de la otra su capacidad de trabajo para que esta la dirija a cambio del pago de una retribución. Y es que este hecho social ocurre en una situación de sujeción jurídica y económica donde una de las partes tiene una gran ventaja negocial y por ello se obliga a entender de una manera distinta la igualdad de las personas y la autonomía de la voluntad de las partes.

De esta manera, la estructura del derecho del trabajo se basa sobre el trabajo formal, donde dos partes, empleador y trabajador, negocian el ejercicio de un trabajo bajo ciertas reglas de juego. Esto le permitirá al trabajador formal, típico, regulado, tener un estatus de amparo jurídico superior y encajará las políticas de acceso al bienestar social a través de esta única puerta, dejando fuera de ella a todas las formas de trabajo que no cumplan con dicho estándar. Situación que deja totalmente fuera de foco a los trabajadores que no encajan dentro de esa estructura rígida del concepto social del trabajo, generalmente entendido como un sinónimo absoluto de “contrato de trabajo”.

De tal manera que la extrema desigualdad económica de la época dio lugar a un punto de inflexión histórico de las relaciones laborales, pero esta situación jurídica implica el reconocimiento singular y rígido del trabajo como fenómeno social, como se ha dicho antes, que con el paso de los años con globalización, tecnología e innovación ha caído en una pobre cobertura de los trabajadores activos en el mercado laboral, así se expondrá en los capítulos posteriores de este documento.

Ahora bien, a nivel político durante esta época surgen otras soluciones, tales como las teorías nazis y fascistas, que predicaban la necesidad de crear regímenes fuertes, dictatoriales, en los que se controlaran los sindicatos, se impidieran las revoluciones comunistas y se frenara el exceso de libertad de los capitalistas. Mussolini y Hitler encontraron en sus respectivos países la cabida para el establecimiento de regímenes totalitaristas, con nacionalismo exagerado, racismo, política exterior de dominación, restricción de libertades individuales y fuerte represión. Paso a explicar esta situación.

3.2.2. La segunda guerra mundial (1 de septiembre de 1939 – 2 de septiembre de 1945)

Habíamos presenciado un mundo con una geopolítica de imperios, terminado con la primera guerra mundial que vio la devastación causada por esta confrontación desde las embarradas trincheras francesas. Este conflicto que finaliza con el Tratado de Versalles impuso en Alemania la carga de ser el mayor perdedor y declarado único responsable de

la reconstrucción de Europa, imponiéndose condiciones totalmente desventajosas para esa nación. De esta manera, Alemania no perdió la guerra en el sitio de combate, sino en las mesas de Versalles.

De esta manera, la entonces denominada gran guerra se piensa finalizada a través del Tratado de Versalles, pero este no sería más que el germen para que veinte años después reventara la segunda guerra mundial.

Teniendo ya el germen de malestar por las condiciones impuestas a Alemania en Versalles, ocurre la gran crisis de 1929 que termina por complicar la situación a límites insospechados. Esto impide a Estados Unidos cumplir con su promesa de ayudar a Alemania en la reconstrucción, porque también entraron en crisis, y termina de sumir a Alemania en una crisis gravísima.

Pero Italia también está en problemas. En esta nación se considera que el resultado de la primera guerra mundial es pésimo: pérdida de los territorios de Dalmacia y Fiume, miles de personas enfermas, discapacitadas y muchísimas otras más muertas. Surge entonces la sensación de que a Italia se le arrebató la gloria del otrora Imperio Romano y en la figura de Benito Mussolini, llegando al poder en 1922, se personifica el discurso nacionalista fascista que impulsaría terroríficas situaciones en Etiopía y que termina por disolver la Liga de las Naciones, totalmente inepta para evitar o resolver la invasión.

El fascismo italiano es la base sobre la cual Hitler aparece, con el partido nazi, para reivindicar al país y alegar la superioridad de la raza aria, entregando un discurso cimentado en el nacionalsocialismo, plagado por odio y siendo la industria de la guerra el reactivador económico y moral. En este caso, la comunidad judía será el chivo expiatorio destinatario de la frustración por todo lo sucedido.

Por otra parte, en España ocurre la Guerra Civil. En 1936 con el golpe de estado dirigido por Franco, este se alinea con el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán, internacionalizando el conflicto. Lo que sucede el 26 de abril de 1937 con el bombardeo aéreo a la población vasca de Guernica, es el ensayo de lo que Alemania hará en la segunda guerra mundial.

La venganza a ultranza florece en una tierra fermentada por el miedo y el odio.

Hitler, que es nombrado Canciller alemán en 1933, desconoce el Tratado de Versalles, rompe con el pago de la deuda impuesta y adelanta acciones dentro de Alemania para purgar cualquier tipo de oposición y garantizar la hegemonía del partido nazi con 3 acciones específicas y encadenadas: (1) el incendio del edificio del Reichstag, que ocurrió el 27 de febrero de 1933 a las 21:14 horas, para inculpar a los comunistas y adelantar una persecución, (2) la noche de los cuchillos largos para unificar al ejército alemán, que sucedió entre el 30 de junio y el 1 de julio de 1934 (3) noche de los cristales rotos, entre el 9 y 10 de noviembre de 1938, y las leyes de Núremberg: se han incendiado los negocios judíos y promulgado leyes racistas y antisemitas, asesinando también de manera sistemática a personas enfermas terminales en nombre de la “raza superior”.

Con esto empieza a lanzar su aparato diplomático y luego militar a otras naciones, alcanzando anexiones de territorio bajo el argumento de reparar a Alemania de las consecuencias del tratado de Versalles. Pero el fondo real desde de las acciones de Hitler, desde el principio, era la guerra. Perseguir al enemigo, cualquiera levemente contrario a sus ideologías, hasta el exterminio en todos los frentes.

Con intenciones de guerra disfrazadas en la reivindicación alemana, Hitler firmaría el Pacto de Múnich el 30 de septiembre de 1938, con el que Francia y Reino Unido creyeron haber calmado los ánimos bélicos de Hitler, cediendo a varias de sus aparentes pretensiones.

Nada más alejado de la realidad, como lo decía Churchill, opositor político del entonces primer ministro inglés Chamberlain, al decir: “Habéis aceptado la humillación para salvar la paz; conservaréis la humillación, pero tendréis la guerra”.

En todo caso, con el Pacto de Múnich, Hitler se convenció de la debilidad de franceses y británicos, decidiendo invadir Polonia el 1 de septiembre de 1939 pensando que esas naciones ni siquiera se opondrían.

Una vez Alemania toma Polonia, Inglaterra se declara en guerra con Alemania. El régimen nazi empieza la estrategia de guerra relámpago, avanzando rápidamente por el territorio enemigo con los tanques adelante y atrás la infantería, penetrando y destruyendo la infraestructura del enemigo, generando esto que la población civil quede en el ojo del conflicto. Y es que a diferencia de lo que sucedió en la primera guerra mundial, que fue una guerra de trincheras entre combatientes, en la segunda guerra mundial la población civil, que es no combatiente, está en el centro del conflicto.

En ésta las zonas de combate son las poblaciones, pues allí centra Hitler su castigo bélico, destruyendo la infraestructura del enemigo y población civil sin distinción alguna. Por estos horrores, surge lo que más adelante se llamaría el derecho internacional humanitario.

Después de la destrucción total de Polonia, llegan las tropas de ocupación que empiezan a expulsar a la población polaca sobreviviente y la llevan a los campos de concentración que luego serían campos de exterminio.

Debido a que el objetivo es el Báltico, clave para poder atacar a Inglaterra, los tanques alemanes pasan para llegar a Escandinavia.

A su paso, Churchill asume el liderazgo de Inglaterra y genera la resistencia al régimen nazi, esperando la llegada de los americanos para derrotar la brutal campaña de Hitler.

Mientras en Europa ocurrían todas estas circunstancias, en Estados Unidos gobernaba Roosevelt con su *New Deal*, alejado de la guerra, pero sin poder recuperar la nación de los efectos nefastos de la crisis de 1929.

A pesar de ello, como ingrediente definitivo para salir de la crisis de 1929, Estados Unidos se convierte en la principal industria productora de artefactos de guerra, que son consumidos con gran voracidad por el conflicto que ocurre en Europa. Situación de reactivación económica que, a la postre, resulta siendo el impulso que el mundo necesita para terminar el conflicto en Europa.

Para ese entonces en Estados Unidos era conveniente alejarse del conflicto europeo, pues no era nada popular que, recién saliendo de la crisis de 1929, fueran a ir a guerra. A pesar de ello Roosevelt termina por convencer a la nación de ayudar a los británicos en la guerra contra la Alemania nazi y entran en la guerra.

Es así como, un Roosevelt reelegido para el mandato de 1941 a 1945, plantea la importancia de ayudar al vecino cuya casa se está incendiando, explica la gravedad del plan geopolítico de Hitler y señala que el conflicto en cierto momento tocaría a la puerta de ellos, como efectivamente ocurrió con el ataque a *Pearl Harbor* el 7 de diciembre de 1941. Este mismo día, el Presidente Norteamericano dio su famoso discurso en el que señaló “que ese día que quedará registrado en la historia de la infamia” pidiendo ante el Congreso la declaratoria del estado de guerra. Así los EE. UU. entraron de manera definitiva a la segunda guerra mundial, llegando recursos ilimitados a los aliados con créditos, cuando Europa estaba a punto de caer por completo ante la guerra relámpago de Hitler.

Para el mercado laboral en Estados Unidos, la marcha de los hombres a la guerra en Europa significó un masivo ingreso de mujeres al servicio en las fuerzas armadas y de la industria.

Más de 60.000 enfermeras militares sirvieron durante la segunda guerra mundial, otras 14.000 sirvieron en la armada, más de 150.000 mujeres se unieron a la *Women's Army Corps (WAC)*, una unidad nueva creada para que las mujeres sirvieran en posiciones de no combate. Más de 400.000 mujeres militaron en el ejército en posiciones fuera del conflicto (The Women's Memorial, 2020), todo ello a excepción de las enfermeras, quienes fueron las primeras mujeres que sirvieron en el ejército de Estados Unidos. (Brittanica, 2020)

Por otro lado, en el Ejército Imperial Japonés forzó a mujeres y niñas a la esclavitud sexual y se les denominaba “mujeres de confort” que se calculan entre 360.000 a 410.000. Muchas de ellas eran secuestradas de países ocupados. (Huang, 2012, pág. 206)

Alrededor del mundo, el conflicto absorbió mano de obra femenina en los ejércitos bajo todos los frentes.

Las mujeres venían de tener una participación importante en algunas industrias, tales como la textil, sombrería, vestido, servicios, pequeño comercio y hostelería, los cuales se vieron seriamente afectados a causa de la guerra como indica María Vidaurreta Campillo (Vidaurreta Campillo, 1978). De esta manera, la primera consecuencia que experimentan las mujeres activas en el mercado laboral es la pérdida de sus empleos pues las industrias para las que trabajaban se vieron gravemente afectadas por la guerra. En Inglaterra la

industria de la guerra se mantuvo a flote mientras se logró mantener los hombres dentro de las fábricas, lo que no duraría mucho dada la magnitud del conflicto. De esta manera, en diciembre de 1939, 270.000 mujeres se encontraban desempleadas, pero cuando Francia es derrotada, se entendió la amplitud del conflicto y la necesidad de absorción de mano de obra femenina en una industria típicamente masculina y que ahora absorbía material como nunca. Por ello, se elaboró un plan de producción de guerra y en marzo de 1941 el gobierno inglés toma la decisión de traer a las mujeres a trabajar para sostener las demandas de la industria de la guerra. (Vidaurreta Campillo, 1978)

Fue así como el Ministerio de Trabajo y del Servicio Social inició un reclutamiento masivo por edades, empezando con las más jóvenes, incluso a los empresarios privados se les prohibió emplear mujeres entre veinte y treinta años que habían de cumplir con la disposición de *Work Orders*, solamente fueron eximidas las trabajadoras del campo que reemplazaron a sus maridos que iban a la guerra, las enfermeras, las comadronas y las maestras. Para 1942 la movilización se extiende a mujeres de dieciocho a diecinueve años y en 1944 unas 7.650.000 mujeres se encontraban contratadas en la industria y servicios auxiliares o en la defensa civil. De esta manera, se podría calcular que se habían unido 2.000.000 mujeres nuevas al mercado laboral, estando casi todas enmarcadas en las *Essential Work Orders* y no podían dejar su trabajo sin autorización oficial del servicio nacional. (Vidaurreta Campillo, 1978)

Se siguió avanzando en la absorción de la mano de obra femenina, creando las disposiciones y la logística necesarias, para que incluso las madres cabeza de hogar aportaran con su trabajo a tiempo parcial o con trabajo a domicilio. En junio de 1942, 250.000 mujeres trabajaban algunas horas al día en los transportes, la electricidad, la radio, la confección, las conservas alimenticias, etcétera. Esta cifra pasa a 650.000 en 1943 y a 900.000 en 1944 (Ministry of Labour and National Service and Ministry of Production , 1943)

Para 1942 la demanda de mujeres trabajadoras era tan alta que incluso se les llegó a restringir la entrada a las universidades, ya que se limitaron las áreas en las que se permitía acceder a la educación superior, para que solo accedieran a programas para ser profesoras. También se permitió continuar los estudios a aquellas que ya se encontraban cerca de alcanzar el título, creando un cuarto trimestre en vez de vacaciones, generando así programas intensivos que les permitían titularse en menor tiempo. De esta manera, durante la segunda guerra mundial en Inglaterra, de un total de 17.250.000 mujeres entre los 14 y los 64 años, unas 7.300.000 se encontraban trabajando con empleos remunerados o fueron reclutadas para servir en unidades militares auxiliares. Adicionalmente, 900.000 mujeres sujetas a obligaciones del hogar trabajaron a tiempo parcial pagos y 1.000.000 de mujeres aportaron con trabajos de guerra voluntarios y no remunerados. (Vidaurreta Campillo, 1978)

La magnitud del aporte femenino al mercado laboral durante la segunda guerra mundial sería muy significativa en Inglaterra y en la Rusia soviética. Se trató de un cambio enorme del paradigma social que, a pesar de su efecto temporal por la emergencia, resultó ser la demostración de la capacidad femenina y un cuestionamiento al viejo “orden” de las cosas. En todo caso, esta situación no reflejo una equiparación legal de los salarios, a

pesar de la apertura a casi todas las profesiones tanto a las mujeres solteras como las casadas, antes limitadas en su voluntad por la de su marido.

Al final, cuando terminó la guerra, se implantaron medidas regresivas para desarmar las manos femeninas en el mercado laboral enviándolas “de vuelta al hogar”. A pesar de ello y con una escala mucho menor a la que las llevó la guerra, se abrieron algunas puertas en algunas de las industrias que requerían mano de obra para la recuperación económica.

Por otro lado, la incursión norteamericana en la segunda guerra mundial también implicó el inicio del Programa Bracero o *Mexican Farm Labor Program* entre 1942 y 1964, acuerdo que se firmó el 4 de agosto de 1942. El 20 de abril de 1943 el acuerdo es sancionado por el Congreso de Estados Unidos como la Ley 45.

Este consistía en el traslado por parte del gobierno de Estados Unidos, de campesinos mexicanos experimentados y competentes para cultivar y cosechar. En su primer proceso involucró el traslado de mil mexicanos a ingenios azucareros ubicados en la región de Stockton, California. Este fue el primer acuerdo formal de migración laboral temporal circular que, a expensas de los jornaleros mexicanos a bajo costo y enmarcados en un contrato laboral mínimo, fue creciendo hasta abarcar muchas más industrias y territorios en los Estados Unidos. El acuerdo garantizaba un salario mínimo de 30 centavos por hora de trabajo y “trato humano” para los trabajadores.

Con el paso de los años, muchos “braceros” permanecieron en territorio de los Estados Unidos una vez terminado el contrato y el Servicio de Inmigración y Naturalización inició la Operación “Espalda Mojada” en 1954. En ese marco, muchos niños nacidos en Estados Unidos, hijos de braceros mexicanos, fueron erróneamente repatriados junto con sus padres. El Programa Bracero terminó en 1964. (Bracero History Archive, 2020)

A la postre, dadas las situaciones de pobreza que enfrentaban los mexicanos y la creciente economía de Estados Unidos, la migración irregular aumentaría en grandes cantidades.

Durante la segunda revolución industrial y durante la segunda guerra mundial, en los países del primer mundo que aplicaron políticas neoliberales, se presentó la etapa de reconocimiento y establecimiento del derecho laboral, con situaciones generadoras de garantías como (Folly, 2008):

- El desarrollo de la carrera armamentista permitió la movilización de mano de obra, lo que implicó empleo.
- La American Federation of Labour y el Congress for Industrial Organizations llegaron a acuerdos para evitar huelgas a cambio de garantías en el derecho de sindicación y de participación en el esfuerzo de la guerra. Pero en todo caso se presentaron algunas huelgas, como el conflicto laboral con mineros, que desembocaría en la expedición de la War Disputes Act, que otorgaba facultades al presidente para romper las huelgas.

- Las demandas productivas de la guerra implicaron una ampliación de la jornada laboral a las 24 horas del día. Personas tradicionalmente relegadas del mercado laboral, por ejemplo, los afroamericanos, lograron acceder a empleos formales y con mejor remuneración.
- Cuando los afroamericanos amenazaron con realizar una marcha en Washington para 1941, el Presidente Roosevelt promulgó la ejecutiva 8802, mediante la cual prohibían la discriminación en empresas que recibían contratos del gobierno. Tanto empresarios como sindicatos se vieron obligados a cumplir, no solo por la orden presidencial sino por la demanda de mano de obra calificada. Así sucedió con afroamericanos y mujeres. Este fenómeno también provocó una migración de afroamericanos desde el sur y de hispanos hacia EE. UU.
- En todo caso, producto de lo ocurrido en la gran depresión y la segunda guerra mundial, aparece el estado bienestar, en los países desarrollados y de altos ingresos de la Europa Occidental, como malla de seguridad estatal en la cual pueden protegerse a los ciudadanos en situaciones de desempleo, enfermedad y muerte, garantizando los medios mínimos de subsistencia especialmente con medidas en materia de seguridad social, inicialmente orientadas a la salud ocupacional y progresivamente ampliadas.

Roosevelt muere el 12 de abril de 1945 y su vicepresidente, Harry S. Truman asume el mando del país. A las 4 de la tarde del 10 de mayo de 1945 se rinde el ejército nazi frente al Ejército Rojo. Japón continúa en conflicto. Truman toma la decisión de que el 6 y 8 de agosto de 1945 caigan las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki, dejando a Japón destruido.

Ciudades enteras fueron arrasadas y los civiles no lograron escapar al conflicto. Millones fallecieron.

En ese momento Estados Unidos está con una economía robustecida y un territorio en perfecto estado, por otra parte, Europa y Japón pasarán muchos años en reconstrucción.

De esta manera, mientras en Europa y Japón se consumían y tratan de ponerse en pie del terror y la devastación de la guerra, Estados Unidos florece como la gran potencia mundial hegemónica junto con la entonces Unión Soviética.

Con la paz declarada mediante la Conferencia de Yalta y de Postdam, se adelantó el juicio de Nuremberg para dar un ejemplo al mundo del castigo que correspondía ante las acciones de barbarie adelantadas por los vencidos. 21 personas fueron juzgadas.

Así es como se configura la visión del mundo al terminar la segunda guerra mundial. En los Estados Unidos se construye el denominado “el estilo de vida americano”, que es evidentemente blanco, tienen su idea romántica de la guerra, se sienten dueños y responsables del mundo, echando a andar el Plan Marshall, oficialmente conocido como el Programa de Recuperación Europea. Esta miopía se generó porque no vieron en su

territorio el horror de la guerra, no vieron el holocausto, no fueron sus casas las que ardieron y no vieron sus gentes morir bajo el terror. Solo los soldados desplegados en Europa verían la cara de la guerra, pero los que permanecieron en Estados Unidos, solo verían la gloria de los salvadores del mundo, su economía creciendo y la prosperidad en todos los niveles de su sociedad. Los soldados blancos, porque los afroamericanos siguieron igual de segregados, son recibidos con programas de acceso fácil a vivienda, que son aquellas casas producidas idénticas en serie a las afueras de las ciudades, en los suburbios, generando una ampliación de carreteras, luego de la industria automotriz, del tráfico en las grandes autopistas, ocurre el baby boom, la infinidad de electrodomésticos con las mujeres de regreso a las casas esperando que el hombre regrese, en fin; el ciclo de expansión económico genera todos los otros estereotipos que hoy se han representado hasta la saciedad en los reflectores de Hollywood. La sociedad de consumo es detonada.

La percepción europea es muy distinta, plagada de sombras tenebrosas y fantasmas del horror que vivieron y cuyas cicatrices son brutales.

Conforme al *Foreign Assistance Act*, el propósito del Plan Marshall era promover la productividad industrial y agrícola, afianzar la solidez financiera y monetaria de los países, así como estimular el comercio internacional de los participantes del Plan y las demás naciones. (Pecharroman Gil, y otros, 1983, pág. 91 y ss.)

Dentro de los cuellos de botella principales que se debieron afrontar, estaban la carencia de materia prima y la baja productividad de los trabajadores, la solución fue nueva maquinaria, mejoras en los métodos de producción y mejores materias primas. Las máquinas fueron fabricadas por los mismos europeos, garantizando así la reactivación económica. Los recursos de las ayudas civiles fueron principalmente los de: 1.700 millones de dólares en trigo, 1.600 millones de dólares en productos alimenticios y abono, 1.600 millones en petrolíferos, 3.500 millones en materias primas, 700 millones en productos metalúrgicos no ferrosos, 300 millones en productos siderúrgicos y otras partidas adicionales para un total aproximado de 12.800 millones de dólares de la época. (Pecharroman Gil, y otros, 1983).

Se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por los aliados, con los representantes de las 51 naciones que habían participado en la guerra contra el “EJE” (Roma–Berlín–Tokio) a través de la firma de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, que contiene los principios para mantener la paz y seguridad internacionales. Dentro de una de las agencias especializadas de la ONU se ubicó a la Organización Internacional del Trabajo, que sobrevivió a la desaparecida Sociedad de Naciones. A finales de 1948 la ONU proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entre 1945 y 1989 ocurrió la Guerra Fría, un conflicto en el que chocaron el bloque comunista (liderado por la U.R.S.S.) y el bloque democrático-capitalista (liderado por EE. UU.). La guerra fue denominada de esta manera debido a que no se realizaron confrontaciones militares directas y constantes, sino que el conflicto se adelantó por la vía diplomática y con propaganda ideológica mayoritariamente. Pero fuera de ambos bloques en confrontación, aparecían otro conjunto de países que se clasificaron como

“tercer mundo”. Mao Tse-tung propuso la integración de esta clasificación de la siguiente manera: el primer mundo está compuesto por las superpotencias (EE. UU. y la U.R.S.S.), el segundo por los países europeos, Japón, Canadá y Australia, y finalmente, en el tercer mundo están el resto de los países del mundo, incluyendo a China. Ocurriría entonces la disolución de la Europa comunista, la unificación de Alemania y el final de la U.R.S.S., provocando el fin de la guerra fría.

Más adelante se reformularía dicha clasificación de la siguiente manera:

- Primer mundo: países capitalistas altamente desarrollados
- Segundo mundo: países socialistas con gran desarrollo industrial
- Tercer mundo: resto del globo.

Esta clasificación cobija en cada categoría a países con una diversidad muy amplia, pero en todo caso el comportamiento del mercado de trabajo, la industria y la regulación laboral podrían compartir cierto conjunto de similitudes dentro de cada grupo.

3.3. Tercera revolución industrial

La definición misma del fenómeno de la tercera revolución industrial la presenta Jeremy Rifkin en su libro “La Tercera Revolución Industrial: Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo” (Rifkin, 2011)

Allí explica que las grandes revoluciones económicas de la historia ocurren cuando se presentan dos elementos: (i) nuevos sistemas energéticos y (ii) nuevas tecnologías de comunicación.

El primer componente facilita la generación de mayor actividad económica interdependiente, así como la expansión de los intercambios comerciales, al tiempo que generan relaciones sociales más amplias e inclusivas. El segundo componente, por su parte, son los mecanismos a través de los cuales se organizan y gestionan nuevas dinámicas temporales y espaciales que surgen de los nuevos sistemas energéticos.

Para 1980 existían evidencias de que la segunda revolución industrial, impulsada por combustibles fósiles, estaba a punto de iniciar su declive tras alcanzar su etapa de apogeo y que el cambio climático causado por el impacto humano estaba generando una crisis mundial de incalculables proporciones.

3.3.1. Antecedentes para la transición a la tercera revolución industrial

3.3.1.1. Sistema de Bretton Woods

En julio de 1944 se realizaba la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, también conocida como la Conferencia de Bretton Woods por el lugar donde se realizó -Mount Washington Hotel en Bretton Woods (New Hampshire)-, tenía como propósito, sentar las bases para la segunda postguerra y dentro de ello se dio la

distribución en los siguientes temas prioritarios: (i) creación del Fondo Monetario Internacional (ii) creación del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (iii) establecer nuevos medios de cooperación internacionales.

Fue así como las discusiones de estas comisiones llegarían a la constitución de acuerdos en los siguientes puntos:

- (i) Fijación de los tipos de cambio en relación con el oro y el dólar norteamericano, junto con el sistema de su revisión
- (ii) Se acordó que las monedas debían ser convertibles para permitir el comercio, transacciones de cuentas y tránsito internacional
- (iii) Creación del Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional para la Construcción y Fomento y el Acuerdo General de Aranceles y Comercio

De esta manera nacen el Banco Mundial, derivado del Banco Internacional para la Construcción y Fomento, y al Fondo Monetario Internacional.

Para 1945 (final de la segunda guerra mundial) y hasta 1973 (crisis del petróleo) se vivió una época de crecimiento económico sostenido, experimentado por los países industrializados. Se le denominó la edad de oro del capitalismo, ya que se reportó un promedio de crecimiento anual del Producto Interno Bruto (PIB) de los países capitalistas fue de aproximadamente el 5% y un aumento consistente del PIB per capita:

Crecimiento del PIB entre 1900 y 1973			
País	1900-1913	1913-1950	1950-1973
Alemania	3	1,3	5,9
Estados Unidos	4	2,8	3,7
Francia	1,7	1,1	5,1
Italia	2,8	1,4	5,5
Japón	2,5	2,2	9,3
Reino Unido	1,5	1,3	3

FUENTE: (Maddison, 1992)

Crecimiento del PIB per cápita entre 1900 y 1973			
País	1900-1913	1913-1950	1950-1973
Alemania	1,6	0,7	4,9
Estados Unidos	2	1,6	2,2
Francia	1,5	1,1	3,8
Italia	2	0,7	4,8
Japón	1,2	0,9	8
Reino Unido	0,7	0,8	2,5

FUENTE: (Maddison, 1992)

Estados Unidos de América era el país líder a nivel mundial, como divisa de referencia y por su economía firme. En comparación a lo sucedido en el continente europeo, Estados Unidos no sufrió la guerra en su territorio, no perdió tantas vidas, ni se afectó por el terror

del conflicto, y su infraestructura no se afectó. En este caldo de cultivo se desarrollaría la sociedad de consumo. A su paso Japón creció ostensiblemente y ocurrió su consolidación como la segunda potencia económica del planeta.

Pero estas condiciones de prosperidad económica que fuera abierto con la Conferencia de Bretton Woods y terminaría con la crisis del petróleo de 1973.

3.3.1.2. La crisis del petróleo de 1973

Se han registrado cuatro grandes crisis del petróleo en 1973, 1979, 1990 y 2015, todas ellas con efectos devastadores en el mercado laboral.

La crisis de 1973 demostró que el oligopolio petrolero puso en manos de los productores árabes un poder político mundial importante (Fedesarrollo, 2020). Fue el 6 de octubre de 1973 que detonó la guerra entre Egipto e Israel, que se denominó como Yom Kippur y ocurrió cuando los países árabes productores cumplieron su amenaza de usar el petróleo como arma política. Fue así como el 16 de octubre la Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo (OPEP) rompió su tratado con Irán y subieron el precio del crudo de 4.05 dólares el barril, a 7.15 dólares el barril. Hasta marzo de 1974 continuaría este aumento en los precios. Su objetivo era castigar a los países que apoyaban a Israel en la guerra de Yom Kippur. (Fedesarrollo, 2020) Bajo este escenario, sufrieron las economías de los países importadores de petróleo, cuyas economías dependían completamente del crudo, pues “*el mundo occidental que dependía de él en casi un 70% para su abastecimiento energético*” (González Temprano & Torres Villanueva, 1993)

Esta situación implicó un recorte en el suministro mundial de cerca 2,9 millones de barriles al día. La factura energética de las economías industriales pasó del 1,5% del PIB al 5% y la inflación mundial llegó a dos dígitos después de la subida de precios (Dinero, 2020).

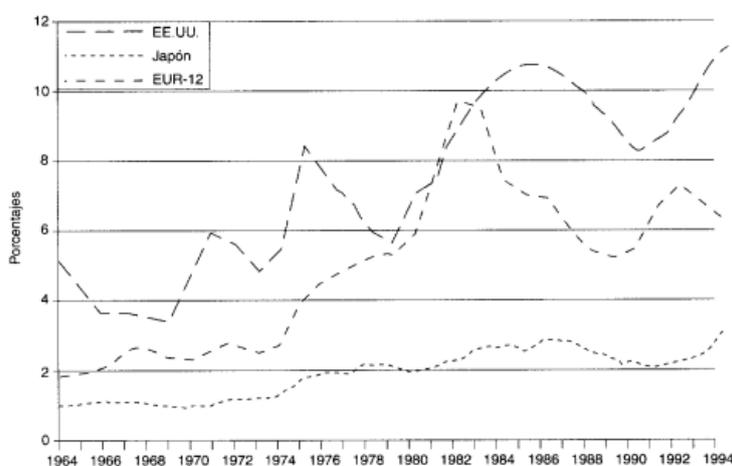
Para 1979, el ayatolá Jomeini llegó al poder de Irán y este cambio de régimen obligó a una renegociación con las petroleras extranjeras en el país. Este país era el segundo productor de crudo del mundo y esa inestabilidad generó una caída en la producción del petróleo en 3,5 millones de barriles al día. Mientras los precios seguían creciendo y por orden de Saddam Husein, Irak atacó a Irán, generando un aumento en el valor del barril hasta los 34 dólares. La guerra entre naciones productoras de petróleo implicó un desplome de 3,3 millones de barriles en el abastecimiento a la economía mundial. Para finales de 1980 el precio del barril era diez veces más caro que a principios de 1973. Ello generó una desaceleración económica mundial, que bajó hasta el 0,4% en 1982. (Dinero, 2020)

En 1985 se habían descubierto nuevos yacimientos y existía sobreproducción desde la OPEP, así que los precios del crudo empezaron a caer, cuando estalló la Guerra del Golfo; esta confrontación fue autorizada por las Naciones Unidas y la lideró Estados Unidos en contra de Irak, debido a la invasión y anexión iraquí del Estado de Kuwait. Tanto la invasión como la incursión de EE. UU. implicaron para el mercado la pérdida de 4,6 millones de barriles de petróleo. (Dinero, 2020)

El impacto en el mercado laboral por esta crisis petrolera venía cocinándose hace algunos años, presentándose como punto de quiebre por el encuentro de varias situaciones:

- (i) Fin de la etapa de expansión abierta impulsada por el sistema de Bretton Woods, ya que empezó a retraerse la economía. En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido) se generó un descenso en el crecimiento sostenido del PIB. Es así como “entre los años 1975 y 2000 la tasa de crecimiento anual de la economía para el conjunto de Europa occidental se ha ralentizado con relación al período 1950-70, pasando del 5% al 2,5%.” (Universidad de Barcelona, 2021)
- (ii) Aumento del desempleo: fueron varios los factores que colisionaron para generar este aumento en el paro, incluyendo el estancamiento ya mencionado, agudizado por factores tales como el ingreso de la generación *baby boom* y el ingreso de las mujeres al mercado laboral, todo en un mercado laboral que empezaba a retraerse. Las cifras fueron las siguientes:

Gráfico n.º 1. Tasas de paro. EE.UU., Japón, EUR-12



FUENTE: (Fina, 1995)

De esta manera, y como lo apuntan González Tempranero y Torres Villanueva, se presenta un gran cuestionamiento al modelo de crecimiento económico de la segunda postguerra:

“La denominada crisis del petróleo de 1973 demuestra que el intervencionismo estatal y las políticas de regulación del ciclo económico inspiradas en la teoría keynesiana no han sido capaces de evitar una nueva recesión, y que el modelo de crecimiento económico iniciado tras la Segunda Guerra Mundial está agotado. No se trata, por tanto, de una simple crisis coyuntural, como las de 1952, 1958-59, 1965-67, sino más bien estructural.

La realidad demuestra que el modelo keynesiano puede, como mucho, prolongar el ciclo, pero no evitarlo, y que la crisis pervive como mecanismo de regulación inintencional.

Cae por tierra así una parte sustancial de las razones que habían justificado el intervencionismo del Estado.

Se inicia entonces un período caracterizado por la incertidumbre respecto al papel económico del Estado. Si éste es incapaz de garantizar un crecimiento económico sostenido, tampoco el mercado por sí solo lo asegura. La incertidumbre se adueña de la economía y la duda, cuando no el escepticismo cercano al ocaso de las ideologías, del pensamiento económico. Crisis estructural de la economía y crisis del pensamiento económico vuelven a caminar juntas debido a que la realidad desborda una vez más a la teoría. Los hechos parecen dar la razón en muchos aspectos a los críticos del intervencionismo estatal. El problema es que tampoco sus fórmulas tienen la efectividad deseada. Esta desorientación se plasma en la política económica, que, oscilando entre recetas nekeynesianas y neoliberales, se convierte en fiel expresión del nuevo espíritu económico de la época.” (González Temprano & Torres Villanueva, 1993)

3.3.2. Las características de la tercera revolución industrial

En 1995 Rifkin pronosticó que se iba a dar una nueva convergencia de estos dos factores y que, por lo tanto, aparecía la tercera revolución industrial.

Ocurría entonces que la tecnología del internet se iba a fusionar con las energías renovables, generando una democratización de la energía que impulsaría un reordenamiento de las relaciones humanas y repercutiría en la manera como se desarrollan los negocios, como se gobierna, como se educa.

Jose Manuel Lastra Lastra estudia este fenómeno y aborda el planteamiento de la cuarta revolución industrial de Jeremy Rifkin. Recuerda entonces que este último considera que nuestra civilización se encuentra en una gran encrucijada; el petróleo y otros combustibles fósiles, que definieron el modo de vida industrial, han entrado en un irreversible declive, y las tecnologías construidas y alimentadas con esas fuentes de energía son anticuadas. Toda la infraestructura industrial erigida sobre los combustibles fósiles está envejecida y está deteriorada; resultado de ello, el desempleo está aumentando en todo el mundo hasta alcanzar niveles peligrosos. Los Estados, las empresas y los consumidores están asfixiados por las deudas, y los niveles de vida descienden vertiginosamente. La humanidad afronta una grave situación de hambre y desnutrición, la cual ha alcanzado la cifra récord de más de mil millones (una séptima parte de la raza humana).

De esta manera, a la tercera revolución se le conoce como “de la inteligencia” e implica la aparición de una industria con automatización, computadores, internet y el inicio del ocaso para las energías fósiles. El término llega a ser avalado por el Parlamento Europeo en una declaración formal aprobada en junio de 2006, en la cual piden a los miembros tomar medidas para el establecimiento de una economía verde basada en el hidrógeno. (Lastra Lastra, La Tercera Revolución Industrial. Rifkin, Jeremy, 2011)

Sumado a ello, la industria impulsada por energías fósiles empujó a la humanidad a una situación de la crisis climática insostenible. Como pilares de la tercera revolución

industrial, Rifkin formula los siguientes 5 elementos (Lastra Lastra, La Tercera Revolución Industrial. Rifkin, Jeremy, 2011):

- Transición hacia la energía renovable
- Transformación del parque de edificios de cada continente, en microcentrales eléctricas que recojan y aprovechen *in situ* las energías renovables
- Despliegue de la tecnología del hidrógeno y de otros sistemas de almacenaje energético en todos los edificios y a lo largo y ancho de la red de infraestructuras, para acumular energías como las renovables, que son de flujo intermitente
- Uso de la tecnología de Internet, para transformar la red eléctrica de cada continente en una interred de energía compartida, que funcione exactamente igual que Internet
- Transición de la actual flota de transportes hacia vehículos de motor eléctrico, con alimentación de red.

3.3.2.1. Asuntos medioambientales (Declaración de Río de Janeiro de 1992)

Otro de los elementos fundamentales que sustentan el paradigma de la tercera revolución industrial, es la transición hacia el uso de energías renovables. Este tema sería abordado en diferentes espacios internacionales, siendo el primero la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo en 1972, y la destacada Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo o cumbre para la tierra, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

En esta última conferencia, la comunidad internacional discutió sobre el reto de articular un modelo de desarrollo global que garantizara la sustentabilidad del crecimiento económico y sus principales conclusiones se centraron en:

- (i) Se confirmó que, como se había discutido en la Conferencia de Estocolmo de 1972, la protección medio ambiental es un asunto transnacional, en el sentido que las fronteras políticas resultan desaparecidas ante la necesidad de detener la contaminación transfronteriza. De esta manera, se reitera que se requiere de un esfuerzo verdadero, continuo e internacional para proteger el medio ambiente.
- (ii) Se reconoció que, para lograr una verdadera protección del medio ambiente, se requiere de una integración con políticas sociales y económicas para enfrentar la pobreza y el subdesarrollo. Se debe contar entonces con una simbiosis ambiental y social que permita tener un modelo integrado de desarrollo sostenible.

Precisamente indica la Organización de las Naciones Unidas, que *“el término “desarrollo sostenible” fue hecho por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo (la Comisión Brundtland) en 1987 como ‘el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la*

habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades'. Este concepto fue diseñado para satisfacer los requisitos de los partidarios del desarrollo económico, así como los requisitos de los que están interesados principalmente en la conservación medio ambiental.” (Organización de las Naciones Unidas, 2002)

Esta íntima conexión entre los problemas medio ambientales del planeta y las condiciones económicas y los problemas de la justicia social resultaría ser la idea fundamental sobre la cual se estructurarán las políticas públicas venideras y, por supuesto, esto impactará a los medios de producción y, consecuentemente, al mercado laboral. Al efecto, algunos de los principios adoptados en la declaración que impactan el trabajo como fenómeno social y al derecho del trabajo como ciencia jurídica, son:

PRINCIPIO	COMENTARIO
<p>PRINCIPIO 1. Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.</p>	<p>En este sentido, el trabajo humano debe ser protegido y necesita ser realizado con elementos de protección personal que impidan la contaminación del medio ambiente, pero también evitar a toda costa la afectación en el estado de salud de los trabajadores.</p>
<p>PRINCIPIO 4: A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.</p>	<p>La garantía de un trabajo que permita acceder en condiciones de igualdad a los principios mínimos fundamentales, más allá de las modalidades contractuales con las cuales se regule su ejercicio, será necesario para su sostenibilidad y la protección del medio ambiente.</p> <p>Para la producción dentro de la 4 revolución industrial, indudablemente las tecnologías de la comunicación permiten una constante conexión con diferentes elementos de enormes grupos empresariales internacionales.</p> <p>En esta red empresarial, las grandes transnacionales necesitan generar estándares homogéneos internacionales en sus políticas de talento humano, de tal manera que se garantice una producción humana y sostenible.</p>

PRINCIPIO	COMENTARIO
<p>PRINCIPIO 8: Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.</p>	<p>La calidad en los empleos brindados dentro de cada nación resulta un elemento necesario para generar desarrollo sostenible. Por otro lado, la transición hacia energías limpias implica la transformación de las competencias blandas y duras de las personas, siendo necesario contar con un sistema robusto y sostenido de formación para la inserción y reinserción laboral que ayude a las personas en sus transiciones laborales y en la movilidad social.</p>
<p>PRINCIPIO 16: Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.</p>	<p>La producción que se desarrolle sin respeto por la protección ambiental está obligada a reparar los daños cometidos, y esto incluye las afectaciones a los trabajadores cuyas políticas de producción contaminante resulten generando afectaciones. De esta manera, no resulta trascendente la existencia de un vínculo contractual entre las partes sujetas a esta obligación, sino la existencia de una relación con el daño causado a la capacidad de trabajo de una persona.</p>
<p>PRINCIPIO 17: Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.</p>	<p>Se requiere de una regulación de orden nacional, armónica también con las disposiciones internacionales, que impida la ejecución de métodos productivos que impliquen un impacto medio ambiental adverso. Esto incluye la afectación a las capacidades laborales de las comunidades donde se asentarán estos procesos productivos.</p>

3.3.2.2. *Proceso de la digitalización*

Otra de las marcas distintivas de la tercera revolución industrial, fue la transición definitiva hacia lo digital. Se realizó un proceso de transformación de procesos analógicos y objetos físicos en digitales. De la era del papel pasamos a la era digital. Esta evolución se impulsó por los avances en tres áreas y su interacción, conforme explica el Libro Blanco Trabajar 4.0, que ha

sido elaborado por el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania (Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania, 2017).

El primer elemento es la tecnología de la información y el software que permite una interacción inusitada de manejo de información, a través de elementos como el trabajo en nube, así como con los aumentos exponenciales con manejo sencillo y rápido de las cantidades de información que además puede ser resguardada y procesada a través de diferentes mecanismos como las aplicaciones móviles y el internet de las cosas.

El segundo elemento destacado por el estudio alemán está compuesto por la robótica y los sensores, ya que con gran rapidez los tamaños y costos de sensores y robots se reducen, generando que *“sus posibilidades de aplicación y su facilidad de uso aumentan, lo que permite que los sistemas en cuestión también sean interesantes para las empresas pequeñas y la producción individual”* (Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania, 2017). Esto resulta potenciado si se le suman las nuevas técnicas de producción que se detallarán en la sección de Manufactura aditiva (impresión 3D) y la optimización de procesos con el apoyo de sensores.

Y el tercer factor identificado es la interconexión. Este elemento es esencial en la industria 4.0, como se explica en la sección de La Fábrica Algoritmo. La conexión infinita, constante y circular de la información dentro de un proceso productivo tiene una gama de posibilidades enormes que indudablemente impacta el ejercicio del trabajo en todas sus aristas.

En ese sentido, como el mismo estudio mencionado indica, *“la forma que adquiere la digitalización en nuestra sociedad no depende únicamente de las nuevas tecnologías, sino también de los costos económicos de una implementación, los deseos de consumo, los valores sociales, el desarrollo del mundo laboral, los procesos de negociación entre los interlocutores sociales y el contexto político.”* (Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania, 2017).

Cuando se acude a la medición de la digitalización y el empleo, se encuentra el Índice de Economía y Sociedad Digitales (DESI por sus siglas en inglés *“Digital Economy and Society Index”*), que mide el desarrollo digital en Europa. El DESI mide 5 dimensiones: (i) conectividad, (ii) capital humano, (iii) uso de internet, (iv) integración de tecnología digital, (v) servicios públicos digitales.

En el componente de capital humano, el desarrollo de las competencias digitales son el núcleo de interés y son estrictamente necesarias para que las personas naveguen correctamente en el mercado laboral. Esto lo ha demostrado con gran contundencia la crisis sanitaria desatada por la pandemia del CORONAVIRUS COVID 19. El Informe del DESI 2020 analiza las cifras

del año 2019 y sobre este tema específico del capital humano en temas de digitalización, reportó (Foley, Sutton, Potter, Selina, & Gemmell, 2021):

Competencias digitales

- En 2019, el porcentaje de personas que tenían al menos competencias digitales básicas alcanzó el 58% (frente al 55% en 2015). Sin embargo, una gran parte de la población de la UE, incluyendo aún al Reino Unido, todavía carece de competencias digitales básicas, aunque la mayoría de los trabajos requieren dichas habilidades.
- En 2018, unos 9,1 millones de personas trabajaron como especialistas en TIC en la UE, 1,6 millones más que cuatro años antes. Sin embargo, sigue habiendo escasez de especialistas en TIC en el mercado laboral: el 64% de las grandes empresas y el 56% de las pymes que contrataron especialistas en TIC durante 2018, informaron que las vacantes de especialistas en TIC eran difíciles de cubrir: el problema está aún más extendido en Rumania y Chequia, donde al menos el 80% de las empresas que contrataron o intentaron contratar reportaron tales dificultades.
- También existe un problema de equilibrio de género, ya que solo uno de cada seis especialistas en TIC son mujeres. En general, en la dimensión de capital humano del DESI, Finlandia, Suecia y Estonia son los más avanzados.

Uso de internet por los ciudadanos

- El uso de Internet por parte de las personas se disparó durante la pandemia. El confinamiento generalizado se tradujo en un acceso recurrente a las redes sociales y plataformas de entretenimiento, así como a los servicios de teletrabajo, comercio electrónico y gobierno electrónico.
- Esta tendencia ya existía antes de la pandemia, ya que el uso de Internet siguió aumentando con el 85% de los europeos navegando por Internet al menos una vez por semana (frente al 75% en 2014).

Las cifras oscilan entre el 67% en Bulgaria y el 95% en Dinamarca, Suecia y los Países Bajos. El uso de videollamadas ha crecido más, desde un 49% de los usuarios de Internet en 2018, hasta un 60% en 2019.
- La banca y las compras por Internet también son más populares, siendo utilizadas por el 66% y el 71% de los usuarios de Internet, respectivamente. Por el contrario, solo el 11% completó un curso de formación en línea.

- A medida que las economías de la UE se preparan para la recuperación, garantizar que estas posibilidades se mantengan será una prioridad. Una mejor infraestructura de telecomunicaciones jugará un papel clave en este asunto.

Integración de la tecnología digital en las empresas

- A medida que los gobiernos tomaron medidas para reducir la interacción social, las empresas tuvieron que adaptarse introduciendo modalidades de trabajo alternativas. Las pymes (incluidas las microempresas) con un bajo nivel de intensidad digital encuentran difícil ofrecer a su personal la posibilidad de trabajar desde casa. Uno de los principales obstáculos para la digitalización de las pymes es la brecha de conocimiento digital, que es causada por los bajos niveles de alfabetización digital entre propietarios, gerentes y empleados. Abordar estas deficiencias será vital para garantizar una recuperación sólida.
- Justo antes de la pandemia, la integración de las tecnologías digitales por parte de las empresas mostraba grandes diferencias por tamaño de empresa, sector y también por Estado miembro de la UE. Las empresas se estaban digitalizando cada vez más, y las grandes empresas iban a la cabeza. El 38,5% de las grandes empresas ya dependía de servicios avanzados en la nube y el 32,7% utilizaba análisis de big data.
- Sin embargo, la gran mayoría de las pymes aún no estaban aprovechando estas tecnologías, y solo el 17% de ellas utilizaba servicios en la nube y solo el 12% usaba análisis de big data. Los mejores en su clase para estos indicadores son: Malta con el 24% de las empresas que utilizan big data y Finlandia con el 50% que depende de los servicios en la nube.
- En cuanto al comercio electrónico, solo el 17,5% de las pymes vendieron en línea en 2019, tras un ligero aumento de 1,4 puntos porcentuales en comparación con 2016. Por el contrario, el 39% de las grandes empresas hicieron uso de las ventas en línea en 2019. las empresas de digitalización son Irlanda, Finlandia, Bélgica y los Países Bajos. Definitivamente las cifras de 2020 reflejarán una muy rápida adaptación de las empresas al comercio electrónico, dado el extremo digital al que nos orilló la pandemia.

Servicios públicos digitales

- La crisis del COVID-19 demostró y sigue demostrando la importancia de asegurar la continuación de las actividades gubernamentales cuando existen medidas de distanciamiento social. Una estrategia de salida exitosa a la pandemia actual requerirá servicios públicos digitales sólidos en todos los Estados miembros, incluida la salud en línea (como la telemedicina, las recetas

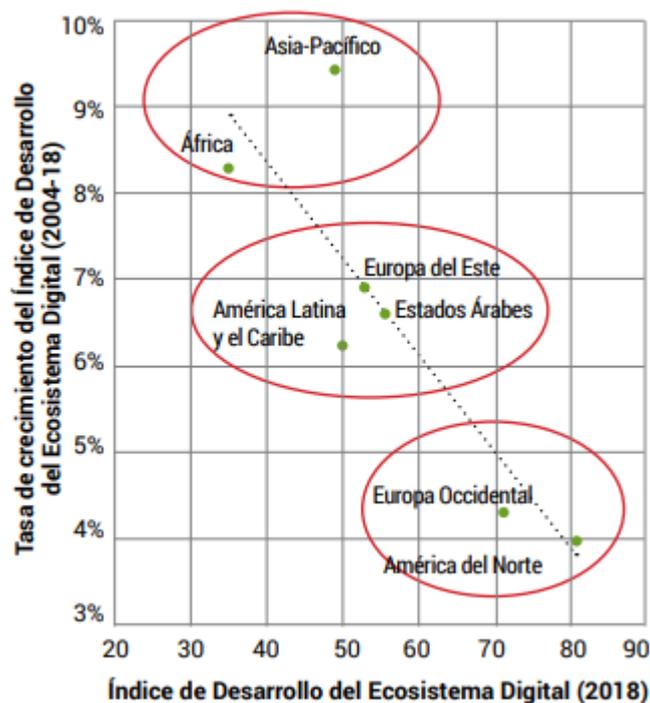
electrónicas y el intercambio de datos médicos) y el uso de tecnologías avanzadas para mejorar los servicios públicos, por ejemplo, mediante el uso de Big Data o IA. También el uso del pasaporte biológico o de vacunación digital por la COVID-19 es un asunto a la orden del día, ya implementado por varios países, incluida la Unión Europea con el certificado de vacunación europeo.

- Antes de la pandemia, había una tendencia al alza en los servicios públicos digitales. En 2019, aumentaron tanto la calidad como el uso de los servicios públicos digitales. El 67% de los usuarios de Internet que enviaron formularios a su administración pública ahora utilizan canales en línea (frente al 57% en 2014), lo que demuestra la conveniencia de los procedimientos en línea sobre los basados en papel. Los países con mejor desempeño en esta área son Estonia, España, Dinamarca, Finlandia y Letonia.

FUENTE: (Foley, Sutton, Potter, Selina, & Gemmell, 2021)

A su paso, América Latina se encuentra en una ubicación intermedia en el índice de desarrollo del ecosistema digital, así:

Gráfica 1. Índice de Desarrollo del Ecosistema Digital (2018) vs. Tasa de Crecimiento (2004-18)



Fuente: análisis Telecom Advisory Services.

Tomado de: (Corporación Andina de Fomento, 2020)

En el estudio que incorpora esta última gráfica, se entiende como “ecosistema digital” a “un nuevo contexto industrial y de impacto económico y social, resultante de la adopción masiva de tecnologías digitales de información y comunicación. El estudio del ecosistema

digital involucra tres dimensiones: nuevos modos de producción de información y contenidos, diferentes comportamientos sociales relativos al uso y consumo de bienes y un impacto económico y social más importante que el de tecnologías de información y comunicación consideradas de manera aislada (ver Katz, 2015) y Katz and Callorda (2018).”

Este elemento de la digitalización es parte del cambio, que es necesario e inevitable, siendo la única constante que indica evolución. Por esta razón, es central contar con la capacidad de adaptación para atender a las nuevas realidades, algo que el derecho laboral tiene que abrazar como propio y dirigirse a regular el fenómeno social del trabajo, sin detención a las tradiciones de núcleo contractualista, para permanecer vigente ante los nuevos aditamentos tecnológicos que, sin duda, les demandan gran capacidad de adaptación en poco tiempo. Todo ello, vale la pena resaltarlo, respetando los principios mínimos fundamentales del trabajo, dirigiendo de esta manera las tecnologías hacia el progreso humano, social y ambiental, y no a la inversa. Eso es lo que este documento pretende analizar y proponer.

La capacidad transformadora de la digitalización tiene profundas e inmediatas consecuencias en el trabajo, y en ese sentido la respuesta jurídica a estos fenómenos puede orientar el desarrollo y bienestar socioambiental o la precarización laboral, concentración aún mayor de monopolios y radicalización de la desigualdad.

3.3.2.3. El mercado laboral dentro de la tercera revolución industrial

En el contexto de la tercera revolución industrial, el mercado laboral se enfoca en un momento de inflexión, de crecimiento del desempleo por la suma de diferentes factores, algunos de ellos ya anotados anteriormente, tales como la crisis del petróleo, con el proceso de transición a energías limpias, la creciente automatización, entre otros, como pasa a explicarse.

Veníamos de un período de pujanza, de un mundo en post segunda guerra mundial, que centraba sus esfuerzos en consolidar una paz estable y duradera donde el bienestar social se deriva de un modelo capitalista de libre mercado que brinda condiciones de pleno empleo a través del trabajo subordinado típico. Este modelo entra en crisis con la llegada de los años setenta, por la aparición de elementos que evidencian la imposibilidad del mercado de regularse de manera autónoma.

Este proceso evolutivo está lleno de ingredientes particulares en cada nación o continente, generando una diversidad interminable de posibilidades y específicamente de mercados laborales particularizados. En todo caso, considerando las cifras que ofrece el Banco Mundial (World Bank Data, 2020) sobre el consumo de energía procedente de combustibles fósiles (% del total) se encuentra lo siguiente.

Los países industrializados cuentan con mejores y mayores posibilidades de adaptación económica y de amparo de su mercado laboral ante las fluctuaciones de este, contando con estructuras institucionales organizadas y con alta capacidad de movilidad ante los

cambios. Por esta razón, la transición de la segunda a la tercera revolución industrial se comportó muy distinta entre estos y los países menos industrializados.

En 1960, el mundo consumía el 94% de la energía con fuentes de combustibles fósiles. En 1971 dicha cifra descendió al 84%, alcanzando la mayor baja de la historia en 1989, cuando el consumo llegó al 78%. Luego reportó un ascenso para 2015 alcanzó un 79%. Esta última es la cifra más baja registrada.

Si se compara esta cifra con el desempleo mundial, acudiendo nuevamente a cifras del Banco Mundial sobre el modelo de la Organización Internacional del Trabajo (World Bank Data, 2020), para 1991, que es la cifra más antigua publicada por el Banco Mundial, correspondía al 4,3% de la población activa total. Alcanzó su punto más alto en 2003 con un 5,9% y en 2007 descendió hasta el 4,9%. En 2019 regresó al 4,9%. Si bien no podría atribuirse como única causa del desempleo a la transición hacia energías renovables, la historia ha informado que el precio del crudo afecta de manera grave y definitiva la economía global y consecuentemente el desempleo.

Atribuir una causa singular para explicar el desempleo durante el siglo XX resultaría complejo, dada la cantidad de factores cuya mezcla van generando la cadena de crisis en el empleo no estacional sino más bien atemporal. Por esta misma razón, los economistas acuñaron el término “desempleo estructural” para referirse a la permanente consistencia de factores causantes del desempleo, un producto inevitable de las relaciones capital – trabajo. Eso destruye entonces la creencia del pleno empleo bajo el sistema capitalista, donde la desigualdad es permanente en el marco de la distribución de la riqueza. Este es un fenómeno demostrado y evidente que soporta el presente trabajo de investigación, la transformación del empleo no es coyuntural, no es accidental, no es transitoria, es natural y evolutiva. Conforme se desarrolle la tecnología, las maneras de trabajar lo harán a la par y la declinación del modelo de trabajo asalariado tradicional es notoria.

Evidentemente el fenómeno social del trabajo no está finalizando, como suele entenderse cuando se genera una simbiosis equivocada entre trabajo y contrato, sino que se está transformando. Ese es el centro de la discusión y propuesta de este documento y dentro de la tercera revolución industrial, la digitalización disparó esta dinámica transformadora.

Luego de la crisis del petróleo en los 70, durante los años 80 ocurre un gran desarrollo económico en China que para los años 90 vería su gran despegue como la super potencia de hoy, así:

Crecimiento promedio anual del PIB real (porcentaje)

	1980–1990	1990–1995
Estados Unidos	3.0	2.6
Brasil	2.7	2.7
México	1.0	1.1
Japón	4.0	1.0
Alemania	2.2	n. d.
Rusia	1.9	-9.8

	1980–1990	1990–1995
India	5.8	4.6
China	10.2	12.8

Fuente: Bustelo (1999: 604). Citado en (Aparicio Cabrera, 2014).

Precisamente en la década de 1990, el derrumbe del comunismo en Europa Oriental con la caída del muro de Berlín y el fin de la U.R.S.S., tuvo efectos dispares en la economía mundial. En Estados Unidos y las economías más desarrolladas de Europa occidental esto trajo una era de bonanza económica a partir de 1990 que acabaría abruptamente en el año 2001, pero en los países que formaban el bloque socialista se multiplicaron los males sociales producto de una transición, en la mayoría de los casos desordenada, hacia el capitalismo. (Aparicio Cabrera, 2014)

Desde el punto de vista de los esfuerzos internacionales adelantados para disponer de unas bases esenciales para guiar el crecimiento económico con estándares de bienestar social, se dieron varios escritos que pretendieron establecer dicho estándar.

En 1995 se dio en el marco de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, la adopción de los compromisos y un Programa de Acción referidos a los “derechos básicos de los trabajadores”: la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo de los niños, la libertad de asociación y el derecho de asociación y negociación colectiva, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y la no discriminación en el empleo.

En 1996 y dentro de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio de Singapur, los estados reconocieron su compromiso de respetar los derechos mínimos de los trabajadores dispuestos mediante las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas, reiterando que la Organización Internacional del Trabajo es el órgano competente para establecer dichas normas y asegurar su aplicación.

Sería para 1998 que la Organización Internacional del Trabajo culminó un trabajo que inició en 1994, para adoptar una Declaración que pretendía responder a los retos de la mundialización de la economía, entendiendo que el crecimiento económico no era la condición única ni suficiente para alcanzar el progreso social. Por lo tanto, se dispuso que el crecimiento económico debía guiarse de unas “reglas de buena conducta” que buscan establecer una adecuada participación en la riqueza. Esto se hizo con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

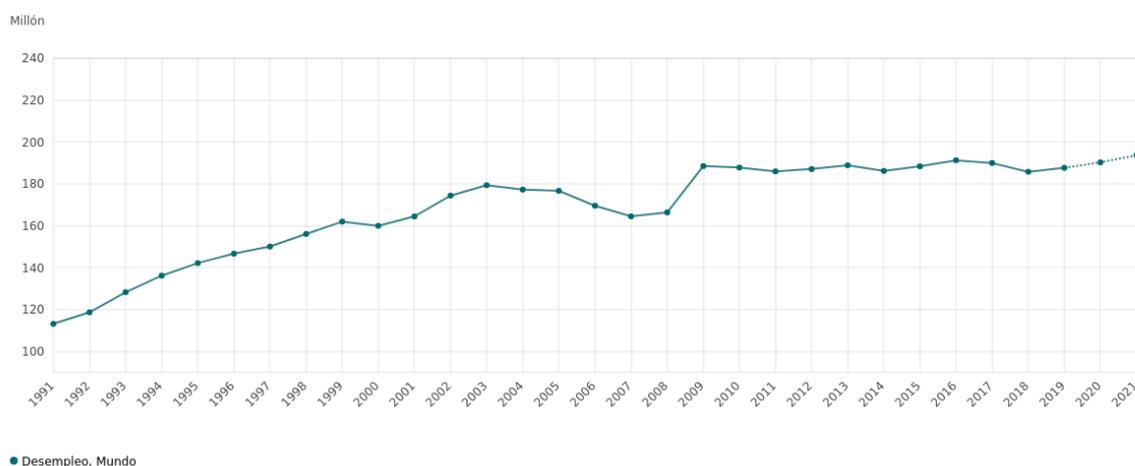
Esencialmente este instrumento pretende recordar la necesidad imperante de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas, aplicables para las naciones que son parte de ellos y tomando en consideración los principios esenciales de estas para los países que no son parte de estas. Y frente al control de su cumplimiento, para los países miembros de la OIT, “aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen el compromiso de respetar «de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios».” (Organización Internacional del Trabajo, 1998)

Sumado a ello, se dispuso de un “*procedimiento constitucional único de que se ha dotado la OIT, el que le permitirá solicitar cada año a los Miembros que no hayan ratificado aún los convenios fundamentales la presentación de memorias sobre los progresos en la aplicación de los principios plasmados en dichos convenios.*” (Organización Internacional del Trabajo, 1998) Se trató de un esfuerzo por garantizar unos límites transversales en el trabajo a nivel internacional.

Los años pasarían, los retos de mundo del trabajo variarían a cada momento y el petróleo junto con la burbuja inmobiliaria de Estados Unidos golpearían el mercado laboral.

Según cálculos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para el año 2004 el número de personas empleadas en todo el mundo por la industria del petróleo y gas llegó a los 4 millones y disminuyó paulatinamente entre 2004 y 2006 (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

Pero fue en 2008 cuando estalló la crisis financiera que aumentó el desempleo alarmantemente como lo muestra la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su *Data Finder*:



Este dataset incluye datos reales e imputados de 1991-2019, así como proyecciones de 2020-21. Los datos pueden diferir de los datos informados a nivel nacional.
Fuente: Oficina Internacional del Trabajo, Estimaciones modeladas de la OIT (ilo.org/wesodata)

En ese año se reventó la burbuja inmobiliaria en los Estados Unidos América, que como dominó significó una crisis internacional de liquidez muy grave. La OIT la denominó “la peor crisis económica desde la Gran Depresión” y explica que la producción bajó estrepitosamente, a los niveles más bajos solo comparados con los ocurridos al finalizar la segunda guerra mundial (Organización Internacional del Trabajo, 2020)

La crisis económica estalló en el corazón de la economía capitalista y el resto del mundo sintió el golpe y sobre esto la Organización Internacional del Trabajo explica:

“En los Estados Unidos y otros países desarrollados el recurso fácil al crédito para adquirir viviendas, negocios, automóviles o financiar los estudios

contribuyó a que esta práctica se extendiera en exceso. La titularización posterior de algunos de esos créditos y su conversión en productos financieros que se intercambiaron en el mercado financiero para financiar otras adquisiciones se intensificó hasta que la falta de respaldo hizo estallar la burbuja, convirtiendo esas deudas en derivados financieros tóxicos.

(...)

Hacia fines de 2008, la escasez de liquidez interbancaria y la reevaluación de los riesgos tuvieron importantes consecuencias en el comercio y las finanzas mundiales y es de prever que las restricciones al comercio continúen dejándose sentir en 2009. Muchas economías en desarrollo, que dependen de los mercados de las materias primas y de la energía, continuarán viéndose afectadas por la disminución de la demanda y los precios de esos productos.

(...)

Globalmente, el panorama de la actividad económica muestra una debilitación a lo largo de 2008, lo que se hizo evidente cuando se conocieron las cifras de la disminución del Producto Interno Bruto (PIB) de muchas de las economías más avanzadas y los anuncios oficiales de recesión.” (Organización Internacional del Trabajo, 2009)

Los efectos fueron casi inmediatos en Estados Unidos, seguido por Japón, Alemania, Canadá, Reino Unido, Francia e Italia. Los países emergentes lo sentirían de manera más paulatina, pero en todo caso la crisis les impactó.

En ese momento, las opciones para enfrentar la crisis desde los gobiernos y la comunidad internacional se enfocaron en la consecución de recursos de los mismos gobiernos o la banca internacional. En ese sentido, los miembros del G-20 en el marco de la Cumbre de Washington, emitieron la Declaración de la cumbre sobre los mercados financieros y la economía mundial el 15 de noviembre de 2008, en la cual se dispone de un conjunto de principios comunes a la reforma de los mercados financieros, enfocándose en fortalecer la transparencia y la responsabilidad y en “*ampliación de una sana regulación; la promoción de la probidad en los mercados financieros; el fortalecimiento de la cooperación internacional, y la reforma de las instituciones financieras internacionales*” sumado a ello, se fortaleció la cooperación regional, formando algunos bloques que buscaron atajar la afectación por esta crisis, tal fue el caso de la Unión Europea y sus acuerdos con Japón, China y la República de Corea (Organización Internacional del Trabajo, 2009, pág. 8)

A nivel país, se idearon varios planes de salvamento económico, algunos con una mirada a mediano plazo y otros para brindar una respuesta más inmediata, enfocados esencialmente a salvar empresas a punto de entrar en quiebra, en otros se acudió a impulsar las obras en infraestructura, intensivas en mano de obra, buscando generar empleos formales que frenaran de alguna manera la pérdida masiva de empleos, como se hizo en la crisis del 29.

Otros gobiernos adoptaron “*medidas de rescate y planes de reestructuración destinados a absorber la “deuda tóxica”, invertir los recursos públicos en títulos de las instituciones financieras y añadir liquidez a los mercados mediante inyecciones de capital destinadas a garantizar los préstamos y estimular el préstamo interbancario.*” Algunos gobiernos más optaron por intervenir los tipos de interés desde la banca central, bajando las tasas sustancialmente para no ahogar la economía y, en algunos casos, incluso se plantearon reformas tributarias para brindar rebajas en algunos impuestos (Organización Internacional del Trabajo, 2009, pág. 8)

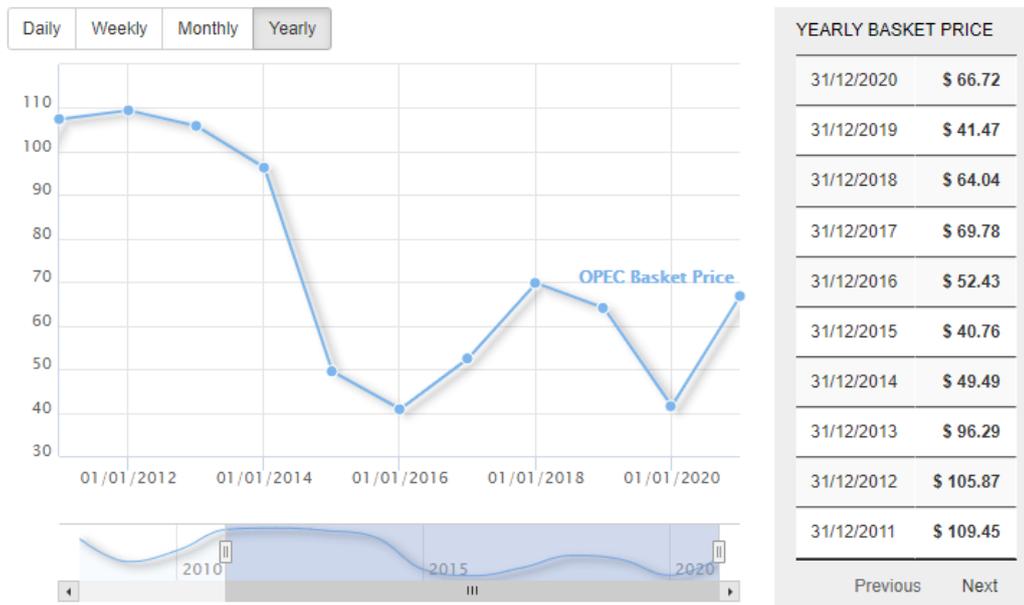
La Organización Internacional del Trabajo nuevamente realiza un pronunciamiento en búsqueda de brindar los elementos esenciales para afrontar los retos de la globalización desde la perspectiva de las garantías fundamentales, mediante la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, en Ginebra, el 10 de junio de 2008.

Se trata de un instrumento que busca fomentar una globalización equitativa, resaltando la importancia de las empresas sostenibles para la creación de empleo y oportunidades para todos, así como para posicionar en los países la agenda de promoción el trabajo decente.

La OIT posiciona como asunto principal de esta Declaración a “*la universalidad de la Agenda de Trabajo Decente: todos los Miembros de la Organización deben propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo. Al mismo tiempo, hace hincapié en la importancia de un enfoque holístico e integrado al reconocer que esos objetivos son «inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente», garantizando la función de las normas internacionales del trabajo como medio útil para alcanzar todos esos objetivos.*” El centro de discusión en el que me enfoco dentro de este documento, como expongo en los apartes posteriores de este documento, es el amparo del trabajo humano como fenómeno social, no solo protección vía ciertos tipos de contratos.

Fue en 2014 cuando se presencié nuevamente el fenómeno de afectación económica a causa del bajón del precio del crudo, como se muestra en la siguiente información reportada en el sitio web de la OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries, 2021):

OPEC Basket Price



FUENTE: OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries, 2021):

El Banco Mundial identificó 4 elementos causantes de la nueva crisis petrolera, a saber (World Bank, 2020):

- Exceso de oferta cuando se presentó debilidad en la demanda.
- Cambio en los objetivos de la OPEP. Tradicionalmente, Arabia Saudita actuó como el moldeador del mercado del petróleo, usando su capacidad de sobreproducción bien para aumentar o para reducir el suministro de petróleo de la OPEP y estabilizar los precios dentro de un margen deseado. Pero ello cambió radicalmente a finales de noviembre, cuando la OPEP no logró ponerse de acuerdo en los cortes de producción. Ello resultó en mantener los niveles de producción en 30 millones de barriles por día y a su vez un cambio de política, de apuntar a un valor de precio del barril, al mantenimiento de la cuota del mercado.
- Disminución de la preocupación sobre las interrupciones del suministro a causa de cuestiones geopolíticas. Libia, a pesar de su conflicto interno, logró mantener su producción. Irak, con un ISIS estancado, pudo cumplir también con su producción.
- Alza en la cotización del dólar estadounidense.

El punto central de la crisis fue la falta de balance entre oferta y demanda (Marzo Carpio, 2020). Lo que impactó la generación de empleo en esta industria de manera grave y que ha resultado fatal para países exportadores del crudo como Venezuela. Esa nación vive la peor crisis política, económica y social de su historia, a causa de la reunión de varios factores que, al concurrir con la baja de los precios del petróleo, se convirtieron en endémicos. Se trata de un país que centró su economía de manera casi exclusiva en el

petróleo e implosionó con resultados desastrosos que se evidencian en una crisis humanitaria profunda. Para el 2020 según reportaron proyecciones del Fondo Monetario Internacional, esa nación tendrá una tasa de desempleo del 50,5%, seguida por Sudáfrica con el 28,4%, Sudán con el 21%, Armenia con un 17,4% y Grecia que proyecta un 16,8% (El Universal, 2019)

El impacto de este cambio en el precio del petróleo impactó de maneras diversas según la situación de cada nación frente al crudo. La afectación más notoria en América Latina es, indudablemente, el ya mencionado caso de Venezuela.

Estados Unidos, por su parte, presentó un aumento en la producción de barriles al día, a causa de la implementación de técnicas como el *fracking*, pero que, a pesar de mejorar en términos de extracción del crudo, el costo ambiental y los riesgos asociado a la misma son innegables e irreversibles. En ese sentido, pudo sortear la baja de precios.

Arabia Saudita como uno de los más grandes países productores, descansa su economía sobre los ingresos provenientes de este bien. Sin embargo y ante la crisis de precios, sus balanzas de pagos reportarán comportamientos adversos al generar menores ingresos sobre el bien de centralización económica.

3.4. Cuarta revolución industrial (2011 - proyectada hasta 2030)

Todo el proceso histórico antes estudiado nos ha llevado finalmente a analizar el escenario mundial actual, en el que reina la economía global 4.0 caracterizada por la digitalización y conectividad. El autor Iván Jaramillo Jassir señala que existen seis referentes encargados de direccionar la economía mundial (Jaramillo Jassir, 2015):

3.4.1. El modelo de sustitución de importaciones y el Consenso de Washington

El denominado “periodo globalizador” (Vázquez Maggio, 2017), ocurrido entre 1875 y 1914 se caracterizó por la hegemonía de un específico modelo económico imperialista. Algunas naciones “desarrolladas” desplegaban un poder económico, social y político sobre los demás países “no desarrollados”. En ese sentido, el colonialismo impuso la distribución del globo entre aquellas potencias y la generación de unos modelos específicos. América Latina era zona de influencia de Estados Unidos y su rol fue ejercido bajo la doctrina Monroe de “América para los americanos” (Vázquez Maggio, 2017).

La interacción mundial de importaciones y exportaciones se caracterizó por una distribución productiva marcada, donde las naciones desarrolladas se encargaban de proveer bienes industrializados, mientras que los productos primarios para impulsar la producción de las potencias eran brindados por América Latina en cuanto a los elementos como el estaño, caucho, petróleo, cobre, aleaciones para el acero, entre otros.

Como anota Vázquez Maggio, dicho modelo de participación en la economía mundial por parte de América Latina se conoció como el “modelo primario exportador”, basado en bienes del sector primario (con énfasis productivo y comercial en minería, agricultura y ganadería), donde los productos principalmente ofrecidos por la región eran: cobre, café, azúcar, petróleo, mineral de hierro, entre otros (Novelo, 2014 en Bértola y Ocampo, 2013, Thorp, 2004).

Fue un modelo simbiótico de producción que llevó a los países latinoamericanos a especializar sus procesos productivos nacionales hacia los elementos requeridos conforme a las necesidades de los países desarrollados (Thorp, 2004), con ejemplos tales como caucho y estaño de Malasia, café de Brasil, nitratos de Chile, carne de Uruguay y Argentina, azúcar y puros de Cuba (Hobsbawm, 2009, págs. 65-93)

Para los países bajo el modelo primario explotador, se generó una altísima dependencia de los países capitalistas avanzados, con una relación desigual que, señalan algunos, es el génesis de la desigualdad actual (Fajnzylber, 1990) (Thorp, 2004).

Es bajo este contexto que aparece el modelo de sustitución de importaciones en América Latina, para evitar recibir como ola los efectos de los países centrales, como se vivió con la crisis de los años treinta del siglo XX y la Segunda Guerra Mundial.

Fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) la que apoyó la adopción de este modelo, fortaleciendo el proteccionismo comercial interno, otorgando subsidios estatales a la producción nacional, entre otras medidas.

Como consecuencia, el derecho del trabajo aparece como un elemento del nuevo sistema intervencionista y tutelar del trabajo asalariado, basado en la necesidad de que los “países no desarrollados” construyeran su propia industrialización, evitando así la dependencia de los países centrales, es decir, para limitar o disminuir las importaciones y sustituirlas con productos elaborados nacionalmente.

Sobre esta etapa histórica latinoamericana, comenta Vázquez Maggio:

“Este periodo en la historia de América Latina entre 1929 y 1980 estuvo caracterizado por una mayor presencia del Estado en la economía. El Estado comenzó a intervenir en los años treinta, al menos en el caso de México, y dirigió el proceso de industrialización hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Tras la crisis de 1929 y el surgimiento de las ideas keynesianas se originó un rompimiento en el pensamiento económico respecto a la visión única de la economía, la corriente neoclásica. La intervención del Estado se volvió la “ortodoxia” y se aplicó

no solo en Latinoamérica, sino en todas partes del mundo (Hirschman, 1985) con diferentes esquemas del Estado de Bienestar, por ejemplo: en Estados Unidos con el Presidente Roosevelt,5 el Reporte Beveridge en Reino Unido, gobiernos social-demócratas en Alemania, etc.” (Vázquez Maggio, 2017).

En Colombia, esto ocurrió desde la segunda mitad de la década de los 60 y hasta inicios de los 90, pues la política en materia de inversión extranjera se caracterizó por las extensas restricciones a los flujos de capital, ya fuera para proteger a la industria nacional o por razones de índole macroeconómica. (Universidad del Rosario, 2017)

Pero este modelo empezó a desgastarse en los años setenta por varias razones propuestas por Vázquez Maggio, a saber: problemas con la implementación del modelo, Economías políticas nacionales y relacionamiento internacional.

la adaptación directa del modelo, sin tener en cuenta las diferencias entre los mercados del país central y el país adoptante del modelo. El trasplante se hizo sin considerar, por ejemplo, el tamaño de la economía de Estados Unidos frente a la economía de América latina, y mientras se adaptaban procesos productivos con tecnologías que demandaban importación y pago de licencias, la producción se hacía costosa y numerosa, sin un mercado listo para absorber esta oferta. Lo segundo, fue mercados concentrados y oligopolios, donde se concentraban las ganancias en algunos pocos industriales poco innovadores. Por esta razón, la dependencia de los países desarrollados nunca terminó, sino que simplemente cambió en otra, existiendo dependencia tecnológica. En América Latina se creó una pseudo industrialización con una más agravada dependencia a los países desarrollados.

De esta manera, el modelo de sustitución de importaciones fue desacreditado en América Latina y sustituido con el esquema de desarrollo del “Consenso de Washington”. La construcción de una estructura económica del nuevo mundo globalizado fue formulada por el economista John Williamson y se le denominó el Consenso de Washington. Lo caracterizó de la siguiente manera (Jaramillo Jassir, 2015):

- a. Disciplina presupuestaria
- b. Reformas impositivas
- c. Liberalización de los tipos de intereses
- d. Liberalización del comercio internacional
- e. Privatización de empresas públicas
- f. Desregularización de mercados

La consecuencia en América Latina fue una política laboral flexibilizadora.

Evidentemente la visión del empresario al respecto sería contrapuesta a la de los trabajadores. Así lo dice la Comisión Económica para América Latina y el Caribe en uno de sus documentos:

“Muchos economistas y empresarios consideran que las regulaciones del mercado de trabajo frenan la generación de empleo, afectan la competitividad y limitan el crecimiento económico por lo que no se aprovecha enteramente el potencial de la liberalización de otros mercados de factores y bienes. En contraste, muchos trabajadores perciben que los mercados laborales de la región son sumamente flexibles, y específicamente que ellos no cuentan con estabilidad laboral ni con poder de negociación frente a su empleador.

En consecuencia, el empleo se caracteriza por elevados niveles de inseguridad, lo que afecta el bienestar de grandes segmentos de la población” (Weller, 2007)

Para el caso colombiano, desde el año de 1990 se han implementado un conjunto de medidas de apertura de mercados, que incluyen modificaciones constitucionales y legales, tocando por supuesto el ámbito del derecho del trabajo.

Empezó con la Constitución de 1991 y varias reformas estructurales, dentro de las cuales encontramos como las principales a la Ley 50 de 1990 y a la Ley 789 de 2002.

Ambas fueron aprobadas por el Congreso de la República y sancionadas por el presidente, alegando ser necesarias para la generación de empleo bajando los costos laborales. La Ley 50 eliminó la retroactividad de las cesantías, hizo menos costoso el despido de los trabajadores antiguos, creó un nuevo tipo de salario, el integral para trabajadores con salarios altos, entre otras medidas.

A su paso, la Ley 789 de 2002 redujo las indemnizaciones por despido injusto, redujo el pago de horas extras, disminuyó los recargos por festivos y dominicales y deslaboralizó el contrato de aprendizaje.

Pero estas medidas probaron ser ineficientes, pues no lograron los fines con los cuales se les expidió. Las reformas laborales de la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002, cuya justificación en la reducción de derechos laborales y regresividad, fue la generación de nuevos empleos.

La Ley 50 de 1990 dispuso modificaciones legales para reducir los requerimientos de la contratación, el despido de personal y de la reducción de los costos laborales, y a pesar del crecimiento de la economía colombiana entre 1990 y 1996 y de la flexibilización de las normas laborales, no se logró el efecto que se esperaba en materia de generación de empleo. Entre 1991 y 1995 el empleo en las principales ciudades sólo creció a una tasa media anual del 2,9 por ciento, esto a pesar de que

la producción de la economía aumentó a una tasa del 6,1 por ciento. (Vivas Benítez, Farne, & Urbano, 1998)

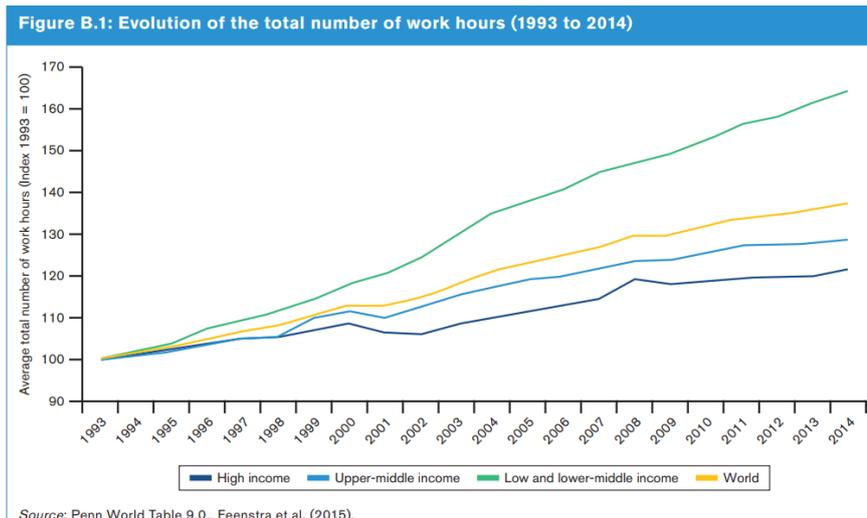
Por ello, se dispuso de una reformulación de la estrategia del Consenso de Washington y que el Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz denominó post consenso de Washington. (Stiglitz, 1998)

Con la finalización de la Guerra Fría y la caída del muro de Berlín, explota la globalización y con ella, la imposición mundial del sistema de producción capitalista y liberal. Por ello, si se procedía de un sistema económico donde cada nación fortalecía su comercio interno, para pasar a un modelo donde las naciones competían comercialmente entre ellas con “libertad e igualdad”, habría de contarse con una regulación laboral homogénea, para que los costos de producción fuesen comparables.

3.4.2. Organización Mundial del Comercio

La OMC no tiene dentro de sus objetivos el abordaje de los temas de empleo, pues está claro que la entidad internacional encargada de ello es la Organización Internacional del Trabajo. Esta es la encargada de establecer los estándares laborales internacionales que permitan una competencia mercantil balanceada. A lo que sí se dedica la OMC, es a intervenir y direccionar el mercado global junto con la Conferencia Monetaria y Financiera de la ONU, en el marco de los Acuerdos Bretton Woods, que originaron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Esto implica una demanda aumentada de intervención internacional supranacional, para nivelar los desvíos sociales provocados por la liberalización económica global, que no ha podido crear desarrollos sociales a partir del libre comercio. (Jaramillo Jassir, 2015)

En su reporte mundial del comercio 2017 “comercio, tecnología y empleos” (World Trade Organization, 2017), la OMC presenta las tendencias de empleo y salarios de la siguiente manera:

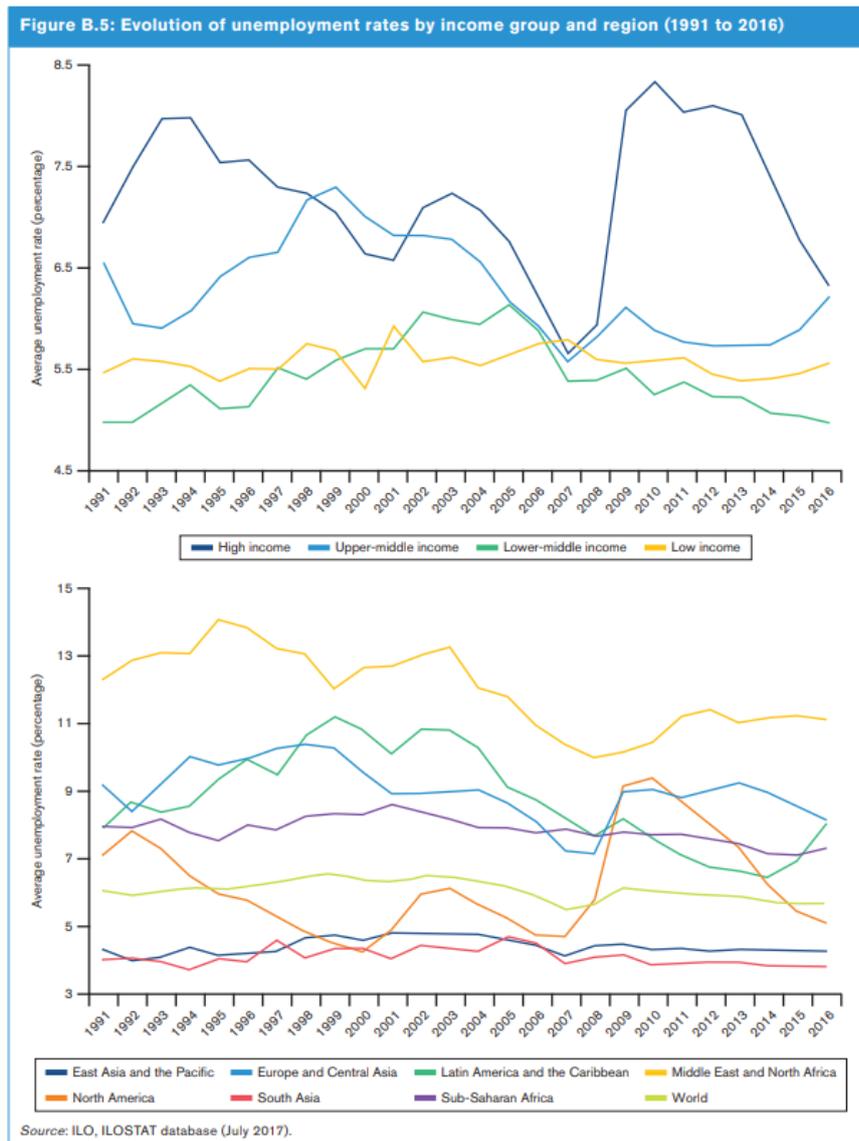


En esta gráfica se puede observar que entre 1993 hasta 2014, el número global de horas trabajadas se ha incrementado, en promedio, tanto en países desarrollados como en países en vía de desarrollo. Sin embargo, la misma gráfica muestra que la tasa de crecimiento de las horas trabajadas ha sido más alta en los países de más bajos ingresos. En comparación, para los países de más altos ingresos, el crecimiento en las horas de trabajo ha sido más lento por la crisis financiera de 2007-2008.

En la parte superior del gráfico inferior, muestra que a tasa de desempleo general no tiene una tendencia sostenida o específica, sino que tiende a seguir un patrón cíclico caracterizado con alternancia entre períodos de bajo y alto desempleo, que suele justificarse con las fluctuaciones propias de los ciclos de producción.

Por otro lado, como lo muestra la parte baja del gráfico que sigue a este párrafo, mientras que la tasa de desempleo tiende a ser menor en los países en desarrollo, la incidencia relativa del desempleo varía mucho entre las regiones y dentro de ellas. Sobre ello detalla la Organización Mundial del Comercio:

“África del Norte y Oriente Medio han tenido las tasas de desempleo regionales más altas. Allí, sin embargo, son importantes los contrastes entre estas economías, ya que algunas tienen unas tasas de desempleo relativamente bajas, como el Reino de Arabia Saudita (5,5 por ciento), y otros tienen tasas mucho más altas, como Egipto (12% en 2016) y Túnez (14,8 por ciento). Otros países en desarrollo reportaron una la tasa de desempleo relativamente alta, incluyendo a Armenia (16,7%), Brasil (11,4%), Santa Lucía (24%), Sudáfrica (25,9%) y la ex República Yugoslava de Macedonia (26,7 por ciento). Si bien, como se explicó anteriormente, los países en Asia oriental y meridional representan el mayor número de trabajadores desempleados, su clasificación en términos de la tasa de desempleo se invierte, y han algunas de las tasas de desempleo más bajas del mundo, p.ej. 3,3 por ciento en Malasia, 3,6 por ciento en República de Corea y 2,2% en Viet Nam.” (World Trade Organization, 2017, pág. 30)



3.4.3. Fondo Monetario Internacional

Este se encarga de estabilizar el sistema monetario internacional. Sus instrucciones son el parámetro de acceso de los países al crédito internacional y por lo mismo, son fundamentales para la marcha de la economía mundial. Las recomendaciones del FMI para América Latina se enfocan a:

- g. Reducción del gasto social para sanear el presupuesto
- h. Incrementar el recaudo fiscal
- i. Libertad de mercados
- j. Reducir al máximo la intervención de la economía. (Jaramillo Jassir, 2015)

Y reitera la “excesiva rigidez del mercado laboral en comparación a otras regiones” (International Monetary Fund, 2005).

Básicamente, sus políticas, recomendaciones y errores replican lo establecido por el Consenso de Washington.

3.4.4. Banco Mundial

Originalmente, el Banco debía encargarse de atender problemáticas relacionadas con la asignación del gasto público en los países, las políticas comerciales y las políticas laborales. Pero a raíz del papel desempeñado por el FMI, la libertad de mercados y al autogobierno de la oferta y la demanda limitan bastante el alcance del papel del Banco. (Jaramillo Jassir, 2015)

Básicamente el Banco también apoya reformas estructurales en materia de flexibilidad, movilidad laboral y de asistencia desempleo. (World Bank, 1995) Y lo reitera en su documento de 2010, “Trabajos y la crisis, ¿Qué se ha hecho y a dónde ir?”, insistiendo en que la flexibilización y la ampliación de cobertura de los sistemas de seguridad social son la respuesta a la crisis económica.

3.4.5. Banco Central Europeo

Es el órgano rector de la política monetaria en la unión Europea. Su influencia en la vida nacional de los países de la unión es ineludible, ya que los parámetros crediticios por este fijado determinan en gran parte las decisiones que políticas internas; lo que en palabras del profesor Umberto Romagnoli implica que “cuando la contracción de la economía se convierte automáticamente en contracción de los derechos, la emergencia económica no es diferente de la emergencia de la democracia. Es más, es la misma cosa” (Romagnoli, 1997). Al efecto hay que tener en cuenta que el Banco Central Europeo es una herramienta de la Unión Europea, por lo que aplica las reglas europeas en su campo de actuación.

3.4.6. El G-20

Este es el foro de intervención económica mundial más importante. En la cumbre de 2018 llevada a cabo en Argentina, entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre, se concentraron en varios pilares, siendo el primero el futuro del trabajo. En los numerales 6 y 7 de la Declaración de los líderes del G20 “construyendo un consenso para un desarrollo equitativo y sostenible” afirman los firmantes:

6. Se espera que las tecnologías transformativas traigan consigo enormes oportunidades económicas, como mejores y nuevos trabajos, y mejores estándares de vida. No obstante, la transición podría generar desafíos para las personas, las empresas y los gobiernos. Las respuestas de políticas y la cooperación internacional ayudarán a garantizar que los beneficios de la transformación tecnológica sean compartidos por todos. Endorsamos el Menú de Opciones de Políticas para el Futuro del Trabajo al cual vamos a recurrir, considerando las circunstancias particulares de cada país, para aprovechar la tecnología para fortalecer el crecimiento y la productividad; acompañar a las personas durante las transiciones y enfrentar los desafíos

distributivos; asegurar sistemas impositivos sostenibles, y garantizar que nuestra toma de decisiones esté informada por la mejor evidencia posible.

7. Seguimos comprometidos a construir un futuro del trabajo inclusivo, equitativo y sostenible mediante la promoción del trabajo decente, la formación vocacional y el desarrollo de habilidades, incluida la recalificación de los trabajadores y la mejora de las condiciones laborales en todas las formas de empleo; reconociendo la importancia del diálogo social en esta área, incluido el trabajo realizado a través de plataformas digitales, poniendo énfasis en la promoción de la formalización laboral y la construcción de sistemas de protección social que sean sólidos y portables, sujetos a leyes y circunstancias nacionales.

Continuaremos fomentando las habilidades cognitivas, digitales y emprendedoras, y fomentando la recolección e intercambio de buenas prácticas. Promoveremos una mayor participación en la fuerza laboral de los grupos subrepresentados y vulnerables, como las personas con discapacidades. Implementaremos políticas destinadas a mejorar la situación laboral de los jóvenes, de acuerdo con el Objetivo de la Juventud establecido en la Cumbre del G20 en Antalya. Tomaremos medidas para erradicar el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la trata de personas y las formas modernas de esclavitud en el mundo del trabajo, incluso a través de la promoción de cadenas de suministro sostenibles. Nos comprometemos a seguir creando condiciones que permitan movilizar recursos públicos, privados y multilaterales, incluidos mecanismos financieros innovadores y participaciones, como, por ejemplo, inversiones que tengan un impacto social para el crecimiento inclusivo y sostenible, en línea con el Llamado del G20 para el Financiamiento de Negocios Inclusivos.”

Dicho Menú de Opciones de Políticas para el Futuro del Trabajo está organizado en 4 objetivos generales (G20, 2018):

- (i) Aprovechar los beneficios de la tecnología para el crecimiento y la productividad
- (ii) Apoyar a las personas durante las transiciones y abordar los desafíos de distribución
- (iii) Asegurar sistemas fiscales sostenibles
- (iv) Asegurar la mejor evidencia posible para la toma informada de decisiones

En ninguno de los puntos se aborda la necesidad de generar nuevas regulaciones del trabajo, pero la declaración indica las características que el G20 identifica como tendencias mundiales para poder analizar qué tipo de regulación sería necesaria.

La tecnología es el primer elemento destacado, así que analizar las tendencias de la tecnología es vital para conocer el trabajo actual y las necesidades de regulación destinadas a generar condiciones de trabajo decentes.

3.4.7. La globalización

Otra de las situaciones humanas potenciadas por los rápidos avances de la tecnología, es la globalización, entendida esta como la integración económica de las naciones del mundo, generando una profunda simbiosis económica global.

De esta manera, estamos ante una interconexión y dependencia económica global, también conocida como la mundialización de la economía derivada del “libre comercio” internacional cuyo desarrollo en el siglo XX implicó una era de proteccionismo de las naciones poderosas, buscando proteger sus propias economías de la globalización, seguida de una apertura a la exportación e importación bajo las mismas condiciones de protección de la economía nacional. Por lo descrito, en la Alemania de Bismarck

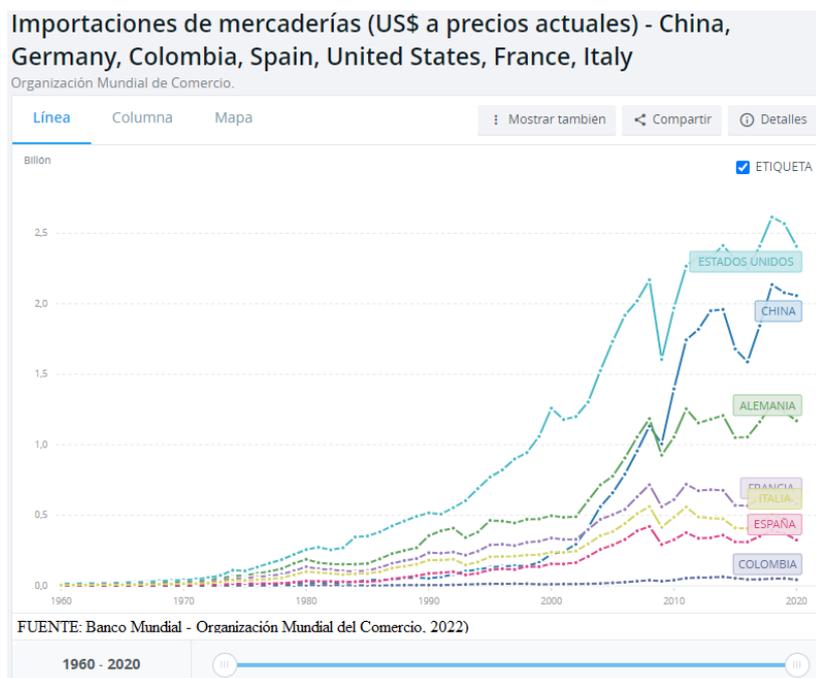
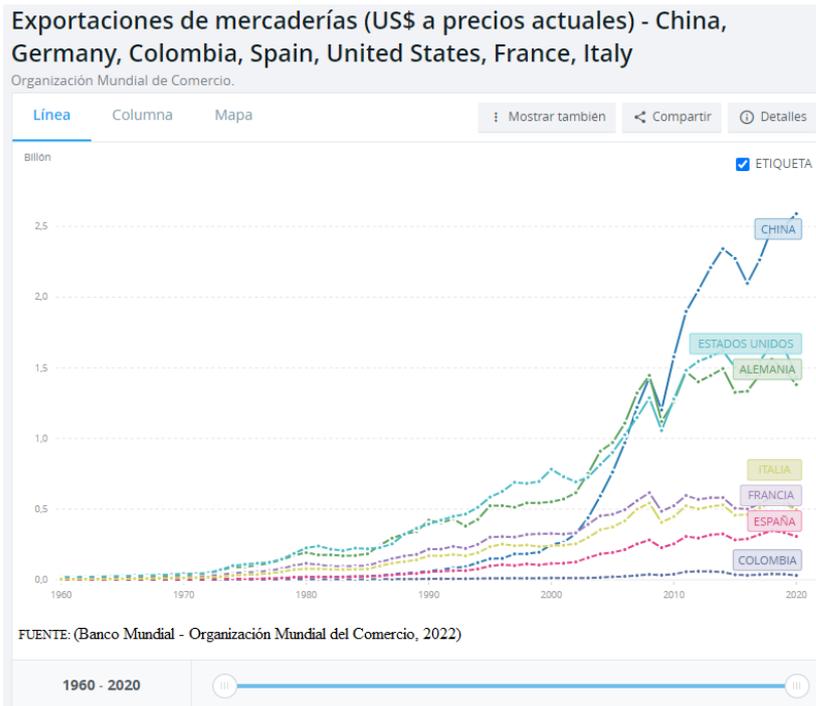
Es así como en la actualidad, las naciones industrializadas invaden otras economías menos fuertes y las inundan de sus productos extranjeros, destruyendo los productos nacionales, bajo la lógica de precios mucho más bajos. Una lógica que inevitablemente implica una desaparición de la industria nacional y los empleos que ello genera.

El ejemplo más voraz es el Chino. Ese país produce de manera muy barata y con capacidad para hacerlo en enormes cantidades, de tal manera que en todos los confines del planeta se encuentran productos chinos en, esencialmente, todo lo que consumimos a diario. China exportó en el año 2020, mercancías por valor de 2.590.221 millones de dólares, seguido por Estados Unidos con 1.431.610 millones de dólares y Alemania con 1.380.647 millones de dólares; en contraste, una economía no industrializada como la colombiana, la exportación es de apenas 31.008 millones de dólares.

El otro sentido del intercambio de mercancías, la importación, se comporta un poco distinto, aunque sin cambios muy notables en cuanto al comportamiento de las economías referidas.

La nación de mayor importación en 2020 fue Estados Unidos con 2.407.527 millones de dólares, luego está China con 2.057.217 millones de dólares y Alemania con 1.170.441 millones de dólares. Colombia aparece apenas con 43.489.

Las siguientes gráficas presentan estos dos escenarios:



Se encuentra entonces una clara superioridad de China, Alemania y Estados Unidos en términos del comercio internacional, con una fuertísima expansión de China, cuya entrada en muchos comercios debe ser limitada por medidas proteccionistas destinadas a mantener los empleos e industrias nacionales a flote, lo que evidentemente no se cumple a cabalidad en muchas economías menores, que se ven afectadas por la inundación de mercancías extranjeras.

Esta situación indudablemente genera graves consecuencias en términos de empleo en las naciones destinatarias de dichas mercancías, ya que no costos de

producción e insumos internos resultan mucho más altos que el valor de los productos extranjeros.

De esta manera, el libre comercio es predicado en aquellas áreas donde los países son altamente competitivos y en los sectores donde no, se aplica el proteccionismo para amparar los empleos generados por distintas industrias o actividades comerciales. En la agricultura europea, por ejemplo, es muy protegida por las naciones respectivas, cosa que no sucede con otras naciones menos desarrolladas en otras partes del mundo. Pero no todos los países siguen esa lógica, pues en múltiples casos, se destruyen puestos de trabajo por la llegada masiva de bienes del extranjero.

Así las cosas, la globalización implica una competencia directa entre desiguales, pues no todas las economías están tan tecnificadas ni listas para producir de igual manera, teniendo en cuenta también que los costes de producción son muy distintos conforme a las legislaciones de cada nación, siendo los costos laborales uno de los puntos que más mueve esa balanza y por el cual terminan siendo cambiados los lugares de producción a distintas partes del mundo.

Pero esta situación está empezando a cambiar, ya que los costos logísticos y la producción predictiva, empiezan a jugar un papel elemental en los tiempos de producción y las tendencias de consumo, como lo explico en los capítulos sobre el Análisis predictivo. La reinención de la geografía productiva global. De la descentralización a la relocalización.

3.4.8. Los refugiados y el fenómeno migratorio

Son múltiples las razones por las cuales los seres humanos nos movemos de un lugar a otro, que se refieren a fenómenos climáticos, pobreza, trabajo, educación, violencia, entre otros.

De la mano con la mundialización, también se ha presentado un reconocimiento distinto de las personas, donde las identidades territoriales siguen estando presentes, por supuesto, pero también tenemos más oportunidades para establecernos donde se encuentren las mejores condiciones para desarrollar nuestros planes de vida, por deseo o por la acción de un tercero.

Los fenómenos migratorios ordenados obedecen a situaciones que pueden planificarse y que implican el cumplimiento de las normas migratorias, pero también existen fenómenos migratorios derivados de eventos incontrolables, tales como crisis económicas agobiantes, guerras o pobreza.

En esta sección me referiré a las crisis migratorias que estamos padeciendo en la actualidad con los refugiados, más adelante me referiré al impacto de la globalización y la migración organizada con las nuevas tendencias de empleo de los Trabajadores nómadas digitales.

En Europa se vivió en 2015 la llamada “crisis de refugiados”, con personas desesperadas por llegar a ese continente a través de los mares Mediterráneo y Egeo, con un fenómeno que empezó a registrarse por los noticieros desde 2013, sin tener una respuesta articulada de los países de la Unión Europea, generando crisis humanitarias como la negación de la entrada de barcos llenos de refugiados a distintos países.

Desde 2014, en América Latina y muchas partes del mundo, presenciamos y vivimos aún el éxodo masivo de ciudadanos venezolanos que huían de la pobreza y violencia en su país, que suman ya más de 6,04 millones de personas según cifras de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2022). Colombia adelantó una política de acogida importante para recibir a 1.7 millones de venezolanos en el país, buscando esencialmente regularizar su situación, primero mediante múltiples permisos dispersos y destinados a temas concretos como trabajo, salud o educación y terminando con la expedición del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos mediante el Decreto 216 del 1 de marzo de 2021, que tendrá vigencia de 10 años y contiene “medidas de flexibilización migratoria, herramientas de identificación, caracterización y registro de la población migrante venezolana, detectar la población migrante en condiciones de vulnerabilidad, o sujetos de especial protección para una adecuada y oportuna atención” dicta el Decreto.

Las personas que obtengan bajo este estatuto el Permiso por Protección Temporal podrán ejercer durante dicho período cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas, dicta la norma.

Ahora en 2022 Europa revive la crisis migratoria con la invasión de Rusia a Ucrania ocurrida desde 24 de febrero y que ha generado el desplazamiento de más de 3 millones de personas hasta el 15 de marzo de 2022 debido a la guerra que se libra en territorio ucraniano (Organización de las Naciones Unidas, 2022).

En Siria son más de 11 años los que llevan soportando la guerra y en ese país se vive la *“mayor crisis de desplazamiento del mundo. Más de 13 millones de personas han huido del país o están desplazadas dentro de sus fronteras.”* (Organización de las Naciones Unidas, 2022).

Son situaciones que ponen a prueba nuestro sentido de humanidad y que terminan mostrando nuestra peor cara, con situaciones como xenofobia, racismo, discriminación, criminalización y muerte. Las condiciones sobre las cuales las personas son refugiadas definitivamente no son las mejores.

Estas situaciones deberían obligar a los gobiernos para actuar articuladamente, recordando que son personas los que se posan a sus líneas imaginarias que hemos

llamado frontera, pidiendo algo de humanidad, generando también una presión sobre los mercados laborales, sanidad, educación y orden público, entre otros.

De ahí que resulte tan dolorosa la respuesta de la Unión Europea a la crisis migratoria, ya que precisamente ese continente padeció los horrores de la guerra y precisamente por ello allí nació la legislación moderna para los refugiados con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, misma región que en 2004 adoptó la Directriz sobre los Refugiados.

Por lo descrito, la era de la globalización nos obliga a pensar en un mundo del ciudadano global y es necesario recordar que las fronteras son líneas imaginarias que hemos dibujado, que carecen de capacidad para borrar nuestra humanidad y la dignidad que como personas nos es propia.

3.4.9. La igualdad y los derechos humanos

El desarrollo histórico de occidente se sostiene sobre un principio transversal, la igualdad de los seres humanos, pero con acciones y omisiones reiteradas y sostenidas de dominación de unos a otros sobre el argumentado de superioridad ejercida por la fuerza. Precisamente por el discurso y a pesar de las contradicciones, los derechos humanos son la unidad de medida internacional que resulta estrictamente necesaria de cara a los cambios impulsados por la globalización.

Pero los derechos humanos, como el trabajo mismo, no son un asunto que pueda analizarse desde la inmediatez, sino que requieren de un estudio de su origen y los fenómenos que moldearon su desarrollo y que permiten entender la realidad de las formas que ahora presentan. Así las cosas, los derechos humanos también marcan de manera directa la realidad actual del trabajo, asunto que en este documento me estoy permitiendo estudiar.

Y es que actualmente tenemos una visión muy cotidiana y natural de la libertad, la damos por garantizada en las condiciones que hoy por hoy nos resultan obvias, pero apenas unos años atrás eran un anhelo lejano. De tal manera que la libertad actual es el resultado de un camino abierto piedra a piedra, palmo a palmo, con cruciales y graduales reivindicaciones, que con esa progresión fueron permitiendo el ingreso al amparo de cada vez más espectros de personas.

Es por esta misma razón que existe cierta resistencia a los cambios impuestos por la globalización y los avances tecnológicos, en términos de la gestión de derechos laborales, ya que se busca defender con fuerza lo que tanto costó lograr.

Los derechos humanos tienen la capacidad de generar un lenguaje de garantías universales mínimas, que reconoce nuestra igualdad fundamental dentro la inmensa diversidad que tenemos como especie. Todo empezó con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 en el marco de la revolución francesa. Es la primera vez que se logra generar una definición y amparo general

de los derechos civiles y políticos. Fue la primera consagración normativa, pero el paso a la implementación costaría más, como siempre ha sido y será.

Precisamente es posterior a esta declaración, que es la primera piedra, se genera el ambiente necesario para el inicio del desarrollo específicos de estos derechos generales, y es el aspecto laboral. Primero se garantizaron elementos esenciales a la condición humana, para pasar a la garantía de los estándares mínimos del aspecto más destacado de la vida humana adulta, el trabajo.

Llega entonces el siglo XIX, que se describió anteriormente, donde el responsable primario de los derechos laborales es la empresa en el marco del estado benefactor, fuente de condiciones de trabajo dignas, y lo hace con un renovado estándar para la garantía de derechos, que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Esta declaración viene de una etapa negra, donde Europa Occidental soportó siglos de conflictos, finalizados con la segunda guerra mundial. Aparece la idea del estado benefactor y son dichas sociedades el referente más alto en cuanto a garantías de derechos civiles, políticos y laborales. Es por lo que el presente documento acude a las comparaciones entre dos regiones que generan contraste, Colombia, como representación de América Latina, con un mercado laboral profundamente desigual y problemático, con Europa Occidental, con un mercado laboral más cercano a los estándares laborales deseables, como expuse en la introducción.

La llegada del neoliberalismo es un ataque directo al estado benefactor, con privatización de empresas públicas y reducción de derechos laborales, con una regresividad social directa, con reformas laborales nocivas que priorizan la acumulación de ganancia en las empresas sobre la premisa de la destrucción de derechos laborales. El modelo del estado benefactor está presente aún en países como Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega, que precisamente son países con un gran índice de igualdad.

De tal manera que el siglo XX sería el del establecimiento de un conjunto de derechos laborales, seguido por y la lucha por defenderlos ante la expansión del neoliberalismo.

Con el siglo XXI, por las innovaciones y su velocidad, se inicia una etapa de transformaciones económicas y productivas profundas, donde se cuestiona el rol de la empresa como eje sobre el cual se accede a los derechos laborales, precisamente debido a que la empresa del siglo XIX es muy distinta a la del siglo XXI y el entorno económico en el que se desempeña también es muy distinto. El concepto de empresa cambió radical y muy rápidamente, como nunca, y pasará a presentarlo en la sección sobre El trabajo en la cuarta revolución industrial.

Es entonces a partir de las condiciones y las garantías del siglo XIX que entendemos el trabajo en el siglo XXI, pero las nuevas realidades nos obligan a

ajustarnos a estas nuevas realidades, conservando las esenciales necesidades a satisfacer, es decir, la necesidad de garantizar unas condiciones de trabajo dignas en el mercado laboral actual.

Pero también ocurrió que en los años 80 del siglo XX se empieza un movimiento conocido como la tercera generación de los derechos, donde pasamos de la noción de los derechos individuales, a los derechos como colectivo. Aparecen entonces nociones como el derecho a la paz, al desarrollo económico y al medio ambiente sano y equilibrado. Paso a analizar este elemento, el cambio climático.

3.4.10. El cambio climático

El proceso evolutivo humano, estructurado sobre aprendizajes derivados de las peores dejaciones que nosotros mismos provocamos, nos ha permitido reconocer que todos somos merecedores de algunos estándares de protección legal esencial derivada de nuestra misma humanidad. Hemos entendido también que nuestro impacto en la tierra es real, que con cada paso que damos impactamos el entorno que nos rodea y que ese entorno también necesita ser protegido.

Esta es la tercera generación de derechos humanos, que brinda la concepción de los derechos colectivos, donde establecemos como premisa general, que un medio ambiente equilibrado es una condición necesaria para la sobrevivencia en el único mundo que tenemos.

Y es que todos los constructos sociales dispuestos alrededor del sistema económico industrializado, basado en combustibles fósiles, con producción en masa y con consumismo extremo, ha enfermado la tierra con tal rapidez y profundidad que hemos llegado ya a un punto de no retorno. O cambiamos nuestra manera de vivir o estamos gestionando nuestra propia destrucción.

Es este sentido, hemos aprendido que nuestro accionar masivo, como plaga, ha devorado al planeta y que, en ese sentido, necesitamos pensar como especie, olvidando las líneas imaginarias que hemos trasegado para que unos ejerzan soberanía sobre otros. Hemos entendido el impacto planetario que tienen las acciones y omisiones de una sola persona en cualquier lugar del mundo, sin importar la identidad nacional, resaltando que son nuestras costumbres como especie las que devastan y que necesitamos cambiar todos ya.

El primer punto de preocupación estaría centrado en evitar el cambio climático, vale decirlo, el calentamiento de la tierra, pero en este como en muchos otros casos, esa posibilidad ya se perdió. Así que los esfuerzos se concentran en intentar mermar los impactos que el cambio climático tiene en nuestra especie, preparándonos para su inminente llegada.

El cambio climático, como cualquier otra cosa en el planeta, es parte de un enorme y complejo sistema, donde juegan parte el agua de los océanos, las superficies congeladas, la biósfera (donde estamos nosotros, los animales, las plantas,

etcétera), y los gases sobre la superficie de la tierra. En ese sentido, los cambios en cualquiera de estos componentes afectan al planeta entero, perdiendo completo sentido nuestras divisiones imaginarias de los países. Lo que pasa en cualquier lugar nos afecta a todos. Es inevitable dada su noción sistémica.

Dentro de este delicado balance hemos generado una terrible intervención, pues a causa de la masiva producción de dióxido de carbono y metano, derivada de nuestros sistemas económicos, ocurre el atrapamiento de la energía solar que antes era reflejada por las diversas superficies del planeta, ya que las altas concentraciones de los elementos antes mencionados no les permiten escapar. Esta es la causa del conocido “efecto invernadero” y es que, al ser nuestro planeta un ecosistema, profundamente interconectado, un desbalance de estas magnitudes, genera múltiples y graves alteraciones tales como el derretimiento de los casquetes de hielo aumentando el nivel del agua en estado líquido que alberga el mar, aumento en la temperatura del planeta, aumento en las concentraciones de dióxido de carbono, que incluso son visibles en ciudades densamente pobladas, también están las alteraciones en los patrones climáticos del planeta, generando fenómenos naturales nunca antes vistos, con los que evidenciaremos a un muy alto costo, lo vulnerables que somos a pesar de nuestros avances tecnológicos y cuan desigual es la visión de lo colectivo de nuestras sociedades.

En resumidas cuentas, el problema del calentamiento global viene de todo nuestro sistema de crecimiento económico, basado en energías fósiles, consumismo enfermo, generación descontrolada de basuras que hacen imposible su manejo eficiente, entre otros asuntos. Por lo tanto, la solución a este evento cataclísmico es, evidentemente, alterar nuestra conducta a todo nivel, personal, colectivo e industrial, de manera masiva, radical y permanente, lo que para nada es una empresa fácil.

Nuestro entendimiento de este tipo de fenómenos está plagado de un profundo sentimiento de individualismo y superioridad de unos a otros, de tal manera que muy a pesar del completo sustento científico, las empresas siguen produciendo de la misma manera, seguimos consumiendo igual y la contaminación sigue su camino.

A pesar de los insistentes esfuerzos de las grandes empresas de combustibles fósiles y otros tantos interesados en mantener el mismo camino hacia la extinción del planeta, son varios los esfuerzos que se están llevando a cabo para tratar de conjurar la crisis climática, y el cambio cultural en masa que debemos llevar a cabo es monumental, pero necesario.

Luego de años en los que se buscó soterrar el debate sobre cambio climático y las medidas que se deben tomar, solo hasta 1997 se firmó el Protocolo de Kioto, que adoptó las medidas de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático de 1992.

El Protocolo fue firmado por 84 países y ratificado por 46, que para 2001 aumentó a 180. Allí se planteó la meta de reducción de la producción de gases de efecto invernadero entre 2008 y 2012, que era la primera etapa del protocolo y las metas propuestas fueron rechazadas por China, Australia y Estados Unidos que son algunos de los países más contaminantes. En la segunda etapa, que iba desde 2013 con la enmienda de Doha e iría hasta 2020, nuevamente ocurrió que países contaminadores como Estados Unidos, Rusia y Canadá no formaron la prórroga.

Así las cosas, el Protocolo de Kioto no alcanzó las metas propuestas y los países que más consumen y más emiten carbono, especialmente Estados Unidos, siguen en sus mismos patrones contaminantes, de tal manera que la situación climática global no ha hecho más que empeorar. Por lo tanto, el sistema neoliberalista se ha encargado de eliminar las posibilidades del pensamiento en colectivo, donde existe un predominio del bien común, de tal manera que la voluntad política está en cabeza de lo que la empresa privada decida encaminar, especialmente por supuesto de las empresas más contaminantes que cuentan con un poderoso *lobby*.

Pero incluso en estas circunstancias adversas, se firmó el Acuerdo de París en 2015, que también fue firmado por la administración Obama de Estados Unidos, junto a los países miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

El acuerdo busca reducir el calentamiento global en al menos 2 grados centígrados, preferiblemente a 1.5 grados centígrados en relación con los niveles preindustriales, y funciona con acciones que se van adelantando mediante ciclos de 5 años que se van haciendo más estrictos y específicos conforme los avances de las medidas que cada país va demostrando que ha adelantado.

Esta reducción en la temperatura va acompañada de una meta de cero por ciento en la producción de emisiones contaminantes para 2050, ya que este es el plazo conforme al cual podremos tolerar un aumento en la temperatura planetaria.

Es un escenario ciertamente devastador, pero lo es más aún dado el negacionismo y la falta de acciones radicales desde el punto de vista político, que sigue abordando el asunto con paños de agua tibia. Y es que este cambio climático resulta de la devastadora expansión humana, cuyo impacto es tal que se habla del Antropoceno, vale decirlo, el nombre brindado a la era geológica ocurrida a causa del papel protagonista de la humanidad para desatar cambios geológicos en el planeta. Nuestra huella es tal que implica una modificación de nuestro entorno biológico hasta el punto de asegurar la extinción entera del planeta.

Nuestro sistema de producción de capitalismo mercantil se asegura sobre la base de transformar la naturaleza que nos rodea, generando en su lugar “desarrollo y progreso”, a un costo mortal por supuesto, pero envuelto en brillante plástico, deforestación. Antes de la colonia, los territorios de Europa, especialmente los de Portugal, España y Holanda, ya se encontraban sobreexplotados, de tal manera que su producción industrial se trasladó a América, donde los enormes y ricos

territorios recibirían el aplastante peso de la industrialización basada en la producción a partir de mano de obra barata, empezando por la devoración de personas con el esclavismo, pero también destinada destruir despiadadamente el entorno natural y erradicar de miles de especies, lo que continúa a la fecha.

La producción industrial implicó reemplazar en alguna medida mano de obra humana por máquinas, pero la fijación del costo de una mercancía sobre el valor de la mano de obra e insumos, sin tener en cuenta el impacto sobre la naturaleza, también implicó la disposición de la supremacía de la producción y consumo humano en términos de una noción singular de la existencia en el planeta, donde los únicos seres vivos considerados legalmente eran los humanos, e incluso dentro de nosotros los ámbitos de protección son profundamente desiguales.

En todo caso, el paso definitivo que necesitamos dar es hacia resignificar la noción de lo colectivo, para no solo entender dentro de esta categoría a los humanos, sino incluir también a la naturaleza en dicha concepción, replanteando nuestros estilos de vida y transformando la visión occidental de la existencia en el planeta. Esto ha empezado a ocurrir, no solo a través de la presión social hacia los gobiernos, obligándolos a generar políticas de crecimiento verde, sino también se ha presentado en vía judicial, donde se está empezando a generar la consideración y garantía de la naturaleza como un sujeto de derechos.

Bolivia, Colombia y Ecuador son países pioneros en reconocer como sujeto de derechos a la naturaleza.

Ecuador en 2008 incluyó dentro de su Constitución los Derechos de la Naturaleza. Bolivia en 2012 incluyó los derechos de la Madre Tierra en sus leyes. Colombia en 2016, a través de una sentencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-622/16, 2016) señaló que:

“En concreto, la aplicación del principio de precaución en el presente caso tendrá como objetivos, (i) prohibir que en adelante se usen sustancias tóxicas como el mercurio en actividades de explotación minera, ya sean legales e ilegales; y (ii) declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración, como se verá con más adelante en el fundamento 9.32.

(...)

9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido

ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permiten afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado [313].

(...)

9.32. En esa medida, dimensionando el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del medio ambiente, la Constitución Ecológica y los derechos bioculturales[314] (fundamentos 5.11 a 5.18), que predicen la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos, es que la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano [315]. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia.

*Como complemento de lo anterior, resulta preciso recordar que **la premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana.** Esta relación se expresa en otros elementos complementarios como: (i) los múltiples modos de vida expresados como diversidad cultural están inextricablemente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios; (ii) la riqueza expresada en la diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales; (iii) las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad; (iv) los significados espirituales y culturales de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural; y (v) la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que el diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad [316]. Estos elementos, en adelante deberán tenerse en cuenta como parámetros para*

la protección de los derechos del medio ambiente y de la naturaleza, desde una perspectiva biocultural. (Negrilla original)

De esta manera, el orden de desarrollo económico que ha tomado las riendas del mundo ha encontrado un contrapeso que está obligándole y obligándonos a nosotros mismos a cambiar, para re entender nuestra relación con la naturaleza, para entenderla propia, entender que no podemos ser nosotros sin ella, reconciliándonos también con los pueblos indígenas y campesinos, quienes tuvieron y tienen una relación más profunda con la naturaleza y quienes fueron desprestigiados por el lente occidental que históricamente hemos decidido poner sobre nuestros ojos para ver el mundo. Llegó la hora de que limpiemos ese lente y veamos que no estamos solos y que definitivamente hay otros escenarios que merecen protección también y que no son únicamente los humanos.

3.4.11. La agenda 2030 para el desarrollo sostenible.

Precisamente entendiendo que no podemos continuar concibiendo nuestra existencia como si nuestras acciones no tuviesen consecuencia y nuestro estilo de vida pudiera perdurar por siempre en estas condiciones, desde las Naciones Unidas se han planteado los 17 objetivos para las personas y el planeta dentro de la Agenda para el Desarrollo Sostenible.

Estando clara la realidad de extrema pobreza, brecha de género, derechos humanos limitados a unos pocos, desigualdades en la distribución de la riqueza, contaminación y pérdida de biodiversidad, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas se planteó la Agenda y los Objetivos de desarrollo sostenible con vigencia hasta 2030, que reconoce la importancia de luchar contra la pobreza, el cuidado del planeta y la disminución de las desigualdades.

La agenda se estructura sobre 5 columnas esenciales:

- Libertad e igualdad de las personas en un medio ambiente saludable
- Ubicar la protección del planeta como eje de las acciones y omisiones humanas
- Transformar las economías para tener economía próspera, pero en armonía con la naturaleza
- Buscar la consolidación de la convivencia pacífica
- Alianza mundial entre los actores para lograr los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS)

Los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) son:

- Fin de la pobreza
- Hambre cero
- Salud y bienestar
- Educación de calidad

- Igualdad de género
- Agua limpia y saneamiento
- Energía asequible y no contaminante
- Trabajo decente y crecimiento económico
- Industria, innovación e infraestructura
- Reducción de desigualdades
- Ciudades y comunidades sostenibles
- Producción y consumo responsables
- Acción por el clima
- Vida submarina
- Vida en ecosistemas terrestres
- Paz, justicia e instituciones sólidas
- Alianzas para lograr objetivos

Todos estos objetivos cuentan con un plan de seguimiento, con objetivos específicos, cuyo avance irá demostrando si estamos cumpliendo o no con las condiciones establecidas para alcanzarles.

El objetivo 8 (promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos) se vio directamente impactado por la pandemia, como tantos otros asuntos, pero se han mantenido las metas de este, dentro de las cuales destaco las siguientes:

- *“8.2. Lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación, entre otras cosas centrándose en los sectores con gran valor añadido y un uso intensivo de la mano de obra.”* Esta meta seguramente que debe tener un aspecto jurídico, conforme al cual se armonice esta modernización tecnológica e innovación, con la creación de puestos de trabajo decentes y fomento de la formalización que se plantea en otra meta posterior, ya que es en este punto de articulación donde se presentan las mayores distorsiones dentro del mercado laboral, conforme estudiaré en el aparte de El trabajo en la cuarta revolución industrial.
- *“8.6. De aquí a 2020, reducir considerablemente la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación”* No se ha cumplido y no precisamente por la pandemia, sino por varios fenómenos estructurales que se han venido haciendo más complejos con la acumulación de los años y la profundización de la desigualdad.

También está el objetivo 4 *“garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”*. Este un asunto que no suele conectarse de manera muy directa con el empleo, especialmente en metas y pasarelas entre las políticas educativas y las de empleo en términos de la medición de la calidad en la educación impartida traducida en la empleabilidad de los egresados y la creación de incentivos reales

para la relación entre estudio-empleabilidad de egresados, pero estoy convencida de que esa desconexión precisamente es uno de los puntos más esenciales en el momento de explicar la crisis del desempleo juvenil que padecemos en la actualidad, por supuesto entre otros factores, pero siendo este uno de los que más aporta a la esta situación.

Dentro de las metas de este objetivo de desarrollo sostenible se encuentran las siguientes, que me han llamado la atención:

- “4.3. *De aquí a 2030, asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria.*” La redacción misma de la acción pareciera indicar que el concepto de la enseñanza universitaria implica acceso a mayores índices de bienestar de la persona, por consiguiente, mayores índices de empleabilidad, bajo el entendido que el trabajo es el mecanismo dispuesto en nuestras sociedades para acceder a un conjunto de garantías sociales a causa del aporte que hacemos al crecimiento social con nuestra labor personal. En este sentido, se plantea a la enseñanza universitaria como distinta de la superior, y requiere de una especificación, reafirmando el estigma social hacia la formación profesional, que es también educación superior, teniendo en cuenta precisamente la estructura de los marcos de cualificaciones y la necesaria movilidad académica y formativa entre las vías de cualificación.
- “4.4. *De aquí a 2030, aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento*” En esta meta se plantea precisamente un fortalecimiento a las competencias laborales, especialmente sobre la formación técnica y profesional, siendo importante además que se enuncia de manera directa dos vías esenciales de trabajo, uno el “trabajo decente” acudiendo a la denominación de la Organización Internacional del Trabajo y el “emprendimiento” reconocido también dentro de la categoría de trabajo.

Esto resulta importante, pero hay un asunto de enorme importancia que no se encuentra en las metas, y se refiere a la orientación vocacional en el momento de que los jóvenes tomen el camino hacia la vida productiva, teniendo en cuenta que existen dos vías de cualificación que a través de la enseñanza de otros les permitirá abrir o cerrar las puertas del mercado laboral a partir de la cualificación obtenida.

Sumado a ello, los países necesitan orientar sus políticas educativas y brindar información esencial a los estudiantes sobre la prospectiva ocupacional que tendrán las cualificaciones que obtengan en cada una de las vías disponibles, ya que esta información definitivamente les permitirá tomar una decisión informada conforme a sus habilidades y a sus proyectos de vida, incluso teniendo en cuenta que en algunos casos, los jóvenes pueden requerir de competencias que no les

brinden las vías de cualificación tradicionales y ya tengan aprendizajes previos que deban ser reconocidos como requisito para ingresar al mercado laboral.

Considero que una visión consecuencial y dinámica de las vías de cualificación dentro de los mercados laborales es necesaria y que resulta inaudito que teniendo la información que debería ser pública y las vías tecnológicas para comunicarlo, en muchos casos los jóvenes sigan tomando este tipo de decisiones con la luz apagada y sin indicación alguna, produciendo una vez más una profundización de la desigualdad entre quienes cuentan con la posibilidad de tomar una mejor decisión ante su futuro laboral ante quienes definitivamente no tienen acceso a educación de calidad o a información sobre cómo alcanzar de la mejor manera posible sus metas de vida.

Otro asunto de enorme importancia es precisamente la recualificación que se presenta para que las personas puedan navegar de mejor manera dentro del mercado laboral, pues cada vez más se está dejando de lado la cualificación como medida de cambio dentro del mercado laboral y en su lugar aparece la demostración efectiva de dominar una competencia específica. Este también es un asunto para tener en cuenta dentro de la 4 revolución industrial, como explicaré en la sección de Transformación del mercado de las competencias. Habilidades híbridas *soft-hard*.

4. El trabajo en la cuarta revolución industrial

El Banco Interamericano de Desarrollo en 2018 (Basco, Beliz, Coatz, & Garnero, 2018) identificó 8 elementos característicos de la cuarta revolución industrial, que son:

- Plataformas colaborativas
- Fábrica algoritmo
- Fábrica predictiva
- Reinención de la geografía productiva
- Modelos de negocio 360
- Gerencia de la improvisación
- Desigualdad robótica tridimensional
- Transformación del mercado de las competencias

En este aparte del documento me centraré en estos ocho puntos propuestos por el BID (Basco, Beliz, Coatz, & Garnero, 2018), para analizarlos desde las implicaciones sociolaborales que contienen.

4.1. Plataformas colaborativas.

4.1.1. Impacto jurídico de las plataformas colaborativas

Todos los días nacen emprendedores y startups que se nutren del ecosistema de innovación para acelerar sus proyectos, ganar escala y posicionarse en el mercado, por lo tanto, se ha generado una profunda transformación de los mecanismos existentes para la prestación personal de servicios. Se trata de un ecosistema con rango de alcance amplísimo y de gran visibilidad alrededor del mundo desde el punto de vista de la prestación de servicios personales, ya que las plataformas colaborativas están descomponiendo el trabajo en tareas, creando nuevas formas de organización laboral.

Para enmarcar a este masivo y relativamente nuevo fenómeno dentro de las estructuras generales, se acude al concepto de la economía colaborativa. Se trata de un concepto que abarca a los modelos de producción basados en la intermediación entre la oferta y la demanda, generada en relaciones entre iguales, entre pares como lo señala la expresión *peer to peer*, donde las plataformas colaborativas son la mesa sobre la cual se sirven todos estos intercambios.

En palabras de la Comisión Europea, la economía colaborativa:

“se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios

de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.” (Comisión Europea. Unión Europea, 2016)

Esta relación tripartita permite en la mayoría de los casos identificar claramente los actores que hacen parte de esta y, en consecuencia, aplicar una atracción jurídica a las normas laborales tradicionales. Con esto quiero decir que se identifica dentro de los tres sujetos de la economía colaborativa a un empleador y a un trabajador, que en últimas terminan asumiendo las reglas de estas normas tradicionales.

Ahora bien, como con cualquier cambio social y especialmente dada la rapidez de los cambios tecnológicos introducidos en nuestra sociedad, el aparato estatal no se ha adaptado con la rapidez necesaria para garantizar unas reglas de juego clara que, para el caso específico de este trabajo de investigación, significan que el aparato estatal no se ha movido con la rapidez necesaria para amparar los principios laborales mínimos fundamentales del trabajo humano, especialmente en lo que se refiere a las plataformas digitales como UBER o Glovo.

Inicialmente los dueños de estas plataformas de reparto aprovecharon los vacíos normativos generados por lo innovador de los mecanismos utilizados para reclutar trabajadores y asignar tareas, insistiendo en que se trata de trabajadores por cuenta propia y concentrando sus esfuerzos en alejar su actividad de la regulación para la prestación del servicio de transporte de pasajeros, en el caso de UBER. De esta manera, aprovecharon lo disruptivo de su propuesta de negocio, para tomar la “ventaja” competitiva de burlar derechos laborales.

Con el paso de los años y el cansancio de los trabajadores ante los abusos cometidos por estas empresas, estos empezaron a acudir a los estrados judiciales buscando reivindicar su condición de tales, pretendiendo acceder a las garantías laborales mínimas con las cuales podrían ejercer su labor bajo el amparo de la normatividad laboral. Y en muchos casos empezaron a generarse tendencias jurisprudenciales sobre la existencia de un vínculo laboral por cuenta ajena y subordinado, y ello se sustenta sobre el argumento de que las nuevas herramientas de la tecnología e innovación permiten nuevos mecanismos para ejercerla de maneras distintas a las tradicionales, lo que no es suficiente para negar su carácter y esencia laboral típica. Esto obligó a las plataformas a tomar medidas para que las ramas legislativa y administrativa se pusieran a su favor para perpetrar su operación con reglas civiles, con absoluta autonomía de la voluntad de las partes.

A continuación, una visión jurídica de la situación de los trabajadores de plataformas digitales de reparto, tipo UBER o GLOVO, en las tres ramas del poder público: administrativa, judicial y legislativa.

4.1.1.1. *Visión administrativa*

En España, los primeros casos que se empezaron a resolver por la rama administrativa del poder público llegaron de la mano de la plataforma UBER, donde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña (ITSS) en el mes de marzo de 2015 la elaboró un informe en el cual mantiene que entre el conductor del vehículo y UBER existía una relación laboral (Sierra Benítez, 2015). Se trata del caso de la Associació Agrupació Taxi Companys, Coordinadora metropolitana del Taxi y Sindicat del Taxi de Catalunya, conforme a la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona y en la Dirección Provincial de Barcelona de la Agencia Tributaria, el 17 de octubre de 2014.

En este caso, la Inspección se pronunció frente a la reclamación interpuesta por el Sindicato de Taxis, en la que se planteó el incumplimiento de la obligación de afiliación y cotización en el régimen general de la seguridad social y subsidiariamente el incumplimiento de la obligación de afiliación y cotización al régimen especial de trabajadores autónomos.

Al respecto, la Inspección determinó que:

“deben ser considerados trabajadores empleados de esta compañía, dado que concurren las notas principales que determinan la existencia de relación laboral: dependencia y ajenidad.

En este caso los indicios que se aportan son: a) los conductores son previamente seleccionados; b) las rutas son fijadas por la compañía; c) puesta a disposición de los chóferes de un móvil para prestar los servicios, y un sistema de incentivos como forma de retribución. En relación a esta nota hay una importante diferencia con respecto a otra start up como Bla bla Car, donde la actividad consiste en que los usuarios comparten los servicios (trueque) sin que medie un lucro personal. Esto significa que para la Inspección de Cataluña los conductores de UberPop son en realidad trabajadores de esta compañía y, por lo tanto, deben estar dados de alta en la Seguridad Social.”

La decisión de la Inspección en Barcelona se pospuso, hasta tanto los Tribunales no se pronuncien sobre la legalidad de la actividad de Uber. Precisamente el 10 de julio de 2019, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña adoptó una suspensión cautelar varios artículos del reglamento del Área Metropolitana de Barcelona (AMB) que regula la actividad de los vehículos de alquiler con conductor (VTC), entre ellos el que fija en una hora el tiempo de pre-contratación de estos servicios (Catà, 2019). Esto significa una situación que en cierta manera permite la continuidad de la operación de UBER hasta tanto exista una decisión del fondo del Tribunal, ya que las disposiciones suspendidas del reglamento aumentan en 45 minutos el tiempo de pre contratación que estableció previamente la Generalitat en su decreto, también impide la geolocalización de los Vehículos de Turismo con Conductor (VTC) y obliga a los conductores que circulen sin

pasajeros a probar que tienen un cliente en el registro de servicios o que se dirigen a su estacionamiento.

En todo caso, la decisión la Inspección se basó, vía analogía, en el criterio operativo 94/2014 de 5 de febrero, sobre actuación de la ITSS respecto de actividades de venta ilegal de loterías, es decir la realización de una actividad sin contar con la autorización para operar en el tráfico jurídico. Así las cosas, acorde a este criterio operativo *“si no hubiera pronunciamiento jurisdiccional que reconociera la existencia de relación laboral, no podrá la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extender acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social”*

Pero el mayor peso para mover el aparato estatal y generar alguna la regulación de la relación que surge entre la plataforma y los trabajadores al servicio de esta, especialmente la de los *riders*, estuvo en la copiosa y consistente jurisprudencia española que se explica en el aparte siguiente, ya que en España se adopta el 12 de agosto de 2021 el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo. Se trata de una decisión del gobierno con fuerza de ley que consta de un artículo y dos disposiciones finales, cuya finalidad es la precisión del derecho de información de la representación de personas trabajadoras en el entorno laboral digitalizado, sobre el derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Por otro lado, está la regulación de la relación trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, asunto sobre el cual este Real Decreto Ley crea una presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. En ese sentido, lo que esencialmente se hizo, fue reconocer como regla expresa y general, lo que de tiempo atrás venían diciendo desde los despachos judiciales.

Gran atención genera el asunto de la gestión algorítmica, ya que se obliga a las empresas de intermediación y reparto a publicar el algoritmo de la aplicación respectiva, en el sentido de determinar cómo se elige a los prestadores del servicio final, cómo los clasifica para distribuir entre ellos el servicio y en qué condiciones es ejercida esta organización del trabajo.

Esto genera una gran controversia, entendiendo que este no es un asunto menor, pues se trata del principal secreto empresarial de estas plataformas, brindando el dato directo de cómo funciona realmente la empresa. Pero la adopción de esta disposición resulta necesaria ya que, teniendo en cuenta casos como el italiano, ya se ha evidenciado que es posible que el algoritmo incurra en discriminación injustificada. No existe entonces una intervención humana que permita limitar la manera en que el algoritmo castiga situaciones no deseadas, por ejemplo, tardanza en algunas entregas o no realización de estas durante algún tiempo, sin que aparezca el factor humano para averiguar las posibles

causales que rodean esta situación, tales como enfermarse, accidentarse, o que haya cualquier justificación para esta situación. Es decir, se toma una decisión normativa plenamente justificada y razonable, donde el secreto empresarial debe ceder, ante los derechos mínimos fundamentales de los ahora plenamente reconocidos trabajadores por cuenta ajena.

Es decir, ya estando en un marco enteramente de trabajo típico, se obliga a introducir una revisión humana a los algoritmos que, ya de por sí, son un proceso estrictamente matemático, para que su actuar no resulte desproporcionado de cara a los derechos laborales mínimos fundamentales de los trabajadores. Se trata de algo que debería aplicarse como estándar general para los casos donde los algoritmos se encargan directamente de ejercer la subordinación jurídica a la prestación del servicio, ya que es constante que ocurran casos de discriminación y violación de derechos laborales (ver la sección Cambios en las maneras de trabajar). Ello debido a la falta del toque humano en el funcionamiento de los algoritmos que se encargan de regular el pago y asignación de trabajo a las personas que laboran en estas plataformas, entre otros asuntos.

4.1.1.2. *Visión judicial*

Este es el aparte más amplio alrededor del mundo, ya que ha sido el vehículo más expedito que han encontrado los trabajadores al servicio de las plataformas para que sean amparados sus derechos laborales mínimos fundamentales, ya que el problema resulta ser de encuadramiento y no de regulación. Es la manera más eficiente para evitar, en la mayoría de los casos, la mercantilización de las personas y el regreso a la legislación civil con el argumento de mantener la autonomía de la voluntad de las partes como mandamiento fundamental para la prestación de servicios, vale decirlo, argumentando el regreso al precario contrato de arrendamiento de servicios y negando de tajo la existencia del derecho del trabajo.

Es así como mediante sentencia del 20 de diciembre de 2017 sobre el asunto C-434/15, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) analizó si las prácticas de Uber Systems Spain y las sociedades vinculadas a ella, podían calificarse de desleales e incumplir la normativa española en materia de competencia, siendo necesario establecer si Uber debía o no disponer de una autorización administrativa previa para prestar el “servicio en el ámbito de los transportes” o si se trataba simplemente de un “servicio de la sociedad de la información”.

Como respuesta a estos interrogantes, el Tribunal dijo que efectivamente *“este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123.”*

Esta decisión fue sustentada también acorde al precedente judicial existente, pues “*el concepto de «servicio en el ámbito de los transportes» engloba no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte [véanse, en este sentido, la sentencia de 15 de octubre de 2015, Grupo Itevelesa y otros, C-168/14, EU:C:2015:685, apartados 45 y 46, y el dictamen 2/15 (Acuerdo de libre comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartado 61]*” (Sentencia C-434/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017)

Ante la magnitud que esta decisión podía significar para la compañía, UberPOP se retiró temporalmente de España en 2014.

Otro caso sonado de plataformas colaborativas se presentó con Glovo en septiembre de 2019 (Ubieto, 2019), una aplicación que permite compra, recogida y envío de pedidos a través de repartidores conocidos como "glovers". La conclusión de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña (ITSS) fue presentada en un acta que será revisada en un juzgado de lo social de Barcelona para establecer la pertinencia de la actuación de la policía administrativa, en la cual la Inspección propone que Glovo pague un total de 3.842.602,35 euros en concepto de pagos atrasados a la Seguridad Social por emplear durante un periodo de tres años a un total de 3.573 repartidores como falsos autónomos en la ciudad de Barcelona.

A su paso y también sobre la compañía Glovo, en Madrid se produjo la sentencia del 11 de febrero de 2019, en el marco del proceso número 1214/2018 llevado contra la empresa mencionada ante el Juez de lo Social N° 33, donde se dispuso que entre el demandado y la demandante existió una relación laboral, declarando la nulidad del despido por encontrarlo atentatorio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y huelga, generando como consecuencia su readmisión a laborar de manera inmediata con el pago de los salarios dejados de percibir.

El caso concreto corresponde a un repartidor cuyo contrato “*para la “realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente (“TRADE”)*” es terminado unilateralmente por Glovo por incumplimiento de obligaciones, especificando en el escrito de terminación lo siguiente:

“Así Vd ha proferido amenazas a otros repartidores en relación a sabotear sus propios vehículos y amenazándoles con realizar pedidos y valorarlos negativamente de manera infundamentada para perjudicarles y por el simple motivo de no participar en la huelga.

(...)

trata Vd. De incitar a sus colegas a que inicien una huelga sin que haya existido una previa declaración

de la misma y sin ninguna persona de las que podrían estar legalmente legitimadas hayan abierto ningún tipo de negociación con la empresa del que pudiera haberse producido un conflicto colectivo de intereses.”

En su sentencia, el Magistrado presenta como argumentos jurídicos que sustentan su decisión los siguientes.

Primero, que a causa de las innovaciones tecnológicas las condiciones en la manera de trabajar se han alterado notablemente, concretamente en el tiempo y lugar de trabajo. Tradicionalmente estos dos elementos confluían en un centro físico concreto, fábrica u oficina, por un período de tiempo fijo preestablecido. Pero en las nuevas formas de trabajar las dimensiones espacio-temporales son distintas, ya que ahora el centro de trabajo puede ser todo aquel que permita que la actividad se preste empleando las TIC, situación que a su vez incide en los criterios de evaluación y remuneración del trabajo. En este caso se elimina el mando humano intermedio y el control directo a las personas se realiza por sistemas de seguimiento automatizado tales como cámaras, computadores, sistemas de geolocalización, etc. Esto también implica el acceso a grandes volúmenes de datos, con un tratamiento rápido y barato realizado a través de la creación de algoritmos que establecen perfiles detallados de cómo, cuándo, dónde y especialmente con qué resultado se realiza una tarea.

Concretamente esto ha significado transformar la noción retributiva del pago, ya no por el tiempo invertido en ello, sino por el resultado alcanzado. Se pasa entonces del salario fijo al salario variable en función del resultado de la actividad personal llevada a cabo por el trabajador; y esto a su vez implica el traslado al trabajador de algunos riesgos que hasta entonces venían siendo asumidos por el empresario, quien se adjudicaba el trabajo que le era prestado. Sumado a ello, el empresario reduce de manera sensible los costos de intermediarios y los demás requisitos habituales del comercio tradicional.

Segundo, que estas plataformas pueden ser de dos grandes tipos. Unas que son espacios digitales para encontrar oferta y demanda, siendo una especie de empresa de trabajo temporal virtual, vgr. Alquiler de apartamentos turísticos. Pero hay otras plataformas digitales que requieren de otra persona distinta a las que se conectan, intervenga con su propia actividad para que el servicio pueda ser prestado, y es esa la hipótesis en la que se encuadra Glovo, ya que en el servicio de transporte de mercancías están relacionados el cliente y el proveedor, pero se necesita un eslabón adicional que es la persona que pone a disposición del cliente los productos del proveedor.

Tercero, concepto de trabajo se distribuye en capas, así: trabajo humano, del cual se desprende el trabajo de autoconsumo y el trabajo por contraprestación. De este último se derivan dos tipos, el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia; para distinguir estos dos se aplican los elementos de ajenidad y dependencia, ya que el trabajador por cuenta propia los realiza con independencia técnica y administrativa, dominando del proceso productivo hasta el momento de su venta en el mercado, mientras que el trabajador por cuenta ajena lo hace en el proyecto de otro, donde el empresario domina el cómo, cuándo y dónde desarrolla la actividad.

Cuarto, que los elementos de ajenidad y dependencia son ficciones jurídicas que se aplican a los componentes fácticos de cada caso concreto. A su vez, estas dos instituciones clásicas se ven tan profundamente influenciadas por las TIC, que se deben analizar bajo

nuevos indicios fácticos, antes inexistentes, que los resignifican y valoran con un nuevo peso definitorio.

Dentro de estos nuevos indicios fácticos están: (i) el repartidor suscribe un contrato enteramente redactado por Glovo, lo que demuestra una posición de desigualdad de las partes desde que la relación se conforma. (ii) el contrato contiene cláusulas que someten al repartidor a la subordinación ejercida por Glovo, tales como la duración de la jornada de 40 horas, estándares para la compra de productos y entrega al cliente final, límite de 40 minutos para la entrega final, prohibición de uso de distintivos diferentes a los de Glovo, así como la prohibición del uso de la imagen corporativa de Glovo incluyendo sus redes sociales, entre otros. (iii) la determinación de la contraprestación retributiva y abono es realizada por Glovo al momento en que el servicio se solicita, eliminando por completo la posibilidad de que el repartidor fije o negocie su retribución que en todo caso es dispuesta conforme a los estándares de Glovo. (iv) es Glovo el que designa al repartidor concreto para que preste el servicio en los días y horarios fijados por la misma app. Es la aplicación la que realiza análisis de la demanda de servicios y en función de ello dispone del número de repartidores que se ocuparán de dicha franja, buscando por supuesto el menor coste posible. Entonces, el trabajador está hibernando, esperando a ser llamado y disponible para trabajar. Se le asigna un reparto y se le fija un precio que acepta con la asunción de la actividad ofertada y que recibirá al llevarla a cabo dentro de las condiciones que Glovo fija para que la adelante. Luego regresa al estado de hibernación esperando un nuevo llamado de microtarea.

De esta manera, el juzgador concluye dos aspectos fundamentales según los cuales se diferencia el nuevo sistema de trabajo actual presentado en el siglo XX:

“A.- El tiempo de trabajo que el trabajador quedaba a disposición del empresario para realizar su actividad profesional conforme sus instrucciones, normalmente un horario continuado en el que los tiempos muertos eran tiempo de trabajo a todos los efectos, ahora se atomiza en microtarefas sucesivas en función de la demanda.

Existe una relación contractual permanente “hibernada” que se actualiza con la asignación de cada microtarea concreta.

Ello supone un elevado ahorro de costes para el empresario que sólo retribuye el tiempo en que se realiza la microtarea no aquel en que el repartidor en este caso está en situación de disponibilidad. Se produce así una evidente traslación del empresario al trabajador del coste del tiempo de trabajo.

B.- La actividad así diseñada a su vez supone para el trabajador la facultad de poder dar su conformidad a cada encomienda de trabajo que se le asigne en cuyo caso entra en situación de preselección para llevarlo a cabo si así lo precisa la demanda y se le asigna mediante el algoritmo a tal efecto creado.

(...)

Pero esa facultad asertiva en la elección de cada microtarea que se le ofrece es la consecuencia lógica de la atomización del tiempo de trabajo, pues si el empresario pudiera siempre disponer a su voluntad del repartidor, le colocaría a éste en situación de permanente disponibilidad, lo que constituiría un estado de servidumbre personal contrario a la concepción constitucional y de la UE del trabajo como derecho.”

Como puede verse, en el caso de las plataformas colaborativas la respuesta desde la visión jurídica española consiste en ubicar los supuestos fácticos de la prestación del servicio dentro de los cánones ya contemplados para la regulación de las relaciones laborales, con una actualización de los elementos característicos para distinguir el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena.

Es así como, mediante sentencia del pasado 12 de enero de 2021, el juzgado social número 24 de Barcelona, ha declarado que 748 trabajadores “riders” de la plataforma *Deliveroo* son falsos autónomos basándose en los argumentos ya mencionados, que determinan un claro ejercicio subordinante de las plataformas, reduciendo al mínimo la autonomía del repartidor, llegando a ejercer el poder disciplinario para hacer cumplir sus designios empresariales.

Para solventar aún más los antecedentes ya mencionados y buscando la unificación de jurisprudencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mediante sentencia número 805 del 25 de septiembre de 2020 ha sostenido que la calificación jurídica respecto de la cual habrán de encuadrarse las relaciones surgidas con los repartidores de plataformas es la de trabajadores por cuenta ajena y, por lo mismo, se trata de una categoría de trabajo ya regulada en la normatividad vigente, ejercida mediante nuevos métodos para la prestación del servicio y para el ejercicio de la subordinación jurídica.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal acude a varios argumentos:

- (i) La categoría de trabajador por cuenta ajena requiere de dos elementos importantes: dependencia y ajenidad, que *“son conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de producción y que guardan entre sí una relación estrecha”* (Sentencia Unificación de Doctrina 4746/2019, 2020).
- (ii) El concepto de dependencia ha tenido un proceso de flexibilización en la sociedad postindustrial, con sistemas digitalizados, cada vez más sofisticados, para controlar la prestación del servicio. Ya desde 1979 se venía matizando este componente, a causa precisamente de los cambios enormes ocurridos en los fenómenos productivos que lo rodean, realidades que son interpretadas a través del análisis jurisprudencial de los casos puestos a consideración de diferentes Tribunales.

Esto último incluyendo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en sentencia el 13 de enero de 2004, C-256/01, asunto Allonby, analizó un caso de intermediación laboral desde la perspectiva del concepto de trabajo,

sin detenerse a limitar su análisis a las formas contractuales utilizadas para ejecutar la prestación del servicio, sino meramente acudiendo al concepto de “trabajador” a efectos del art. 141.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el cual se refiere “a la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración”.

De esta manera, procede a analizar especialmente en qué medida se restringe la libertad de estos para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido de este y, consecuentemente, a establecer quién es trabajador por cuenta ajena o no y, en última medida, determinar quién es el verdadero empleador de estos. Por ello, el hecho de que tales personas no estén obligadas a aceptar una prestación de servicios específica carece de repercusión en dicho contexto. Por consiguiente, aunque la profesora no estaba obligada a aceptar una concreta prestación de servicios, ello no impedía que se tratase de un trabajador a efectos del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras.

- (iii) Dicta los criterios jurisprudenciales para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante, así: (a) La realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris*, esto recordando que en el derecho del trabajo, la mera voluntad de las partes no es fuente absoluta del derecho y, por consiguiente, carece del poder jurídico para anular con la autonomía de la voluntad de las partes, los derechos mínimos, por lo tanto ciertos e indiscutibles que se encuentran en cabeza del trabajador por su mera calidad de tal. Así las cosas, prima la realidad sobre las formas.

(b) Además de la presunción *iuris tantum* de laboralidad cuando se presta personalmente un servicio retribuido, debe entenderse como un contrato de trabajo subordinado y típico, aquellos casos en que ocurre una prestación de servicios voluntarios en los que concurren además ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

(c) la prestación personal de servicios es un fenómeno social respecto al cual caben muchos tipos contractuales, civiles, mercantiles o laborales. La clasificación en uno u otro tipo de contrato y, consecuentemente, el ámbito de aplicación de las normas según cada tipo de contrato habrá de ser definido por un detallado análisis de las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia. De tal forma que no basta con la definición dada por las partes desde el punto de vista formal, sino que debe realizarse una interpretación sistemática del acervo probatorio que brinda paisaje a cada caso.

- (iv) La cuantía en la inversión que realiza un trabajador para poder desarrollar la actividad demandada versus la que realiza la contraparte y le entrega al trabajador para prestar el servicio. Este es uno de los indicios que se tienen en cuenta al analizar casos concretos, teniendo en cuenta que, ante casos dudosos

para valorar la presencia de los elementos centrales de una relación laboral, se hace uso de la técnica indiciaria. Se compara entonces la inversión del trabajador para desarrollar la labor encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo), frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma al actor).

- (v) Se tratará de un contrato civil o mercantil en un contrato de arrendamiento de servicios cuando: (a) el servicio se limita a la práctica de actos profesionales concretos (b) No está sujeto a jornada, vacaciones, órdenes, ni instrucciones. (c) Practica su trabajo con entera libertad; con independencia y asunción del riesgo empresarial.
- (vi) Dentro del haz de indicios sobre la dependencia que comúnmente llevan a identificar la existencia de una relación laboral se encuentran:
 - (a) La asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario.
 - (b) El desempeño personal del trabajo, sin que esto se afecte cuando ocurren suplencias o sustituciones.
 - (c) La inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad.
 - (d) La ausencia de organización empresarial propia del trabajador.
- (vii) Dentro del haz de indicios sobre la ajenidad que comúnmente llevan a identificar la existencia de una relación laboral se encuentran:
 - (a) La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados.
 - (b) La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender.
 - (c) El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.
 - (d) El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de esta con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.
 - (e) Hay ajenidad de frutos y en la utilidad patrimonial, cuando la utilidad patrimonial derivada del servicio prestado -es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores/trabajadores y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra.
- (viii) El concepto de salario es amplio y cubija *“la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación*

profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”, conforme dicta el art. 26.1 ET. De esta manera, el no establecer un salario fijo no diferencia al contrato de trabajo de otras modalidades contractuales.

- (ix) La existencia de libertad para elegir el horario no excluye de la existencia de un contrato de trabajo, ya que esta posibilidad es precisamente dada por el empleador mismo en el contrato de trabajo, siendo entonces un contrato de adhesión que el trabajador no tiene posibilidad de ajustar conforme a su decisión, sino que el empleador define directamente conforme a su conveniencia y necesidad.

Sumado a esta mirada jurisprudencial, y precisamente como consecuencia de esta, se dio un debate sobre la regulación de la actividad de los denominados *riders* en las demás ramas del poder público, la legislativa y la administrativa, con el propósito de darle un marco institucional concreto a esta realidad social.

Esta mirada de la jurisprudencia española sería replicada el 12 de agosto de 2021 con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo; y posteriormente reflejado en la Ley 12/2021, como se explica en los apartados respectivos.

En Francia, al “rider” se le reconoce como “auto-entrepreneur” y, en ese sentido, se le considera un trabajador por cuenta propia tanto desde el punto de vista legal y jurisprudencial. En los estrados judiciales, a pesar de las alegaciones de competencia de la jurisdicción laboral, los casos terminan siendo resueltos en tribunales mercantiles y ya en 4 casos se ha resuelto a favor de empresas como Deliveroo (Sentencia 16/12875 Tribunal de Apelación de París, 2017), Take Eat Easy (Sentencia 17/03088. Tribunal de Apelación de París, Pôle 6 - chambre 2., 2017) y (Sentencia 17/00511. Tribunal de Apelación de París, 2017); y finalmente Uber EATS (Resolución F16/11460. Conseil de Prud'hommes de Paris, 2018) El argumento central de la última decisión refiere que la plataforma es un simple intermediario y el conductor tiene la libertad de aceptar o rechazar un trayecto, cumpliendo con las condiciones para ser considerado un trabajador por cuenta propia o, lo que es lo mismo, un trabajador autónomo. Como consecuencia, no prospera ninguna reclamación de orden laboral subordinado.

En el caso de Alemania, este caso ha sido catalogado en algunos casos como trabajo subordinado en los tribunales, aunque también se les pueda considerar autónomos. En diciembre de 2019, la Corte Regional del Trabajo de Múnich ha declarado que un trabajador de 52 años no es un empleado dependiente de la plataforma alemana “Roamer”. En el proceso, el demandante alegó que el contrato entre este y la plataforma se constituía en un contrato de trabajo (Arbeitsvertrag), que no podía darse por terminado sin tener en cuenta la ley alemana de protección para despidos. Sin embargo, la Corte no le dio la razón al demandante, argumentando para ello que en este caso que no existía por parte del demandante ninguna obligación de aceptar ordenes, por un lado, ni una obligación de la plataforma de brindar ordenes al demandante. (Munich Regional Labour Court, 4 Dec 2019 – 8 Sa 146/19., 2019).

En segunda instancia, la Corte Federal del Trabajo, mediante sentencia del 1 de diciembre de 2020 (Corte Federal del Trabajo de Alemania. Sentencia del 1 de diciembre de 2020. Referencia 9 AZR 102/20; Primera instancia: Corte Regional del Trabajo de Múnich, sentencia del 4 de diciembre de 2019, ref. 8 Sa 146/19, 2020), deja abierta la puerta a dos opciones posibles para clasificar a los *crowdworkers*. Es así como se consideró que en el *crowdwork* existe la ejecución real de micro trabajos ejecutados por un trabajador, basándose en un acuerdo marco celebrado con el operador de la plataforma tecnológica y cuyas características encajan en la de una relación laboral típica. Es así como, en este caso analizado por la Corte, sucede que cada usuario de la plataforma en línea puede decidir si acepta o no los pedidos relacionados con puntos de venta específicos a través de una cuenta configurada personalmente, vale decirlo, el contrato marco no le obliga a aceptar los pedidos. Pero si el *crowdworker* acepta un pedido, tiene que cumplirlo conforme a las especificaciones detalladas del *crowdsourcer* dentro de las dos horas siguientes. Es así como el *crowdworker* va acumulando puntos de experiencia que se acreditan en su cuenta de usuario por los trabajos completados. Conforme va aumentando los puntos de experiencia, es decir aumenta el número de trabajos completados, el sistema va enviando más trabajos y le permite aceptar múltiples trabajos al mismo tiempo. (Corte Federal del Trabajo de Alemania, 2020) En este sentido, el *crowdworker* puede considerarse un trabajador subordinado si, tomando en cuenta las circunstancias generales del caso, el trabajo adelantado es realizado conforme a las instrucciones fijadas por otros y no con autodeterminación. Es así que el estatus de trabajador por cuenta ajena requiere cierto grado de dependencia personal en la ejecución del servicio y la denominación contractual establecida para denominarle, termina siendo totalmente irrelevante y superada por la realidad de las condiciones en las cuales se ejerce la prestación personal del servicio.

Para el caso concreto, se encuentra que existe solo un nivel en el sistema de calificación del *crowdsourcer* que aumenta progresivamente conforme al número de trabajos que han sido realizados y este nivel permite a los *crowdworker* aceptar varios trabajos al mismo tiempo, para completarlos en una misma ruta y así lograr un salario por hora más alto. Es este sistema de incentivos el que indujo al demandante a realizar continuamente actividades en el distrito de su residencia habitual y lo que terminó configurando la existencia de una relación laboral.

En California, Estados Unidos, con la *Assembly Bill No. 5* del 18 de septiembre de 2019, se dispuso de un conjunto de medidas que protegen a los trabajadores de las plataformas tecnológicas, considerándoles como dependientes y, en consecuencia, amparados con los derechos propios de una relación laboral formal típica.

Esta determinación legislativa proviene de una decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de ese país (*Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* (2018) 4 Cal.5th 903 (Dynamex)., 2018), que llamó la atención en los peligros que representa la categorización jurídica errada de los trabajadores, para ubicarlos fuera de las protecciones mínimas de las que habrían de gozar estando dentro de las estructuras jurídicas típicas del trabajo. El tamiz a través del cual se elige en qué casos el *rider* es un trabajador subordinado o no, corresponde a la coincidencia o afinidad de la labor del trabajador con la actividad esencial de la empresa y la reputación de la marca. De esta

manera, si el ejercicio de las labores del trabajador corresponde a lo planteado por el objeto social de la compañía y afectan su reputación, entonces estamos ante un trabajador directo de la empresa propietaria de la plataforma y se trata de una relación laboral formal con todas las garantías correspondientes.

Esta última fórmula resulta importante en la construcción del haz de indicios para la construcción de puentes que comuniquen estas nuevas situaciones fácticas provocadas por el avance de la tecnología, con las estructuras de protección social (derechos laborales y seguridad social) con los destinatarios del principio protector, los trabajadores.

En Brasil, actualmente bajo un gobierno de extrema derecha fascista, existen diferentes posiciones judiciales. Mientras los tribunales de primera o segunda instancia han tomado decisiones a favor del reconocimiento de la condición de trabajadores por cuenta ajena, las altas cortes se han alineado con fuerza al lado de plataformas como UBER.

Estos son los tres casos más importantes en dicha nación, recogidos por la Red de Asistencia Legal para Trabajadores (La Red ILAW) (International Lawyers Assisting Workers -ILAW- Network, 2021):

- (i) Marcio Vieira Jacob vs. Uber do Brasil Tecnologia Ltda, RR - 1000123-89.2017.5.02.0038. Fecha: Febrero 5 de 2020. Tribunal: Tribunal Superior del Trabajo. Problema jurídico: despido sin justa causa. (Tribunal Superior do Trabalho, 2020). Este caso comenzó con la demanda de un conductor de Uber, quien alegó un despido sin justa causa una vez que fue desactivado de la plataforma. En el juzgado de primera instancia, se decidió que era empleado por cuenta ajena. Esta decisión fue apelada, y la decisión fue revocada, resultando en esta decisión que lo clasifica como contratista independiente. Para señalar esto por unanimidad, el Tribunal argumentó que en este caso no existía ejercicio de subordinación de la plataforma hacia el conductor, ya que este último podía desconectarse de la plataforma sin limitación alguna. En ese sentido señaló el Tribunal, esa posibilidad de elegir su rutina con libertad, es incompatible con el reconocimiento de una relación laboral subordinada. Dice entonces que lo que ocurre es que un conductor usó los servicios de intermediación digital brindados por UBER, para conectarlo con clientes de su servicio de transporte. También dijo que, en los términos y condiciones de uso de la plataforma, el conductor tiene derecho al equivalente del 75% a 80% del monto pagado por el cliente y dicho porcentaje es superior al que la Corte ha estado utilizando para establecer una relación de asociación.
- (ii) ADPF 449 / DF. Fecha: Mayo 8 de 2019. Tribunal: Tribunal Federal Supremo. Problema jurídico: despido sin justa causa. El Tribunal Superior Supremo encontró que las leyes municipales que restringen o restringen desproporcionadamente la prestación de servicios de transporte de pasajeros basados en plataformas, viola los principios constitucionales de libre empresa y competencia. Eso se concluyó en un caso que fue presentado contra la Ley 10.553/2016 de Fortaleza, que prohibió el uso de automóviles particulares para el transporte individual de personas. Sostuvo que un conductor privado

está protegido por la libertad fundamental y está sujeto solo a la regulación definida en la ley federal. Así las cosas, la Ley federal de internet y la Política Nacional de Movilidad Urbana permite y regula el funcionamiento de los servicios de transporte de pasajeros remunerados por aplicaciones.

- (iii) Conflicto de Competencia N° 164.544 - MG (2019/0079952-0). Fecha: 2019. Tribunal: Tribunal Superior de Justicia. Problema jurídico: conflicto de competencia. La conclusión de este caso es que las demandas de los conductores son un asunto competencia de la jurisdicción civil, no la laboral. En este caso, el demandante era un conductor, que había presentado una demanda solicitando la reactivación de su cuenta, así como indemnización por los daños materiales y morales sufridos después de que su cuenta fuera suspendida unilateralmente por Uber. La empresa alegó que el conductor se había comportado de forma irregular y había utilizado mal la aplicación, que generó pérdidas materiales por haber alquilado un vehículo para prestar el servicio de transporte. La acción fue inicialmente llevada ante el Tribunal del Estado, el cual declinó competencia por tratarse de una relación laboral.

El Tribunal Laboral declinó la jurisdicción al considerar que en el alegato no se caracterizó como una relación laboral. Se pidió al tribunal superior determinar qué tribunal tenía jurisdicción.

Tras la revisión de los hechos, el Tribunal Superior determinó que, en la petición inicial, el demandante solicitó la reactivación de su cuenta UBER para que pueda volver a utilizar la aplicación. La reclamación surge del contrato firmado con la empresa propietaria de la aplicación móvil, de naturaleza eminentemente civil. Sobre la posible existencia de una relación laboral, el Tribunal Superior sostuvo que para ello se requiere de los supuestos de servicio personal y habitual, así como subordinación. En ese sentido, manifestó dicho Tribunal, los conductores no mantienen una relación jerárquica con UBER, porque sus servicios son prestados de manera casual, sin horarios fijos preestablecidos y no perciben un salario fijo.

Para el caso de Chile se presentan una decisión judicial destacada:

- (i) Alvaro Felipe Arredondo Montoya vs. Pedidos Ya Chile SPA. Fecha: Octubre 5 de 2020. Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción (Rol N° 395-2020). Problema jurídico: despido sin justa causa. Al analizar el caso concreto, para determinar la existencia de una relación laboral dependiente, previo a establecer si fue con o sin justa causa, se analizó lo siguiente.

Montoya fue conductor de Pedidos Ya (PY), utilizando una aplicación móvil para la entrega, del 03 de julio de 2019 al 15 de mayo de 2020, cuando se le negó el acceso a la aplicación. Ante ello, este presentó una demanda alegando despido nulo e injustificado. Sobre la naturaleza de la relación que ató a ambas

partes, el tribunal de primera instancia decidió que PY ejercía control sobre los pasajeros y, por lo tanto, estableció la existencia de una relación laboral.

Al hacerlo, encontró:

- PY llevó a cabo el proceso de selección, verificación de antecedentes y capacitación en la aplicación
- Los pasajeros debían usar el equipo de la marca PY (chaqueta, mochila, camiseta y equipo para la lluvia)
- PY ejerció control sobre los ciclistas a través de un sistema de calificación basado en el seguimiento de los ciclistas.
- La tardanza, el rechazo de demasiados pedidos o las pausas en la aplicación reducirían la calificación del trabajador, lo que significa falta de acceso a mejores turnos y potencialmente suspensión y desactivación. Si los conductores rechazaban una entrega en particular, no se le asignarían nuevas asignaciones durante al menos 30 minutos.
- La puntualidad y el trabajo continuado significaron una mejor calificación y acceso a mejores turnos.
- A los conductores no se les permitió elegir ningún turno. Estos fueron determinados por PY en base a las calificaciones.
- Cada entrega fue asignada a una zona determinada por PY y no estaban libres para operar en ninguna otra zona o alterar sus rutas. Los pasajeros también tenían que aparecer en un sitio de conexión al comienzo del cambio. Si no lo hacían, se les indicaba que se dirigieran a esa zona y se les sancionaba si no lo hacían.
- Los pasajeros no tenían la libertad de establecer las tarifas de sus servicios de entrega.

Sobre la calificación jurídica de esta realidad, indicó la Corte de Apelaciones:

“(...) debemos tener presente que la existencia de una nueva realidad productiva, basada en prestaciones de servicios a través de plataformas digitales, con innovaciones tecnológicas que incluso propician, la instauración de sistemas de control digitalizados de la ejecución de tales prestaciones, representan una aparente dificultad a la hora de determinar la presencia de los elementos definitorios que nos permiten concluir si estamos o no ante la presencia de una relación contractual laboral.

En efecto, el trabajo a través de las plataformas digitales plantea al derecho nuevos retos en la interpretación de las relaciones laborales, que ya no se ejecutan de la manera tradicional, en oficinas, sujetas a horarios o mediante instrucciones verbales. La realidad que surge del comercio electrónico ha adaptado sectores del delivery y el transporte, a los servicios que vinculan, mediante nuevas formas de comunicación y de pago, a los prestadores y usuarios finales.

En este contexto y como una consecuencia natural de la masificación de las nuevas tecnologías, se han incorporados al mundo del trabajo, herramientas como las aplicaciones para smartphones y conceptos como el control a través de la geolocalización y las cookies, la utilización de algoritmos que indagando en los hábitos de los usuarios, pero al mismo tiempo personas que, como en este caso ocurre, cumplen con trasladar los pedidos efectuados por los clientes.

Por lo mismo, para determinar si concurren los elementos de la relación laboral, es necesario utilizar la técnica indiciaria, identificando los indicios favorables y los indicios contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso en concreto concurre o no la mencionada relación laboral.” (Álvaro Felipe Arredondo Montoya con Pedidos ya Chile SPA, 2021)

Bajo este contexto jurídico, la Corte encontró que la decisión del despacho judicial de la anterior instancia era correcta. En ese sentido, el despido del 15 de mayo de 2020 fue injustificado al ser terminado tal contrato de trabajo, nacido vía principio de la primacía de la realidad sobre las formas, sin causa en violación del Código de Trabajo.

En Uruguay se conoce la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo del 3 de junio de 2020, en la cual se busca resolver el problema jurídico sobre el acceso a la elegibilidad de vacaciones pagas y bono de navidad y, en esencia, la naturaleza jurídica del vínculo que une al demandante y a las demandadas, si es un contrato comercial o una relación de trabajo. En el aparte relevante para este análisis, dice el Tribunal:

“El lugar desde donde se debe juzgar un conflicto sobre trabajo realizado por una persona es el Derecho de los Derechos Humanos. Ello por cuanto, el trabajo es un bien humano, de allí que independientemente de la forma jurídica que adopte, quien trabaja no se despoja ni de los derechos inherentes a su condición de persona ni de las respectivas garantías de su realización.

(...)

La garantía de tutela constitucional al trabajo mediante la ley refiere a toda forma de trabajo bajo cualquier modalidad jurídica. En tal sentido, lo que debe hallarse bajo la protección especial de la ley conforme con el art. 53 de la Constitución, es el trabajo. Se trata de la tutela al trabajo, sin adjetivos. Al trabajo y punto. Lo que resulta confirmado en tanto la misma Carta expresamente tutela distintas formas de trabajo y a un abanico diverso de seres humanos que trabajan: trabajo prestado en una relación de trabajo o servicio, trabajo de los servidores del Estado, trabajo independiente, trabajo de los empleadores (arts. 54, 58 y ss., 67, entre otros)” (Queimada, Esteban contra UBER B.V. y otro - Recursos Tribunal Colegiado, 2020)

Así las cosas, a excepción de Brasil, en los tribunales judiciales de América Latina, la visión sobre la normatividad que aplica a la relación de trabajo de aquellos que prestan servicios a través de plataformas digitales, su encuadre jurídico, está en no otra categoría que la de trabajo por cuenta ajena, o lo que es lo mismo, trabajo dependiente, subordinado, típico.

La definición judicial sobre este tema ocurre por primera vez en Colombia el 18 de septiembre de 2020. En este día el Juzgado Sexto Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de única instancia identificado bajo radicado 2019-094 (Bogotá, 2021), declaró la existencia de una relación laboral entre un *picker*, cargo que consiste en realizar compras en almacenes de cadena y entregarlos a pilotos (es decir domiciliarios), que se encargan de llevarlos a diferentes ubicaciones de la ciudad, y la empresa Internet Services Latam SAS, con sigla MERCADONI, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas conforme al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. En la contestación de la demanda, se alegó la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales y no una relación laboral subordinada.

Teniendo en cuenta que en Colombia no existe una regulación específica para el trabajo realizado a través de plataformas digitales, a pesar de existir proyectos de ley en curso, el despacho judicial aplicó las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, norma que regula las relaciones laborales subordinadas o trabajo por cuenta ajena.

De esta manera, se encuentra una cierta similitud con el abordaje que se le está dando al asunto en España sobre este asunto, ya que se reconoce el ejercicio de la subordinación jurídica es realizado de manera clara y contundente por la parte demandada mediante plataformas como Whatsapp o la plataforma de MERCADONI, con elementos como asignación de turnos, horarios, destinatarios, seguimientos en tiempo real de la ubicación exacta del domiciliario, datos de otros componentes de la cadena de servicio a adelantar, así como otra tanta información que permiten diferenciarlo de una modalidad de trabajo por cuenta propia, como es el contrato de prestación de servicios profesionales alegado por la defensa y que se caracteriza precisamente por ser un vínculo independiente, donde el contratista adelanta las labores con autonomía técnica y administrativa.

Dentro de los elementos que destacó la Juez Laboral, se encuentran:

- Orden al demandante de estar en un punto fijo determinado por la plataforma para recibir los pedidos
- El mensajero no puede tomar la decisión de aceptar o rechazar la orden. Es su obligación aceptar todas las ordenes que le notifiquen vía plataforma
- El dinero del envío no es recaudado por el mensajero, sino exclusivamente la plataforma de la demandada MERCADONI, que luego se encarga de reconocer las comisiones o remuneración pactada
- Desde la plataforma se designan un conjunto de funciones para cumplir con el objeto social de la compañía demandada MERCADONI

Por lo tanto, el salario, la calidad y cantidad de trabajo se encuentran probadas, en consecuencia, se declaró la existencia de una relación laboral regida por un contrato individual de trabajo a término indefinido entre las partes del proceso, vigente entre el 18 de marzo de 2018 y el 18 de septiembre de 2018.

A pesar de tratarse de una decisión que abre la puerta para la creación de precedente, el despacho judicial hizo una precisión que puede resultar contradictoria, ya que en el minuto 17:02 de la audiencia y fallo, reflexiona *“lo cierto es que inició [el demandante] en el cargo de piloto, como él mismo lo reconoció en su declaración de parte, el cual en el caso bajo estudio no se encuentra en debate, es decir, que el despacho encuentra que el cargo de piloto no necesariamente implica una subordinación y por lo tanto se tendrá como extremo inicial de contrato el día en que él inició su desempeño como picker, que lo fue el 18 de marzo de 2018”*.

Esta afirmación implica un elemento importante, y es que el despacho judicial considera que el cargo de “piloto” dentro de la empresa MERCADONI podría no ser una relación laboral por cuenta ajena, habida cuenta de la posibilidad que tiene el “piloto” de no aceptar las ordenes de recibir un pedido. Situación que seguramente en procesos judiciales por adelantarse, será ventilado y decidido, en criterio de la suscrita, a favor del trabajador y reconociendo que este único elemento probatorio que permita desconocer la naturaleza de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

En el caso colombiano, seguramente como también sucede a nivel internacional, los retos presentes en los litigios de los trabajadores de plataformas se centran en el aspecto probatorio y procesal.

Desde el punto de vista probatorio, son diferentes las herramientas jurídicas a las que se acude para resolver este tipo de conflictos jurídicos, y una de las fuentes normativas está el reconocimiento judicial de los diversos criterios de laboralidad derivados de la recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo. En ese sentido, conforme señala ILAW, *“(…) mientras que algunos de los casos europeos hacen referencia al derecho europeo (tanto al derecho de la Unión Europea como al Convenio Europeo de Derechos Humanos), apenas se hace referencia en los casos al principal instrumento jurídico internacional relevante para la relación laboral: La Recomendación 198 de la OIT. De hecho, de los casos estudiados, solo el caso uruguayo de Uber se basó en la Recomendación 198 como fundamento de su razonamiento. En efecto, es mucho más probable que las decisiones se refieran a decisiones adoptadas en otras jurisdicciones, que a los instrumentos o principios de la OIT. La mejor ilustración de este punto es el terremoto jurisprudencial que supuso la decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Uber. En pocos días, el caso se había citado en un litigio en Australia contra Deliveroo y los abogados lo sugirieron como relevante para una demanda colectiva en nombre de los conductores de Uber en Sudáfrica; el Ministerio de Trabajo de Kenia declaró que estaba reflexionando sobre cómo podría aplicar la sentencia en ese país. La sentencia, por supuesto, no era legalmente vinculante en ninguna de estas jurisdicciones.”* (International Lawyers Assisting Workers -ILAW-Network, 2021, pág. 20)

Este tipo de situaciones diversas sobre aplicación de las normas internacionales del trabajo en los ordenamientos internos surge de la adopción de la teoría monista o dualista de aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno de las naciones.

Para la teoría monista, el derecho es uno solo y por ello el derecho interno es una extensión del derecho internacional, primando el segundo sobre el primero en caso de conflictos jurídicos y existiendo una incorporación directa al ordenamiento jurídico nacional.

A su paso, la teoría dualista argumenta que existe primacía del derecho interno sobre el derecho internacional, ya que para el dualismo la norma de derecho internacional está a nivel de las leyes nacionales, no de rango superior, o lo que es lo mismo, tienen un estatus inferior a las normas de orden constitucional. Por lo cual, no suelen tener efectos jurídicos en la legislación interna, a menos que se introduzca una legislación nacional independiente a efectos de su incorporación o aplicación, es decir, se expide una ley que los replica e incorpora en el ordenamiento interno.

Así las cosas, varía de país en país la aplicación de los tratados internacionales, incluyendo la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo y, por lo tanto, su uso en litigios relacionados con aspectos probatorios y procesales de los trabajadores de plataformas digitales es cambiante. Por ejemplo, para el Reino Unido se aplica la teoría dualista, en Colombia la monista.

Conectado con el reto probatorio, desde el punto de vista procesal también se tiene el reto de entregar al juez los elementos de juicio que, de cara a las nuevas estrategias que permite la tecnología, se presenta el ejercicio claro de subordinación jurídica de la plataforma hacia los trabajadores de esta que le prestan personalmente el servicio de reparto. Es así que para poder demostrar la relación laboral entre plataforma y repartidor, en los procesos ante la justicia ordinaria, es necesario realizar un peritaje mediante el cual un ingeniero informático trabaja de la mano con un abogado laboralista para lograr brindar al juez el lenguaje del algoritmo, ya que este lenguaje es complejo y extraño a los estrados judiciales laborales, acostumbrados al ejercicio físico, palpable, tradicional de la relación laboral típica, con oficinas, jefes, memorandos, etcétera.

En este caso, las órdenes del empleador hacia el trabajador son dadas a través de un algoritmo y eso resulta medular en las demandas laborales, para realizar una clara demostración del directo ejercicio de la subordinación jurídica que diariamente realizan las plataformas a través de las órdenes dadas vía algoritmo.

Ahora bien, conociendo la potencialidad que tienen los procesos litigiosos y la creación de precedente judicial como fuente formal del derecho, las plataformas están decididas a evitar la competencia de los jueces laborales, guiando los litigios hacia la justicia civil, y de esta manera intentan burlar el acceso a un juez que tenga claridad sobre los derechos laborales a aplicar y las garantías propias de un juicio laboral, donde las normas aplicables son guiadas por el principio protector del trabajador.

También ocurre que las plataformas más demandadas buscan llegar a acuerdos con los demandantes y de esta manera evitan la existencia de sentencias judiciales y, por lo mismo, de precedente jurisprudencial que terminan dictando reglas generales en estos casos.

El tiempo de los juicios también resulta ser un aspecto problemático y variable de país en país y la jurisdicción a través de la cual se debata el litigio, como dije atrás, que ha resultado afectado por la pandemia en algunos casos.

En Chile, según comenta Pablo Zenteno, están pidiendo en las demandas la declaratoria de la unidad económica de varias personas jurídicas que terminan siendo componentes y beneficiarias del servicio prestado por el trabajador y, por lo tanto, deberían responder como verdaderos empleadores de estos trabajadores. Habrá que esperar el sentido de las decisiones judiciales en estos casos. (Red de Asistencia Legal para Trabajadores -Red ILAW-, 2021)

Otra estrategia utilizada es la inclusión de cláusulas compromisorias o cláusulas de arbitraje obligatorio, conforme a las cuales se obliga a los trabajadores a resolver cualquier conflicto mediante mediación y, si esta fracasa, al arbitraje en el exterior. Esto para el trabajador significa la limitación evidente a su derecho de acceso a la justicia, por la exigencia de un costo enorme para disputar el carácter de la relación que lo une a la empresa y, por otro lado, pretende evitar la presentación de demandas conjuntas, exigiendo entonces que se trate de litigios estrictamente independientes ante árbitros y que evitan acumulación de procesos o demandas colectivas. Además de ello, arbitrajes regidos por normas extranjeras. Un conjunto de medidas claramente dispuestas para mantener el status quo y, por lo mismo, la estructura de negocio y margen de ganancia construido sobre la violación de derechos laborales mínimos y, en últimas, violación de derechos humanos.

4.1.1.3. Visión legislativa

Ante este panorama en la rama judicial, estas empresas de plataformas de reparto empezaron a acudir a las demás ramas del poder público buscando cambiar la respuesta del estado a su actividad comercial en lo que se refiere al talento humano, si no a los demás aspectos de regulación. En ese sentido, empezó el cabildeo dentro de los Congresos de cada nación.

En España y siguiendo el trazo judicial, cuyo sentido fuera adoptado en el Real Decreto-ley 9/2021, finalmente se ha ratificado por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. La ley dispone:

“Artículo único. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue:

Uno. Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción:

«d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.»

Dos. Se introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.»”

En Italia, con la Ley 128 de 2019 los trabajadores repartidores, pueden encontrarse en una de dos situaciones: (i) trabajo por cuenta ajena: cuando el repartidor desarrolla el trabajo de forma personal, continua y con hetero organización, es decir, con organización de tiempo y lugar de trabajo, vale decirlo, organización del tiempo, modo y lugar establecidos para la prestación personal del trabajo (ii) trabajo por cuenta propia: cuando su relación con la plataforma es esporádica. En el segundo caso, a pesar de tratarse de trabajadores por cuenta propia, la Ley permite la posibilidad de negociación colectiva para establecer tablas mínimas de precios basándose en las entregas realizadas. De esta manera, aunque se les considere legalmente autónomos, acceden a ciertas garantías antes reservadas al trabajo subordinado.

El panorama de la situación legislativa sobre el trabajo en plataformas digitales para Latinoamérica, enfocado en plataformas de reparto, ha sido recogido por la red ILAW, que reúne a profesionales del derecho en un intercambio de ideas e información para representar mejor los derechos e intereses de los trabajadores. Han analizado los casos de Colombia, Chile, Brasil, Perú, Argentina, México y Ecuador, encontrando que según sus datos existen 15 proyectos de ley en trámite, así:

PAÍS	NÚMERO DE PROYECTOS DE LEY EN CURSO
Colombia	3

PAÍS	NÚMERO DE PROYECTOS DE LEY EN CURSO
Chile	3
Brasil	3
Perú	2
Argentina	2
México	1
Ecuador	1

De estos 15 proyectos de ley, 7 reconocen su carácter de relación de trabajo subordinada regida por un contrato de trabajo, 4 los clasifican como trabajadores independientes, 2 establecen una tercera categoría (como la de trabajador económicamente dependiente) y 2 no establecen ninguna clasificación a la relación que surge allí. También encontraron que el 87% de estos proyectos de ley son de iniciativa legislativa y 13% son de origen gubernamental (Red de Asistencia Legal para Trabajadores -Red ILAW-, 2021).

En el caso de Colombia el debate inicial se centró en la regulación comercial aplicable a esta nueva forma de negocio. Se centró en establecer si existe o no competencia desleal de las plataformas que ofrecen servicio de transporte individual de pasajeros, es decir, UBER vs. TAXI. La Superintendencia de Industria y Comercio, entidad administrativa con funciones jurisdiccionales específicas, mediante sentencia adoptada en audiencia del 20 de diciembre de 2019 dispuso declarar que las sociedades UBER B.V., UBER TECHNOLOGIES INC y UBER Colombia S.A.S. incurrieron en actos de competencia desleal de desviación de clientela, contemplado en el artículo 8 de la Ley 256 de 1996 y de violación de normas contenido en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 y consecuentemente dio la orden de suspender el uso de la aplicación. Pero en febrero de 2020, la aplicación regresó al país con algunos cambios, trasladando al usuario la condición de contratante del servicio de alquiler de vehículo con conductor con 5 modalidades diferentes.

Por otra parte, en la Ley 1955 de 2019 por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, se contempló en el artículo 205 que:

“Artículo 205. Aplicaciones y plataformas tecnológicas. El Gobierno nacional a través del Ministerio del Trabajo, en coordinación con los Ministerios de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público y de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, diseñarán y formularán una política pública que permita, entre otros, caracterizar las condiciones de prestación de servicio y las modalidades de protección y seguridad social que se puedan generar del uso de estas aplicaciones y plataformas.

Las aplicaciones y plataformas, así como las personas naturales y jurídicas del sector, suministrarán la información necesaria que servirá de insumo para la política pública y los estudios sectoriales que se requiera, incluyendo la caracterización del sector.

Parágrafo. Dentro del año siguiente a la promulgación de la presente Ley, el Gobierno nacional presentará al Congreso de la República un proyecto de ley que definirá la forma de vinculación correspondiente de los actores del sector y el acceso y aporte a la seguridad social integral para las personas que presten sus servicios a través de las aplicaciones y plataformas tecnológicas.

El año que el Congreso otorgó al Gobierno Nacional de Colombia para presentar dicho proyecto de ley venció el 24 de mayo de 2020 y en todo caso, simplemente implica la presentación del proyecto de ley, no de su trámite y debida promulgación. Así las cosas, en Colombia, al menos, no hay una visión pronta para definir el estándar jurídico aplicable al trabajo mediante plataformas tecnológicas desde la rama legislativa, pero se han presentado conflictos jurídicos o económicos con los trabajadores de estas plataformas que terminan obligando, al menos hasta ahora en el plano de casos individuales y concretos, al establecimiento de definiciones al respecto.

Por otro lado, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la Ley 6314, del 16 de julio de 2020, a través de la cual realiza una reforma al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires, generando una regulación específica para la actividad de *delivery* y repartidores a domicilio. Esta norma genera una figura amorfa, según la cual los repartidores son trabajadores por cuenta propia, pero con acceso a algunas protecciones laborales típicas, como capacitación, permisos, vacaciones, remuneración y accidentes.

De esta manera, genera las siguientes definiciones:

"Mensajería Urbana: comprende el retiro y entrega de elementos varios de pequeña y mediana paquetería y/o la realización de gestiones desde su solicitud y hasta el o los domicilios que sean indicados por los clientes, sin tratamiento o procesamiento, utilizando como medio de transporte un motovehículo o ciclomotorado."

"Prestador del servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias: persona humana o jurídica que presta, como actividad principal, el servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias a través de mensajeros y/o repartidores habilitados."

"Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias: abarca al transporte de sustancias alimenticias, desde el domicilio de su proveedor hasta su entrega en el domicilio que el cliente indique, utilizando como medio de transporte un motovehículo o ciclomotorado. Dicho reparto no implicará el tratamiento y/o procesamiento de alimentos."

(...)

“Operador de plataforma digital de oferta y demanda del servicio de Mensajería Urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias: persona humana o jurídica que opera y/o administra una plataforma digital a través de la cual se oferta y demanda el servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias.”

"Portaobjetos: Elemento mediante el cual se transporta pequeña o mediana paquetería y/o las sustancias alimenticias correspondientes al servicio de Mensajería Urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias."

"Repartidor y/o mensajero habilitado para ejecutar el servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias: aquella persona humana que ejecuta el servicio de Mensajería Urbana o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias en motovehículo o ciclorodado.” (Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020)

La norma también contempla un conjunto de garantías para los repartidores y/o mensajeros, así:

“13.3.1 Capacitación.

*Los repartidores y/o mensajeros habilitados para ejecutar el servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias **recibirán capacitaciones específicas con la regularidad y los contenidos que establezca la Autoridad de Aplicación. Las mismas serán sin costo para el repartidor y/o mensajero habilitado,** pudiendo la Autoridad de Aplicación autorizar a personas humanas y/o jurídicas a realizar dichas capacitaciones, certificando el contenido y la modalidad de las mismas.*

(...)

13.3.2 Elementos de seguridad vial.

El Repartidor y/o Mensajero que ejecute el servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias, deberá utilizar los siguientes elementos, según corresponda:

- a) Casco homologado para la categoría que corresponda según el vehículo que se utilice;*
- b) Indumentaria con bandas reflectivas conforme lo establezca la Autoridad de Aplicación.*

Tanto los Operadores de plataforma digital de oferta y demanda como los prestadores del servicio, deberán suministrar los cascos homologados e indumentaria adecuada a los repartidores y mensajeros para la correcta y segura ejecución del servicio. El suministro, por única vez, es a cargo del prestador u operador de plataforma digital, que puede optar

por darlos en comodato o contratos similares, siempre que resulte ser gratuito para el mensajero y/o repartidor.

Asimismo, deberán verificar que los mensajeros y/o repartidores cumplan con lo establecido en el presente artículo, siendo solidariamente responsables ante el incumplimiento del mismo.

13.3.3 Portaobjetos.

En el supuesto de emplearse bolsos, mochilas u otros elementos para el transporte de sustancias alimenticias y/o elementos varios de pequeña y mediana paquetería, estos deberán ajustarse a los requisitos técnicos, dimensiones y a las formas de sujeción establecidos por la Autoridad de Aplicación, debiendo encontrarse higiénicamente aptos para el traslado, contando obligatoriamente con bandas reflectivas que favorezcan su visualización.

Cuando el portaobjetos contenga la exhibición de la marca o denominación de los Prestadores del servicio u Operadores de plataforma digital de oferta y demanda, éste será proporcionado sin costo al mensajero y/o repartidor.

(...)

13.5.1 Obligaciones de los prestadores.

Los prestadores del servicio deben:

(...)

b) Proveer los seguros detallados en el Capítulo 13.8 a los Repartidores y/o Mensajeros a través de los cuales presten el servicio, según corresponda.

(...)

f) Realizar actividades, campañas y capacitaciones vinculadas a la seguridad vial y a la prestación del servicio, destinadas a los repartidores y/o mensajeros.

(...)

Capítulo 13.8

Seguros

13.8.1 Obligaciones.

Los sujetos obligados a obtener la habilitación de acuerdo a lo establecido en el Artículo 13.2.1 del presente Título, para poder desarrollar la actividad, deberán acreditar ante la Autoridad de Aplicación o quien ésta designe la vigencia de los seguros que se detallarán a continuación, según corresponda.

Los Operadores de plataforma digital de Oferta y Demanda y los Prestadores del servicio deberán proveer, durante todo el tiempo que estén disponibles para ejecutar el servicio, los seguros detallados a

continuación a los Repartidores y/o Mensajeros que desarrollen el servicio según corresponda.

a) Seguro de Accidentes de Trabajo: Aseguradora de Riesgos de Trabajo, (Ley Nacional N° 24.457, o la que en un futuro la reemplace) cubre a cada Repartidor y/o Mensajero habilitado dependiente de un titular de la habilitación que preste el Servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias. La póliza deberá expresar que la cobertura procede con independencia de la unidad afectada al servicio que aquél conduzca, por una suma igual o mayor al límite establecido por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo o quien en el futuro la reemplace.

b) Seguro de Vida Obligatorio: Cubre a cada Mensajero y/o Repartidor dependiente del titular de habilitación que desarrolle el servicio, por una suma de cobertura igual o mayor al límite establecida por la Superintendencia de Seguros de la Nación o quien en el futuro la reemplace.

c) Seguro de Responsabilidad Civil: Cubre los riesgos de lesiones o muertes de terceras personas y por daños a bienes de terceros, por una suma de cobertura igual o mayor al límite establecido por la Superintendencia de Seguros de la Nación o quien en el futuro la reemplace.

d) Seguro de Accidentes Personales: Debe cubrir, como mínimo, los riesgos de fallecimiento accidental e incapacidad total y/o parcial permanente, como así también las erogaciones en que se incurran por asistencia médica y/o farmacéutica de los mensajeros y/o repartidores habilitados a prestar el servicio y los gastos de sepelio, por una suma de cobertura igual o mayor al límite establecido por la Superintendencia de Seguros de la Nación o quien en el futuro la reemplace.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, la Autoridad de Aplicación podrá fijar montos mínimos de cobertura superiores a aquellos límites establecidos por la Superintendencia de Seguros de la Nación. Asimismo, podrá exigir la actualización y/o modificación de las condiciones de las coberturas, de las sumas aseguradas y de las condiciones y riesgos asumidos en las pólizas en caso de considerarlo necesario para una mejor prestación del servicio y para garantizar la seguridad de los mensajeros y/o repartidores habilitados y del resto de los ciudadanos.

Se brindará un plazo no menor a treinta (30) días hábiles administrativos para la adecuación de los interesados y/o habilitados a desarrollar el servicio.” (Negrilla y subraya ajena al texto original)

Esta norma ha sido objeto de objeción por los repartidores, encabezado por la Asociación de Personal de Plataformas, que considera esta norma discriminatoria que *“persigue a los repartidores, y habilita a las empresas de la plataforma como simples “operadores de oferta y demanda” y se dirige a “criminalizar y obstaculizar el trabajo de los repartidores”* (Asociación de Personal de Plataformas (APP Sindical), 2020)

Por otro lado, y como sucedió alrededor del mundo, en los países nórdicos (Noruega, Dinamarca, Suecia y Finlandia), las compañías como UBER implantaron su modelo de negocio sin detenerse a analizar la normatividad de las naciones donde iniciarían su operación. Así es que en casos como el de la Unión Europea, compañías como UBER no atendieron a la normativa sobre transporte, ya que, en general, el servicio de transporte individual de pasajeros (taxi) está regulado por normas muy específicas que estas empresas no suelen cumplir. Por tanto, existe una controversia de orden laboral, pero también hay una cuestión regulatoria administrativa.

De esta manera, las batallas jurídicas iniciaron muy pronto, según reporta el Diario Laboral Nórdico (Lindahl, 2020), con reportes de incumplimiento de requisitos legales contra la empresa Uber y los conductores.

En Dinamarca, UBER recién empezaba operaciones cuando en noviembre de 2014 la Autoridad de Transporte, Construcción y Vivienda de Dinamarca le denunció por la prestación del servicio de transporte de pasajeros sin licencia. Para septiembre de 2018, UBER había sido vencida en los estrados judiciales, ya que:

“el Tribunal Supremo de Dinamarca aprobó la multa de un total de 700.000 coronas danesas (aproximadamente USD 109.130) impuesta a cuatro conductores por obtener beneficios a través de la aplicación de transporte Uber.

El Tribunal aprobó la multa impuesta por el Tribunal de la Ciudad de Copenhague y el Tribunal de Apelaciones del Oeste en 2014 y 2015, respectivamente, a cuatro individuos por hacer de taxistas piratas mediante Uber.” (Çolak, 2018)

En Finlandia, los conductores fueron sancionados con el regreso del dinero ganado a través de la plataforma, ya que se consideraba dinero logrado mediante estrategias ilegales, pero se logró una flexibilización de la regulación para que esta plataforma continuase operando en dicha nación, y su campo de acción en Finlandia es bastante pequeño, ya que tienen cerca de 500 conductores conectados a través de su plataforma. (Lindahl, 2020)

Noruega también tuvo una reacción judicial rápida ante las operaciones de UBER considerándolo un servicio ilegal, sancionando a conductores con multas, pérdida de las licencias de conducción y obligándoles a regresar el dinero de las ganancias alcanzadas con el uso de la plataforma. Es así como las operaciones en el país fueron suspendidas. (Lindahl, 2020) Pero teniendo en cuenta la nueva normatividad, la compañía se ha planteado regresar a ese país.

En Suecia el centro de debate ha sido el pago de impuestos, ya que la regulación de la actividad de los taxis era relativamente flexible para septiembre de 2014, fecha de lanzamiento de la plataforma en ese país. Se calcula que solo el 68% de las ganancias de los conductores fueron reportadas para efectos tributarios

En los casos de los diferentes países descritos, el estudio judicial de los casos se centra mayoritariamente en analizar elementos probatorios que identifiquen el alcance en el ejercicio del poder subordinante del empresario, en términos de la dirección de la actividad laboral (tiempo, modo y lugar) para la prestación personal del servicio por parte del trabajador, por un lado, y por otro del ejercicio de la potestad disciplinaria que la empresa ejerce sobre los trabajadores para controlar el orden y disciplina debido para el adecuado cumplimiento de las actividades laborales.

Y en el caso de California, esto se complementa con el análisis de la relación laboral completa, haciendo hincapié en las condiciones que rodean el ejercicio de la relación laboral, no solo en la manera como se ejecuta la prestación del servicio contratado o las formas contractuales utilizadas para ello.

Podría decirse entonces que la respuesta al interrogante de la norma aplicable (laboral o mercantil) a las relaciones entre empresas y trabajadores en la *gig economy*, viene desde los estrados judiciales. Son dichas instancias las que han brindado las respuestas requeridas, ya que legislativamente tardan demasiado en llegar; es mediante el análisis elementos endógenos (mecanismos para el ejercicio del poder subordinante) y exógenos (relación del servicio prestado por el trabajador con el objeto social de la empresa beneficiaria de los servicios que este presta y su reputación empresarial) que podemos analizar la verdadera naturaleza jurídica de la relación laboral.

Estos permiten analizar en su conjunto la situación particular, para ajustar la mirada del lente jurídico laboral, y en caso de que exista alineación de estos elementos, se dé aplicación del ordenamiento laboral típico, a relaciones laborales típicas, rodeadas de estructuras tecnológicas que le brindan un tinte nuevo en su ejecución, pero que no tienen la capacidad de diluir la esencia del derecho social, que no es otra cosa que la protección del trabajador ante el poderío económico y de la información del empleador. Es un nuevo escenario de la vieja lucha sobre la cual se escindió el derecho social del derecho civil, la necesidad de limitar el abuso de posición dominante del que hacen uso estas compañías, para imponer al trabajador las condiciones que deseen, alegando la autonomía de la voluntad de las partes, propia del derecho civil.

En ese sentido, una vez más se comprueba el alcance del poder económico negocial del empleador dentro del derecho del trabajo, justificando aún más la necesidad de una reafirmación y renovación de los principios sociales, ya que los términos y condiciones de contratación sobre los cuales se estructuran estas relaciones de trabajo en las plataformas, resultan impuestos de manera unilateral y arbitraria por el empresario, con contratos de adhesión escritos por el dueño de los medios de producción, en este caso propietarios de la información que resguardan las plataformas, para su provecho y a costa

de la desmejora de los derechos del trabajador, y sin ningún tipo de libertad de negociación para mejorar dichas condiciones.

Sobre este asunto surgen muchas interrogantes, posibilidades y supuestos que a la luz de esta investigación vale la pena exponer.

Las normas del derecho del trabajo resultan ser un conjunto de estándares mínimos para la realización social de las personas a través del trabajo decente. En ese sentido, los argumentos de compañías de plataformas digitales como UBER para justificar su operación, versus lo señalado por los trabajadores, permiten plantear posibles soluciones. En primer lugar, el papel del consumidor final en la posibilidad de elegir el régimen jurídico aplicable a estas actividades. Es decir, para el consumidor siempre resultará beneficioso poder recibir un mismo servicio con un precio más bajo, en ese sentido el consumidor final del servicio debería tener algo que decir frente al régimen jurídico aplicable al trabajador de plataformas, pero ¿es eso lo justo? Ciertamente no lo es si se le consulta al trabajador.

Es por esta razón que resultan apareciendo regulaciones “intermedias” que intentan conciliar el fenómeno no regulado con alguna normatividad adaptada para darle cabida y que, de alguna manera, regulan la competencia de los factores de producción en un mercado concreto. Por ese motivo, se concluye que en realidad el problema es de encuadramiento, no de regulación.

4.2. La Fábrica Algoritmo

La revolución 4.0 implica una conexión en tiempo real de estos factores: máquina - máquina, máquina - producto, producto - personas. Se pierde entonces el límite de lo físico, digital y biológico, demandando una transición hacia lo ciber físico, la combinación de lo orgánico y lo mecánico. En este contexto tenemos ejemplos como el “clásico”, que es la **automatización (máquinas)**, pasando a los **sistemas autónomos como el internet de las cosas (IoT), manufactura aditiva (impresión 3D), big data y análisis de macrodatos, computación en la nube, simulación de entornos virtuales, inteligencia artificial, ciberseguridad y realidad aumentada, entre otras tantas posibilidades que permite la tecnología e innovación.** Y es que al conjunto de descubrimientos tecnológicos que son ampliamente utilizadas, que mejoran con el tiempo y tienen efectos colaterales que provocan nuevas innovaciones, se les denomina “tecnologías de uso general (TUG)” o GPT (*General Purpose Technologies*) por sus siglas en inglés (Saunders, 2017). De tal manera que las tecnologías que constituyen la “fábrica algoritmo” son TUG de la 4 revolución.

Esta nueva manera de conectarnos que permite el internet, significa la conjunción de elementos físicos, digitales y biológicos, lo que también implica la apertura de nuevos tipos de trabajo.

Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee consideran que existen dos eras de las máquinas. La primera se presentó con el invento de la máquina de vapor por James Watt en 1775. Y

la segunda era empezó en la década de 1990, que se caracteriza por tres factores: (1) Ley de Moore, que propone un aumento exponencial en la potencia informática, (2) el poder y velocidad de las tecnologías digitales, que son a costes muy bajos, y (3) el crecimiento recombinante, que es nuestra capacidad de aprovechar ideas de otros para que sean ladrillos en las propias innovaciones. (Saunders, 2017)

En 1965 Gordon Moore señaló que la potencia global de procesamiento de los ordenadores (o el número de transistores en un circuito integrado) se doblaría cada año hasta 1975. La Ley de Moore ha logrado comprobar su premisa 45 años después que debió detenerse y con una aceleración inimaginable. Es así como “mil dólares de potencia informática actual (aproximadamente el precio de un iPhone 8 Plus libre con 256 GB de memoria en 2017) costarían menos de diez centavos de dólar en 2037” (Saunders, 2017)

Según la SIIA (Software & Information Industry Association, 2013), en 2013 la información almacenada en el mundo alcanzó los 161 exabytes (EB = 10 bytes) por año —5 EB, en 2003—. En 2020 se prevé que el tráfico de datos desde y hacia los centros de datos supere los 15 zettabytes (ZB = 1021 bytes) (Ontiveros & López Sabater, 2017).

Esta big bang ha creado un universo de información que flota entre nosotros, generando implicaciones constantes al mercado laboral, midiéndolo como nunca, dándole forma como nunca y permitiéndonos entender como nunca, cuán importante es responder a estos cambios sociales, para poder mantenernos al ritmo de las máquinas. A continuación, un análisis de los factores principales dentro de la fábrica algoritmo.

Para el sistema económico, la llegada de las tecnologías de la información supuso una profunda transformación, que como se conoce en la naturaleza, implicó en la gran mayoría de los casos, evolucionar, transformarse o perecer. También aparecieron muchas empresas nuevas que desarrollan funciones productivas antes inexistentes.

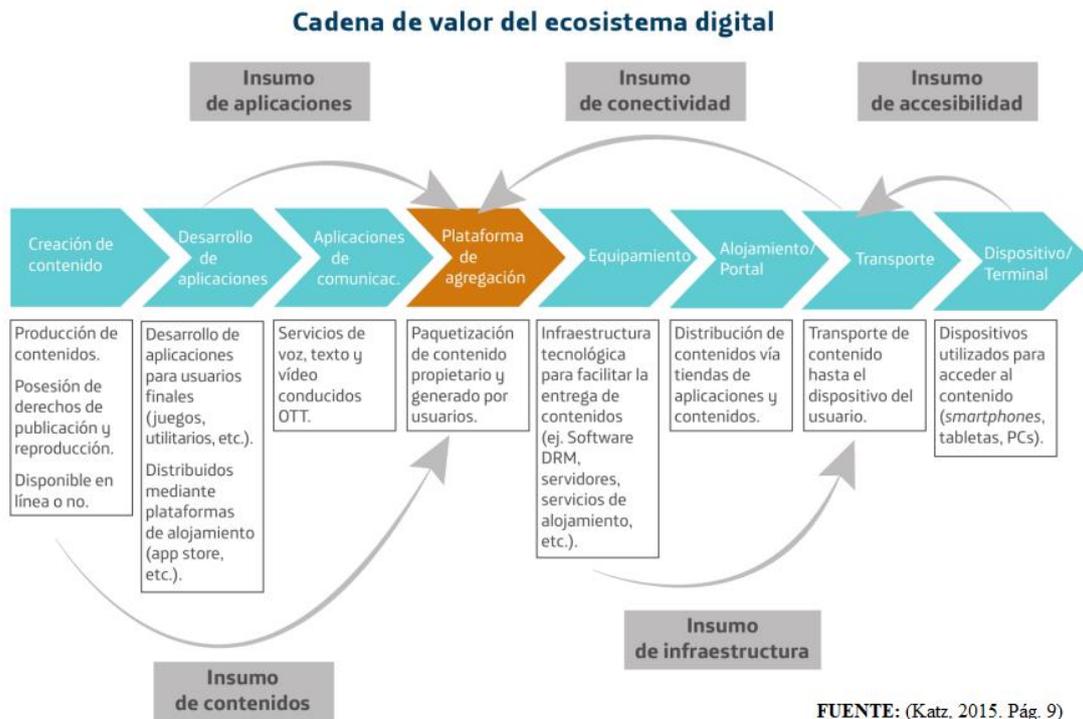
En una industria como la oferta de servicios de telecomunicaciones y distribución de contenidos de vídeo, la cadena de valor, es decir, el conjunto de funciones y actividades productivas que permiten crear un producto o servicio por el cual un usuario está dispuesto a pagar un precio determinado, se encontraba compuesto por varias cadenas de valor independientes. Cada parte del proceso, creación del contenido, empaquetamiento de este, distribución del contenido y los dispositivos o terminales para tener acceso al producto eran completamente independientes. La digitalización cambió ello por completo, para que actualmente existen todas las herramientas necesarias para lograr una total convergencia de las cadenas de valor, generando una amalgama completa de las cadenas productivas en la industria de medios, telecomunicaciones, y productos culturales que se integran, generando una estructura completamente interdependiente.

Dentro de los desarrollos nuevos se encuentra los altamente demandados desarrolladores de aplicaciones digitales, que llegaron a permear todas las industrias, dedicándose a la vinculación de oferta y demanda de productos específicos.

También aparecieron empresas/aplicaciones dedicadas a la provisión de servicios de comunicación, tales como Whatsapp, Skype, Teams. Están también las plataformas de

búsqueda, como el gigante Google. Y por supuesto las redes sociales como Facebook, Instagram o Twitter.

Es la nueva cadena de valor digitalizada, donde la conectividad y el transporte resultan ser los insumos que permiten conectar a distintos componentes para relacionarse entre sí y llegar al usuario final. Es esta la nueva cadena de valor, representada por Raúl Katz:



El impacto en el sistema productivo fue profundo y sucedió lo propio en las empresas mismas.

Para las grandes empresas, que cuentan con dependencias encargadas de analizar y estar preparadas para asumir estos retos, el cambio resultó ser relativamente progresivo. Otra es la historia de las micro, pequeñas o medianas empresas. En todo caso, la evolución del manejo de sistemas de información dentro de las empresas ya no se centra en brindar respuestas válidas, sino en tratar de alcanzar una ventaja competitiva. La información es, ahora, el bien más importante dentro de las empresas.

Este cambio disruptivo implicó un profundo impacto en términos administrativos, financieros, jurídicos, organizacionales y de talento humano en las empresas y, por supuesto, en los trabajadores y el mercado de trabajo. A continuación, analizo los elementos destacados del fenómeno.

4.2.1. La automatización

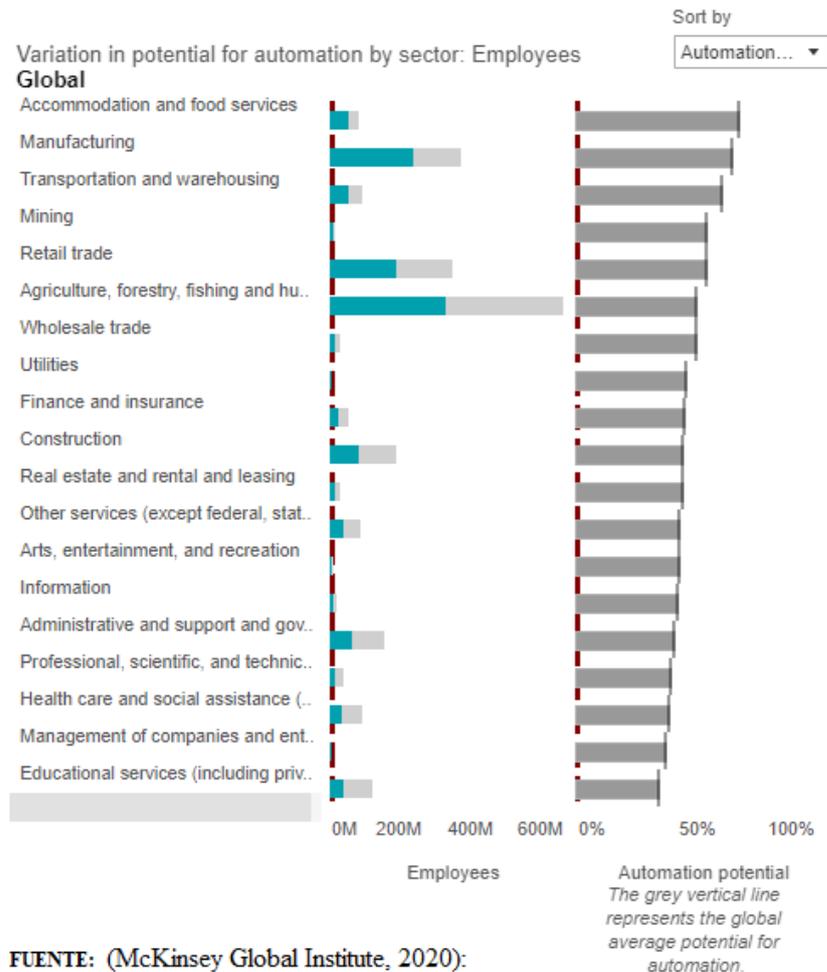
La automatización tiene efectos que no pueden ser generalizados, ya que la misma implica dos posibilidades (1) sustitución, generalmente de tareas rutinarias, repetitivas y codificables, o (2) complemento a la mano de obra. Así lo advierte el Grupo Europeo

sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea, es la redefinición del concepto de trabajo, la mejora en las condiciones de trabajo y la reducción del aporte e interferencia humana en las operaciones. Con la inteligencia artificial, por ejemplo, se asisten o reemplazan a los seres humanos en trabajos difíciles, peligrosos, aburridos o sucios, entre otros (Comisión Europea. Grupo europeo sobre ética de la ciencia y las nuevas tecnologías, 2018).

En un estudio realizado por Carla Fernández Mora (Fernández Mora, 2018, pág. 19) se analiza cómo afecta la automatización en el tejido laboral de los países, y para ello generó una fotografía global que muestra el porcentaje de automatización alrededor del mundo, utilizando datos de Tableau (McKinsey Global Institute, 2020):



La distribución del porcentaje, de automatización versus mano de obra asalariada, resulta pareja cuando se observan países en vía de desarrollo y países desarrollados. Por otra parte, cuando se acude a la revisión de la variación potencial de automatización por sector económico, con la herramienta Tableau se presentan los siguientes datos (McKinsey Global Institute, 2020):



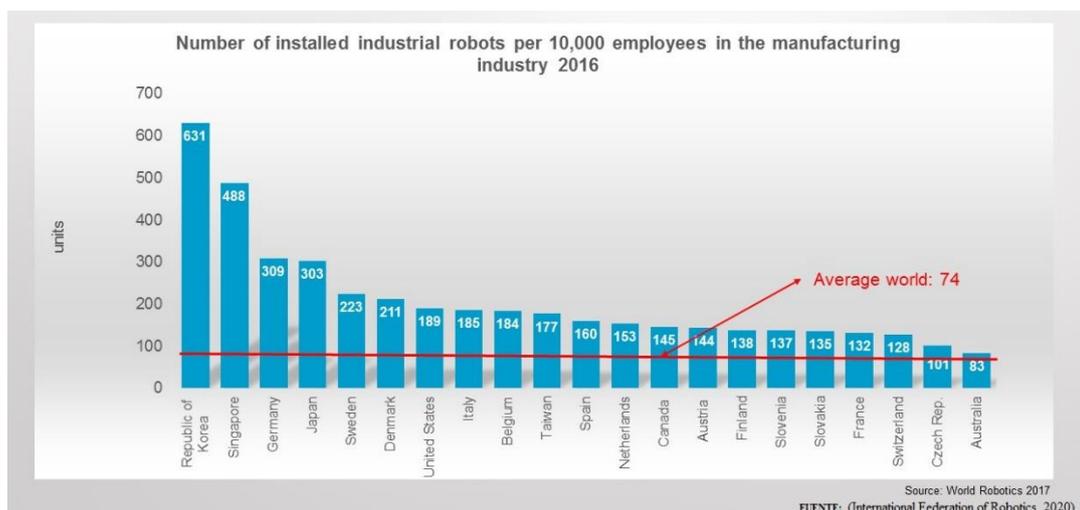
Se evidencia que los 10 mayores sectores económicos contienen, en promedio, 53,1% empleos con potencial de automatización, representando a 1.094 millones de trabajos, así:

- Servicios de alojamiento y alimentación, donde el 66% de los empleos tiene potencial de automatización, lo que corresponde a 53,9 millones de empleos del sector.
- Manufacturero, allí el 64% de los empleos tiene potencial de automatización, lo que corresponde a 237,4 millones de empleos del sector.
- Transporte y almacenamiento, donde el 60% de los empleos tiene potencial de ser automatizado, lo que corresponde a 53,6 millones de empleos del sector.
- Minería, con un 54% de empleos con potencial de automatización, lo que corresponde a 8,3 millones de empleos del sector.
- Comercio minorista, el 54% de los empleos tiene potencial de automatización, lo que implica a 187,4 millones de empleos del sector.
- Agricultura, silvicultura, pesca y caza, con un 50% de empleos con potencial de automatización, es decir 328,9 millones de empleos del sector.
- Comercio mayorista donde el 50% de los empleos tiene potencial de ser automatizado, lo que representa 14,9 millones de empleos del sector.

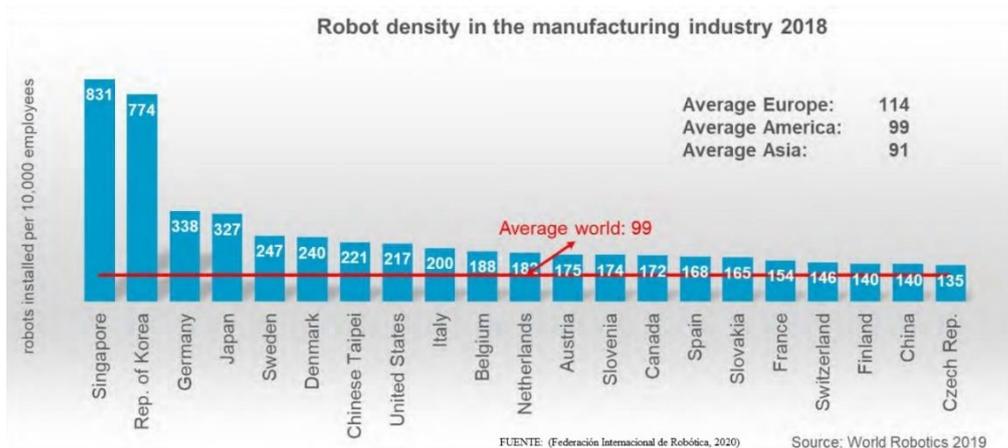
- Servicios públicos, con el 45% de los empleos con potencial de automatización, lo que es 3,0 millones de empleos del sector.
- Financiero y seguros, con un 44% de empleos potencialmente automatizables, lo que refiere 24,4 millones de empleos del sector.
- Finalmente, Construcción donde el 44% de los empleos tiene potencial de ser automatizado, representando a 82,2 millones de empleos del sector.

4.2.1.1. *Los robots y el trabajo humano*

Por otro lado, según datos de la Federación Internacional de Robótica, para 2016 el promedio mundial de robots por cada 10.000 trabajadores es 74, siendo que para 2015 era de 66 unidades. Regionalmente hablando, la densidad promedio de robots industriales es la siguiente: en Europa 99 unidades, en las Américas 84 unidades y en Asia 63 unidades (International Federation of Robotics, 2020). Se presenta también un detalle a nivel nacional de la densidad de robots en la industria manufacturera para 2016 de la siguiente manera:



Solo en dos años, la densidad de robots subió a 99 robots cada 10.000 trabajadores humanos en el promedio mundial (Federación Internacional de Robótica, 2020):



Esto significa que para 2016 en el mundo había 135 trabajadores humanos por cada robot, mientras que en 2018 había 101 trabajadores humanos por cada robot en la industria manufacturera, representando un crecimiento del 33,78% de la población de robots industriales en la manufactura.

Manifiesta el presidente de esta organización, que entre 2010 y 2016, el crecimiento anual de la tasa de densidad de robots era de 9% en Asia, 7% en las Américas y 5% en Europa. (International Federation of Robotics, 2020)

Conforme al reporte de 2019 de la Organización Internacional de Robótica, desde el año 2010, la demanda por robots industriales crece consistentemente. Entre 2013 y 2018 la tasa anual de instalación de robots en empresas incrementó en un 19% cada año. Para 2017 las instalaciones de robots anuales llegaron a 400.000 unidades. En 2018, se encuentra que América y Europa están creciendo mientras Asia se estanca, siendo aún este último, el mercado más grande de robots del mundo, ya que aún con una reducción importante del consumo, dos de cada tres robots recién lanzados en ese año fueron instalados en Asia. Y al ver de cerca el mercado asiático se encuentra que, en 2018, las instalaciones de robots en China bajaron un 1%, en Corea del Sur se redujeron un 5%, pero en Japón aumentaron un 21%. Europa es el segundo mayor mercado de robots, con un aumento de instalaciones en un 14% con 75.560 robots, alcanzando un crecimiento sostenido durante los últimos 6 años, con crecimiento consecutivo de 12%. En las Américas la situación también va en aumento, con 55.212 robots instalados en el continente para 2018, que representa un crecimiento del 20% en comparación con el año anterior y como en Asia y Europa, representa un alza consecutiva por 6 años del 13% cada anualidad.

Los 5 países con mayor instalación de robots industriales representan un 74% del mercado mundial y son China, Japón, Estados Unidos, Corea del Sur y Alemania.

Se evidencia entonces una gran cantidad de incremento, y con proyecciones al alza, sobre la interacción con robots en el ámbito laboral, especialmente en el sector manufacturero.

Esta situación plantea varios interrogantes desde el punto jurídico, tales como:

4.2.1.1.1. Pérdida de empleos.

La absorción de innovación dentro de los procesos productivos de diferentes industrias implica una tasa de potencial automatización de diferentes puestos de trabajo, como he expuesto anteriormente.

Esta es una realidad que ya está siendo ventilada en los tribunales judiciales, pues los trabajadores humanos han acudido estos para conservar sus empleos y hacer valer sus garantías laborales ante los reemplazos que ha ofrecido la tecnología, tales como los *bots*.

Particularmente, en un caso ventilado ante el Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, sentencia SJSO 4141/2019 de 23 de septiembre de 2019, se ha declarado improcedente el despido objetivo por causales técnicas en el marco de un contrato de trabajo celebrado con una mujer que laboró como oficial de contabilidad durante 13 años para una multinacional turística, que la sustituyó por varios programas informáticos, así:

- Un *bot* de gestión denominado PMS360, que tiene como funciones básicas las de atender el tratamiento de las reservas de alojamientos y su registro; ventas, facturación, marketing y cobros; limpieza, servicios de conserjería etc.
- Un SAP (Sistema de aplicaciones y productos para el procesamiento de datos), que permite planificar y gestionar los recursos de todas las áreas de la empresa.
- Un software Jidoka, un RPA (siglas que en inglés para Robotic Process Automation o Automatización Robótica de Procesos en español). Se trata de un software orientado a realizar tareas repetitivas, mecánicas y que varían muy poco en cada iteración.

En esta sentencia el Juez Javier Ercilla García analizó los hechos, pruebas y argumentos jurídicos, concluyendo que la causal objetiva alegada por la empresa no encuentra soporte fáctico ni jurídico. Esto, teniendo en cuenta que la empresa alegó como sus principales argumentos de causales técnicas, los informes de futuro sobre el desalentador panorama del sector en las Islas, los cuales son, precisamente, una probabilidad no ocurrida como para sustentar un despido y además no cumplen con los requisitos legales y jurisprudenciales para considerarlos como “causas técnicas, organizativas y productivas”.

Sobre dichas “causas técnicas, organizativas y productivas” detalló el Juez que aquellas no están vinculadas a los resultados económicos globales negativos de la empresa, de tal forma que no son la base justificante del despido objetivo.

Como uno de los hechos probados del proceso, reposa que “*A fecha del despido, el "Informe de Perspectivas Turísticas enero 2019" elaborado por*

"Exceltur/Alianza para la Excelencia Turística", la opinión empresarial mayoritaria era que durante el 2019 se preveía un empeoramiento de los resultados del 58,2% y un empeoramiento de las ventas de un 61,8%. Así mismo, el índice de confianza (ICTUR) en el sector alojamiento de Canarias se situaba en unos -25,8 puntos.

Conforme al Instituto Canario de Estadística ("ISTAC"), las pernoctaciones, viajeros entrados y viajeros alojados en los establecimientos de hostelería en Gran Canaria en enero de 2019 se redujeron en un 12% respecto de los datos registrados en enero de 2018 y en un 28% respecto de los registrados en 2017."

Así fue como argumentó:

"La definición de causas técnicas, organizativas y productivas, viene circundada por los criterios sentados por la jurisprudencia sobre el particular (STS 14 junio 1996), según afecte a cambios en la esfera de los medios o instrumentos de producción ("**causas técnicas**"); al ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción ("**causas organizativas**"); y, por último, al entorno de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado ("**causas productivas**").

Así pues, es notorio que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el ámbito de las causas organizativas o de la producción es el del centro de trabajo en que las mismas concurren, al revés de lo que ocurre con las causas económicas, que han de apreciarse al nivel de la empresa en su conjunto.

(...)

Este grupo de causas (técnicas, organizativas y de producción) tienen su origen en los cambios que se producen en sectores limitados de la vida de la empresa, a diferencia de las económicas que se refieren a la rentabilidad de la entidad en su conjunto (STS 21-7-03) y se proyectan en el plano de la competitividad de la empresa, pudiendo aparecer totalmente desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables.

(...)

Lo primero que cabría señalar es que **la invocación que se hace en la carta de causa productiva no puede ser tal.** (...) La causa productiva podría afectar a que el producto o servicio que ofrece la empresa, estuviera en franca decadencia, sin embargo, no puede basarse la causa productiva en que dicho producto tiene visos de alcanzar la decadencia en un futuro, incierto y sin proximidad definida. Sucede así que el comienzo de la carta de despido, sus cinco primeras páginas, se centran en analizar la situación del mercado turístico en Canarias, sin embargo, **incurren en el error de proyectar a futuro sus previsiones negativas, sin que por tanto se encuentre al tiempo del despido, una circunstancia objetiva y real de empeoramiento del sector,**" (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Sobre las causas técnicas y organizativas, precisó:

“Se señala por la demandada que se ha procedido a la "robotización de parte de las funciones administrativas que hasta el momento venían siendo desarrolladas directamente por el personal". Desde un punto de vista puramente técnico, la empresa no ha procedido a la robotización, sino a la automatización a través de software, es decir, no existe "robot" físico alguno que haya asumido tareas, sino que un software dotado de reconocimiento óptico de caracteres, lee determinados documentos, extrae la información y hace con ella aquello para lo que está programado. Pero en ningún caso se trata de un robot, dado que para que ello así sucediera, debería de existir "la forma del soporte físico del robot", como exige el Parlamento Europeo en el Anexo a la Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. En definitiva, se trata de un software instalable en cualquier servidor generalista, sin perjuicio de que por razones comerciales se emplee el término robot y no 'bot', de manera equivocada (comercialmente se vende como "robot de software").

(...)

Como se señaló ut supra, son causas técnicas aquellas que afectan a los medios o instrumentos de producción, a saber, los cambios que en los mismos se produzcan. En el caso presente, nos hayamos con la aparición de un nuevo elemento, a saber, un software que automatiza lo que antes se realizaba manualmente, prescindiendo por tanto de la necesidad del trabajador humano. Las razones estrictamente económicas, parecen claras, así en la carta se señala que los costes asociados a la implantación del RPA (licencia de servidor, nodo de producción y configuración), ascienden a un total de 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de mantenimiento del puesto de trabajo de la actora, representa para la Empresa 28.412,44 euros anuales (salario + Seguridad Social). Si además de ello tenemos en cuenta que el 'bot' trabaja de 17:30 a 06:00 horas entre semana (12 horas y media) y 24 horas los fines de semana y festivos, lo que resulta claro es que por 12.900 euros anuales se desempeña un trabajo de 392 horas (98 a la semana), mientras que por 28.412,44 euros se desempeña un trabajo de 160 horas (40 a la semana). Es decir, que el 'bot' desempeña el trabajo correspondiente a 2,45 trabajadores al mes, lo cual vendría a coincidir con los trabajadores cuyos puestos han sido afectados por la implantación de la RPA, a saber, la actora, su compañero D. Jose Pedro y un tercer compañero prejubilado, el testigo D. Jesús Luis. Es decir, que aún cuando el robot hiciera el trabajo en la misma cantidad de tiempo que la actora, la posibilidad de tenerle trabajando más horas, vendría a determinar la posibilidad de sustituir al menos a dos trabajadores. En la carta, se hace referencia a que el 'bot' ha asumido el 70% de las siguientes tareas:

Reclamación de cobros (gestión de cobros)

Compensación de cobros (conciliación de cobros)

*Tareas ambas que realizaba la actora, sin embargo, y **es aquí donde la carta comienza a carecer de todo elemento probatorio, las razones para amortización del puesto de la actora, no resultan acreditadas, como no resulta acreditada el efectivo tiempo y carga de trabajo de la que se libera a la actora.** Así pues, en la carta se señala que en la automatización de la "Reclamación de cobros", los tiempos de ejecución de esta tarea se reducen un 94%, por cuanto esta tarea pasa de realizarse en un tiempo medio de 15 minutos por cliente, a realizarse en tan solo 55 segundos por cliente. En la pericial aportada no se hace estudio alguno al respecto de la realidad de tales hechos, esto es, no se hace un estudio del tiempo promedio que la actora tarda en hacer una tarea de "Reclamación de cobros", sino que se limita a transcribir lo que dice una "Presentación" o "Power Point" de Deloitte, sin hacer un examen de los datos subyacentes.*

***Lo cierto es que toda automatización suele conllevar una mejora en la eficiencia, pero en este caso, no hay una acreditación específica, con números concretos y detalle explicativo de los mismos, para lo cual la Pericial habría sido necesaria.** Así, habría sido necesaria una pericia sobre si efectivamente la RPA hace en 55 segundos lo que antes se hacía en 15 minutos, y sobre si efectivamente la actora hacía en 15 minutos lo que ahora parece que se hace en 15 segundos.*
(...)

De forma concluyente, no queda acreditada la causa técnica, a la que va ligada la organizativa, por el hecho de que las horas que no quedan vacías de contenido a la actora se repartirían entre los demás trabajadores.

Siendo así que no queda acreditada la realidad de las horas vacías de contenido, la causa organizativa queda sin sustento alguno, por lo que no queda sino la desestimación de la demanda.

(...)

El concepto y la finalidad de la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas con base en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción no se ha modificado. Así pues, sigue estando configurado como un mecanismo legal para la extinción de contratos de trabajo a menor coste del ordinario, cuando en la empresa concurren circunstancias de esa naturaleza y como instrumento para intentar mantener la actividad empresarial y conservar de esa forma los demás puestos de trabajo no afectados por tan drástica medida, pero no como ardid para reformar la estructura laboral de la empresa o evitar acudir a otros mecanismos que le generarían igualmente una indemnización mayor.

*Por este motivo, **la correcta interpretación de esta mayor flexibilización efectuada por el legislador con la reforma de 2012, de los requisitos anteriormente exigidos, no exime al empleador del deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por dificultades de cierta entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción de contratos de trabajo,** dado que lo contrario implicaría*

dejar libérrimamente en manos del empresario la opción unilateral por la extinción contractual con el pago de una indemnización inferior a la ordinaria, evitando acudir a otras opciones como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que daría lugar igualmente a una indemnización mayor.

Y en este punto de la argumentación se hace necesario volver a acudir a los dos elementos que se enfrentan en un despido objetivo, a saber, la Libertad de Empresa y el Derecho al Trabajo, pero por encima de ellos, se encuentra el interés público en el mantenimiento del empleo. Y este interés público nace de una de las características propias de nuestro estado, a saber, el ser un Estado Social, que reconoce derechos y ofrece una serie de garantías. En el presente caso nos encontramos ante un fenómeno que supera lo puramente "técnico", y que supera incluso la "libertad de empresa", alcanzando a la estabilidad del empleo en su conjunto, como es la automatización de labores repetitivas que no ofrecen un valor añadido. Son múltiples los estudios que llevan a cabo un análisis prospectivo sobre los trabajos automatizables en cada economía, y son múltiples las fórmulas empleadas para ello. Carl Benedikt Frey y Michael Osborne, del Programa Oxford Martin sobre Tecnología y Empleo, elaboraron una metodología por la que se estimó que el porcentaje de computerización de la fuerza laboral en el año 2035 sería del 77% en China, del 69% en India y del 47% en Estados Unidos. Trasladando estos datos al Mercado Laboral Español, Caixabank Research (Disponible en: <https://www.caixabankresearch.com/documents/10180/2664458/36-37%2BDossiers%2B3%2BCAST.pdf>) elaboró un Dossier en Febrero de 2016 en el que calculaba que el 43% de los puestos de trabajo existentes en España tenían un riesgo superior al 66% de probabilidad de ser automatizados, en tanto otro 28% de los puestos de trabajo tenían un riesgo medio, a saber entre el 33% y el 66%. Por su parte BBVA Research (Disponible en: <https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2018/03/Cuan-vulnerable-es-el-empleo-en-Espana-a-la-revolucion-digital.pdf>) también elaboró un Dossier al respecto en marzo de 2018, aplicando al Mercado Laboral Español los criterios señalados por Frey y Osborne, resultando en alto riesgo de automatización un 36% de los puestos de trabajo existentes en España, y en riesgo medio un 33% de los trabajos existentes. En ambos casos lo que nos encontramos es que en un 69% y un 71% de los puestos de trabajo en España están en riesgo medio-alto de automatización.

Atendiendo a lo anterior, lo que resulta claro es que la automatización de procesos, como la operada en el caso presente, implicará una destrucción de empleos de al menos el 35% de la población activa, siendo así que un elemento de este carácter no tiende sino a la mera optimización de costes. **La Libertad de Empresa se enfrenta así con el interés público por mantener el empleo y por ende con el Derecho al Trabajo.**

Siendo el despido objetivo una forma privilegiada y si se quiere excepcional, de concluir una relación laboral con una indemnización inferior a la ordinaria, no puede calificarse de excepcional, aquella causa que pueda afectar al 35% de todos los trabajos. Según datos de un informe elaborado por CCOO (Disponible

en: <http://docpublicos.ccoo.es/cendoc/035344CrisisEconomicaEfectos.pdf>), durante la crisis económica de 2008 a 2012, se destruyó el 8,2% de los empleos. Los datos prospectivos de destrucción de empleo por la automatización son muy superiores, y por ende, hacen necesaria una reinterpretación del concepto de "causas técnicas" para el despido objetivo.

(...)

No debe olvidarse que la finalidad de este precepto legal es la de contribuir a ayudar a la empresa que atraviesa dificultades ora en el ámbito económico global, ora en un área determinada de la empresa, y no la de configurar un sistema de incremento de los beneficios en aquellas empresas que, no atravesando complicación alguna, pretenden acogerse al mismo ante cualquier eventualidad o circunstancia que se produce en su proceso técnico, productivo y de organización, trasladando al trabajador los riesgos de la actividad empresarial y haciendo recaer sobre el mismo cualquier incidencia del mercado, de escasa relevancia y nula incidencia en su normal funcionamiento, o servir de subterfugio para evitar llevar a cabo una negociación con los trabajadores por las que se les establezcan y reconozcan una serie de derechos y garantías laborales, como implicaría la masiva sustitución de trabajadores por automatismos robóticos.

(...)

En definitiva, la automatización - como causa técnica del despido objetivo - implica una oposición entre los Derechos Sociales alcanzados por los trabajadores (salario mínimo, jornada laboral, limitación de horas extraordinarias), que se vislumbran como obstáculo u óbice para alcanzar un rendimiento empresarial más óptimo, frente a la posibilidad de que un "instrumento de producción" pueda efectuar ese mismo trabajo sin límite de horas, sin salario ni cotizaciones sociales. **En definitiva, la automatización mediante 'bots' o 'robots', con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar los mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de Empresa.** Siendo así por tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos, en atención a la interpretación - que expuesta ut supra - ha de darse del despido objetivo por causas técnicas. Ergo no es dable que en casos como el presente, en el que la automatización viene a sustituir a los trabajadores en sus tareas, hasta desplazar a la masa laboral del mercado, por la mera competitividad de la empresa, pueda esta acogerse a una forma privilegiada de despido en la que se abona al trabajador una indemnización inferior a la ordinaria." (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Bajo estos argumentos, el juez ordenaría el reintegro de la actora a su trabajo.

Se trata de una sentencia garantista que aplicó el principio protector rector del derecho del trabajo, como criterio de interpretación sistemática para entender el alcance de la facultad empresarial para dar por terminado el contrato de trabajo.

4.2.1.1.2. Creación de nuevos empleos y nuevas competencias requeridas.

Ha resultado evidente que los seres humanos no podemos competir en el mismo plano productivo con las máquinas o software, por factores puramente biológicos y económicos. Nosotros enfermamos, morimos, nos cansamos, nos organizamos. Las máquinas o los algoritmos no lo hacen y en cierto punto son más baratas que nosotros. Por eso ya hemos visto las tasas de reemplazo del trabajo humano por sectores. Más adelante, en el capítulo de Transformación del mercado de las competencias. Habilidades híbridas *soft-hard*. realizaré un análisis del impacto de la 4 revolución industrial en términos de competencias y empleos.

A pesar de ello, muchos han propuesto ver un lado positivo a esta situación, pidiendo una mejora en los procesos educativos y de cualificación, para que las vías de cualificación del talento humano sean más rápidas, oportunas, pertinentes y de calidad, pero sobre todo que sean flexibles y que se tome como un derecho laboral la recalificación y la formación a lo largo de la vida, de tal manera que los humanos podamos moverlos por el mercado laboral con mayor facilidad. A la par de ello, surgen unas nuevas competencias requeridas ante la creación de nuevos empleos, como explicaré en el próximo capítulo sobre tecnologías autónomas y la transformación del mercado de las competencias.

4.2.1.1.3. Seguridad y salud en el trabajo, riesgos físicos y psicosociales

Los robots permiten controlar muchos factores de riesgo ocupacional en el lugar de trabajo, pero también resulta importante analizar su impacto en el ambiente laboral y su interacción con los seres humanos, de tal manera que generan enfermedades laborales y accidentes de trabajo, no solo físicos, sino también relacionados con el riesgo psicosocial que pueden generar.

En Francia, mediante el Decreto 2012-639 del 4 de Mayo de 2012 relativo al manejo de riesgos por el trabajo con asbesto, establece que el uso de robots reduce los tiempos de exposición de los trabajadores al asbesto, por lo tanto, mejora sustancialmente las condiciones de trabajo y la afectación por factores de riesgo.

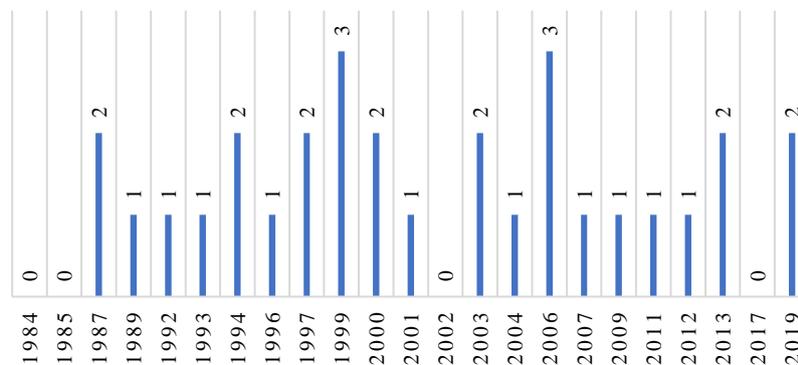
Sucede lo propio en industrias como la aeroespacial, nuclear, defensa, seguridad, logística y mantenimiento, donde el uso de robots reemplaza trabajadores evitando su exposición a elementos tóxicos o reduciendo las labores repetitivas, reduciendo también el daño físico, ergonómico y psicosocial. En España, empresas como Iberdrola usan sistemas para detectar daños y fallas en el sistema eléctrico en líneas de alto voltaje. Se trata de un dron equipado con cámaras de video y temperatura que es capaz de detectar fallas en estos sistemas emitiendo

una señal en vivo y dejando registro de los daños que va encontrando en su recorrido. La compañía también ha adelantado un prototipo que realiza el mismo proceso, pero en turbinas de viento. Sumado a ello, se está implementando una innovación parecida para espacios confinados, donde el riesgo por la concentración de gases es muy alto. Lo propio se encuentra en la industria automotriz, que adelanta la robotización en los procesos de pintura, evitando la contaminación de trabajadores. (Mercader Uguina & Muñoz Ruiz, 2019)

Pero a la par de las ventajas, también aparecen desventajas. Existen también casos de lesiones a trabajadores humanos causadas por robots convencionales.

En cuanto a los riesgos físicos, sobre las enfermedades laborales y accidentes de trabajo relacionados con la automatización se cuenta con muy poca información pública que permita su estudio detallado. En todo caso, la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional del Departamento del Trabajo de Estados Unidos, más conocida como *Occupational Safety and Health Administration*, OSHA por sus siglas en inglés, registra en sus bases en datos disponibles en línea, un reporte de 44 accidentes de trabajo desde 1984 hasta 2019. De los 44 accidentes de trabajo con robots reportados, 30 de estos fueron fatales, como se presenta en la siguiente gráfica:

ACCIDENTES FATALES CON ROBOTS INVOLUCRADOS



FUENTE: Elaboración propia con datos de OSHA (Occupational Safety and Health Administration, 2020)

Las dos industrias con mayor número de accidentes fatales con robots son la de autopartes, establecimientos que se dedican principalmente a la fabricación de piezas y accesorios de vehículos de motor, pero que no se dedican a la fabricación de vehículos de motor completos o carrocerías, con 7 y la metalmecánica automotriz, establecimientos dedicados principalmente a la fabricación metal mecánica de partes para automóviles, tales como como carrocería, bujes y molduras, con 3.

Sobre la responsabilidad patronal en el accidente de trabajo ocurrido con robots hay diferentes asuntos a analizar. En primer lugar, en el marco de la obligación

principal del empleador, corresponde a este en una relación laboral subordinada, el suministro de los instrumentos adecuados u necesarios para la realización de las labores, así como procurarle los locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes o enfermedades generados por causa o con ocasión de la labor que adelantan.

Considerando los robots herramientas complementarias del trabajo humano, su mantenimiento y adecuada operación son la base sobre la cual deben usarse en el entorno productivo.

Precisamente sobre la responsabilidad empresarial en accidentes de trabajo que involucran robots, los Tribunales españoles han adoptado varias decisiones a destacar. En la legislación española, el artículo 15.4 de la Ley 31 del 8 de noviembre de 1995 o Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se dispone que:

“la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”.

A su paso, el artículo 156.5.a) de la Ley General de Seguridad Social consagra que “no impedirá la calificación de un accidente como de trabajo”:

“la imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que éste inspira”.

Por lo tanto, las distracciones, imprudencias leves o imprudencia profesional del trabajador no excluyen de la calificación laboral del accidente ocurrido. En consecuencia, tampoco esto excluye a la responsabilidad del empleador por el recargo impuesto debido a su ocurrencia.

Sobre el concepto de imprudencia profesional refiere el Tribunal Supremo, 4ª, del 21 de febrero de 2002:

*“El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2010 (RJ 2010, 3110), entre otras, que la posible concurrencia de culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo –en este caso los incumplimientos de la empresa–, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima, lo que no ocurre en el presente caso, pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2894), **“el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos”** de modo que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene cuando no opera como causa exclusiva del accidente entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, pues incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone*

que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia que pudiera cometer el trabajador.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A pesar de ello, otros Tribunales en la jurisdicción laboral española han considerado a la distracción o imprudencia que pudiera cometer el trabajador como un elemento que permite graduar la responsabilidad del empleador en su correlación, llegando a reducir el porcentaje de recargo, como en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que mediante providencia del 27 de julio de 2012 (AS 2012\2470) señaló:

“Por su parte, reiterada doctrina dictada en suplicación expresa que el mencionado artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social no deja al libre criterio del INSS o del Juzgado su determinación, sino que concreta el parámetro que ha de tenerse en cuenta, que es la gravedad de la falta. Y para la valoración de ésta han de considerarse tres elementos: 1º mayor o menor posibilidad de accidente; 2º mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador; y 3º mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo.

Pero también es cierto que debe valorarse igualmente la actuación o conducta del trabajador en la producción del daño o en su minoración o agravación, y la gravedad de las lesiones sufridas.”

En Francia, la sala penal de la Corte Suprema en su sentencia 30-9-2003, No 02-87666, condenó al Director de empresa empaedora y a la supervisión de una planta de manufactura, por la muerte de un trabajador que fue aplastado entre la parte fija de un molde y la parte móvil de un robot conectado a la prensa hidráulica. Hay otros casos en este país relativos a este tema, como el presentado en sentencia dentro del recurso civil 16-9-2003 No 01-21192 de la Corte Suprema, sobre un empleador que tenía un empleado trabajando en una fabricación robótica línea sin tomar las medidas de seguridad requeridas. (Mercader Uguina & Muñoz Ruiz, 2019)

En Alemania también se presentó el caso de un contratista externo que se encontraba instalando un robot con un colega en la empresa Volkswagen, cuando fue golpeado en el pecho por el robot, que lo aplastó contra una placa metálica. No está claro si la causa del accidente fue de la máquina directamente o de un error humano. (Mercader Uguina & Muñoz Ruiz, 2019)

Sobre la responsabilidad y control en el desarrollo tecnológico aplicado a los procesos productivos hay muchas controversias y al efecto el parlamento europeo ya dio unas pautas generales mediante la Resolución del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica y establece un principio general conforme al cual debe darse “un enfoque gradualista, pragmático y prudente (...) para la Unión (...) para asegurarnos de no reprimir la innovación”.

Se supone entonces, que el enfoque de implementación en las interacciones máquina – humano es de precaución, anticipando debidamente los riesgos para evitar que incidentes o fatalidades ocurran. Por esta razón, alrededor del mundo existen muchas normativas, de orden legal y otras tantas normas técnicas tales como la norma ISO 10218-1 sobre aspectos técnicos en la fabricación de robots; y la norma ISO 10218-2 sobre la integración de robots, combinándolos con otro equipo o máquinas (incluidos robots adicionales) para formar un sistema capaz de desarrollar un trabajo útil. Todas destinadas a medidas de prevención y seguridad.

Por otra parte, la robotización también genera riesgos de orden psicosocial. La implantación de los robots en todos los sectores productivos es un hecho y abarcará más temprano que tarde, desde la industria de los servicios hasta la agropecuaria. Por esta razón los efectos no se hacen esperar, y en términos de riesgos laborales, además de los riesgos mecánicos ya mencionados, están los riesgos psicosociales, tales como miedo a perder el puesto de trabajo, estrés, depresión, burnout, entre otros, debidos a la presencia constante del robot en torno a la persona y la existencia que esto significa.

Para el año 2018, en España un 36,68% de las personas que perdieron la vida como consecuencia de su trabajo, lo hicieron por infartos o derrames cerebrales, lo que según la UGT de Cantabria, está directamente relacionado con los riesgos psicosociales (Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT) Cantabria, 2020).

La OIT definió los factores de riesgo psicosocial (peligros psicosociales) en 1986, como “[...] interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, puede influir en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción en el trabajo.” (Organización Internacional del Trabajo, 1986, pág. 3)

Actualmente se clasifican como riesgos psicosociales los siguientes (Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT) Cantabria, 2020):

- (i) Violencia en el trabajo. En este caso estamos ante situaciones que generan cualquier incidente en el que una persona sea maltratada, amenazada o agredida en el trabajo y que ponga en peligro su seguridad, su salud, su bienestar o su rendimiento. Aquí se podrían clasificar los incidentes ocurridos entre seres humanos, al menos hasta ahora.
- (ii) Síndrome del quemado (*burnout*): es un estrés laboral crónico, caracterizado por su acumulación prolongada en el tiempo de desgaste o agotamiento profesional.

- (iii) Aburrimiento (*boreout*): se presenta como consecuencia de infraexigencia (pedir menos de lo que el trabajador es capaz de producir) o desinterés en el trabajo, teniendo mucho tiempo improductivo en él.
- (iv) Síndrome del superviviente (*downsizing*): corresponde al estrés de los trabajadores de empresas que han sufrido un recorte de personal, que genera en los trabajadores sentimientos de miedo, inseguridad, frustración, tristeza, angustia, entre otros.
- (v) Presentismo laboral: Consiste en excederse en el horario de trabajo, evadiendo períodos de descanso en la jornada, para que se note su presencia en la organización, causando un sobreesfuerzo innecesario que genera repercusiones negativas en el ámbito personal del individuo y entorno laboral.
- (vi) Estrés laboral: En este caso se genera por reacción adaptativa a los desequilibrios entre exigencias y recursos. Cuanto esta situación genera un daño en la salud del trabajador, estamos ante un riesgo psicosocial.

Es en este grupo que podemos encontrar el tecnoestrés, que se encuentra relacionado precisamente con las nuevas tecnologías y con la robotización, como pasa a explicarse.

- (vii) Tecnoestrés: se trata de un riesgo psicosocial generado por la competencia entre humanos y máquinas en el entorno laboral. Esta situación genera en los trabajadores humanos:
 - a. Altas exigencias de conocimiento y actualización constante.
 - b. Mayor presión en los tiempos, mayor cantidad de trabajo, se reduce las posibilidades de contacto personal, rompe las fronteras espaciales y temporales de la oficina prolongando indefinidamente la jornada laboral.

Un estudio exploratorio realizado en Cantabria, publicado en 2020, realizó una revisión cualitativa y cuantitativa el fenómeno, encontrando dentro de sus conclusiones que, en general, los entrevistados señalan que desde un punto de vista cognitivo la utilización de robots les supuso un esfuerzo cuando comenzaron a utilizarlos dado que no tenían conocimiento alguno de su manejo, pero que la adquisición de dichos conocimientos fue más accesible y rápida que la adquisición de la destreza manual que en algunos casos requería la utilización de dichos robots.

También señalan que no tienen ninguna participación en la incorporación de robots a los centros de trabajo.

Por otro lado, coinciden todos los entrevistados en señalar que la incorporación de robots ha supuesto mejoras en lo que se refiere a trastornos músculo esqueléticos ya que suponen una ayuda especialmente en los casos de manipulación manual de cargas. Sin embargo, los entrevistados aseguran que en lo que se refiere a los riesgos psicosociales, la incorporación de los robots es percibida en todos los sectores como una amenaza, ya que consideran que la

incorporación de los robots supone más pronto que tarde pérdida de puestos de trabajo. Y, además, la incorporación de robots conlleva el aumento de ritmo de trabajo y de la exigencia por parte de la empresa lo que impide tener más pausas y una mayor autonomía (Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT) Cantabria, 2020).

Como lo anotan los trabajadores, la robotización es una fuente de mejoras, pero también una fuente de riesgos en el ambiente laboral. Dentro de los riesgos se encuentra la posibilidad de evitar la exposición a elementos peligrosos en el trabajo y a evadir las tareas repetitivas y desgastantes.

Para los trabajadores que interactúan constantemente con robots, es decir, en entornos altamente automatizados, se presentan aumentos en los niveles de estrés. Es así como:

“algunos procesos de robotización podría conducir a un mayor aislamiento para el trabajador, hasta cierto punto, cuando en su departamento o sección hay una presencia menor de trabajadores humanos o experimentan un seguimiento ininterrumpido ya que el robot-algoritmo, también controla cómo se realiza la labor por el trabajador humano.

De la misma manera, los descansos de los trabajadores en los procesos de trabajo altamente automatizados deben ser estrictamente respetados. Si estas estrategias no se establecen y evalúan apropiadamente, estos factores pueden conducir a nuevas enfermedades laborales. Todo esto sugiere que es necesario realizar un enfoque proactivo para evaluar y gestionar los riesgos asociados con la presencia de la robótica en el lugar de trabajo, así como la nueva formación, responsabilidad y nivel técnico de los trabajadores.” (Mercader Uguina & Muñoz Ruiz, 2019)

4.2.1.1.4. La velocidad de la robotización frente al trabajo humano.

Ahora bien, dentro de las medidas tomadas para reducir la velocidad con la que las empresas reemplazan trabajos humanos con máquinas, en un primer momento se tramitaron iniciativas legislativas para la creación de impuestos a los robots, más conocidas como *Robot Tax*, cuyo propósito es desincentivar el reemplazo de puestos de trabajo humanos por máquinas. Esto bajo la premisa de que en tanto los costos de la mano de obra artificial versus la mano de obra humana resulten siendo más altos, menor eliminación de puestos de trabajo humanos habrá.

Dentro de los primeros casos de impuestos robots, se encuentra la ley sancionada en Corea del Sur, bajo mandato del presidente Moon Jae-in, que el 6 de agosto de 2017 dispuso la reducción de las exenciones tributarias hasta entonces destinadas a incentivar la inversión en robótica. Así lo reportó Cara McGoogan, periodista del Periódico “The Telegraph” al señalar que:

“South Korea has introduced what is being called the world's first tax on robots amid fears that machines will replace human workers, leading to mass unemployment.

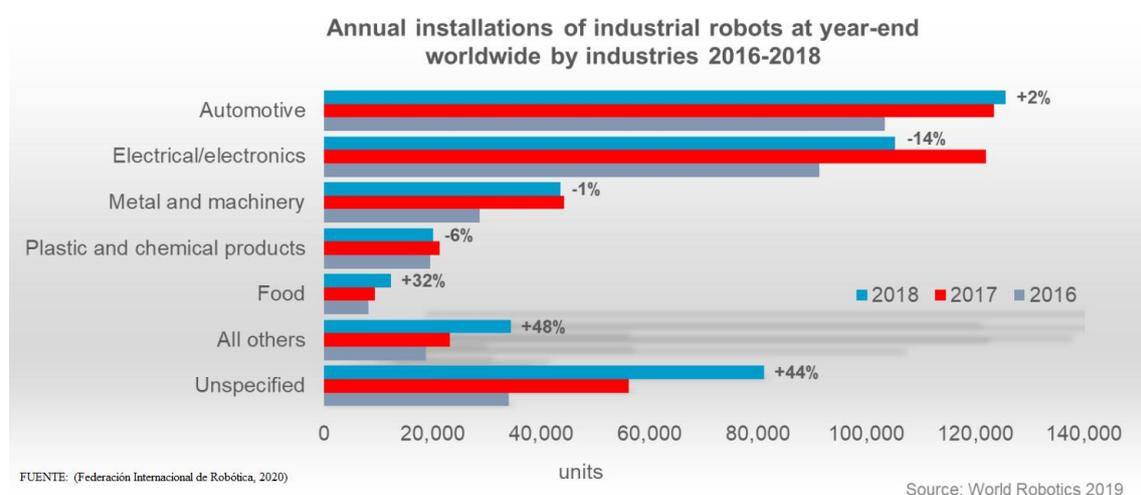
The country will limit tax incentives for investments in automated machines as part of a newly proposed revision of its tax laws.

It is hoped the policy will make up for lost income taxes as workers are gradually replaced by machines, as well as filling welfare coffers ahead of an expected rise in unemployment, according to the Korea Times.”
(McGoogan, 2017)

En España también se cuenta con una iniciativa impulsada por los sindicatos. Bajo el marco que otorga el Pacto de Toledo, sobre el “análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse” (Congreso de los Diputados de España, 1995), y las propuestas discutidas dentro del Parlamento Europeo, se busca “estudiar la posibilidad de someter a impuesto el trabajo ejecutado por robots o exigir un gravamen por el uso y mantenimiento de cada robot”. E incluso la posibilidad de “introducir una renta básica mínima”.

Ahora bien, desde 2016 las instalaciones de robots han bajado en ese país y que 2018 registraron un descenso del 5%, aunque el descenso se adjudica a la baja en la industria de los electrónicos, mercado del cual depende sustancialmente la robótica en ese país. El impacto de esta ley no ha sido el esperado aún, pero es muy pronto para establecer conclusiones definitivas. Esta disposición está acompañada de un conjunto de medidas socio laborales destinadas a mejorar el crecimiento económico, tales como el alza del salario mínimo y de impuestos, pero en un reporte realizado por Michael Schuman para el *New York Times*, señaló que el desempleo creció y los pequeños empresarios se están quejando (Schuman, 2019)

La representación de consumo de robots por industria entre 2016 y 2018 fue la siguiente (Federación Internacional de Robótica, 2020):



4.2.2. Internet de las cosas (IoT)

El internet ahora está más conectado con las cosas que en personas. Neveras que compran los alimentos que se han terminado, pulseras que tienen registro en línea y miden nuestros principales signos vitales, termostatos en casa que baja la temperatura cuando no hay nadie en ella, básculas que revisan tu peso y tendencias nutricionales, tenedores que miden los datos de los alimentos que consumimos, etcétera. Toda esta información es recolectada y compartida sin control, de tal manera que las compañías productoras de alimentos, por ejemplo, tendrán una visión muy clara de qué consume cada persona, creando modelos de consumo ultrapersonalizados y con proyecciones futuras según los cambios que va registrando la persona. Se nos sigue convirtiendo en una célula de consumo con cada vez mayor nivel de sofisticación y precisión.

Estos son los asuntos en los que se centra la preocupación en el internet de las cosas, ya que no se tiene mucho control sobre ello sobre la seguridad y la intimidad. Google, Apple y Amazon ya han reconocido que, mediante sus ayudantes como Alexa, escuchan todas las conversaciones que se tienen incluso cuando el aparato no está en uso. En cuanto a la seguridad, los ciberataques son un asunto en aumento para los dispositivos conectados a la internet.

La simbiosis entre el internet, las cosas y las personas es cada vez más profunda, resultando, por ejemplo, en iniciativas que buscan dotar a las máquinas de su propia moneda para que realicen transacciones por sí solas. Por ejemplo, que la nevera pague el mercado que necesito con su propia ciber moneda, esto es lo que plantean compañías como IOTA, que señalan en su página web que: *“IOTA is the first distributed ledger built for the “Internet of Everything” - a network for exchanging value and data between humans and machines.”* (IOTA, 2020)

Pero esto no solo es aplicable a las cosas de la vida cotidiana, sino que en el mundo del trabajo también están surgiendo innovaciones de conexión con internet de herramientas de trabajo, como drones que a través de cámaras y códigos QR realizan inventarios en almacenes de grandes superficies, reconocimiento facial para empleados, analizando si están felices o tristes, sistemas de alerta en cascos o pulseras inteligentes que permiten reportan si el trabajador tiene o no el casco puesto, si cumple las medidas de seguridad y salud en el trabajo, o si se ha visto inmerso en un accidente de trabajo, midiendo niveles de ruido, golpes recibidos, calidad del aire, datos corporales, entre otros factores. Esto último, en aspectos probatorios dentro del derecho procesal laboral, puede ser determinante en muchos casos.

Ello, como todo lo que sucede en los temas de innovación y tecnología, plantea impactos positivos y negativos para la fuerza de trabajo humana. Negativa porque tiende a desaparecer algunos puestos de trabajo con labores repetitivas, rutinarias y parametrizables. Y, por otro lado, evita la exposición a factores de riesgo ocupacional, protege a los trabajadores y mejora los sistemas de seguridad y salud en el trabajo, reclamando también el desarrollo de nuevas competencias en los trabajadores. Entonces, el internet de las cosas desaparecerá algunos empleos, modificará las competencias de

otros y creará nuevas posiciones laborales también; básicamente hará lo que globalmente la tecnología e innovación vienen haciendo desde muchos años atrás.

A nivel europeo, la Comisión ha centrado su preocupación para el internet de las cosas, e diversos documentos, sobre la necesidad de permitir que la misma funcione sin problemas entre las fronteras nacionales, y con completa conectividad las redes de telecomunicaciones, los flujos de datos y las responsabilidades, todo de tal manera que se garantice un mercado único (European Commission, 2016).

La Comisión Europea también plantea 4 etapas evolutivas del internet de las cosas:

- a) **Innovación de datos en sensores verticales.** En este caso se trata de sensores conectados a los aparatos, que recolectan información y los envía a nubes de datos, permitiendo de esta manera el análisis de *big data*. Esto ocurre a nivel de sectores verticales, es decir sectores específicos del mercado, pero los intercambios transversales siguen siendo limitados.
- b) **Comportamiento semi autónomo basado en conexión de objetos inteligentes.** Los datos proporcionados por los sensores y objetos conectados permiten que los objetos individualmente considerados y en red, realicen funciones específicas derivadas de la detección, análisis y la inteligencia recopilada. Esto opera normalmente dentro de los límites de las aplicaciones dadas, pero se espera que, con el aumento de la potencia informática y la sofisticación, ganen altos niveles de autonomía en su comportamiento y "vida", basado en la recolección de información para predicción de preferencias del usuario y del mercado. Los ejemplos incluyen automatización de fábrica, logística y robótica.
- c) **Mundo programable.** Ello ocurre a través del intercambio de datos y la creación de servicios en grandes aplicaciones verticales, es decir aplicaciones destinadas a un mercado específicamente definido. El tercer paso es una combinación de los dos anteriores, mediante el uso de sistemas complejos, inteligencia artificial y su puesta en marcha. Los sensores y los objetos inteligentes conectados no solo están diseñados y optimizados para realizar ciertas funciones sobre la base de modelos comerciales verticales, sino que se convierten en parte de una red de conectividad más grande que crea nuevas oportunidades para combinar más inteligencia y actuación en los mercados verticales, para proporcionar un conjunto de servicios completamente nuevos y para coordinar objetos inteligentes en sus funciones originales u otras innovaciones. La interoperabilidad técnica y semántica son el factor clave del éxito de esta etapa. Permite la programación de sistemas complejos para integrar una serie de proveedores de servicios y dispositivos para ofrecer soluciones completas con el internet de las cosas, en escenarios como los hogares, las ciudades, entre industrias y demás.
- d) **La era de la naturaleza digital.** Implica la adecuada unión y articulación de los objetos de todo tipo que se convierten en autónomos, a partir de la absorción de información masiva y utilizando inteligencia artificial, permitiendo el desarrollo de auto mejora en dichos objetos. Esto crea una naturaleza integrada por interfaces

y *cyborgs*, que vinculará a las personas con su entorno hiperconectado, optimizando as funcionalidades de estos objetos a la perfección y a la predicción. Es una nueva etapa de la naturaleza, lo que implica que los objetos tomen decisiones por sí mismos para, inicialmente, simplificar la vida diaria de los seres humanos. Existen también activistas *cyborgs* como Neil Harbisson, primer cyborg reconocido por un Estado, el de Reino Unido (García, 2020), que defiende que “Para vivir mejor no hace falta modificar el planeta, sino cambiarnos a nosotros mismos”, en ese sentido indica que, según su visión, “*para vivir mejor no hace falta modificar el planeta, como hemos venido haciendo millones de años, sino cambiarnos a nosotros mismos*”. Defendió que “*la Tierra sería mucho más sostenible si tuviéramos visión nocturna, ya que no haría falta usar tanta electricidad; o si en lugar de regular la calefacción, pudiéramos regular la temperatura de nuestro propio cuerpo*”, detalló.” (García, 2020)

Harbisson también es cofundador de la *Cyborg Foundation*, creada en 2010 con el propósito de ayudar a seres humanos a convertirse en cibernéticos, defender los derechos de los cibernéticos y promover el arte cibernético. En 2017 también fue cofundador de la *Transpecies Society*, la cual representa a personas que no se identifican 100% con los seres humanos y reclaman su derecho a autodiseñarse, añadiendo nuevos sentidos y órganos no humanos a su cuerpo. Esto plantea sin duda una fusión de lo orgánico y lo robótico a niveles mucho más amplios.

Este proceso evolutivo del internet de las cosas, desde el punto de vista del derecho laboral, plantea un importante asunto y es el otorgamiento de capacidad jurídica a los robots y a los *cyborgs*, convirtiéndolos en sujetos de derechos y obligaciones, por un lado; y por otro, reclamando la creación de normatividad especial que aplique a las características especiales de estos nuevos jugadores del mercado laboral.

Si la normatividad laboral se basa en el principio protector de los seres humanos, teniendo en cuenta la desigualdad económica que rodea una relación laboral típica, ¿cuáles serían los principios mínimos fundamentales aplicados a los *cyborgs*?

El primer asunto por resolver sería si las máquinas y los *cyborgs* no son considerados seres humanos, entonces ¿son sujetos de protección? Supongamos que se crea una regla de proporción orgánica, donde se considera humano un organismo cuya composición corresponde a una valor igual o mayor del 50% de orgánica humana. En ese caso serían tratados como seres humanos. Pero también sería importante considerar su nacimiento, es decir, si su primer momento de funcionamiento es orgánico humano, entonces son considerados seres humanos y las partes robóticas adheridas con el tiempo no serían un factor que eliminara su humanidad. Se trata de un asunto que impactaría al derecho civil de personas, y el derecho laboral se continuaría dedicando a proteger el trabajo humano en todas sus formas, teniendo presente un componente de elasticidad que le permita adaptarse a los cambios que ocurren en dichas formas.

4.2.3. Tecnología autónoma

Ahora bien, en el grupo de la **tecnología autónoma** se encuentran aquellos sistemas que logran realizar tareas complejas sin instrucción o supervisión humana, tales como los drones que vuelan por sí mismos, los automóviles que no precisan de conductor, los sistemas de armas, los agentes de software como los *bots*, que son programas informáticos que realizan tareas repetitivas de manera automática en el Internet, actividades que, de ser realizadas por un ser humano, serían imposibles o en extremo tediosas. Por ejemplo, están los *bots* financieros o los diagnósticos médicos que se realizan a través del *deep learning*, que son un conjunto de algoritmos de aprendizaje automático que intentan modelar abstracciones de alto nivel en datos, usando arquitecturas computacionales que admiten transformaciones no lineales múltiples e iterativas de datos expresados en forma matricial o tensorial. (Bengio, Courville, & Vincen, 2013).

Estos desarrollos son impulsados por los hallazgos de la inteligencia artificial y el aprendizaje automático, también conocido como *machine learning*, así como por la recolección infinita de datos que se van produciendo, absorbiendo y acumulando cada instante a través del internet (Comisión Europea. Grupo europeo sobre ética de la ciencia y las nuevas tecnologías, 2018).

Los actores que hacen parte de este mercado de la tecnología autónoma han visto la apertura y reconfiguración de las estructuras productivas, dando paso a la creación y gran demanda de nuevos perfiles ocupacionales que se estructuran a base de competencias específicas y no de cualificaciones con estructura rígidas. Dicen Ontiveros y López que, principalmente, “destacan tres figuras: el director de datos o *chief data officer* (CDO), el ingeniero de datos o *big data engineer* y los directores de seguridad y protección de datos. Los rasgos que se deben destacar de este tipo de perfiles laborales son el dominio de múltiples disciplinas (matemática, estadística, ingeniería, informática y negocios) y la adaptación a entornos cambiantes” (Ontiveros & López Sabater, 2017).

Se encuentra que cada vez más, la demanda del mercado laboral se concentra en las competencias especializadas, y que son clasificadas de la siguiente manera (Ontiveros & López Sabater, 2017):

1. Estrategia digital:

- a) CDO / *Digital manager*. Responsable de estrategia digital.
- b) *Digital communication director* (DCD). Responsable de comunicación digital.
- c) *Digital transformation project manager* (DTPM). Responsable de proyectos digitales.

2. *Marketing digital*:

- a) Digital marketing manager. Responsable de *marketing digital*.
- b) *Inbound marketing specialist*. Experto en *inbound marketing*.
- c) SEM y SEO specialist. Experto en SEM y SEO.
- d) SEO specialist. Experto en SEO.

- e) Social CRM manager. Responsable de relación digital con clientes.
- f) RTB manager. Responsable de conversión y captación programática.
- g) Traffic manager. Responsable de tráfico web.

3. *Contenido digital:*

- a) *Branded content specialist*. Experto en contenido digital de marca.
- b) *Content manager*. Responsable de contenido digital.
- c) *Copywriter*. Experto en redacción publicitaria.

4. *Social media:*

- a) *Community manager*. Responsable de gestión de comunidades y redes sociales.
- b) *Social media manager*. Responsable de la estrategia de medios sociales.

5. *Big data y business analytics:*

- a) *Chief data officer*. Director de datos.
- b) *Lead data scientist*. Científico de datos.
- c) *Big data engineer*. Ingeniero de datos.
- d) *Visual data scientific*. Responsable de visualización de datos de negocio.
- e) *Customer intelligence analyst*. Analista de inteligencia de clientes.

6. *eCommerce:*

- a) *eCommerce manager*. Responsable de comercio electrónico.
- b) *eCommerce analyst specialist*. Experto en analítica para comercio electrónico.

7. *Recursos humanos:*

- a) *eRecruitment manager*. Responsable de reclutamiento digital.
- b) *Human resources analyst*. Analista de recursos humanos.

8. *Digital sales:*

- a) *Digital account manager*. Ejecutivo de cuentas digitales.

9. *Ciberseguridad:*

- a) *Chief information security officer (CISO)*. Director de seguridad de la información.
- b) *Data protection officer (DPO)*. Delegado de protección de datos.

En 2016, según las estimaciones de IDC y Open Evidence para la Comisión Europea citadas por Ontiveros y López, había 356.000 trabajadores en España desempeñando tareas asociadas a la Economía de los Datos en prácticamente todos los sectores económicos. En términos relativos al total de trabajadores de cada sector, su penetración

se reducía apenas al 2,3%, ligeramente inferior a la media de la UE-28 (3,1%). (Ontiveros & López Sabater, 2017)

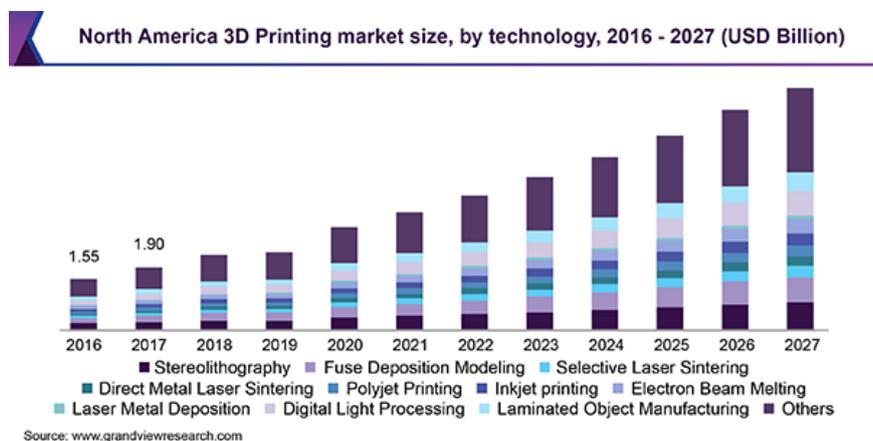
4.2.4. Manufactura aditiva (impresión 3D)

Básicamente, la manufactura aditiva comprende el proceso que consiste en una máquina que, a partir de un plano computarizado en tres dimensiones, imprime capas de material hasta completar el diseño propuesto. Es un nuevo método de producción que impacta a varios procesos empresariales y, en consecuencia, a los empleos de dichas industrias. Por lo tanto, se trata de una tecnología disruptiva.

Dentro de sus ventajas que general, se encuentra la reducción importante en costos de producción, ya que se reduce la cantidad de materia prima necesaria, transporte, mano de obra, energía, tiempo de fabricación, entre otros, mediante una mezcla de programación con ciencia de los materiales. Otra ventaja es la apertura a nuevos modelos de negocio, basados en la adaptación del producto al cliente final, por ejemplo, en la creación de cadenas mundiales de suministro con proveedores de servicios de impresión 3D. De esta manera, el internet se convierte, una vez más, en el elemento central para generar ventajas y acercar las mercancías altamente personalizadas al cliente.

En los sectores destacados que están tomando ventaja con productos de impresión en 3D, se encuentran las prótesis médicas, las piezas dentales, los repuestos y construcción de piezas en sectores como el automotor y el aeronáutico, la moda y la construcción.

Conforme a un reporte de *Grand View Research*, se trata de una industria que para 2019 fue valorada en 11.58 billones de dólares de EE. UU. y que se calcula, con una tasa de crecimiento anual compuesto, que sobrepase un crecimiento del 14% entre 2020 y 2027. A nivel mundial, 1.42 millones de unidades de impresoras 3D fueron despachadas en 2018 y se espera que esta cifra alcance los 8.04 millones de unidades para el 2027 (Grand View Research, 2020). A continuación, una gráfica de dicha investigación que muestra el crecimiento de la impresión 3D por tipos de manufactura aditiva, representada en billones de dólares:



De esta manera, estamos ante un mecanismo que permite producir menos, con orientación directa al cliente, reduciendo tiempos en los procesos, eliminando transporte desde al

punto de producción al punto de entrega, esto en los casos donde se cuente con redes globales de proveedores de servicios de impresión, y eliminando casi por completo los residuos de materiales en el proceso. Indica esta posibilidad, que la producción dejará de ser masificada para ser ultrapersonalizada, desapareciendo la sobreproducción.

Como es usual, con una nueva tecnología también aparece unos retos importantes, tales como:

- Debido a que la producción en 3D seguirá necesitando de materia prima diversa para su elaboración y se producirán también muchas más piezas individuales, debido a la alta personalización, los envíos de estas piezas singulares multiplicarán los envíos, beneficiando a las empresas de transporte, pero generando a la par un impacto ambiental alto.
- Uso inadecuado de la tecnología para la creación de armas que, al no estar reconocidas hoy en los estándares de seguridad, y al poder producirse con un mínimo metal, podrían penetrar edificaciones con alta seguridad, por un lado, y llegar a cualquier persona con acceso a internet y una impresora 3D.

Por lo tanto, la regulación y vigilancia del uso de la tecnología también es importante.

Ahora bien, desde el punto de vista de los empleos el impacto podría revisarse desde 2 perspectivas, la cuantitativa en términos de pérdida de empleos, y la cualitativa, en términos de cambios en las competencias demandadas.

En cuanto al **impacto para el mercado de trabajo**, tomando para esta revisión al sector de la construcción, intensivo en mano de obra, he acudido a un estudio publicado en el MDPI o Instituto Multidisciplinario de Publicaciones Digitales (Hossain, Zhumabekova, Suvash Chandra, & Jong Ryeol, 2020). Allí se indica que la tecnología en 3D ha recibido gran interés en la industria de la construcción, que por décadas ha carecido de grandes innovaciones, manteniendo bajos niveles de productividad. El estudio encuentra que la manufactura aditiva puede reducir de manera significativa el número de labores necesarias para el proceso, lo que puede resolver el problema de los países con escasa mano de obra en el sector y que han dependido mayoritariamente de los trabajadores inmigrantes. Por otro lado, esta tecnología puede afectar a los países donde la construcción es uno de los mayores partícipes del mercado.

En la construcción la mano de obra humana requerida es alta y también es uno de los costos más altos en los proyectos de construcción.

A su paso, también se cuenta con un **impacto en las competencias** que se podrían demandar con esta nueva tecnología, requiriéndose nuevamente de una estructura fortalecida de entrenamiento y reentrenamiento laboral, que permita a las personas realizar estas transiciones laborales, esto en los asuntos que permitan esta reconfiguración de competencias a través de formaciones de corto tiempo. Más complejo se presenta el panorama para personas que deben acudir a la protección frente al desempleo con mayores dificultades en términos de las demandas del mercado laboral, quienes deberán enfrentar brechas de empleabilidad y períodos cesantes mucho más largos. Nuevamente

y como en los demás casos estudiados, se alcanza la conclusión sobre la necesidad de un sistema de protección laboral robusto, que aborde los problemas estructurales del desempleo, que tenga mecanismos de transiciones laborales que brinden oportunidades de capacitación pertinente y oportuna, donde los más pobres tengan una renta universal que les permita sobrevivir. Todo esto ha sido puesto a prueba en la pandemia y junto con el sistema sanitario de las naciones, los asuntos de empleo, mercado laboral, protección social, economía laboral y, por supuesto, derecho del trabajo fueron puestos a prueba y en la gran mayoría de los casos, sobre todo para países en desarrollo, resultaron un gravísimo golpe para la economía. Esto también refuerza la necesidad de tomar medidas para proteger a todas las formas de empleo humano, sin importar el mecanismo contractual utilizado para adelantar el servicio.

4.2.5. Nube humana

Una de las ramas de la *gig economy*, es el fraccionamiento en varias partes de una tarea que realizaba una sola persona en países ricos, cuyas partes son ofertadas en línea para que sean realizadas por personas en cualquier parte del mundo, a una parte mucho menor del precio que costaba la tarea realizada por la persona del país rico. Es una versión de *outsourcing* que dadas las condiciones que brinda la digitalización, se ha expandido y generado en distintas modalidades.

De esta manera, se crea una nube de trabajo humano que permite realizar las tareas por un menor valor y más rápido, generalmente usada para procesamiento de datos para inteligencia artificial y automatización, realizada por seres humanos.

Esta posibilidad está siendo adoptada por países como Kenia, que impulsan iniciativas para que especialmente los jóvenes se unan a este tipo de plataformas, que los considera trabajadores por cuenta propia, y paga unos salarios mayores y con más ventajas que los trabajos locales. Tal es el caso de “*Cloud Factory*”, que ofrece servicios como: (i) etiquetado de datos: es el proceso de identificar datos sin procesar (imágenes, archivos de texto, videos, etc.) y agregar una o más etiquetas informativas para proporcionar contexto y de esta manera un modelo de aprendizaje automático pueda aprender de ellos. (ii) Anotación de datos: es el proceso de agregar metadatos a un conjunto de datos. Estos metadatos generalmente toman la forma de etiquetas, que se pueden agregar a cualquier tipo de datos, incluidos texto, imágenes y video. Agregar etiquetas integrales y consistentes es una parte clave del desarrollo de un conjunto de datos de entrenamiento para el aprendizaje automático. (iii) procesamiento de lenguajes naturales: se realiza un apoyo para aportar en las interacciones entre las computadoras y el lenguaje humano. Esto resulta importante porque los modelos de aprendizaje automático están avanzando en su capacidad para leer y comprender texto y audio, pero aún tienen dificultades para comprender las complejidades del lenguaje humano. (iv) Procesamiento de datos: es un proceso para recoger información, organizar sus elementos para que resulte en la obtención información relevante. En la página web de Cloud Factory se puede consultar el conjunto de servicios ofrecidos <https://www.cloudfactory.com/>

Sin embargo, el trabajador de los países ricos cuyo trabajo fue eliminado para ser fraccionado y realizado por trabajadores de países pobres, no comparte una perspectiva

positiva de esta situación, ya que este mismo tipo de tecnología está precarizando el trabajo que realizan, pues no tienen acceso a protección en caso de la ocurrencia de contingencias ocurridas por causa o con ocasión del trabajo realizado, o incluso a causa de una enfermedad común, que es el caso más frecuente de los trabajadores en plataformas colaborativas y quienes a través de los sindicatos, Tales como el Sindicato de Trabajadores Independientes de Gran Bretaña (Independent Workers' Union of Great Britain -IWGB-), están empezando a hacerse notar y a buscar la consecución de unos derechos laborales adaptados a su modalidad de trabajo que los acerquen a los estándares de trabajo decente solamente reservados para el trabajo típico y subordinado típico.

Esta no es una preocupación nueva, ya que la existencia de estándares internacionales variados entre los países, que generan unos cambios importantes en los costos de producción cuando son realizados en uno u otro territorio, es una situación sobre la cual los trabajadores, sindicatos y empleadores vienen advirtiendo por muchos años, unos para evitar el *dumping* social, otros para buscar un comercio de competencia justa con costes de producción estandarizados.

Lo que sucede en este caso, es la llegada de una nueva herramienta que ahora precariza aún más y evita la aplicación de los estándares ya creados para regular el trabajo humano por cuenta ajena. Es, como se ve a lo largo de este documento, un problema de adaptación normativa, conforme al cual las herramientas para la prestación personal de trabajo humano cambian, pero las normas que lo regulan permanecen ancladas en el trabajo de la primera revolución industrial.

4.2.6. Computación en la nube

La computación en nube es un mecanismo más brindado por el internet, a través del cual se permite reducir costos de operación en las empresas, ya que abarca posibilidades más allá de la estructura para el almacenamiento de información en línea. Dentro de estas oportunidades que están apareciendo con el paso de los días, dice el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se encuentran *“la entrega de servicios bajo demanda, por parte de proveedores tecnológicos, de potencia de cómputo, bases de datos, almacenamiento, aplicaciones y otros recursos de tecnologías de información (TI), a través de internet o redes privadas, con un sistema de precios basado en el consumo. que permite la posibilidad de reducción de tiempos de innovación y de contar con recursos flexibles y economías de escala.”* (Schijman, Valenti, Pimenta, Cubo Contretas, & Rodrigues Bastos, 2020) De esta manera, en esta categoría ingresan los servicios de almacenamiento en nube, las plataformas de streaming, la telemedicina, entre otras muchas aplicaciones.

Este es uno de los elementos tecnológicos que más han sido puestos a prueba en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19 y también han visto en esta situación, una inyección explosiva para su crecimiento exponencial. Los sectores privado y público de manera masiva y a nivel mundial se han visto abocados a migrar sus operaciones al teletrabajo, trabajo en casa, mientras que los centros de enseñanza a todos los niveles han tenido que implementar estudio por medios telemáticos. A su paso, el sector salud migró hacia la telemedicina para asuntos de menor complejidad y desde el punto de vista epidemiológico también se apoyan enormemente en la infraestructura

digital para analizar la expansión del virus, revisión de imágenes médicas, y demás datos de la emergencia.

A nivel internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha identificado a varios países como implementadores exitosos los modelos de computación en nube. Corea del Sur, Estonia, Reino Unido, Israel y España, son considerados casos de éxito en el ámbito de computación en nube en el sector público. (Schijman, Valenti, Pimenta, Cubo Contretas, & Rodrigues Bastos, 2020)

Reino Unido ha generado políticas mixtas, especialmente dirigidas a pilotos que después son puestos a disposición de todo el gobierno. En el caso español, se encontró que: “se han promulgado leyes y decretos que apuntan a ello, como establecer un esquema nacional de interoperabilidad, un esquema nacional de seguridad en el ámbito de la administración electrónica, una ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la implementación de factura electrónica, y la instrumentación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la administración general del estado y sus organismos públicos.” (Schijman, Valenti, Pimenta, Cubo Contretas, & Rodrigues Bastos, 2020)

Corea, por otro lado, tiene en la centralización e imposición de medidas su gran fortaleza para que funcione el sistema de computación en nube.

Finalmente, Israel y Estonia han optado por soluciones nacionales que impactan de raíz y con proveedores establecidos. A continuación, un cuadro resumen con esta información acuñada por el Banco Interamericano de Desarrollo:

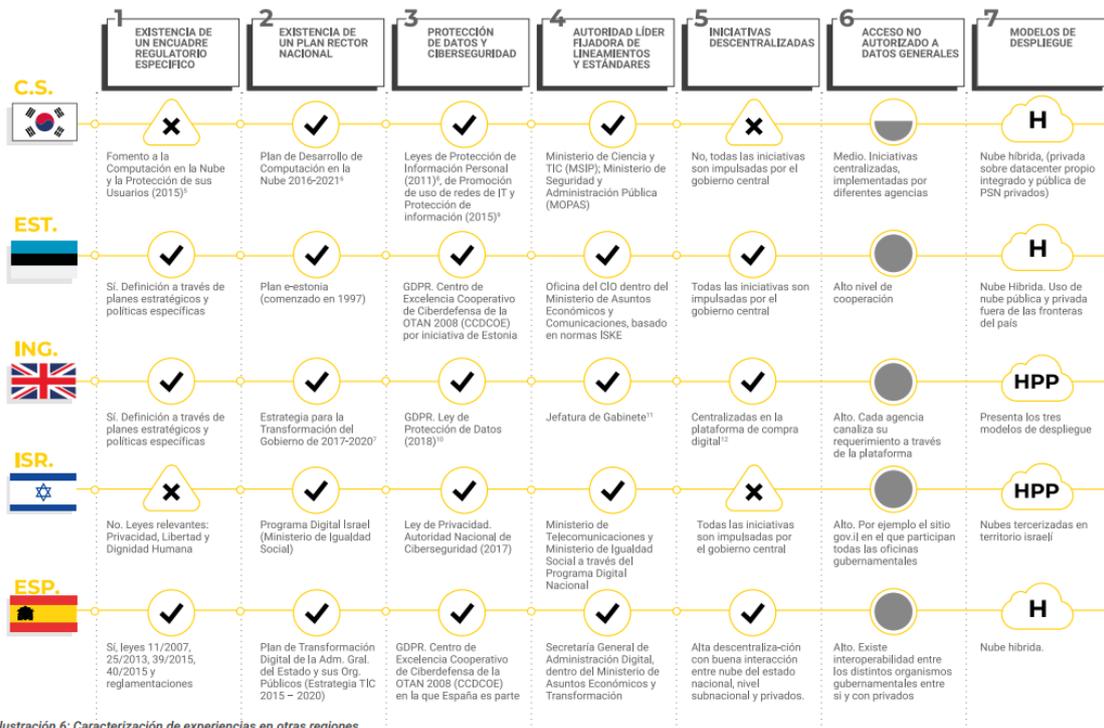


Ilustración 6: Caracterización de experiencias en otras regiones. FUENTE: (Schijman, Valenti, Pimenta, Cubo Contretas, & Rodrigues Bastos, 2020. Pág. 31)

En este sentido se ha identificado que, desde el punto de vista laboral, los problemas que más comúnmente se enfrentan en el cono sur, son la deficiencia en marcos regulatorios, la resistencia al cambio y los déficits en la capacitación profesional (Schijman, Valenti, Pimenta, Cubo Contretas, & Rodrigues Bastos, 2020)

Precisamente en Colombia, el teletrabajo es un mecanismo con demasiada rigidez, que de cara a la pandemia no resultó útil para permitir que las personas con un trabajo formal pudiesen trabajar desde casa. Está claro que, a pesar de la inexistencia de regulación, terminó siendo la realidad la que dictó la regla y la fuerza laboral terminó trabajando desde casa en su enorme mayoría. Para “formalizar” esta situación, ante el Congreso de la República se presentó un proyecto de ley para ello, identificado con número 262 de 2020. El proyecto de ley define y regula el trabajo en casa, para sector privado y público, como una modalidad de trabajo en la que los empleadores solo podrán enviar a sus empleados a trabajar en casa por tres meses máximo, prorrogables por tres meses más en casos excepcionales.

El proyecto consagra también el derecho a la desconexión digital, así como la aplicación obligatoria del trabajo en casa y flexibilidad en horarios, para cuidadores no remunerados de personas con discapacidad.

Como sucede en los demás temas, los recursos humanos no están evolucionando como deberían para responder a las demandas de la computación en nube. En este caso, no hay personal calificado en las *Infraestructure as a Service* (IaaS), en español infraestructura como servicio, o en *Platform as a Service* (PaaS), en español plataforma como servicio. Esto, al menos, en el cono sur de América.

Precisamente se trata de dos de los modelos de computación en nube. Con la infraestructura como servicio, “*se provee la capacidad para aprovisionar el procesamiento, almacenamiento, redes y otros recursos informáticos fundamentales*”. En este caso, se accede a recursos informáticos a demanda del cliente.

Mientras tanto, a través de la plataforma como servicio se “*provee la capacidad de implementar en la infraestructura de la nube las aplicaciones creadas o adquiridas por el cliente. El cliente no administra ni controla la infraestructura de la nube subyacente, pero tiene control sobre las aplicaciones implementadas y, posiblemente, los ajustes de configuración para el entorno de alojamiento de aplicaciones.*” Aquí la nube sirve para para probar, desarrollar y alojar aplicaciones en el mismo entorno. (Schijman, Valenti, Pimenta, Cubo Contretas, & Rodrigues Bastos, 2020)

Con la SaaS por sus siglas en inglés, o lo que es lo mismo, Software como servicio, estamos ante una oferta de computación en nube que proporciona a los usuarios acceso a un software con base en la nube de un proveedor, por lo tanto, las demandas de talento humano para su implementación se reducen ampliamente.

4.2.7. Simulación de entornos virtuales

Esta posibilidad brindada por la tecnología está altamente ligada con los procesos de formación basados en la experiencia propia como mecanismo para adquirir el conocimiento. Se trata de servidores web que proporcionan modelos de simulación. A través de ellos se desarrollan competencias duras que los estudiantes deben alcanzar en el marco de su proceso de aprendizaje, permitiendo reducción de exposición a factores de riesgo ocupacional y suministrando experiencias de aprendizaje mucho más cercanas a la realidad desde etapas tempranas de la formación, ayudando de esta manera a mejorar la pertinencia, calidad y oportunidad de la formación impartida. También pueden resultar sumamente valiosos para procesos de formación cortos para la actualización de competencias de los trabajadores.

Nuevamente, la pandemia obligó a un uso masivo de estas herramientas e impulsó su implementación.

4.2.8. Ciberseguridad

En su reporte de 2020, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) analiza el fenómeno de la ciber seguridad para América Latina y el Caribe acudiendo también a la revisión del tema en la Unión Europea. La clave, reporta Pawel Herczynski (Director Gerente de PCSD y Respuesta a Crisis, Servicio Europeo de Acción Exterior) (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, pág. 24), está en nuestra capacidad de adaptarnos a las actividades cibernéticas maliciosas, ya que el ciber espacio es la dimensión donde ejercemos muchos de nuestros derechos más preciados y donde resguardamos toda nuestra información, así como el control de infraestructura civil y militar.

La Unión Europea, consciente de la importancia del asunto, creó una Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea (UE), según la cual se busca contar con una mayor resiliencia y autonomía informática. Dentro de ello, se cuenta con una Directiva sobre medidas para un alto nivel común de seguridad de redes y sistemas de información, que busca crear estándares para establecer una cultura de ciberseguridad en la Unión Europea.

Y es que no se trata de un tema menor. La ciber seguridad ha ido relevando su importancia a través de los ciber ataques que a lo largo de la historia hemos registrado.

Con WikiLeaks, en noviembre de 2010, Julian Assange reveló más de 250.000 documentos referidos a telegramas diplomáticos, intercambiados entre más de 250 embajadas de los Estados Unidos y el Departamento de Estado de los Estados Unidos en Washington.

Para agosto de 2012, Dropbox (servicio de almacenamiento de datos en la nube) confirmó que los correos electrónicos de los usuarios habían sido expuestos, pero fue en 2016 cuando Leakbase descubrió que también habían sido robadas las contraseñas. Según reporta el portal Computing.es, los hackers pudieron entrar en estas cuentas porque uno de los empleados de Dropbox usó su contraseña profesional en LinkedIn - cuando a principios de ese año LinkedIn sufrió un ataque, los hackers tuvieron acceso a la

contraseña del empleado y la usaron para acceder a la red interna de Dropbox (Computing ES., 2020).

Esto plantea varios asuntos desde el punto de vista de responsabilidad jurídica: (i) la responsabilidad civil de la empresa proveedora del servicio sobre la custodia y adecuado uso de los datos del cliente y usuarios (ii) la responsabilidad del usuario sobre uso adecuado de la tecnología (iii) la responsabilidad del trabajador de la empresa proveedora del servicio (custodia y uso adecuado), (iv) responsabilidad ante autoridades administrativas (v) responsabilidad penal por incurrir en un delito por ingreso y uso de manera ilegal de esta información (vi) responsabilidad del estado por no prevenir el ataque.

En el ámbito laboral, la ciber seguridad tiene propósitos distintos aplicables a los extremos de la relación laboral. Para la empresa, se busca proteger toda la infraestructura informática, lo que incluye toda la información producida por una compañía, que se ha convertido en uno de los bienes más preciados. Por otro lado, para el trabajador estará la protección de sus derechos digitales, tales como la desconexión, la intimidad, negociación colectiva sobre derechos digitales laborales, protección de datos personales, entre otros, destinados a la salvaguarda de la dignidad del trabajador y mejora de las condiciones de empleo.

Con el paso de los años y las diversas innovaciones tecnológicas que aparecen día a día, ha crecido a la par la preocupación de las empresas para protegerse de los peligros que asumen al estar conectadas cada vez más y con tendencia a estar 100% en línea, de ser posible. Desarrollar sus negocios en la red y contar para ello con una política de ciberseguridad está en el centro del asunto, enfatizado por supuesto a causa de la pandemia que desde 2020 nos golpea.

Al respecto, el Derecho del Trabajo aborda esta discusión con gran interés, siendo inicialmente destinadas varias disposiciones principalmente a crear elementos para proteger a las compañías ante esta situación, la protección de datos personales; por otro lado, se han creado herramientas destinadas a reforzar el deber de confidencialidad que le corresponde a los trabajadores en el marco de su relación laboral, llegando hasta la utilización de pactos laborales clásicos, como la permanencia, la exclusividad o la no competencia post contractual.

Un análisis de estas dos aristas a continuación.

4.2.8.1. Seguridad de los secretos empresariales

En temas de ciber seguridad, el factor humano es el mayor factor de debilidad para una empresa, en consecuencia, es el elemento al que más se le brinda importancia, cuidado y vigilancia. Situaciones que, de cara al volcamiento hacia al trabajo en casa y uso de los medios telemáticos, han cobrado aún mayor importancia en temas tales como el uso del correo electrónico corporativo, uso de las aplicaciones permitidas por el empleador, uso del equipo de cómputo suministrado por el empleador, capacitación constante para

mantener actualizadas y completas las competencias de los trabajadores en este aspecto, entre otros. Todo dirigido a la protección de los activos de información de la compañía.

Es así como, en los procesos de selección, se valoran las referencias de los candidatos en anteriores empleos donde tuvieron acceso y manejaron información sensible de las organizaciones, así como su formación y experiencia en este específico tema. Los reglamentos internos de trabajo, junto con los propios contratos de trabajo, contemplan obligaciones y sanciones al trabajador ante manejo negligente de la información de la empresa, causales de terminación del contrato de trabajo por incumplimiento de las políticas de ciberseguridad, obligaciones del trabajador sobre entrega de información, credenciales de ingreso, correo electrónico, documentos digitales a la terminación de la relación laboral, la revocatoria de permisos de acceso por incumplimiento de las directrices de uso de datos y su consecuente terminación de contrato, eliminación de cuentas de usuario al finiquitar la relación laboral, obligación de capacitación del trabajador en los temas que el empleador dispone, para actualizar o complementar los conocimientos respectivos.

Desde la óptica del derecho del trabajo, esta regulación pasa por crear cláusulas dentro de los contratos de los trabajadores sobre el cumplimiento de la política informática de la compañía, confidencialidad y reserva de información, cláusulas de exclusividad, estabilidad reforzada, hasta exoneraciones de responsabilidad en los términos de condiciones para uso de los servicios de computación en nube.

En primer lugar, a la relación de trabajo se llega a través de dos vías, el acto jurídico y el hecho jurídico, es decir, en el primer caso a través de un acuerdo de voluntades realizado entre empleador y trabajador, destinado a formalizar la prestación personal de los servicios del segundo a favor del primero. En segundo lugar, la relación surge de una presunción legal derivada de la prueba sobre la prestación personal del servicio.

Así las cosas, cuando las partes han formalizado la relación laboral a través de un contrato de trabajo, estamos ante la vía del acto jurídico y es mediante un acuerdo de voluntades que se disponen las cláusulas que compondrán el contrato de trabajo. Dicho contrato de trabajo, en muy raras ocasiones, es redactado por una mano distinta que la del empleador y, en consecuencia, se trata de un contrato de adhesión, lo que, al momento de un litigio, tiene un conjunto de implicaciones para tener en cuenta, especialmente relevantes en lo que puede llegar a contemplarse con tal de garantizar la ciber seguridad en una compañía.

Un contrato de adhesión se caracteriza porque son *“acuerdos cuyos términos son impuestos a una de las partes sin que esta tenga la posibilidad de discutir las condiciones bajo las cuales se obliga”*, sí lo entiende la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-795 de 2008 (Sentencia T-795, 2008), con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. Esta situación se resalta de manera importante en el derecho laboral, ya que, por definición, es una de las partes (empleador) el que cuenta con la facultad de imponer condiciones a la otra sobre el modo, tiempo y lugar para la prestación personal del servicio de la otra (trabajador). Pero, entonces ¿cuál es el límite del empleador tiene para imponer cláusulas en los contratos de trabajo con tal de garantizar la ciber seguridad y uso de sus datos personales?

Para amparar al trabajador de la imposición de cláusulas abusivas en los contratos de trabajo, el derecho del trabajo ha creado diferentes disposiciones legales que buscan limitar la libertad de configuración contractual laboral del empleador. Lo propio ha hecho el derecho comercial para proteger a los empleadores.

4.2.8.1.1. Sobre la cláusula de permanencia

El derecho a la estabilidad laboral, y a la estabilidad laboral reforzada, proviene del principio protector del trabajador que irradia el derecho laboral y, en virtud de este, se dice que la relación laboral va a permanecer en el tiempo en tanto las causales que le dieron origen tengan vigencia. Se trata entonces de una figura tendiente a proteger al trabajador de la decisión del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y, en consecuencia, amparar su expectativa legítima de la continuidad del vínculo laboral.

Del otro lado de la relación laboral, encontramos los mecanismos que el empleador utiliza para limitar la capacidad del trabajador de rescindir el contrato de trabajo y generalmente toma forma en la cláusula de permanencia.

Son varias las razones por las cuales se incluyen estas cláusulas, pero generalmente ocurre cuando se trata de trabajadores con competencias específicas que la compañía espera mantener por cierto tiempo hasta tanto consideran que el costo de oportunidad de la contratación del trabajador se encuentra cubierto. También sucede en el caso de trabajadores que, en el marco de procesos de capacitación empresarial o préstamos de estudios brindados a este por la empresa, se hayan adquirido un conjunto de competencias específicas destinadas a los procesos propios de la compañía y cuya inversión desean ver reflejada en su desempeño dentro de la empresa. Finalmente, esta cláusula se utiliza para proteger la seguridad de la información de la empresa, es decir, para limitar la posibilidad que tiene el trabajador de abandonar el empleo luego de alcanzar una competencia específica u obtener información privilegiada, migrando a otra empresa o creando una propia; cláusula que casi siempre se acompaña de la de no competencia post contractual.

Este pacto es válido, de tal manera que, en caso de que el trabajador desee incumplirla, proceda al pago de una indemnización pactada, aunque tratándose de un contrato de adhesión, procedería el pago de la indemnización tasada por el empleador.

Ahora bien, esta no es una norma global. En Colombia, existía un artículo del Código Sustantivo del Trabajo que disponía una cláusula de permanencia general aplicable al trabajador en caso de renuncia intempestiva, y que dictaba:

“LEY 50 DE 1990. ARTÍCULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA. (...) 5. Si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente¹ el contrato, sin justa causa comprobada,

¹ Es decir, sin cumplir con el preaviso que contemplaba el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, que en el aparte pertinente dictaba: *“ARTÍCULO 63. Son justas causas para dar por terminado,*

deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario. El empleador podrá descontar el monto de esta indemnización de lo que le adeude al trabajador por prestaciones sociales. En caso de efectuar el descuento depositará ante el juez el valor correspondiente mientras la justicia decida.”

Pero esta norma desapareció con la Ley 789 de 2002 que modificó este artículo, eliminando el numeral 5° antes transcrito.

De esta manera, en Colombia un trabajador puede renunciar cuando así lo desee y no está permitido el establecimiento de una cláusula de permanencia general con la que se sancione al trabajador por su renuncia, pero sí está permitido pactar una limitación temporal para que el trabajador pueda hacer uso de su facultad de renuncia, cuando se trate de, por ejemplo, préstamos de estudios; ya que en este caso existe una situación que justifica la limitación de la posibilidad del trabajador para terminar el contrato de trabajo.

En España ocurre algo distinto, ya que el numeral 4° del artículo 21 del Estatuto de Los Trabajadores contempla:

“4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.”

Así las cosas, existe una diferencia esencial entre ambas legislaciones que, de alguna manera corresponde a diferencias del mercado laboral mismo de dichas naciones.

En Colombia los procesos de formación en empresa y la posibilidad de recibir formación específica y especializada por parte del empleador, generalmente se reduce a algunas de las más grandes empresas del país, ya que no se cuenta con una cultura empresarial fuerte orientada a la formación del talento humano, teniendo en cuenta además la composición del tejido empresarial en Colombia, mayoritariamente conformada por micro y pequeñas empresas. Además de esto, Colombia es un país con una alta informalidad laboral nacional, que entre julio y septiembre de 2021 alcanzó el 48%, según reporta el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), esta cifra bajó en algunos períodos de 2020 a raíz de la directa destrucción de empleos informales causada por la pandemia del coronavirus COVID 19.

unilateralmente, el contrato de trabajo, con previo aviso dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al periodo que regule los pagos del salario”, pero esta norma fue subrogada por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965.

Por lo descrito, una mínima fracción de la población económicamente activa en Colombia accede a procesos de formación que pudiesen requerir de la existencia de una cláusula general nacional de permanencia.

De otra parte, en el caso español la cláusula o pacto de permanencia, se encuentra contemplada en el numeral 4º del artículo 21 del Estatuto de Los Trabajadores y tiene varios ingredientes normativos a considerar que habrán de cumplirse para darle aplicación efectiva, así:

- Que el trabajador reciba una especialización profesional, que no es un curso corto, sino que debe ser una formación que le lleve a una cualificación y efectivamente le brinde al trabajador un elemento para su progresión profesional.
- Que la formación sea pagada en su totalidad por el empleador, sin que el tiempo destinado para ella deba o no coincidir con la jornada de trabajo.
- Que el pacto de permanencia no se extienda más allá de los dos años posteriores a la finalización de la formación recibida. Es decir, no se permite extensión mayor de este tiempo ni maneras distintas de contabilizarle, para garantizar al trabajador la libertad de trabajo y el ejercicio de su autonomía de la voluntad.
- La finalidad de la cláusula de permanencia debe estar orientada a que el trabajador, a través de esa formación o como consecuencia de esta, cuente con las competencias necesarias para adelantar algún proyecto dentro de la empresa o realizar un trabajo específico. De esta manera, se garantiza la pertinencia de la formación obtenida y el cumplimiento de metas dentro de la compañía, justificando precisamente la existencia de la permanencia del trabajador por su especial cualificación y experiencia.
- Se trata de un pacto formal, que exige sea realizado por escrito en el texto mismo del contrato de trabajo o un anexo a este. De esta manera, las condiciones de tiempo, modo y lugar quedan expresamente pactadas y constituyen un elemento de prueba que brinde alguna claridad en el caso de eventuales controversias en su aplicación e interpretación.
- Las condiciones en que debe realizarse este pacto implican la posibilidad de que el trabajador haga parte de la negociación de las condiciones. Este elemento, a mi parecer, resulta de difícil cumplimiento precisamente por la posición de negociación que tiene el empleador respecto del trabajador, quien a no ser que se trate de una persona con gran poder de negociación debido a sus especiales circunstancias (altos cargos, competencias altamente técnicas, por ejemplo), deberá firmar a un documento más que de discusión, de adhesión.
- Se cuenta con una carga de la prueba asignada directamente al empleador, en caso de duda sobre la formación especializada recibida. De tal manera que compete a este probar el valor técnico de la formación brindada para soportar la validez del pacto de permanencia mismo.
- No hay una limitación en cuanto al tipo de contrato sobre el cual resulta viable que se celebren estas cláusulas, siendo aplicable a contratos temporales o a prácticas, volviendo al punto mencionado anteriormente, sobre la baja capacidad negocial de un trabajador con contrato temporal o uno que apenas está empezando su vida laboral.

- La tasación de la indemnización por los daños y perjuicios que el trabajador causare en el caso de un incumplimiento del pacto de permanencia es un asunto que tiene dos posibilidades. O se tasa de manera anticipada dentro de la cláusula o será definida de manera previa en el pacto mismo, caso en el cual el empleador le dará un valor unilateralmente, o posteriormente por las partes (acuerdo directo o conciliación) o mediante decisión de un tercero (árbitro o juez), según corresponda. Esta situación nuevamente plantea algunos interrogantes, esencialmente sobre cómo establecer tales daños y perjuicios.

Se trata de dos abordajes normativos distintos, para contextos sociales y laborales disímiles.

4.2.8.1.2. Sobre la cláusula de no competencia post contractual y el secreto industrial

Con el propósito de proteger los intereses competitivos de la empresa, se han creado e impuesto cláusulas destinadas a limitar las posibilidades de un trabajador para emplearse en la competencia, lo que afecta el derecho constitucional de libertad del trabajo, por lo tanto, su inclusión y validez en el marco de un contrato de trabajo, dependen directamente de un juicio de proporcionalidad sobre su alcance y uso.

En Colombia, el artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto corresponde al artículo 45 del Decreto 2663 de 1950, contemplaba en su versión original de 1950:

“ARTICULO 44. CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA. La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno. Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, en cuyo caso debe pactarse por el periodo de abstención, una indemnización, que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario.” (Tacha ajena al texto original)

Pero mediante sentencia del 18 de julio de 1973, la disposición tachada fue declarada inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Esta norma contemplaba la posibilidad de pactar una cláusula de no competencia post contractual para estipulación hasta por un año de esta cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas.

Con Ponencia del Magistrado doctor José Gabriel de la Vega, la Corte argumentó para ello:

“Primera.

El artículo 17 de la Constitución reconoce al trabajo carácter de obligación social, y con ello pone de manifiesto un imperativo de la

especie humana, sometida a la necesidad del trabajo de sus miembros. Sin éste la sociedad no se concibe.

Pero la sujeción laboral no está configurada en el precepto 17 como una obligación propiamente dicha, de cumplimiento exigible, por carecer el Estado, en su organización actual, de medios idóneos para determinar individualmente los sujetos de ese deber público y su contenido.

Segunda.

*Sin embargo, **la obligación de trabajar**, como postulado constitucional, se impone al legislador. **La ley, expresión jurídica subordinada a la Constitución, no puede contrariar ni disminuir la amplitud de ese mandato. Solo la Constitución misma está en capacidad de introducirle excepciones.** Si una disposición legal restringe de cualquier manera la obligación del trabajo consagrada en la Carta, la contradice e infringe, ocasionando un vicio de inexecutable. Por ello -a efecto de inquirir si son compatibles entre sí - procede comparar la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo con el artículo 17 de la Carta; el cual, como se ha visto, establece una obligación en términos genéricos: Hay en principio, obligación de trabajar al cargo de todas las personas en posibilidad de hacerlo, y el estatuto constitucional no consigna excepciones a esta regla ni faculta a la ley para fijarlas. La disposición acusada, en cambio, permite que un trabajador técnico (industrial o agrícola) se obligue a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores del patrono, una vez concluido su contrato laboral, siempre que esa abstención dure menos de un año y se pacte una indemnización no inferior a la mitad del salario. Como salta a los ojos, por un lado se impone la necesidad de trabajar, por mandato constitucional (art. 17 C. N.); y de otro se respalda jurídicamente la obligación contraria de no trabajar, merced a la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, si las autoridades reconocieran valor a este último precepto, faltarían al artículo 16 de la Constitución, que las instituye para "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Y otra discrepancia aparece entre la disposición acusada, que recorta la libertad de trabajo, y el artículo 39 de la Carta que, al consagrarla, apenas consiente que se la reglamente, por ministerio de la ley, no que ésta la desconozca, así sea por breve o largo lapso y sin establecer diferencias entre trabajadores en general o asalariados especiales, que se clasifiquen como técnicos. Hay, pues, contradicción entre los textos cotejados. Ahora bien, cuando se enfrentan disposiciones incompatibles de Constitución y ley, aquellas privan sobre la segunda, la cual debe quedar sin efecto, por inexecutable. Esto pide la demanda que la Corte declare, y, a mérito de lo dicho, así debe resolverse.*

Tercera.

*Pasando por alto las discrepancias que acaban de señalarse y cuyo análisis es esencial para decidir negocios de constitucionalidad, se arguye que la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo tiende a dar eficacia al deber de fidelidad contractual que liga a trabajadores y patronos y, en particular, a impedir que aquellos divulguen secretos o procedimientos industriales o informaciones en general, de naturaleza reservada, cuyo conocimiento por terceros sea susceptible de causar perjuicios al empleador. **Nótese que el texto impugnado no alude a secretos industriales o a deber de reserva y ni siquiera a la necesidad de que las actividades prohibidas sean similares a las ejercidas por los patronos, como condiciones de aplicación; lo que priva de pertinencia a las razones que se glosan. Pero aún si se admite que esa hipótesis de daño es verosímil, su correctivo adecuado no radicaría en desconocer una obligación constitucional.** El derecho laboral consagra medidas enderezadas a precaver tales peligros durante el contrato (V. Arts. 55, 56, 58-2°, 62-A6° y 8°, 250 C, etc. C.S.T.). el Código Penal define actos de esa suerte como delitos y los sanciona. (Art. 280 y 307), y las legislaciones civil y comercial permiten deducir responsabilidad pecuniaria por tales causas. (V. señaladamente, arts. 75-6° y 9°, 76, etc. C. Com. y Ley 155 de 1959, etc.). La declaración de inconstitucionalidad de la disposición acusada, no deja, pues, en desamparo, como se pretende, estos aspectos -de conveniencia, no de exequibilidad- relativos a la seguridad jurídica de las empresas. Por lo demás, si se estima imprescindible que una ley autorice ciertas obligaciones de no trabajar, lo conducente sería determinar esos casos de manera que, en lo posible, casen con las disposiciones del código fundamental o modificar con sumo cuidado el artículo 17 de la Constitución; pero nunca legislar con violación del mismo. La defensa de la Carta no lo tolera.*

Cuarta

Se afirma, finalmente, que la segunda parte del artículo 44 no hace sino dictar una regla sobre el desempeño de ciertas actividades técnicas, conforme al artículo 39 del estatuto fundamental, a cuyo tenor la ley "puede reglamentar el ejercicio de las profesiones". Aun en el caso de que dicho texto fuese en verdad reglamentario de profesiones, basta observar que las regulaciones de la ley, de cualquier naturaleza, jamás deben contravenir la Carta. Este último argumento en pro de la corrección constitucional del precepto acusado tampoco es de recibo." (Negrilla y subraya fuera del texto original) (Sentencia Corte Suprema de Justicia - Sala Plena, 1973)

Importante mencionar que para la fecha en que se realizó dicho pronunciamiento, estaba en vigencia la Constitución Política de Colombia de 1886. La carta magna vigente en la actualidad es la Constitución Política de Colombia de 1991.

Es así como, para la fecha de la toma de la decisión judicial, la Constitución Política de 1886 consagraba la obligación de trabajar y la limitación de dicha obligación por una norma de menor jerarquía, se consideró inconstitucional.

Por otro lado, no consideró la Corte en su momento que la finalidad a la cual asumió se destinaba dicha disposición, que era *“impedir que aquellos [los trabajadores] divulguen secretos o procedimientos industriales o informaciones en general, de naturaleza reservada, cuyo conocimiento por terceros sea susceptible de causar perjuicios al empleador”*, fuera legítima y necesaria, por existir otras medidas suficientes para evitar que ello ocurriese.

Así las cosas, en el marco de su relación laboral el trabajador puede tener acceso a información que constituya secreto empresarial y, a pesar de no existir en Colombia una cláusula de no competencia post contractual, existe diferente normatividad laboral, comercial y penal que castiga el uso indebido de la información considerada como secreto empresarial, como puede verse en la sección dedicada a la cláusula de confidencialidad.

A nivel suramericano, en Chile se ha elevado la discusión sobre este tipo de cláusula en tiempos modernos. Desde el punto de vista normativo-laboral, en el país austral el numeral 2° del artículo 160 del Código del Trabajo se establece como una de las causales disciplinarias para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador con justa causa, la siguiente:

“Art. 160. El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

(...)

2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.”

Pero al contrario de lo que sucedió en Colombia, en Chile no se contempló una regulación expresa que de manera directa reglamente las cláusulas de no competencia post contractual, pero jurisprudencialmente se ha abierto la posibilidad de que se contemplen dichos pactos (Sierra Herrero, 2014).

En un estudio realizado por Alfredo Sierra Herrero con la ayuda del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de la República de Chile, en el marco del Proyecto Fondecyt Regular No 1130664, titulado "Régimen laboral de gerentes y personal directivo de exclusiva confianza", se analizan dos sentencias de la Corte Suprema, una de la Corte de Santiago y una del Segundo Juzgado de Letras de Santiago, que consideran fijan los criterios de la jurisprudencia en ese país para este asunto de las cláusulas de no competencia post contractual.

El primer caso por estudiar es el que fue resuelto mediante sentencia ROL N° 3985-2009 del 12 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Suprema. Se trató de suscribió una

cláusula de confidencialidad con su empleador, en la cual se estipuló que el primero no trabajaría durante 2 años posteriores a la terminación de su contrato de trabajo, en ninguna actividad que correspondiera con el giro ordinario de los negocios o industria del segundo, es decir, comercialización de equipos industriales o de sus empresas filiales. El trabajador percibía un salario de 2 millones de pesos chilenos.

Por esta inactividad, el trabajador recibiría del empleador una suma de 8 millones de pesos chilenos. Al ser despedido, el trabajador solicitó el pago de dicha cláusula, pero recibió respuesta negativa de la empresa, la cual alegó que este se encontraba laborando en una compañía que corresponde al giro ordinario de los negocios de su otrora empleador.

En segunda instancia, la Corte de Santiago consideró que dicha cláusula era ineficaz al recaer en nulidad por objeto ilícito, ya que se trata de una limitación desproporcionada al derecho fundamental de la libertad de trabajo. Pero la Corte no se limitó a determinar la improcedencia de la cláusula por su contradicción netamente jurídica, sino que manifestó: “no se advierte el necesario equilibrio o proporcionalidad entre esa restricción a la libertad de trabajo y la compensación, con que pretendió morigerársela”, de tal manera que, como lo advierte Sierra Henao (Sierra Herrero, 2014), bien podría haberse superado la ilicitud con un monto que fuese más acorde con el lucro cesante del trabajador, ya que apenas se compensaría el paro del trabajador durante 2 años con 8 millones de pesos chilenos, que correspondían a 4 meses de salario.

Más adelante en el proceso, la Corte Suprema cambia el rumbo del caso, otorgando validez a la cláusula considerando para el efecto:

“ (...) aun cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están reguladas en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenirlas toda vez que el pacto que las origina no contradice la norma constitucional que regula la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, ni el precepto establecido en el artículo 1462 del Código Civil, desde que no se encuentra prohibida por la ley, ni contraría el derecho público chileno (...)”

Por su lado, el vecino chileno, Argentina, contempla como el “deber de no concurrencia” a una limitación general del trabajador para que, durante la vigencia del contrato de trabajo, no adelante ninguna acción u omisión que implique perjuicios al empleador (Etala, 2010). Disposición que se encuentra contemplada en el artículo 88 de la Ley del Contrato de Trabajo de la siguiente manera:

“Art. 88. —Deber de no concurrencia.

El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste.”

Se trata de una limitación bastante amplia en contra del trabajador, pues no tiene mayor requisito que impedir la posibilidad, que no certeza, de la afectación de los intereses del empleador por parte del trabajador, al punto que judicialmente se le ha concedido vigencia incluso después de terminada la relación laboral respectiva (Etala, 2010).

En España, el artículo 21, numeral 2, permite bajo ciertas reglas la celebración de las cláusulas de no competencia post contractual, de la siguiente manera:

“Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa.

(...)

2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.

b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.”

Conforme a lo descrito, en España esta cláusula es procedente, tiene duración máxima pero no mínima, se requiere contar con un efectivo interés industrial o comercial a proteger mediante este pacto y que al trabajador se le garantice una compensación económica adecuada al tiempo que limita su derecho a trabajar y, en consecuencia, limita sus ingresos económicos. Ahora bien, ¿cómo realizar un cálculo para que dicho pago resulte “adecuado”? esto se encuentra abierto a los acuerdos y análisis que al respecto realicen el trabajador y el empleador, pero en caso de existir discrepancias al respecto, acudirán a los Tribunales Sociales para resolverlas.

En Italia (Boscati, 2010) existe una regla general consagrada en el artículo 2125 del Código Civil que permite la celebración de estos pactos, en tanto concurren los siguientes requisitos: (i) que se celebre por escrito, de tal manera que se requiere de esta formalidad para que se revista de validez (ii) que exista una compensación económica para el trabajador, ya que se trata de una negación al acceso de los ingresos económicos propios de una actividad laboral, así sea esta una expectativa legítima que se paga a título de indemnización por la generación de un perjuicio. Ya en cuanto al monto de la indemnización, no hay una norma específica que plantee una regla para tasara y los tribunales son los encargados de establecer la aptitud de dichos montos, de existir controversia, conforme a la magnitud de la limitación que ello le comporta al trabajador. (iii) el pacto debe tener una limitación en cuanto al tiempo, que no podrá ser mayor de 5 años, lugar, que puede ser Italia o incluso la Unión Europea, y el objeto, que debe limitarse a la actividad que corresponda a la de la empresa respectiva.

Para el caso francés este asunto tiene regulación vía jurisprudencia, ya que en las leyes no se encuentra dispuesto el asunto de manera expresa (Antonmattei, 2009), como se describe a continuación. Es así como los tribunales galos han estimado la procedencia del pacto en tanto: (i) conste por escrito, (ii) resulte absolutamente indispensable para proteger los intereses empresariales, (iii) esté limitado en el tiempo, que mediante negociación colectiva por rama se ha contemplado una duración máxima de 2 años, (iv) esté limitado en el espacio y (v) el trabajador sea compensado económicamente.

Como se observa, en los países donde se encuentra contemplada la posibilidad de realizar este tipo de pactos, los requisitos son básicamente los mismos y podría señalarse que el asunto que resulta más impactado con los asuntos propios de la innovación es el entorno territorial donde pueden ser aplicados.

Los marcos supranacionales de regulación del trabajo, tales como la Unión Europea, han respondido a la dinámica económica de la globalización y apertura económica internacional que demanda la igualdad en la movilidad tanto de mercancías como de personas.

En ese sentido, normativa y jurisprudencialmente, se han abierto las posibilidades para considerar que este pacto puede celebrarse conforme a la normatividad del país donde se ejerce la subordinación propia del contrato de trabajo, dando paso a las teorías de territorialidad relativa, conforme a las cuales no es el lugar de celebración del contrato de trabajo el que rige la norma aplicable al caso concreto, sino que son las circunstancias que van rodeando la ejecución del mismo aquellas que dictan este asunto de aplicación de la ley en el espacio. Es posible entonces que, por ejemplo, en casos de altísima cualificación del trabajador y el gran interés empresarial que suscite un asunto, se pacte una cláusula de no competencia post contractual a nivel global, por rama de actividad económica, o por regiones; esto en tanto se cumpla con los demás requisitos que contempla cada normatividad, especialmente la proporcionalidad entre el interés empresarial a proteger y la limitación que el trabajador sufre por cuenta de esta situación. Serán los jueces quienes tengan la batuta en el alcance y evolución de esta cláusula en un mundo laboral donde los algoritmos y los bienes intangibles son el centro de los más grandes secretos empresariales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la cláusula de no competencia post contractual está referida, en su gran mayoría, en el marco de la regulación de las relaciones laborales típicas, regidas por un contrato de trabajo, basándose en la libertad contractual amplia que rige los contratos civiles y comerciales, se podría pactar en situaciones tales como los trabajos por cuenta propia. En estricto sentido, el trabajo en todas sus formas está protegido por los principios constitucionales y la normatividad internacional aplicable en el marco de los bloques de constitucionalidad, de tal manera que se proteja la libertad de trabajo y este derecho fundamental sin importar la modalidad contractual utilizada para regular la actividad laboral.

En todo caso, las demás limitaciones civiles, comerciales, administrativas y penales que rigen asuntos tales como el secreto empresarial, seguirán dando amplio margen de protección a los bienes intangibles de la empresa, limitando la capacidad de trabajo y

competencias que el trabajador adquiere por causa o con ocasión de la labor adelantada y que por ello hacen parte de su patrimonio intelectual, la cual podrá ejercer libremente en el marco de su derecho fundamental al trabajo.

Una vez más, la innovación y su rápido avance en el mercado laboral a través de múltiples campos, tienden a plantear preguntas o retos para este tipo de instituciones jurídicas. Puntualmente en este caso, se genera una presión importante sobre la movilidad funcional de los trabajadores en variadas áreas, impidiendo el crecimiento económico de paso. En los Estados Unidos este asunto está tomando relevancia y se han impulsado normas para prohibir la suscripción de tales cláusulas.

El pasado 8 de enero de 2021, el Consejo del Distrito de Columbia pasó el proyecto normativo que busca la prohibición de la celebración de tales cláusulas en los contratos de trabajo, prohibiendo también que un empleador tome represalias o amenace con tomar represalias contra un trabajador por negarse a aceptar una cláusula de no competencia, sanciones por el incumplimiento de la cláusula o por no aceptar la política de no competencia del empleador, entre otros asuntos. (Council of the District of Columbia, 2021). Esta norma tendría dentro de su ámbito de aplicación territorial al área de la capital completa (Washington) y parte de los estados de Maryland y Virginia, además de una pequeña porción de Virginia Occidental. Dice el proyecto de norma en los apartes pertinentes:

“Disposición de no competencia” significa una disposición de un acuerdo escrito entre un empleador y un empleado que prohíbe que el empleado sea simultánea o posteriormente contratado por otra persona, realizando un trabajo o proporcionando servicios por cuenta propia o ajena. El término “disposición de no competencia” no incluye:

(A) Una cláusula que restrinja al empleado de divulgar información confidencial, patentada o sensible del empleador, lista de clientes, o un secreto comercial, como se define ese término en la sección 2 (4) de la Ley Uniforme de Secretos Comerciales de 1988, vigente desde el 16 de marzo de 1989 (Ley 7-216 de D.C.; Código Oficial de D.C. § 36-401 (4));

(...)

Sección 102. Derechos y restricciones de no competencia.

(a) Ningún empleador puede exigir o solicitar que un trabajador firme un contrato que incluya una cláusula de no competencia.

(b) Una cláusula de no competencia contenida en un contrato que se incluyó después la fecha de aplicabilidad de este título entre un trabajador y un empleador será nula por virtud legal e inaplicable.

(c) Ningún empleador puede tener una política en el lugar de trabajo que prohíba a un trabajador:

(1) Ser empleado por otra persona;

(2) Realizar trabajo o proporcionar servicios a cambio de pago para otra persona; u

- (3) *Operar un negocio propio del trabajador.*
- (d) *Ningún empleador puede tomar represalias o amenazar con tomar represalias contra un trabajador por:*
- (1) *La negativa del trabajador a aceptar una cláusula de no competencia;*
- (2) *El supuesto incumplimiento del trabajador de una cláusula de no competencia o una política del lugar de trabajo declarada ilegal conforme a este título;*
- (3) *Preguntar, informar o quejarse sobre la existencia, aplicabilidad o validez de una cláusula de no competencia o de una política del lugar de trabajo que el trabajador crea razonablemente está prohibido bajo este título a cualquiera de los siguientes:*
- (A) *Un empleador, incluido el empleador directo del trabajador;*
- (B) *Un compañero de trabajo;*
- (C) *El abogado o agente del trabajador; o*
- (D) *Una entidad gubernamental; o*
- (4) *Solicitar al empleador la información que debe proporcionarse al trabajador de conformidad con la subsección (e) de esta sección.*
- (e) (1) *Un empleador proporcionará a un trabajador a su servicio, el texto del párrafo (2) de este inciso por escrito, a más tardar:*
- (A) *Noventa días calendario después de la fecha de aplicación de este título;*
- (B) *Siete días calendario después de que una persona se convierte en trabajador del empleador; y*
- (C) *Catorce días calendario después de que el empleador reciba una solicitud por escrito para tal declaración del trabajador.*
- (2) *Ningún empleador que opere en el Distrito de Columbia puede solicitar o exigir a cualquier trabajador que trabaje en el Distrito de Columbia bajo condición de aceptar una política de no competencia o acuerdo, de conformidad con la Ley de enmienda de la prohibición de acuerdos de no competencia de 2020 ". "*

A pesar de su amplio margen en el ámbito de aplicación personal, se presentan exclusiones expresas a los destinatarios de la norma, ya que se define al “trabajador” de la siguiente manera:

“(2) "Trabajador" significa una persona que realiza un trabajo en el Distrito a nombre de un empleador, así como de cualquier posible trabajador que un empleador anticipa razonablemente, realizará trabajo en nombre de este en el Distrito; este término no incluirá:

- (A) *Un individuo que, sin pago y sin expectativa de pago alguno, de manera directa o indirecta, o voluntaria, participa en las actividades de una organización educativa, caritativa, religiosa o sin fines de lucro;*
- (B) *Un miembro laico elegido o designado para un cargo dentro de la disciplina de cualquier organización religiosa y que se dedique a funciones religiosas;*

- (C) Una persona empleada como niñera ocasional, en o cerca de la residencia del empleador; o
- (D) A médicos especialistas”

La excepción “D” se contempla debido a que la norma incluye un conjunto de regulaciones destinadas expresamente al caso de los médicos especialistas, y dicta:

“Segundo. 103. Protecciones para médicos especialistas.

(a) Un empleador que busca que un especialista médico suscriba una cláusula de no competencia como condición de empleo deberá proporcionar:

(1) La disposición de no competencia propuesta directamente al médico especialista, con al menos 14 días de anticipación a la ejecución del contrato que contiene la disposición; y

(2) El texto dispuesto a continuación se deberá proporcionar al mismo tiempo de presentación de la propuesta de cláusula de no competencia: “La prohibición de La Ley de enmienda de acuerdos de no competencia de 2020 permite a los empleadores que operan en el Distrito de Columbia, solicitar términos o acuerdos de no competencia (también conocidos como "convenios de no competir") a los especialistas médicos que planean emplear. El posible empleador debe proporcionar la disposición de no competencia propuesta directamente al médico especialista al menos 14 días antes ejecución del contrato que contiene la disposición. Los especialistas médicos son personas que: (1) realizan trabajo por cuenta ajena con dedicación principal a la prestación de servicios médicos; (2) aquellos que tengan una licencia para ejercer la medicina; (3) quienes hayan completado una residencia médica; y (4) quienes tengan una remuneración total de al menos \$ 250,000 por año”.

(b) Ningún empleador puede tomar represalias o amenazar con tomar represalias contra un especialista médico por:

(1) Preguntar, informar o quejarse sobre la conducta requerida o prohibida por esta sección para:

(A) Un empleador, incluido el empleador del especialista médico;

(B) Un compañero de trabajo;

(C) El abogado o agente del médico especialista; o

(D) Una entidad gubernamental; o

(2) Solicitar al empleador la información que se debe proporcionar al especialista médico de conformidad con la subsección (a) de esta sección.”

De esta manera, el Distrito de Columbia en Estados Unidos busca eliminar las cláusulas de no competencia post contractual, limitando su alcance a los empleados remunerados y amparando los acuerdos de confidencialidad de las empresas, como medida para proteger en todo caso la propiedad industrial.

Sobre el alcance nacional del uso de estas cláusulas de no competencia post contractual, se reporta que el actual Presidente de los Estados Unidos, Joe Biden, estaría de acuerdo en impulsar una disposición nacional sobre estas cláusulas en los contratos de trabajo,

limitando de manera importante su uso, ya que su abuso ha llegado al punto de abarcar a la gran mayoría de las ocupaciones y, debido a esto, los trabajadores en esa nación han visto muy deteriorada su libertad para trabajar y su movilidad laboral. Esto se refleja en casos representativos de esta necesidad de cambio, tales como los de trabajadores de servicios de comida y mecánicos que han sido obligados a firmar estas cláusulas, generando sin duda una grave afectación a estas personas que, sin mayor manejo de información confidencial o valiosa que resulte jurídicamente relevante amparar, terminan sus vínculos laborales con la imposibilidad de ejercer la ocupación para la cual son competentes (Berry, 2021).

Otra es la situación que se presenta en el Reino Unido. Existe un proyecto de reforma impulsada por el Gobierno que busca realizar una reforma a estas cláusulas de no competencia post contractual (Dechert LLP, 2021). Como sucede en el resto del mundo, este tipo de cláusulas tiene el propósito de prevenir al trabajador de unirse a la competencia de su empleador, pero para que esta disposición resulte procedente, es necesario que busque de manera clara y directa la protección de los intereses legítimos del empresario y, por lo mismo, tener claridad en sus términos de tiempo, modo y lugar.

Es así como, para el uso de esta cláusula, el empleador también deberá ser capaz de comprobar ante los estrados judiciales, que no dispone de otro medio de defensa judicial o cualquier otro tipo de restricción contenido en el ordenamiento legal, que resulte idóneo o suficiente para proteger los intereses de su compañía.

El 4 de diciembre de 2020, el Gobierno del Reino Unido (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2020) lanzó una consulta pública relacionada con la prohibición de las cláusulas de exclusividad para trabajadores de bajos ingresos y una reforma de la ley sobre cláusulas de no competencia post contractual. Estas propuestas están diseñadas para apoyar la recuperación económica del impacto del COVID-19, pero como consecuencia podrían significar cambios en el horizonte para los derechos de los trabajadores.

Las propuestas sobre la reforma a la cláusula de no competencia post contractual se centran en:

- a) Opción 1. Compensación obligatoria: las cláusulas de no competencia serían procedentes solo cuando el empleador proporcione una compensación por el período en que la persona está restringida de ejercer su trabajo, bien sea para la competencia del ex - empleador o de empezar su propio negocio. Esto disuadiría a los empleadores de imponer cláusulas de no competencia cuando no sea necesario o por un período de tiempo irrazonable.
- b) “Medidas complementarias”: incluirían un requisito para que los empleadores revelen los términos de la cláusula de no competencia al empleado antes de que comience el empleo, y un límite legal sobre la duración de las restricciones de no competencia.

- c) Opción 2. Prohibición de las cláusulas de no competencia: el gobierno también está considerando una prohibición completa del uso de cláusulas de no competencia. Esta propuesta se está explorando sobre la base de que puede proporcionar una mayor certeza para todas las partes y potencialmente aumentaría la movilidad laboral, lo que, a su vez, podría mejorar la eficiencia del mercado laboral a medida que las habilidades y algoritmo.

4.2.8.1.3. Sobre la cláusula de confidencialidad y propiedad intelectual

Esta cláusula, que persigue proteger el bien más importante en las empresas hoy en día, la información, tiene dos finalidades destacables: limitar el acceso a la información y responsabilizar por la custodia de aquella.

Esto, en primera medida, implica una adecuada formación del trabajador en cuanto al uso de los sistemas de información a los que tendrá acceso, especialmente debido a la responsabilidad que asume al acceder a esta y, en consecuencia, de hacer adecuado uso y custodia de tal.

Dentro de tales medidas se encuentran actualmente vigentes, el deber de ejecución de buena fe del contrato de trabajo, la obligación de obediencia y fidelidad del trabajador para con el empleador, las obligaciones especiales del trabajador, dentro de las que se encuentra la de no comunicar a terceros, salvo autorización expresa, la información que tenga sobre su trabajo, principalmente las que sean de naturaleza reservada y puedan ocasionar perjuicios al empleador; la causal de terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, en caso de que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o que dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, últimos que el empleador debe probar; la pérdida del derecho al pago del auxilio de cesantía cuando el contrato termine porque el trabajador haya revelado los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, lo que en este último caso significa para el empleador, la posibilidad de abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida, de tal manera que el perjuicio debe demostrarse ante los estrados judiciales.

Sobre la pérdida del pago al auxilio de cesantía, hay que mencionar que en Colombia mediante la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de liquidación y pago del auxilio de cesantía, pasando de un sistema de liquidación retroactivo efectuado a la terminación del contrato de trabajo, a un mecanismo de liquidación anual y definitiva, según el cual cada año a más tardar el 15 de febrero del año siguiente al año de causación del derecho, el empleador debe consignar al trabajador el auxilio de cesantía en una cuenta individual que este elija.

De esta manera, la sanción de pérdida del pago del auxilio de cesantía que contempla actualmente el Código Sustantivo del Trabajo para el trabajador que haya revelado los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa, es sustancialmente menor a la que originalmente se contempló, ya que solamente podrá abstenerse al pago de las cesantías que estuviesen pendientes de

pagar al momento de la terminación del contrato, pues aquellas que ya se encuentren consignadas en la cuenta del Fondo de Cesantías, ya hacen parte del patrimonio del trabajador.

Ahora bien, para 1973, fecha de la sentencia analizada, en Colombia se encontraba vigente el Código Penal adoptado por la Ley 95 de 1936, en cuyo artículo 281 se contempló:

“Artículo 281. El que revele noticias relativas a descubrimientos, invenciones científicas o aplicaciones industriales, que deban permanecer en secreto y que haya conocido por razón de su estado u oficio, arte o profesión, incurre, mediante petición de parte, en arresto de un mes a un año y en multa de cincuenta a mil pesos.”

Desde entonces, se han realizado dos modificaciones importantes al Código Penal, así:

- (i) Con el Decreto 100 de 1980, del 23 de enero, en cuyo artículo 238 se contempló el delito de violación de reserva industrial como se transcribe a continuación:

“El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de treinta mil a trescientos mil pesos.

La pena será de dieciocho (18) meses a seis (6) años de prisión y multa de cincuenta mil a quinientos mil pesos, si se obtiene provecho propio o de tercero.

En la misma pena del inciso primero incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial.”

- (ii) Finalmente, mediante Ley 599 del 2000 se realizó la expedición del Código Penal que está vigente en la actualidad, en cuyo artículo 308 se mantiene el delito de violación de reserva industrial o comercial, cuyas penas fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El delito es tipificado de la siguiente manera:

“El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis

(26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuatro mil quinientos (4.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.”

El alcance de la información que pueda ser considerada como amparada por las disposiciones ya citadas, es objeto de otras tantas regulaciones.

En primer lugar, están las normas comunitarias a las cuales Colombia se encuentra inscrita en virtud de ser miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), las cuales tienen una característica especial en el ordenamiento jurídico colombiano que la distingue de las normas dictadas por otros Organismos Internacionales, ya que las primeras se rigen por los principios de preeminencia y aplicación directa, lo que le otorga el carácter de supranacional al derecho comunitario. Sobre el principio de preeminencia que distingue al derecho comunitario, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado en la Sentencia C-234-19 lo siguiente, al referirse a la aplicación del Derecho Comunitario Andino con ocasión de demandas y/o juicios automáticos de constitucionalidad: “(i) el derecho comunitario goza de preeminencia o preferencia sobre el derecho interno y su aplicación es directa, “porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión.” (ii) La competencia del Legislador colombiano sobre materias objeto de regulación por la Comunidad, siguiendo el criterio planteado por el Tribunal de Justicia Andino en la interpretación prejudicial solicitada, atiende al principio de “complemento indispensable”, esto es, se sujeta a aspectos que se requieran para la correcta aplicación de las normas comunitarias.”

Sobre el tema objeto de estudio, se encuentra la Decisión 486 de 2000 también conocida como el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual de la CAN, en cuyo artículo 260 dicta:

*“Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada **que una persona natural** o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:*

a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente

accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”

En Colombia, mediante el artículo 16 de la Ley 256 de 1996 se tipifica como violación de secretos empresariales la siguiente conducta:

“ARTÍCULO 16. VIOLACIÓN DE SECRETOS. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 20. de esta Ley.”

Y como sanción a la comisión de actos de competencia desleal, se consagra:

“ARTÍCULO 20. ACCIONES. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.

2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.”

Dándole una mirada internacional al asunto, las cláusulas de confidencialidad persiguen lo que todas las medidas existentes para gestionar la ciber seguridad de las empresas, la protección de la información a la que acceden los trabajadores y cualquier otra persona que accede a la misma, sin importar la naturaleza del vínculo que les une.

Con el avance inusitado de la tecnología e innovación, termina siendo aún más relevante y detallado el alcance de este tipo de disposiciones, ya que la información es de más fácil tránsito y de la más alta importancia, habida cuenta la feroz competencia en todos los campos; y la pandemia que enfrentamos a causa del coronavirus COVID-19 no ha hecho sino reforzar esta situación, con el altísimo secreto que cubre las negociaciones que realizan las farmacéuticas con los Gobiernos en todo el mundo para la compra de las vacunas. La carrera para encontrar una vacuna y el rol de las cláusulas de confidencialidad de los trabajadores y científicos que se encargaron de ello resultó evidentemente crucial.

Como lo anota la BBC (Olmo, 2021), *“En respuesta a una petición de información en el Parlamento Europeo a mediados de noviembre, la comisaria de Salud, Estela Kiriakides, afirmó: “Debido a la naturaleza altamente competitiva de este mercado, la Comisión está legalmente imposibilitada para desvelar la información que contienen estos contratos”.*

Y la ministra belga de Presupuesto, Eva de Bleeker, tuvo que retirar poco después de publicarlo un mensaje en Twitter en el que recogía la lista de precios de los laboratorios con los que había negociado la UE.”

El secreto industrial es, entonces, el bien jurídicamente tutelado a través de las cláusulas de confidencialidad. Pero ¿qué tanto de una invención es propiedad de un trabajador y qué tanto de la empresa?, esto remite a las normas sobre derechos de autor y derecho de patentes.

Contrario a lo que suele pasar con otro conjunto de asuntos, tales como las garantías laborales a favor de los trabajadores, en este caso las regulaciones destinadas a proteger los intereses de las empresas están desarrollados para los casos donde personas naturales ejecutan la prestación de un servicio, bien sea a través de relaciones comerciales o relaciones laborales.

Sobre el panorama de las invenciones realizadas por personas naturales en el marco de las relaciones laborales, se les distingue en 3 clases: invenciones de servicio absolutas, invenciones de servicio relativas e invenciones libres (Salgado Miranda, 2006).

En el primer grupo de las invenciones de servicio absolutas, se encuentran aquellas invenciones que resultan directamente del encargo para el cual el trabajador-inventor ha sido contratado.

Por otro lado, están las invenciones de servicio relativas, que son aquellas a las que se llega de manera relacionada con las funciones del trabajador, sin estar expresamente comisionadas por el empleador, pero en las cuales confluyeron recursos de información, infraestructura o recursos económicos del empleador.

Finalmente, las invenciones libres son aquellas que alcanza el trabajador – inventor sin estar relacionadas con sus obligaciones laborales y sin intervención alguna de los recursos del empleador.

La respuesta jurídica a cada una de estas invenciones es distinta según la nación donde se estudie, pero generalmente sucede que, en el primer caso, de las invenciones de servicio absolutas, los derechos morales están en cabeza del trabajador, pero los derechos patrimoniales están en cabeza del empresario. Pero también se presenta que, como en el caso de Ecuador (Salgado Miranda, 2006), sea la empresa directamente la entera propietaria de los derechos morales y patrimoniales.

Se entiende entonces, que en el marco de la relación laboral y por cuenta de la existencia de una compensación económica que sustenta el ejercicio de la labor, el salario recibido por el trabajador, la regla general comparada para las invenciones de servicio absolutas y relativas, es que el trabajador puede, en el mejor de los casos, contar con la titularidad de los derechos morales de la invención, pero no tiene cabida en lo que corresponde a los derechos patrimoniales, en consecuencia no tiene ningún tipo de acceso a las ganancias económicas percibidas por la invención alcanzada.

Esto incluso sucede por virtud legal expresa y no se requiere de contar con una cláusula dedicada a ello dentro del contrato de trabajo, aunque es usual que las compañías refuercen esta disposición dentro de su texto con ejemplos tales como el de los “*shop rights*”, utilizados en Estados Unidos (Singer, 2013).

Finalmente, frente a las invenciones libres, la regla general es que tanto los derechos morales como los patrimoniales corresponden al trabajador, con la excepción de las cláusulas generales de los contratos de trabajo y las ya mencionadas “*shop rights*” que incluso pueden entregar a la empresa la propiedad de la invención, en tanto se haya llegado a estas relacionadas con las actividades del empleador (Salgado Miranda, 2006).

La regulación de las invenciones realizadas por seres humanos tiene una regulación amplia y conocida, pero los avances de la tecnología han presentado sobre la mesa la inquietud sobre qué sucede con las invenciones resultantes de los algoritmos, robots o inteligencia artificial que, al carecer de personería jurídica, aún siguen siendo de propiedad absoluta de sus propietarios, claro que la posibilidad de patentar un algoritmo también resulta discutible, teniendo en cuenta que los algoritmos son fórmulas matemáticas, pero se trata de los asuntos que mayor valoración y evolución presentan en términos de producción industrial.

En Colombia, de conformidad con la norma comunitaria contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, patentar un algoritmo es complejo pero posible, ya que sobre las patentes de invención dicta el artículo 14 de dicha norma:

“Artículo 14.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean

susceptibles de aplicación industrial.” (Negrilla y subraya ajenos al texto original)

Pero esta norma general, en el caso de los algoritmos, resulta bastante limitado, ya que el artículo 15 de la misma norma, dicta que no se considerarán invenciones a:

- a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;
- c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor;
- d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales;
- e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y,
- f) las formas de presentar información.” (Negrilla y subraya ajenos al texto original)

Considerando que los algoritmos son fórmulas matemáticas, es un asunto de alta complejidad sin protección con patentes de invención. Pero, como lo recuerda Flórez Ulloa, “el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), correspondiente al anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, suscrito por Colombia el 7 de agosto del 2009, establece con claridad que el software debe protegerse por el derecho de autor frente a su código de objeto y código fuente.” (Flórez Ulloa, 2020)

Ahora bien, sobre las invenciones que provienen de las máquinas, incluyendo en esta expresión a los algoritmos, inteligencia artificial y los robots, inicialmente se consideró a las máquinas los instrumentos a través de los cuales la capacidad intelectual de un ser humano era expresada en nuevos modos, pero hoy por hoy, en un mundo donde la inteligencia artificial evoluciona sola, sin intervención humana, a partir de cierto punto, y por ello se habrá de pensar en su papel como creadores.

Hasta ahora, como se mencionó anteriormente, las salidas jurídicas han determinado que al carecer de personería jurídica, las máquinas siguen siendo de propiedad absoluta de sus titulares, generalmente empresas, y que en últimas se trata de entidades que provienen de la actividad humana.

Pero cuando las invenciones de las máquinas no son producto directo de la actividad humana, ni tienen intervención alguna de un ser humano, las empresas que las crearon no tendrían posibilidad de reclamar la exclusividad en su uso, que es lo que resguarda una patente y, por lo tanto, no tener posibilidad de explotación económica porque cualquier otra persona del mundo podría usarlos sin ninguna restricción.

Así las cosas, las invenciones de las máquinas pueden pertenecernos a todos, pertenecerle a la persona que interviene con la máquina o a la máquina misma. La última está descartada, ya que las máquinas no son sujetos de derechos ya que, simplemente, no son humanos.

4.2.8.1. Seguridad de los datos personales del trabajador

El aumento de las interacciones en línea y la intromisión del internet en cada una de las actividades de la vida es inevitable. En ese sentido, las actividades ocurridas dentro de la red son cada vez más complejas; por ello, la privacidad y el uso de datos personales obtenidos desde la web resulta un tema que cobra más y más interés con el paso del tiempo.

Por un lado, absorber la mayor cantidad de información de las interacciones en la red resulta vital para todo tipo de organizaciones, de tal manera que empiezan a aparecer regulaciones destinadas a la recolección y uso de datos. Desde la óptica del derecho del trabajo, esta regulación se destina a abordar los límites en los que el empleador puede hacer uso de la información que recolectan, producen o que es personal de los trabajadores.

Son esencialmente tres los elementos para tener en cuenta sobre este tema, el tratamiento de datos personales, los datos biométricos en el trabajo, el derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías.

¿Está un trabajador en la obligación de permitir a la empresa grabar con la cámara todos sus movimientos, en todo momento? ¿activar el dispositivo GPS del equipo de cómputo para conocer su ubicación exacta? ¿está el trabajador en obligación de brindar su correo electrónico y número de teléfono personal para que la empresa realice todo tipo de notificaciones relativas a la relación laboral por estos medios? ¿hasta dónde puede el empleador vigilar el comportamiento en línea del trabajador?

Pues existen aproximaciones legislativas y jurisprudenciales diversas sobre este tema, que paso a exponer.

4.2.8.1.1. El abordaje legislativo

La normatividad a nivel global se ha preocupado por entender los alcances de la internet y su aplicación para la garantía de los derechos humanos en diferentes ámbitos. Sobre el derecho a la privacidad del trabajador en el marco de la confidencialidad de las comunicaciones realizadas en el ejercicio de su labor, resulta necesario recordar lo consagrado por los artículos 8° y 10° del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Dicen los artículos en mención:

“Artículo 8.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 10.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o e para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Para el propósito de este escrito, me adentraré en el alcance de la “correspondencia” profesional amparada por esta norma, que se detalla en el abordaje jurisprudencial que le ha definido de manera amplia. Ver sección sobre “El abordaje jurisprudencial”.

Por otro lado, mediante la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, fueron dispuestas varias indicaciones relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Derivado de dicha directiva, el Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, creado mediante dicha Directiva, ha compilado un conjunto de análisis que, especialmente en lo que respecta a las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, valen la pena ser recordados:

“El Grupo de Trabajo desearía destacar que es esencial que el empleador informe al trabajador (i) de la presencia, utilización y objetivo de todo equipo y/o aparato de detección activado en su puesto de trabajo, así como (ii) de cualquier abuso de las comunicaciones electrónicas detectado (correo electrónico o Internet), salvo si existen razones imperiosas que justifiquen la continuación de la vigilancia encubierta (los casos de vigilancia encubierta justificada constituyen

un buen ejemplo), lo que normalmente no sucede. Puede transmitirse información rápida fácilmente mediante un programa informático, por ej. ventanas de advertencia que avisen al trabajador de que el sistema ha detectado y/o tomado medidas para evitar una utilización ilícita de la red.

(...)

Últimamente, la cuestión de la vigilancia de los trabajadores ha sido abordada en numerosas ocasiones por los medios de comunicación y es en la actualidad objeto de un debate público en la Comunidad. En efecto, la introducción progresiva en toda la Comunidad del correo electrónico en el lugar de trabajo ha sensibilizado tanto a los empleadores como a sus trabajadores de los riesgos de intromisión en su vida privada en el lugar de trabajo.

Al examinar la cuestión de la vigilancia, conviene tener siempre presente que, si bien los trabajadores tienen derecho a un cierto grado de respeto de la vida privada en el trabajo, este derecho no debe lesionar el derecho del empleador de controlar el funcionamiento de su empresa y de protegerse contra una actuación de los trabajadores susceptible de perjudicar sus intereses legítimos, por ejemplo [SIC] la responsabilidad del empleador por acciones de sus trabajadores.

(...)

Es necesario destacar también que las condiciones laborales han evolucionado, en el sentido de que en la actualidad cada vez es más difícil separar claramente el trabajo de la vida privada. En particular, a medida que se desarrolla la “oficina a domicilio”, numerosos trabajadores continúan su trabajo en casa, utilizando la infraestructura informática puesta a su disposición por el empleador para estos u otros fines.

La dignidad humana de un trabajador prima sobre cualquier otra consideración. Al examinar esta cuestión, es importante tenerlo en cuenta, al igual que las consecuencias negativas que este tipo de acciones puede tener en la calidad de la relación de un trabajador con su empleador y en el trabajo propiamente dicho.

(...)

Todos los Estados miembros y la Unión Europea deben cumplir las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estos derechos se han ejercido tradicionalmente de forma vertical (es decir, el individuo frente al Estado) y actualmente se discute hasta qué punto pueden ejercerse horizontalmente (es decir, entre los individuos). No obstante, queda claro que en general estos derechos están presentes.

El Grupo de Trabajo considera por lo tanto que, a la hora de examinar las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con la Directiva 95/46/CE con el fin de contribuir a su aplicación uniforme, es preciso recordar los grandes

principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con esta disposición y, en particular, en lo que respecta al secreto de correspondencia.” (Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Grupo de Protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, 2014)

A rasgos generales, lo que se busca es balancear la dignidad humana del trabajador y su inherente derecho a la intimidad, entre otros, conductas propias a su condición de ser humano antes que trabajador, con el poder de subordinación del empleador que como tal le corresponde para dirigir la actividad laboral y de vigilarla en el marco de su poder disciplinario, de tal manera que la vigilancia es legítima en tanto sea necesaria, dirigida a un fin específico, abierta y clara, respetando los principios de adecuación, pertinencia y proporcionalidad. La jurisprudencia se encarga de brindarnos reglas derivadas de la aplicación de esta máxima normativa, como en el siguiente apartado explico.

En España existen diversas normas relativas a la protección de la correspondencia, que incluye los correos electrónicos en el ámbito del trabajo. Primero está el artículo 18.3 de la Constitución Española que dispone:

“Artículo 18.

- 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
- 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
- 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
- 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

Como ocurre en las demás legislaciones, a la par que se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia de las personas, también se reconoce la facultad del empleador para organizar el ejercicio del trabajo y su control, lo que incluye el correcto uso de las herramientas de trabajo tales como el correo electrónico y demás tecnologías de la información de las cuales se hace uso en el trabajo.

Dicta el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 20.3:

“Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.

- (...) 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, guardando en su adopción y aplicación la*

consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso. (...)”.

Con la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, se dispuso de un mecanismo para la Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y se dictó lo siguiente sobre la protección de datos en el marco de una relación laboral:

“Artículo 87. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de 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.

3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.”

Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.

Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.

2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Artículo 91. Derechos digitales en la negociación colectiva. Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.”

De esta manera, el uso de los datos personales en el ámbito laboral está limitado y se requiere para su tratamiento, del permiso previo y expreso del trabajador. Tampoco puede dársele carácter de laboral a un elemento personal, como lo son el correo electrónico y el número de teléfono cuando son propios del trabajador.

En América Latina, específicamente en Colombia, el artículo 15 de la Constitución Política dicta que:

“ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.” (Negrilla fuera del texto original)

A su paso y aplicable a las relaciones de trabajo por cuenta ajena, está el numeral octavo del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, que enlista como una de las prohibiciones del trabajador la de *“Usar los útiles o herramientas suministradas por el empleador en objetos distintos del trabajo contratado.”* Y dentro de los útiles o herramientas de trabajo se encuentra el correo electrónico corporativo o institucional, esto es, el brindado por el empleador.

Ello implica que el estándar del uso adecuado para este elemento debe ser claramente descrito por el empleador mediante alguna de las fuentes formales de aplicación obligatoria del derecho del trabajo de Colombia, tales como el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo, el código de ética, etcétera. Y dicha directiva del empleador debe estar socializada y aceptada expresamente por el trabajador. De esta manera, debe darse clara descripción de cuáles son los objetos relativos al contrato celebrado, para de esta manera, distinguirlos de aquellos *“objetos distintos del trabajo contratado”*.

Dicho estándar del empleador también debe encontrarse debidamente justificado, además de su capacidad subordinante, con un detalle claro del fin que se persigue y el alcance de la medida, limitándose por supuesto a la garantía del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y al buen nombre del trabajador.

Sumado a ello y para garantizar el derecho de habeas data se expidió la Ley Estatutaria 1581 de 2012 *“Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”* también conocida como Ley de Hábeas Data.

Esta norma regula el tratamiento de datos personales en diferentes aspectos. Allí también se define que, en el marco de las actividades laborales y sin límite al tipo o naturaleza de la vinculación que ata a las partes, cuando en el ámbito propio de la actividad se produce

el tratamiento de datos personales, ocurre lo que se denomina competencia jurídica implícita, conforme a la cual deben dar cumplimiento a la Ley ya mencionada y se consideran encargados y responsables del tratamiento de datos personales, recordando que la norma define como “dato personal” a “Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”. Y en el marco de una relación laboral, sin importar la naturaleza de las partes, existe un tránsito importante de información personal.

Por lo tanto, en Colombia le está jurídicamente permitido al empleador disponer de mecanismos para el monitoreo, revisión y acceso a los correos electrónicos corporativos en el marco de la facultad disciplinaria que se deriva de la capacidad de subordinación jurídica brindada por la ley.

Otro caso de protección del derecho a la intimidad en Colombia, relacionado con el derecho del trabajo, es lo contemplado por la Ley 2157 de 2021 o Ley de “borrón y cuenta nueva”, la cual dicta que las empresas no pueden consultar el historial crediticio de las personas para fines laborales. Dicta el artículo 5° de la Ley 2157, que modificó el párrafo segundo del artículo 10° de la Ley 1266 de 2008:

“Parágrafo 2°. La consulta de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países por parte del titular, en toda ocasión y por todos los medios, será gratuita.

*La revisión continua de esta información por parte del titular o usuario no podrá ser causal de disminución en la calificación de riesgo, récord (scorings-score), o cualquier tipo de medición, ni podrá alterar en nada los estudios financieros ni crediticios. **En ningún caso se podrá consultar esta información para fines de toma de decisiones laborales, y no podrá utilizarse para fines diferentes al análisis o cálculo del riesgo crediticio del titular del dato.**” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

Por lo descrito, desde el 29 de octubre de 2021 (fecha de publicación de la Ley en el número 51.842 del Diario Oficial de la República), los empleadores de Colombia deben ajustar sus procesos de selección a esta norma. Ello incluye, por supuesto, aquellos casos donde las empresas matrices o los estándares internacionales disponen que se deba realizar dicha revisión, ya que por jerarquía normativa y el principio de territorialidad de la ley, habrá de darse cumplimiento estricto a esta normativa.

Este mandato fue redactado de manera amplia en la norma, pues se habla de la imposibilidad de utilizar la información de centrales de riesgo para tomar “decisiones laborales” siendo ello aplicable a las relaciones laborales vigentes y futuras, por cuenta propia o por cuenta ajena. Aplicando incluso con y sin intermediación de terceros en el proceso de la toma de la decisión. Esto resulta particularmente importante para las empresas que en Colombia están dedicadas a realizar estudios de seguridad para la contratación de personas naturales. De esta manera, dichas empresas también son destinatarias de tal restricción, ya que precisamente brindan información para la toma de decisiones laborales.

En la historia del trámite legislativo de esta norma existe un dato para tener en cuenta por su directa relación con el problema de investigación aquí abordado. Durante su paso por el Congreso de la República, el entonces proyecto de ley tenía una excepción, conforme a la cual la prohibición transcrita anteriormente no aplicaba a los trabajadores del sector financiero, de tal manera que en dicha hipótesis los empleadores podrían consultar las centrales de riesgos para analizar a los potenciales candidatos que se encontraran en procesos de selección. Pero en la revisión automática ante la Corte Constitucional, esta dictó que:

*“(…) 349. La excepción que permite la consulta del dato negativo para la toma de decisiones laborales en el sector financiero, desconoce el derecho a la igualdad entre **trabajadores formales**. Surge el interrogante de si la prohibición de la consulta de información financiera y crediticia para fines de toma de **decisiones laborales**, debe extenderse a aquellas personas que aspiren u ostenten una **vinculación laboral** con el sector financiero, puesto que, para este último caso, el Legislador estatutario permitió al potencial o actual empleador la consulta del dato financiero con fines de toma de decisiones laborales. (…)*

353. Finalmente, considera este tribunal que (iv) la medida no es proporcional en sentido estricto, en tanto establece una causal automática de toma de decisiones laborales en uno u otro sentido. De igual forma, como se evidenció no es razonable ni proporcionado que se limite la medida al sector financiero de forma exclusiva. Lo anterior, teniendo en cuenta que la medida no resulta razonable frente a la necesidad de preservar el interés general, y el ahorro público.

354. Es así como, considera la Corte que no existe una finalidad que garantice la mayor idoneidad de quienes trabajan en el sector financiero, ni el Legislador estatutario ofreció razones o señaló una regulación que impida el uso arbitrario de la información, por ejemplo en el sentido de (i) garantizar el uso limitado; (ii) se erige como una barrera de acceso al mercado laboral; y (iii) la lectura de la norma conlleva a entender la valoración del dato negativo como un criterio determinante en la selección del personal. En consecuencia, la Sala declarará la expresión señalada como inconstitucional.” (Sentencia Sala Plena C-282, 2021) (Negrilla y subraya ajenas al texto original)

Con los apartes en negrilla y subraya busco resaltar el hecho de que tanto la limitación que el proyecto de ley buscaba introducir como el análisis de la Corte, se dirigen al sector laboral del trabajo típico y subordinado, dejando de esta manera en total invisibilidad al resto de los trabajadores que se pueden ver afectados por este tipo de medidas. Vale la pena aclarar que incluyo una sentencia en el aparte legislativo del tema, porque la misma hace precisamente parte del control de constitucionalidad automático de las leyes estatutarias en Colombia, vale decirlo, es uno de los pasos obligatorios en la producción de leyes que, como esta, son de rango estatutario. Los análisis jurisprudenciales *a posteriori*, se encuentran en el capítulo siguiente.

4.2.8.1.2. El abordaje jurisprudencial

Las nuevas tecnologías traen siempre nuevas preguntas en términos de la adaptación normativa para brindar un marco para su implementación, y sin duda, el ámbito del trabajo es uno de los que más impacto tiene en esta novedad. Al respecto vale hacerse una pregunta concreta ¿está el trabajador en obligación de brindar su correo electrónico y número de teléfono personal para que la empresa realice todo tipo de notificaciones relativas a la relación laboral por estos medios?

La posibilidad de comunicación en tiempo real desde cualquier lugar del mundo a través de la internet ha significado en una conexión permanente de las personas por medios electrónicos y el trabajo es sin duda uno de tales escenarios y donde más se acude al correo electrónico, espacio virtual de comunicación laboral por excelencia, pero también un espacio personal donde se conjuga el uso de las cuentas privadas con fines laborales o viceversa. Además del correo electrónico, está una cantidad de herramientas a las que se accede vía web y que son brindadas por el empleador, tales como el almacenamiento en nube, chat empresarial, videoconferencias, etcétera. Todas herramientas de trabajo que, en ciertos momentos, llegan a tener uso personal.

De esta manera, el correo electrónico corporativo, es decir el suministrado por el empleador, se constituye en uno de los elementos de trabajo más comunes que actualmente recibe un trabajador a su ingreso a una empresa para ser utilizado de forma adecuada y para el cabal cumplimiento de las funciones que como tal le corresponden en el marco del principio de buena fe que rige el contrato de trabajo. Y esta misma herramienta de trabajo es, a su vez, un escenario de control y monitoreo del empleador que despliega en ejercicio de la potestad de control que como tal le corresponde en el marco de la subordinación jurídica propia de una relación de trabajo típica, subordinada o por cuenta ajena, o como un elemento necesario para la prestación de un servicio contratado de una persona que se desempeña en su beneficio por cuenta propia.

Del correo electrónico privado es titular quien recibe el servicio, siendo de uso estrictamente personal y lo cobijan las mismas garantías dispuestas para el correo tradicional, de papel; como tal, no puede ser manipulado, interceptado, intervenido o alterado de alguna forma sin autorización judicial.

Del correo electrónico laboral es titular el empleador que le brinda acceso a trabajador para el adecuado cumplimiento de sus funciones y, en ese mismo contexto, cuenta con la capacidad de regular su uso adecuado. Por lo mismo, contaría con la capacidad de castigarlo conforme a las reglas que se dispongan para el efecto específico o sobre la normatividad relativa al uso de las herramientas o útiles suministrados por el empleador al trabajador.

Esto se encuentra dispuesto esencialmente en el caso de las relaciones laborales por cuenta ajena, muy poco para las relaciones laborales por cuenta propia, considerando esencialmente que se trata de un tipo de contratos precisamente caracterizados por la autonomía técnica y administrativa del contratista, lo que incluye, per se, el uso de herramientas como el correo electrónico que serían propias del contratista.

Ahora bien, ¿qué se considera un uso adecuado de tales medios por parte del trabajador? ¿cuál es la frontera en el uso personal permisible de los elementos virtuales? y ¿hasta dónde llega el poder de vigilancia del empleador? La respuesta es brindada por la jurisprudencia en múltiples casos y naciones.

Desde hace varios años, antes de la existencia misma del correo electrónico, se abordaba sobre la delimitación de la frontera en el uso adecuado de los medios de comunicación utilizados como herramientas de trabajo y la posibilidad de vigilancia y control sobre el mismo por parte del empleador, en elementos tales como el teléfono. En el caso Halford contra el Reino Unido (Sentencia 20605/92, 1997), estudiado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se analizaron las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte del Reino Unido, siendo este Estado parte de dicho Convenio, a causa de las interceptaciones realizadas por la Policía al teléfono del trabajo de la Sra. Halford.

Ocurrió que una ex agente de la policía de Merseyside, que denunció la discriminación de sexo ya que habían negado su candidatura para ascensos repetidamente, le fue interceptada su línea telefónica laboral para obtener información relevante que le permitiera a su empleador, la Policía de Merseyside, plantear su defensa. Al respecto, la Policía argumentó que, por tratarse de un teléfono del trabajo, no debían contar con autorización judicial para ello.

El análisis del Tribunal se centra en establecer si hubo o no violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

Sobre la incursión o no de una injerencia que viole el artículo mencionado para el caso concreto, el Tribunal expresó:

“Se deducía claramente de la jurisprudencia del Tribunal que las conversaciones telefónicas procedentes de locales profesionales, así como del domicilio, podían comprenderse en las nociones de «vida familiar» y de «correspondencia» del artículo 8.1.

No existe ninguna prueba de que se hubiese avisado a la señora Halford, como usuaria de la red interna de telecomunicaciones puesta en marcha en las oficinas de la policía de Merseyside, de que las llamadas entrantes en el sistema podían ser interceptadas. El Tribunal considera que se podía considerar de forma razonable este tipo de llamadas como de carácter privado. En consecuencia, el artículo 8 es aplicable a las denuncias que se refieren a los teléfonos del domicilio y del despacho.” (Sentencia 20605/92, 1997)

Sobre la privacidad de su línea telefónica laboral manifestó el Tribunal:

“Como ha reconocido el Gobierno, existe una probabilidad razonable de que la policía de Merseyside haya interceptado las conversaciones telefónicas que la señora Halford realizaba desde su despacho, posiblemente con el objetivo principal de recoger informaciones para ampliar su defensa en el procedimiento que sobre discriminación inició la demandante. Semejante interferencia constituye una «injerencia de una autoridad pública», en el sentido del artículo 8.2.ii)

¿La injerencia estaba «prevista por la ley»?

La Ley de 1985 sobre escuchas telefónicas (interceptación de las comunicaciones) no es aplicable a las redes de comunicación internas gestionadas por las autoridades públicas como es el caso de la policía de Merseyside, y ninguna otra disposición de Derecho interno regulaba las escuchas realizadas en dichos sistemas. Ya que el Derecho inglés no ofrecía ninguna protección a la señora Halford, la injerencia no podía ser considerada como «prevista por la ley» y, por tanto, se ha violado el artículo 8.

(...)

El Tribunal considera que ha habido violación del artículo 13 en lo relativo a la queja respecto a los teléfonos de su despacho, puesto que la Ley de 1985 sobre interceptación de comunicaciones no contenía ninguna disposición que regulase las escuchas de llamadas telefónicas transmitidas por redes internas de comunicación explotadas por autoridades públicas, tales como la policía de Merseyside, y en consecuencia, la señora Halford no podía obtener una rectificación ante una instancia nacional.” (Sentencia 20605/92, 1997)

En el caso de Copland contra el Reino Unido, ocurrió que, en 1991 la Sra. Copland fue contratada por el Carmarthenshire College, que es un establecimiento de educación superior, siendo designada para 1995 como asistente personal del Presidente de dicho centro educativo y a finales del mismo año, se le llamó a trabajar con el nuevo Vicepresidente designado del centro educativo. Relata la sentencia que siendo julio de 1998 y estando de vacaciones:

“la demandante fue a otro campus del centro educativo en compañía de uno de sus directores, de sexo masculino. Inmediatamente después, la demandante supo que el vicepresidente había interrogado a personas de este último campus con motivo de su visita. Él habría dejado entender que ella tenía una relación sentimental con el director en compañía de quien fue vista.

10. Por instigación del vicepresidente, las llamadas telefónicas, el correo electrónico y las conexiones a Internet de la demandante en su lugar de trabajo fueron puestas bajo vigilancia. El Gobierno sostiene que esta medida tendía a determinar si la interesada hacía un uso excesivo de los recursos del centro educativo en interés de sus fines personales. Según él, el control de las llamadas telefónicas consistía en un análisis de las facturas telefónicas del centro

educativo, con el detalle de las llamadas salientes, el día y la hora de las llamadas así como su duración y coste. (...)

Según el Gobierno, las llamadas telefónicas de la demandante fueron controladas durante algunos meses, hasta alrededor del 22 de noviembre de 1999. La demandante estima, por lo que a ella respecta, que esta vigilancia duró un poco más de dieciocho meses, hasta noviembre de 1999.

11. El vicepresidente vigiló igualmente el uso de Internet de la demandante. El Gobierno reconoce que esta medida consistía en analizar las páginas visitadas por la demandante, así como el día, la hora y la duración de las visitas, y que la medida se aplicó de octubre a noviembre de 1999. La demandante no ha efectuado ninguna observación sobre las modalidades de vigilancia de sus conexiones a Internet, pero estima que esta medida fue aplicada por más tiempo del que admite el Gobierno.

15. En la época de los hechos, ninguna regla en el centro educativo regía la vigilancia de las llamadas telefónicas, del correo electrónico, o de las conexiones de los empleados a páginas web.

16. Hacia marzo o abril del 2000, la demandante supo por otros miembros del personal del centro educativo que, entre 1996 y finales del año 1999, varias de sus actividades habían sido vigiladas por el vicepresidente u otras personas actuando en nombre de éste.

Ella piensa igualmente que el vicepresidente, u otras personas actuando por cuenta de éste, entraron en contacto con algunos destinatarios de sus llamadas telefónicas con el fin de identificar a los autores de las llamadas o de determinar el propósito de las mismas.

Por otra parte, la demandante cree que el vicepresidente conoció del contenido de un mensaje confidencial que ella había dirigido por copia telemática a sus abogados y que sus desplazamientos personales, tanto en el ámbito profesional como durante sus vacaciones anuales o sus bajas por enfermedad, eran vigilados.”

Ya sobre el análisis jurídico de los hechos probados, argumenta el Tribunal:

“18. En el momento de los hechos, no existía en derecho inglés ninguna norma de aplicación general que protegiera la vida privada.

19. Tras la entrada en vigor, el 2 de octubre del 2000, de la ley de 1998 sobre los derechos humanos (Human Rights Act 1998), los tribunales están obligados, en la medida de lo posible, a interpretar y aplicar la legislación primaria de una manera compatible con los derechos reconocidos por el Convenio.

(...)

20. La ley de 2000 que reglamenta los poderes de investigación (Regulation of Investigatory Powers Act 2000, «la ley de 2000») ordena la cuestión de la interceptación de las comunicaciones. El reglamento de 2000 sobre la interceptación de las comunicaciones en el ámbito profesional (Telecommunications (Lawful

Business Practice) Regulations 2000), adoptado en aplicación de la ley de 2000, entró en vigor el 24 de octubre del 2000.

Esta norma enuncia las condiciones en las cuales el empleador puede registrar o vigilar las comunicaciones de sus empleados (por ejemplo, su correo electrónico o sus llamadas telefónicas) sin su consentimiento o el de su interlocutor. El empresario tiene la obligación de tomar medidas razonables para informar a sus empleados de que sus comunicaciones son susceptibles de ser interceptadas.”

Recolectando diversos antecedentes jurisprudenciales, el Tribunal recuerda que los contratos de trabajo se encuentran regidos por el principio de buena fe, del cual también se deriva en un vínculo de confianza y lealtad nacido entre ambas partes, conforme al cual no resultan dables las injerencias arbitrarias que el empleador pueda hacer a las comunicaciones del trabajador. De esta manera, no le es dable al empleador romper dicho principio sin motivo legítimo y razonable, conforme al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para realizar un seguimiento o interceptación de comunicaciones, por más que sean medios brindados por este.

Sobre la capacidad del empleador de ejercer vigilancia sobre el correo electrónico, teléfono y conexión a internet de un trabajador o trabajadora, señala que según su jurisprudencia:

“(…) las llamadas telefónicas que emanan de los locales profesionales están a priori comprendidas en los conceptos “vida privada” y “correspondencia” en el sentido del artículo 8.1 (Halford precitado, 44, y Amann c. Suiza [GC], no 27798/95, 43, CEDH 2000-II). Se sabe lógicamente que los correos electrónicos enviados desde el puesto de trabajo deben beneficiarse de la misma protección a título del artículo 8, de la misma manera que los elementos que se desprenden de una vigilancia del uso que una persona hizo de Internet.

42. No habiendo sido advertida de que sus llamadas corrían el riesgo ser vigiladas, la demandante de autos podía razonablemente creer en el carácter privado de las llamadas realizadas desde su teléfono profesional (Halford precitado, 45). Y lo mismo se desprende para sus correos electrónicos y sus conexiones a Internet.”

Así las cosas, la sola vigilancia no está permitida sino en virtud de una autorización de autoridad competente y, en todo caso, debe ser advertido a la persona que es posible que realicen tal vigilancia. Y, en el caso concreto, reveló que la violación ocurrió por la vigilancia mencionada, siendo irrelevante que la información no haya sido divulgada o presentada en el marco de un proceso disciplinario o de otro tipo, señalando:

“El Tribunal estima que la colecta y la conservación, sin que la demandante tuviera conocimiento, de sus datos de carácter personal en relación al uso que ella hacía del teléfono, del correo electrónico y de internet han constituido una injerencia en el ejercicio del derecho de la interesada al respeto a su vida privada y a su correspondencia, en el sentido del artículo 8.”

Y agrega:

“47. El Tribunal no está convencido de la tesis del Gobierno según la cual la ley habilitaba al centro educativo a “tomar todas las medidas útiles y necesarias” para asegurar la misión de la enseñanza superior. Por otra parte, el Gobierno no busca demostrar la existencia, en el momento de los hechos, de cualquier norma, sacada sea del derecho interno general o bien de los textos estatutarios del centro educativo, que hubiera regulado los casos en el que los empleadores podrían vigilar el uso por sus empleados del teléfono, del correo electrónico y de Internet.”

Ya para un caso ubicado en España, se dictaminó que existía una nulidad de la sentencia condenatoria en un proceso penal, debido a que se realizó el acceso sin autorización del trabajador al ordenador personal de un directivo, catalogando este amparo como el derecho a la protección del entorno virtual. Dice la sentencia que al acusado se le señala por acción u omisión de *“una serie de operaciones comerciales de compra y venta de pescado con perjuicio patrimonial para TRIMARINE (por soporte de un sobrecoste, por pérdida de un margen comercial o por falta de recuperación del precio) y con correlativo beneficio personal para él o para sociedades con las que ostenta vínculos. (...)”*. La Sala examina el recurso interpuesto por el acusado, conforme al cual busca: *“la nulidad del examen efectuado del ordenador personal del acusado y, consiguientemente, la inutilizabilidad de todas las pruebas derivadas de ese escrutinio en el que se pudo acceder -se dice- a miles de correos electrónicos del acusado. Estaríamos ante pruebas afectadas por la prohibición consagrada en el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) y, por tanto, inaptas para fundar una condena.”*

Sobre el acceso a los correos electrónicos existentes dentro del ordenador utilizado por el recurrente, dijo el Tribunal:

“e) El acusado no había asumido, al menos de forma explícita, la obligación de usar el ordenador en exclusiva para actividades o comunicaciones de la empresa. No existía prohibición de comunicaciones ajenas a sus funciones como gerente.

f) Tampoco había sido advertido de una hipotética reserva por parte de la empresa de su facultad para examinar tal dispositivo. Ni expresa ni tácitamente autorizó que la empresa pudiese acceder a las cuentas de correo usadas por él.

*g) No ha quedado fehacientemente demostrado que el ordenador fuese de la titularidad de la empresa. **Este dato -hay que apostillar- es irrelevante**, como aclara incidentalmente con acierto la sentencia: **lo importante a los efectos que ahora interesan no es la titularidad real, sino quién sea el usuario (y si lo era o no con exclusividad**; hay que presumir que sí: nadie ha insinuado un uso compartido).*

(...)

TERCERO.- La extensión que deba conferirse a las facultades de supervisión del empresario en el marco de una relación laboral y, en concreto, si está habilitado para verificar el uso que da uno de sus empleados a los dispositivos informáticos o aquellos otros aptos para comunicaciones puestos a su disposición es cuestión salpicada de aristas, matices y recovecos. Contamos con un relativamente nutrido ramillete de resoluciones de distintos ámbitos jurisdiccionales. Su doctrina no siempre ha sido homogénea. Ni es lineal. Se detectan algunas discrepancias y muchos matices diferentes, a veces manifestación de una evolución interpretativa.

(...)

Que hay derechos fundamentales en juego nadie puede dudarlo: como se ha dicho gráficamente, con frase feliz y, por ello muy repetida, los trabajadores no dejan ni su intimidad ni el resto de sus derechos en las puertas de la oficina o empresa.

También es una obviedad por nadie discutida que la relación laboral impone modulaciones, en esos derechos, aunque nunca absolutas, como se ha preocupado de resaltar la jurisprudencia (vid arts. 18 y 20.3 del Estatuto de los trabajadores; de redacción un tanto obsoleta y no acompañada con las nuevas -o ya no tan nuevas- realidades tecnológicas). Esas limitaciones admisibles en el seno de la relación empresario-trabajador no serían sin más extrapolables a otros ámbitos (vid. voto particular de la STC 26/2018 (LA LEY 21929/2018), de 3 de marzo).

*"...hemos declarado -afirma nuestro Tribunal Constitucional- que la **intimidad protegida por el art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978) no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada** (STC 12/2012, de 30 de enero (LA LEY 2303/2012), FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que **el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales** (SSTC 98/2000, de 10 de abril (LA LEY 78877/2000), FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)". (vid igualmente STS -Sala 4ª- 119/2018, de 8 de febrero (LA LEY 4068/2018)).*

CUARTO. - Cuáles sean los derechos fundamentales implicados en la descrita medida intrusiva de investigación o vigilancia es punto que necesita aclaración. No es baladí. El nivel de protección y los requisitos para una injerencia legítima varían según cuál sea el derecho afectado. Una cosa es el derecho al secreto de las comunicaciones blindado en el art. 18.3 CE (LA LEY 2500/1978); otra la intimidad; y otra el derecho a la autodeterminación informativa. Hay puntos comunes e interferencias pero su reconocimiento constitucional está diferenciado. Eso arrastra a regímenes legales no idénticos. No son derechos coextensos ni asimilables en su blindaje normativo.

***Para entrometerse en las comunicaciones ajenas en curso es indispensable consentimiento o autorización judicial.** A ese supuesto alude principalmente la famosa y por todas citada STS 528/2014 (LA LEY 84992/2014)(ponencia del*

Excmo. Sr. D. José Manuel Maza). De ahí que introduzca en el obiter dicta que representa todo su discurso sobre este tema, una incidental pero relevante modulación: **no es lo mismo un proceso de comunicación en marcha que un proceso de comunicación cerrado. Solo el primero está indiscutiblemente vinculado al derecho al secreto de las comunicaciones.** En el segundo caso se detectan profundas diferencias. Estaremos más bien en el campo de la intimidad, la privacidad o, en su caso, la autodeterminación informativa.

A este argumento se agarran sentencia de instancia, querellante, y Ministerio Fiscal para rechazar las conclusiones que pretende alcanzar el recurrente: se habría accedido a correos ya recepcionados. No hubo necesidad de abrirlos ex novo. Esa actuación se asemeja, no a la interceptación de una correspondencia que no ha llegado todavía a su destinatario, es decir, en tránsito, sino a la incautación, v. gr., de la carpeta donde guarda alguien sus cartas abiertas y ya leídas.

(...)

En esa línea es relevante alguna consideración que extraemos de la STC 70/2002, de 3 de abril (LA LEY 3534/2002): "**(...) la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos**". (...)

Se puede ver afectada la intimidad pero no la inviolabilidad de las comunicaciones. Y la afectación de la intimidad no exige siempre como presupuesto autorización judicial.

(...) Se aprecia una diferencia no simplemente cuantitativa, sino también cualitativa entre lo que supone registrar los cajones de la mesa que un empleado despedido venía utilizando, o sigue usando; y el acceso a un dispositivo electrónico de exclusivo uso como es un ordenador. En este caso hay un plus determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa." (Sentencia 489, 2018) (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De esta manera y como normas generales de protección de datos personales, no importa cuándo, no importa cómo, pero sí que importa quién en términos de acceso y tratamiento de información dentro del correo electrónico. Si el trabajador es usuario, este debe conocer previamente de las medidas de seguimiento a las que está sometido y una vez ha recibido el correo mismo, le cobijan normas sobre injerencia en la privacidad de la persona.

Ahora bien, específicamente en la jurisdicción social se ha resaltado el papel creador que tiene la costumbre como fuente del derecho, pero ha limitado con claridad su alcance.

Recalca que el hecho de la aceptación general del uso moderado para efectos personales a elementos de trabajo como el correo electrónico y demás medios electrónicos, no implica que sean usos totalmente aceptables y que no tienen la virtud de eliminar el control empresarial, existe una línea intermedia donde se permite la esencia humana misma del trabajador y los eventuales usos personales de manera moderada con protección del derecho a la intimidad y conforme a la dignidad humana, y el inspección empresarial en el ejercicio del poder subordinante para el ejercicio adecuado de la actividad laboral.

Dijo al efecto la sentencia de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Superior:

“(...) la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio”.

*El reconocimiento de esa expectativa impone el deber a la empresa de poner en conocimiento del trabajador los mecanismos que el empresario se reserva para hacer realidad ese control. "... **Lo que debe hacer la empresa -razona la sentencia- de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos,** así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (LA LEY 16/1950) ”.*

La sentencia, pese a reconocer -con cita de la sentencia del TEDH de 3 de abril de 2007- la conexión entre el derecho a la intimidad y la información que proporciona el conocimiento de la navegación por Internet, sugiere la necesidad de un distinto tratamiento entre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, derivado del uso del correo electrónico, y otras manifestaciones de la intimidad. Fruto de esas reflexiones será la confirmación de la ilegalidad

del despido del recurrente: "... en efecto, en el supuesto de que efectivamente los archivos mencionados registraran la actividad del actor, la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a su intimidad en los términos a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos. Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, "se siguió con el examen del ordenador" para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada. De esta forma, no cabe entender que estemos ante lo que en el ámbito penal se califica como un "hallazgo casual" (sentencias de 20 de septiembre, 20 de noviembre y 1 de diciembre de 2006), pues se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba".

La STS de 8 de marzo de 2011 (Sala 4ª) insiste en esas bases maestras: "... no consta que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso".

La clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. *Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad. Sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador (deducible o explícito) de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario, legitimaría el acto de injerencia en los sistemas informáticos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja.*

*La doctrina vuelve a aparecer en la STS de la misma Sala de 6 de octubre de 2011. La empresa había enviado a todos los trabajadores una carta, recibida y firmada por quienes luego resultaron despedidos, "... quedaba terminantemente **prohibido el uso de medios de la empresa** (ordenadores, móviles, internet, etc.) **para fines propios tanto dentro como fuera del horario de trabajo**". Transcurridos unos meses de la recepción de esa misiva, la empresa decidió hacer una comprobación sobre el uso de sus medios de trabajo para lo que procedió a la motorización de los ordenadores de los trabajadores afectados. Para ello se valió de la instalación de un "software de monitorización" que la sentencia de instancia definía como "... un sistema "pasivo" poco agresivo que no permitía acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseñas de cada uno de los usuarios".*

El Pleno de la Sala de lo Social -con cinco votos particulares que disientían del criterio mayoritario- declaró la procedencia del despido, confirmando así el criterio de la instancia. Lo que singularizaba el presente caso -se razona- era que "... existía una prohibición absoluta que válidamente impuso el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino entre las sospechas fundadas de que se estaban desobedeciendo las órdenes impartidas al respecto. Y sentada la validez de prohibición tan terminante, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario".

Hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. En el primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida.

En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa "cesión" anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual." (Sentencia citada en Sentencia 489, 2018) (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Como lo presenta la sentencia, el correo corporativo es una herramienta de trabajo respecto de la cual el empleador se encuentra legalmente habilitado para ejercer control, pero teniendo en cuenta el margen de uso personal que el trabajador puede hacer el mismo, es importante que el empleador establezca de manera previa y clara a cualquier tipo de control, los estándares de uso de tal herramienta y los monitoreos que realizará. De esta manera, el trabajador conoce de manera previa los límites para el uso de esta herramienta y las eventuales intromisiones que pueden ocurrir en el derecho a su intimidad si incurre en usos no autorizados por el empleador.

En otra causa llevada ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España (Sentencia 4086/2015, 2015), se conoció de un conflicto sobre la aplicación de una cláusula que la empresa UNÍSONO SOLUCIONES DE NEGOCIOS, S. A. dispuso en todos los contratos de trabajo, en la cual se disponía:

"Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico, mediante mensaje de texto o documento adjunto al mismo, según los datos facilitados por el trabajador

a efectos de contacto. Cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente y a la mayor brevedad posible”

Para resolver la procedencia de la inclusión de esta disposición, el Tribunal ponderó el derecho a la libertad de empresa versus los derechos fundamentales del trabajador, concluyendo que las facultades del empresario, que incluyen las sancionatorias y las organizativas, no pueden ser llevadas a tal punto que deriven en resultados lesivos a los derechos fundamentales del trabajador, ya que estos últimos son prevalentes. De tal manera que las cláusulas incluidas en los contratos de trabajo deberán modularse ante la posición preeminente de las garantías superiores a favor del trabajador.

En tal sentido, aclara el Tribunal, no es procedente el argumento empresarial según el cual, no se requiere autorización previa del trabajador para el tratamiento de sus datos personales, sobre información como correo electrónico y número de teléfono celular; esto teniendo en cuenta que dicha posibilidad solamente aplica, según el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), en el caso de que se tratara de datos “sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento” ya que estos datos no son imprescindibles para adelantar el contrato celebrado, puesto que *“la relación laboral pueda desenvolverse -lo ha venido haciendo hasta las recientes fechas en que tales avances tecnológicos eran inexistentes- sin tales instrumentos, evidencia que no puedan considerarse incluidos en aquella salvedad general.”* (Sentencia 4086/2015, 2015).

En Colombia, aún se está construyendo normatividad y jurisprudencia sobre este asunto. La primera sentencia constitucional que se refirió al alcance del derecho a la intimidad en el entorno laboral fue la producida dentro del proceso de acción de tutela T-574/17 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo. Allí se analizó el caso de un trabajador que realizó la siguiente afirmación a través de un mensaje de voz por un grupo de *WhatsApp* denominado “Distribuciones Cúcuta”, el cual fue creado por su exjefe, donde afirmó:

“Compañeros con respecto a las recargas, sino las autoriza la empresa, pues no llamen al cliente, no llamen al vendedor, dejen, solucionen ustedes mismos, si tienen que anular una factura, anúlenla, si tienen que dejar de cobrar un pedido y no entreguen un pedido, no lo entreguen, pero no sigan haciéndose a la manipulación de la empresa. Otro golpe más para ustedes como trabajadores, vio, entonces ahí está la muestra de que la empresa por un lado suaviza y por el otro lado golpea, entonces dense cuenta de eso compañeros”

Esta afirmación fue considerada por el empleador como:

“incumplimiento de parte a las obligaciones y/o prohibiciones laborales a su cargo en calidad de trabajador, dado que usted presuntamente incitó a los ayudantes de distribución a faltar con el deber y responsabilidades propias del cargo enviando mensajes (audios) por un grupo de WhatsApp”

creado por el anterior jefe de logística, denominado Distribuciones Cúcuta, el cual está destinado a dar información [sobre] temas laborales, de operación y de interés, entre otros; adicionalmente, por el mismo grupo de WhatsApp difundió comentarios desfavorables sobre la empresa.”

Para realizar el juicio de proporcionalidad y entender el grado de protección a la intimidad aplicable a la situación bajo estudio, el alto tribunal analiza la amplitud aplicable del derecho a la intimidad a través del tamiz del espacio y del contexto concreto de la causa. En este sentido, concluye que *“la clasificación del tipo de espacio es un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica, al menos prima facie, en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento.”* (Sentencia T-574, 2017)

Sobre el grado de protección del derecho a la intimidad en el lugar de trabajo, existe una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, dentro de la cual pueden ubicarse las sentencias T-405 de 2007, T-768 de 2008 y T-574 de 2017, en la cual se le otorga un carácter semiprivado. Esto debido a que las acciones y relaciones que ocurren allí tienen una naturaleza muy diferente a las que ocurren en la residencia, que son eminentemente privadas; de tal manera que en este caso el grado de protección opera de manera diferente.

En uno de los casos estudiados por la Corte, se concluyó que a pesar de tratarse de una herramienta asignada por el empleador para el ejercicio de las funciones propias del cargo, sustraer información personal de este equipo sin autorización de su titular, constituye una clara violación del derecho a la intimidad de la trabajadora, a quien en el caso particular, el empleador tomó un grupo de fotografías privadas, donde aparecía semi desnuda y desnuda, que posteriormente fueron impresas y exhibidas ante los padres de la trabajadora y los miembros de la junta directiva de la empresa. Dice la Corte sobre el particular:

“(…) hubo una indebida intromisión en una información que sólo concernía a su titular, y que estaba amparada por la reserva que impone el derecho a la intimidad personal. La relación laboral existente entre actora y demandada no autorizaba esta invasión a aspectos de la vida privada de la primera, por antiestético, desagradable o “escabroso” como lo define la demandada, que le pareciera el contenido de las imágenes que halló en el archivo auscultado. Se trataba de una información que revelaba escenas de la vida personal de la actora, sin incidencia alguna en su desempeño laboral (…)”. (Sentencia T-405, 2007)

En este caso, se sentenció que existió violación de los derechos fundamentales a la intimidad, honra y buen nombre, así como a la autodeterminación, ya que se trata efectivamente de información personal que, sin importar dónde se encuentre almacenada,

está amparada por el derecho a la intimidad y, en ese sentido, requiere de autorización previa de su titular para su acceso.

Pero, por otro lado, se analizó en 2008 el caso de un trabajador que fuera grabado por las cámaras instaladas en el lugar de trabajo, besando a una compañera de trabajo. Allí se concluyó que:

“no se había vulnerado el derecho a la intimidad puesto que la instalación de las cámaras así como la captación de las imágenes que a través de ellas se hizo (i) obedecía al tipo de actividad desarrollada; (ii) tenía como propósito proteger los intereses de la entidad así como valorar el desempeño de sus trabajadores; y (iii) “era de pleno conocimiento por cada uno de sus empleados”. Adicionalmente, la Corte señaló, refiriéndose a una de las cámaras que había sido instalada de manera subrepticia -debido a que el demandante obstruía una de las integradas al sistema de monitoreo-, que no se había violado el derecho a la intimidad “teniendo en cuenta los argumentos presentados por el banco acerca de la obstrucción del actor de las medidas que si eran conocidas, toda vez que se trataba de verificar su conducta y, por tanto, la Sala estima que, en este sentido, no resultaba desproporcionado que el banco instalara otras medidas para verificar y tener como prueba el cumplimiento de las obligaciones laborales del actor, aunado a que la utilización y uso de las imágenes recaudadas fueron adecuadas, puesto que no excedieron su finalidad, ya que giraron en torno al cumplimiento de medidas de seguridad o la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales”. (Sentencia T-768, 2008)

Así las cosas, para la Corte Constitucional de Colombia, el amparo al derecho fundamental a la intimidad en el lugar de trabajo se puede ponderar teniendo en cuenta: (i) si se trata de información íntima, sensible o que sólo le interesa a una persona en particular en atención al tipo de actividad que se desarrolle, y (ii) si los empleados tienen o no conocimiento acerca del seguimiento de sus actividades. (Sentencia T-768, 2008)

Ahora bien, también recuerda la Corte Constitucional en su sentencia T-574-17, que “en la Sentencia del 5 de septiembre de 2017 (Bărbulescu v. Romania), el Grand Chamber de la Corte Europea de Derechos Humanos estudió si la decisión del empleador de terminar el contrato estuvo fundamentada en una violación al derecho a la privacidad del empleado en concordancia con lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europea de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada.” (Sentencia T-574, 2017)

De acuerdo con los hechos del caso, el empleador accedió a la cuenta del empleado de mensajería instantánea de Yahoo, la cual había sido creada por solicitud del primero. Las regulaciones internas laborales no contenían referencia alguna a la posibilidad del empleador de monitorear las comunicaciones de sus empleados. Por lo anterior, la Corte consideró que la mensajería instantánea es una de las formas de comunicación que habilitan a los individuos a tener una vida social privada. Aunque el empleador había prohibido el uso personal de las herramientas tecnológicas, pero no había sido informado de la posibilidad de que se monitoreara el contenido de sus mensajes, la Corte determinó

que se configuró una violación a la privacidad del empleado, ya que “las instrucciones del empleador no pueden reducir la vida social privada del empleado en el espacio laboral a cero. El respeto a la vida privada y a la privacidad de la correspondencia sigue existiendo, incluso si ésta puede ser restringida en lo que sea necesario”. Al no haber informado ni obtenido la autorización del empleado de la posibilidad de monitorear el contenido transmitido en la mensajería instantánea de Yahoo, el empleador no tenía la facultad de restringir la intimidad del empleado accediendo a su correspondencia y menos fundamentar su despido en dicho monitoreo. (Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de septiembre de 2017. (Aplicación no. 61496/08).” (Sentencia T-574, 2017)

Por otro lado, a través de una sentencia del 7 de octubre de 2013, el Tribunal Constitucional Español dispuso:

“Nuestra doctrina ha establecido también ciertas matizaciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE.

Hemos tenido ocasión de precisar que el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un «criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)» (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Asimismo hemos de tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, «el derecho a la intimidad no es absoluto –como no lo es ningún derecho fundamental–, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado» (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10)” (negrillas no hacen parte del texto original). (Sentencia T-574, 2017)

Este análisis del derecho a la intimidad en el entorno laboral se centra en el lugar típico, tradicional, común, la fábrica. Pero la innovación y la tecnología llevan varios años presentando nuevas maneras para conectarse y, en consecuencia, han surgido nuevas maneras de organizar el trabajo, nuevas formas de empleador y nuevas formas de trabajadores.

En ese sentido, conviene analizar qué sucede con el derecho a la intimidad, cuando el lugar de trabajo es la residencia del trabajador, como sucede en el caso del teletrabajo o

cualquier otra modalidad de trabajo que lleva a lugares diferentes de la estructura empresarial típica. Ocurre que en este caso la facultad de dirección del empleador, derivada de la subordinación jurídica proveniente del contrato de trabajo, acude a elementos tecnológicos para ser ejercida, llegando a detalles tales como la activación de la cámara web incluida en los equipos de cómputo, para verificar que es el trabajador quien está prestando personalmente el servicio contratado; el acceso remoto a los mismos mediante VPN (Virtual Private Network), Red Privada Virtual en español, para tener acceso irrestricto y en cualquier momento al computador utilizado por el trabajador; control del navegador web del trabajador (quien es quien paga el servicio de internet de su residencia, en algunos casos), para limitar el contenido que puede y no puede ver el trabajador; mediciones del tiempo en que el equipo está suspendido, prendido y apagado, para conocer exactamente cuáles son los tiempos de actividad y tiempos muertos durante la jornada de trabajo; lectura de la información compartida mediante la nube; escucha de las llamadas realizadas, en teléfonos corporativos o en programas de videoconferencia, para conocer en qué términos se desempeña el trabajador; entre otros asuntos que aparecen hoy y que en el futuro seguirán mutando y avanzando a niveles que hoy solo podemos imaginar. Este conjunto de medidas, conducen a un grupo de mediciones detalladas a niveles insospechados, que tensionan aún más la protección al derecho a la intimidad del trabajador y, en la misma medida, al derecho a la dignidad humana del trabajador.

En el caso de España, hay un tratamiento específico de esta materia cuando se refiere al trabajo a distancia con carácter regular. Con la nueva Ley 10/2021, de 9 de julio, se ha dispuesto de un artículo específicamente dedicado a tal fin, el número 17, que dicta:

“Sección 5.ª Derechos relacionados con el uso de medios digitales.

Artículo 17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos.

1. La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados.

2. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.

3. Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras.

Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia.”

Y también resulta importante lo contemplado por el artículo 6 de la misma norma, ya que se encarga de exigir al empleador claridad en las condiciones para el trabajo a distancia, siendo obligatorio pactarlo por escrito de la siguiente manera:

Artículo 6. Obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia.

*1. El acuerdo de trabajo a distancia deberá realizarse por escrito. Este acuerdo podrá estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, pero **en todo caso deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia.***

2. La empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos.

Esta copia se entregará por la empresa, en un plazo no superior a diez días desde su formalización, a la representación legal de las personas trabajadoras, que la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega.

Posteriormente, dicha copia se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de las personas trabajadoras también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Esto garantiza, en primer lugar, que el trabajador que esté desarrollando actividades fuera de los locales del empleador, tenga por escrito cuáles son las condiciones en las cuales las desarrollará y, en segundo lugar, cómo se le monitoreará.

La norma es amplia, clara y armónica con las disposiciones contempladas por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, la cual aborda el asunto de la protección de los datos personales y la garantía de los derechos digitales, ya que se refiere precisamente a aspectos como el derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, protección de datos y derecho a la desconexión digital y también tiene en cuenta el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de

2016, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Para la prestación personal del servicio a cargo del trabajador, la tecnología ha permitido su ejecución fuera de las instalaciones de la empresa, desde el domicilio mismo del empleado adelantar el trabajo por medios telemáticos, o incluso desde centros de recursos compartidos, en fin. Desde cualquier lugar del mundo, prescindiendo de la presencia física obligatoria del trabajador en las instalaciones de la empresa, pero manteniendo la prestación del servicio requerida.

La regla normativa general, dicta que las medidas de seguimiento que el empleador utilice deberán ser proporcionales al fin perseguido, respetando el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador. Esto implica en todo caso, una regla aparentemente simple a una infinidad de herramientas cada vez más complejas y menos controladas para adelantar dicho seguimiento de control administrativo y aún más judicial. Una vez más, el derecho está reaccionando muy lentamente frente al vertiginoso cambio de la tecnología.

Es así como uno de los puntos más controversiales en este asunto, se centra en dónde dibujar la línea entre la vigilancia tecnológica y la dignidad e intimidad del trabajador. Como atrás se describió, puede decirse que el empleador tiene limitado el acceso a información personal, íntima del trabajador, que solamente le incumbiese a este, así se encuentre en los equipos brindados por esta para la prestación de la labor. Vale decirlo, el empleador no puede tener acceso o utilizar sin la autorización expresa y libre del trabajador, a aquella información que no sea expresamente laboral. Y, a su paso, las medidas que el empleador tome para vigilar el desempeño del trabajador son procedentes y habrán de limitarse a medir directamente las actividades laborales.

Se están desarrollando tecnologías actualmente por empresas como *Humanize* que llevan la medición de datos en el entorno laboral a nuevos niveles. La empresa recolecta todo tipo de información a través de un dispositivo conectado vía bluetooth para analizar cómo están utilizando el tiempo de trabajo, los datos recolectados son: si el trabajador está o no hablando, si se está moviendo o sentada en el escritorio, dónde está ubicado dentro de la oficina y la proximidad a otras personas utilizando este tipo de herramienta. A pesar de que *Humanize* promete mantener el anonimato de los datos recolectados del trabajador y cumplir con la Regulación Europea para la Protección General de Datos (EU) 2016/679 (GDPR) y la Ley de California para la privacidad del cliente (CCPA), la cantidad de datos recolectados es bastante específica y la controversia con los derechos a la intimidad del trabajador está a la orden.

En el caso de Colombia, el paisaje jurisprudencial sobre el manejo de los datos personales y el derecho a la intimidad de las personas en diferentes ámbitos es variado, pero concentrando la investigación al ámbito laboral, habrá de decirse lo siguiente.

Mediante sentencia de constitucionalidad C-094 de 2020, la Corte Constitucional analizó una demanda de inconstitucionalidad en contra de varios artículos del Código de Policía, dentro de los cuales se buscaba establecer vigilancia a través de cámaras en diversos

lugares. Analizando el rango sobre el cual se buscaba amparar el derecho a la intimidad, dijo la Corte:

*“8. De manera particular, se ha considerado que el **espacio privado** es el lugar en el que **las personas desarrollan su personalidad y ejercen su intimidad de manera libre en un ámbito inalienable, inviolable y reservado** (Corte Constitucional, sentencia T-574 de 2017). En este sentido, si bien el **espacio privado se asocia con el concepto de domicilio, según la Corte, va más allá de la idea prevista en el Código Civil, abarcando “además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia” (Corte Constitucional, sentencia C-041 de 1994.)”*** (Sentencia C-094, 2020)

En ese contexto, recordó que la vigilancia con cámaras de seguridad le está permitida al empleador en el ejercicio de su poder disciplinable sobre los trabajadores o para garantizar la seguridad en el establecimiento y conforme a varios criterios razonables, tales como la ubicación en lugares de trabajo, la finalidad de la instalación de la cámara en tales sitios, conocimiento de los trabajadores de la instalación de tales cámaras, entre otros.

En la sentencia C-881 de 2004 de la Corte Constitucional se denominó como “espacio semi-privado o semi público”, a los lugares de trabajo como la oficina, establecimientos públicos de la empresa, en los cuales la expectativa de privacidad es menor frente a aquellos lugares que son totalmente privados.

Como máxima corporación de justicia de la jurisdicción ordinaria, lo que incluye la especialidad laboral, la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que el poder subordinante del empleador termina donde empieza el derecho a la intimidad de este y su dignidad humana. En sentencia dictada dentro del proceso identificado con el radicado 05001- 22-03-000-2007-00230-01 de 2007, señaló:

“(…) De tenerse que efectuar la revisión de contenidos de los mensajes grabados en los discos compactos, el Tribunal de Arbitramento deberá respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores de Química Amtex S.A. en relación con los mensajes de datos que, luego de la verificación que el Tribunal realice, ostente carácter privado o personal de los funcionarios, y que, por encontrarse en las direcciones de correo electrónico de la sociedad, hubieren sido grabados en los discos compactos en que se recogió la información. De igual modo, el Tribunal velará porque la privacidad de los trabajadores se respete cabalmente por las partes del mencionado conflicto arbitral, por los apoderados judiciales de éstas, por el auxiliar de la justicia y los técnicos en sistemas que intervinieron en la inspección judicial con exhibición de documentos allí surtida” (Sentencia, 2007)

Unos años más adelante, regresando a la jurisdicción constitucional y máxima intérprete de la Carta Superior, mediante la sentencia de tutela T-574 de 2017, la Corte Constitucional de Colombia señaló, acudiendo para ello a jurisprudencia española:

“La expectativa de privacidad es, entre otros, un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros.

Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros, por un lado, y si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla, por otro. Este doble análisis exige considerar criterios subjetivos y objetivos a efectos de valorar, en cada caso, si quien solicita la protección en realidad podía suponer o confiar que las informaciones o contenidos no podrían circular.

Así por ejemplo en la sentencia ya referida del Tribunal Constitucional Español -sentencia de fecha 7 de octubre de 2013- dicho Tribunal sostuvo: “Nuestra doctrina ha establecido también ciertas matizaciones en cuanto al alcance de la protección del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE. Hemos tenido ocasión de precisar que el ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un «criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)» (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Asimismo hemos de tener en cuenta que, conforme a nuestra reiterada doctrina, «el derecho a la intimidad no es absoluto –como no lo es ningún derecho fundamental–, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado» (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10)” (negritas y subraya no hacen parte del texto original).”

De esta manera, se encuentra que el ejercicio de la capacidad de subordinación del empleador y ejercicio de la vigilancia del trabajador mediante los nuevos mecanismos proporcionados por la tecnología es válido, en tanto la misma respeta los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente el derecho a la intimidad y la

expectativa de privacidad, conforme a varios criterios de comunicación previa y establecimiento de medidas claras y públicas de monitoreo dispuestas por el empresario.

En todo caso, este conjunto de garantías tiende a estar delimitadas para las relaciones de trabajo típicas y amparadas por el principio protector del derecho laboral. Fuera de ello, una vez más, el trabajo atípico está desamparado y simplemente es invisible a este tipo de consideraciones. Su protección no estaría derivada de los límites legales impuestos a los empleadores y a su facultad de control al ejercicio de la actividad laboral, sino a la garantía constitucional del derecho a la intimidad en el ejercicio de una actividad comercial, que es donde generalmente se le ubica en términos de igualdad a las personas naturales que prestan servicios en beneficio de una empresa.

4.2.8.2. Los sistemas de comunicación y su influencia en el ámbito laboral.

El uso de los sistemas de comunicación en el marco del trabajo tiene varias aplicaciones, la más esencial se refiere a la transmisión de información entre empleador y trabajador, pero con la llegada de nuevas maneras de comunicarse, también aparecen nuevas reglas o nuevos tipos de aplicaciones a establecerse para el ejercicio del trabajo.

Se pasó de las comunicaciones escritas entregadas directamente a la mano del trabajador dentro de la jornada de trabajo, a la comunicación inmediata a cualquier hora del día en cualquier día del año, mediante los correos electrónicos, los mensajes cortos, de voz o videos enviados por distintas aplicaciones móviles tales como WhatsApp.

El internet y las redes sociales revolucionaron la manera de relacionarnos para trabajar. Buscar trabajo, poner en contacto amigos que buscan u ofrecen trabajo, promocionarse como autónomo, capacitarse, compartir información acerca de lo que sucede en el desarrollo del trabajo como eventos, publicaciones, ascensos o cambios de empleo, entre otros asuntos, son aspectos que antes raramente conocíamos o desarrollábamos tan abierta y globalmente.

También ha significado una fuerte confusión en lo que se refiere a las fronteras cuándo, cómo y dónde desarrollar el trabajo, además de cómo compaginarlo con la vida personal. sobre cuándo y cómo realizarlo, ya he abordado en diversos capítulos. Pero sobre este último aspecto, de la vida personal, su manera de entrelazarse con la vida laboral, así como el papel que en ello tienen las nuevas formas de comunicación permitidas por la tecnología e innovación, me referiré ahora.

La posibilidad de una comunicación instantánea, en cualquier parte del mundo en cualquier momento definitivamente cambió la manera de compartir la información y en este aspecto, las redes sociales han resultado ser un escenario donde las personas compartimos los aspectos de cada uno de nuestros pasos. Nuestra vida está enteramente reflejada en línea.

Pensemos que no hace más de 25 años nacía la primera red social de la mano de la empresa *Six Degrees*, que permitía a un número limitado de usuarios tener un perfil propio e interactuar con listas de amigos. Luego llegarían otras plataformas como Asian Avenue, Blackplanet y MiGente, que en conjunto sumaban 238 millones de personas entraban en el nuevo siglo conectados virtualmente con su comunidad de amigos, como indica Rafael López del Paso en su análisis de la evolución del número de usuarios de las redes sociales (López del Paso, 2015). Dice este autor que: *“Durante el periodo 2000-2014, el número de usuarios de redes sociales en el mundo se ha multiplicado prácticamente por 7,5 hasta alcanzar los 1.790 millones de personas, lo que supone el 24% de la población total. En 2014, se incorporaron 200 millones de usuarios nuevos, lo que supone un incremento anual del 12,6%.”*

En el Reporte Digital 2021 publicado por Hootsuite y We Are Social, se indica que en este planeta habitamos más de 7.000 millones de personas. De todos, más de 5.000 millones poseen un teléfono celular, más de 4.600 millones son usuarios de internet y más de 4.200 son usuarios activos de redes sociales. Es decir, el 53,6% de la población mundial es usuario activo de las redes sociales. En 2020 se sumaron a las redes sociales 490 millones de usuarios nuevos, a pesar de las brechas de igualdad en cuanto al acceso y calidad de la conexión a internet intensificadas por la pandemia, cifra que corresponde a un crecimiento del 13% en comparación al año anterior (Hootsuite; We Are Social, 2021). Sumado a ello, señala este mismo informe, el tiempo que invertimos en internet llega hasta a las 6 horas y 54 minutos en promedio mundial, tiempo que va en aumento y que en algunos países llega a casi 11 horas al día, como el caso de Filipinas. Este fenómeno tiene que ver con la cada vez más amplia inmersión de aplicaciones a cada una de las actividades diarias, que van de chats para familia y trabajo, redes sociales, entretenimiento y video, música, videojuegos, compras, navegación, bancos y servicios financieros, salud, *fitness* y nutrición, así como citas; incluyendo dispositivos que incluso nos monitorean mientras dormimos.

Uno de los usos más destacados dentro del Reporte Digital 2021, es que existe una tendencia enorme a los canales primarios para la búsqueda de marcas dentro del Internet, denominada “búsqueda social” (traducción al castellano de ‘social search’), según la cual a nivel mundial casi un 45% de las personas entre 14 y 64 años acuden a las redes sociales para buscar información sobre las marcas y productos; quienes más acuden a redes sociales para este propósito son los usuarios más jóvenes, de entre 16 y 24 años, pues las usan en hasta un 56%, dejando de lado los motores de búsqueda tradicionales. Esto significa que el comportamiento e interacciones en redes sociales de las marcas resulta un espacio importantísimo para estas.

Así las cosas, las redes sociales son un espacio de altísimo valor para las empresas, pero también requieren de un manejo delicado ya que en cualquier momento pueden jugar en contra muy rápidamente.

De esta manera, cada vez más las empresas voltean sus ojos al comportamiento de sus trabajadores en línea, ya que las redes sociales son una ventana para conectar al comportamiento de los trabajadores como personas sin tener frontera alguna.

En este espectro resulta cada vez más frecuente encontrarse con conductas de la vida personal que las personas publican en redes sociales y terminan teniendo un efecto fulminante en sus relaciones laborales de todo tipo, desde servidores públicos de alto rango, a actores o actrices famosas, deportistas o personas del común, que terminan siendo despedidas por las situaciones ocurridas en redes sociales. A continuación, una pequeña lista de algunos casos para ejemplificar esta situación.

- a. **El congresista de Estados Unidos posando con armas para navidad.** El pasado 4 de diciembre de 2021, el congresista republicano Thomas Massie, del estado de Kentucky, publicó un tweet con la leyenda “Feliz Navidad - PD: Santa, por favor trae munición”. Esto le ha valido una enorme polémica pues, además del debate en Estados Unidos sobre el porte de armas, apenas unos días atrás, el martes 30 de noviembre de 2021, un adolescente de 15 años llamado Ethan Crumbley, mató a cuatro compañeros de secundaria en Oxford, Míchigan, y dejó a siete heridos, tras atacarlos con arma de fuego. Las críticas no se hicieron esperar.
- b. **El becario que trabajaba para una entidad bancaria.** En este caso, este becario solicitó permiso para ausentarse de su trabajo por una calamidad familiar, para más tarde aparecer en una foto publicada en Facebook en una fiesta de Halloween con sus amigos. Los directivos de la entidad bancaria tuvieron conocimiento de esta situación luego de la publicación de la foto en Facebook por uno de sus compañeros, quien no sólo publicó la fotografía, sino que también la etiquetó, situación que motivó el despido del becario. (Rico Carrillo, 2012)
- c. **Las grabaciones de *TikTok*.** En Estados Unidos se han presentado varios casos de trabajadores que se graban en su lugar de trabajo para publicar dicho contenido en la red social *TikTok*. En un caso, ocurrido en febrero de 2020 en las instalaciones del Aeropuerto de Fresno, un grupo de trabajadores grabó contenido de baile coreografiado durante de su jornada de trabajo, que luego se haría viral. Estos trabajadores serían despedidos justificado en “*comportamiento inadecuado en el lugar de trabajo, demostrando poco juicio y sin cumplimiento de los estándares esperados para unos trabajadores del Aeropuerto Internacional de Fresno Yosemite.*”
- d. **Fotografías desnudo.** Como lo expone la sentencia 3598/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de diciembre de 2018, un trabajador en Andalucía fue despedido alegando faltas disciplinarias, por “fotografiarse desnudo en las instalaciones del centro de trabajo en fecha indeterminada, imágenes que aparecieron colgadas en una página de Facebook con el título “ITV Orgiva”. Dentro del proceso judicial, en el cual el trabajador controvertía la existencia de justa causa para terminar su contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, el Juzgado de lo Social Nº 10 de Sevilla analizó en su sentencia del 6 de julio de 2017 que “*el demandante tomó las fotografías en los baños del centro de trabajo fuera de su horario laboral y señala que dicho comportamiento tiene difícil encaje en las infracciones previstas tanto en el convenio colectivo aplicable como en el Estatuto de los Trabajadores.*” Por lo cual “*declaró la improcedencia del despido y condenó a su empleadora a afrontar*

las consecuencias de dicho pronunciamiento con el alcance fijado en la parte dispositiva”

En la suplicación formulada por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, se dictó sentencia señalando que:

*“No podemos compartir la valoración que hace la parte recurrente del único hecho susceptible de ser atribuido de manera personal y directa al demandante, que es el de haberse fotografiado desnudo en los baños del centro de trabajo, **pues tal actuación la realizó en un espacio de absoluta privacidad y en el que los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen despliegan toda su virtualidad**, para su propio y exclusivo uso personal y una vez finalizada la jornada de trabajo, proceder que por sí mismo no constituye ilícito laboral alguno ni puede ser objeto de sanción por el empresario.*

*Ciertamente, las imágenes salieron del ámbito privado y se difundieron en una página de Facebook con el título "ITV Orgiva", **pero no se ha alegado ni acreditado que el actor no adoptase las medidas de precaución necesarias para garantizar su privacidad o actuase en forma que favoreciese su utilización por terceros, lo que impide fundar la medida disciplinaria** en una eventual negligencia que ni siquiera ha sido objeto de reproche.*

Resta señalar que la empresa, antes de comunicarle su despido, tuvo conocimiento tanto de que el trabajador había presentado una denuncia en vía penal por la publicidad dada a las fotografías y el texto insertado en las mismas, como del posible canal por el que se obtuvieron en razón de los datos que figuran en el informe que encargó a una agencia de investigación cuya copia obra en autos.” (Negrilla y subraya fuera del texto original) (Sentencia 3598/2018, 2018)

- e. Trabajador que hace comentarios en Facebook burlándose de las víctimas de la guerra en Siria. También se conoció del caso por su llegada a los estrados judiciales y su resolución mediante Sentencia N° 74/2018 del Juzgado de lo Social N° 2 de Palma de Mallorca de 28 de febrero de 2018. Se trató de un trabajador de una tienda de almacenes de cadena con un contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial. Estando vigente la relación laboral, este trabajador realizó desde su cuenta personal de Facebook, en la que se identificaba con su nombre y “*trabajador de Primark, Palma*” una publicación de fotografías con niños muertos en la guerra en Siria con el mensaje de “*mannequin Challenge en Siria [SIC]*”. La misma plataforma de Facebook eliminaría horas más tarde dicha publicación, por considerarla inapropiada y contraria a sus normas comunitarias.

En este caso, la compañía contaba para la fecha de los hechos con una política de uso de redes sociales de sus trabajadores, donde se dicta, entre otros asuntos, que:

“(...) las responsabilidades de los usuarios, así como el establecimiento de unas buenas prácticas cuando se accede a redes sociales en las que se trata temas relacionados con Primark, su actividad o sus empleados, o en las que es posible identificar fácilmente al usuario como empleado de Primark, (...). La empresa respeta el derecho a la intimidad de sus trabajadores.

Sin embargo, la empresa debe velar también por su reputación y porque se salvaguarde en todo momento la confidencialidad de la información de la empresa.

Por tanto, insta a sus empleados que utilicen este tipo de páginas de Internet a que: (...) velen por que en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”.

Tal documento, en el caso concreto, fue entregado al trabajador despedido y en constancia así firmó el 15 de noviembre de 2016.

En la carta de despido, la empresa también le señaló al extrabajador que:

“Con fecha 12 de abril de 2017 esta Dirección fue informada a través de su sistema de control de publicaciones en redes sociales del dominio @primark_es / @primark de una serie de comentarios publicados en la red social de Twitter, en los que determinados usuarios realizaban una campaña contra el centro de Primark – Palma de Mallorca, solicitando que no se fuera a comprar a nuestro centro, todo ello en contestación y rechazo a las publicaciones realizadas en Facebook por un empleado que se identificaba como trabajador de Primark-Palma de Mallorca. Tras la oportuna investigación, se ha constatado que el empleado que ha originado tal movimiento de rechazo en redes sociales contra la compañía, afectando gravemente a la reputación de nuestra empresa, ha sido Usted, al difundir de forma pública en su página de Facebook (...) una serie de publicaciones e imágenes que esta Dirección considera contrarias a la dignidad de las personas, ofensivos, difamatorios y humillantes, bajo la consideración de esta empresa.

Usted en la citada página de Facebook incluye en su perfil su nombre y apellidos, identificándose en el apartado Trabajo como empleado de "Primark Palma", hecho que determina, como ha ocurrido en el presente caso, que sus publicaciones trascienden del ámbito personal al profesional, al asociarse sus publicaciones no sólo a su persona, sino a la compañía, y como ha ocurrido en el presente caso, afectando de forma muy grave a la reputación e imagen de la compañía, dado el contenido por Usted publicado.

Consecuentemente, en cuanto Usted se identifica como empleado de Primark, los usuarios que han accedido a su perfil han mostrado rechazo a sus publicaciones e imágenes, publicando en Twitter comentarios contra nuestra empresa, solicitándose que no se acuda a nuestro centro y no se compren nuestros productos, debiendo tener presente el fuerte impacto negativo que se ha generado sobre la compañía, en tanto en cuanto una de las usuarias que ha sido más activa en contra de sus publicaciones tiene más de 10,9 K seguidores. (...).”

La justicia le dio la razón a la empresa y consideró como válido el despido, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: **(i)** los contratos de trabajo se deben ejecutar siempre bajo la óptica de la buena fe, conforme a la cual *“el contrato de trabajo sujeta a las partes contratantes al mutuo deber de acomodar su comportamiento, a lo largo de todo el desarrollo de la relación laboral, a las exigencias que comporta el básico principio de la buena fe, las cuales suponen la obligación de orientar la conducta respectiva de cada contratante con arreglo a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respecto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro.”* (Sentencia N° 74/2018, 2018) **(ii)** *“en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, por lo que su vulneración por parte del trabajador, cuando reviste las notas de grave y culpable constituye la justa causa de despido disciplinario que tipifica el art. 54.2 d) del mismo Estatuto del Trabajo”* (Sentencia N° 74/2018, 2018) **(iii)** *“es evidente que la conducta del trabajador llega a ser conocidos del público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante eventuales clientes.”*

Así es como se encuentra una frontera al uso del derecho a la libertad de expresión, cuando se realizan publicaciones en redes sociales que por su magnitud no permiten separar las opiniones o acciones personales del trabajador frente a los valores de una compañía, dentro o fuera de esta, en tanto que esta lo haya dejado claramente como una causal de orden disciplinario y la conducta del trabajador termine afectando la imagen de la compañía ante sus clientes potenciales.

Como conclusión de este apartado, las redes sociales son un espacio de altísima relevancia para las empresas y sus marcas, que constituyen uno de los intangibles de mayor valor para estas, de tal manera que cualquier asociación negativa derivada del uso de redes sociales personales, así sea en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, puede significar un detrimento grave de la compañía para la que se trabaja, transgrede el principio de la ejecución de buena fe contractual que rodea el contrato de trabajo y, en todo caso la calificación de la falta cometida debe ser de una magnitud tal, que implique el merecimiento de la sanción laboral más grave, la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

Por otro lado, no debe banalizarse el alcance de las redes sociales en la actualidad y la magnitud que puede significar cualquier movimiento que se realice allí, ya que nada pasa desapercibido y una vez algo ingresa a internet, es esencialmente imposible retirarlo de allí. Nunca en nuestra historia habíamos contado con un espacio inmortal que conserva información detallada de cada uno de nuestros pasos y eso conlleva una gran responsabilidad que, sin duda, va más allá del ámbito personal, como puede verse sin duda en el impacto de ello en el ámbito laboral.

4.2.9. Impacto jurídico de la Fábrica Algoritmo

Teniendo en cuenta que la tecnología autónoma implica el complemento o reemplazo de la mano de obra humana en los procesos productivos, en el derecho laboral existen dos consecuencias principales: la transformación de instituciones jurídicas típicas, la aparición de elementos atípicos con la creación de nuevas formas de trabajo.

Dentro del primer grupo, se encuentran las descritas a continuación.

4.2.9.1. Cambio en el objeto del derecho laboral

El derecho laboral es la traducción normativa del principio protector. Es un conjunto de mecanismos jurídicos contruidos para igualar, en favor del trabajador, las capacidades negociadora y ejecución de esta relación jurídica, cuyo propósito es alcanzar una coordinación económica y el equilibrio social. En este sentido, las formas típicas laborales están representadas; por otra parte, las formas atípicas con el paso de los años se han adaptado, legal y jurisprudencialmente, para que se respete el principio protector.

En ambos casos, se está ante la regulación dedicada a regular y proteger la actividad humana del trabajo en todas sus formas. Es en el marco de esta premisa, que las nuevas tecnologías antes descritas, nos presentan un panorama no representado jurídicamente y que demanda de la creación de nuevos paradigmas. La resignificación del rol social del trabajo, así como la agenda centrada en las personas y no en las máquinas.

Con la resignificación del rol social del trabajo, me refiero al cambio que se presenta generación tras generación en el desarrollo de actividades humanas para la generación de riqueza, siendo el trabajo el principal rol social humano, ya que, en muchos casos, la situación de falta de empleo que permita una existencia digna plantea la creación de posibilidades de protección social distintas al trabajo, tales como la renta mínima vital o renta básica universal. Tiene varios nombres dependiendo del país, pero el significado es el mismo. Se trata de un pago que realiza el estado a aquellas personas que están en riesgo de exclusión social, por carecer de una fuente de ingresos que les permita alcanzar la calidad de vida básica. De esta manera, ya se considera que el trabajo no es la única fuente de bienestar, no es el único rol del ser humano social, sino que por la condición de nacer y suscribir con ello el contrato social dentro del territorio respectivo, corresponde el acceso a prestaciones económicas que permitan llevar una vida digna, cuando se carezca de los medios para hacerlo por sí solo.

Desde el punto de vista jurídico laboral, esta consideración impacta directamente el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Ya no se trata de normas que igualen a las partes en una relación laboral, sino se constituye de un conjunto de mecanismos que buscan igualar la existencia de las personas en un territorio determinado, de ahí que resulte atinada la denominación de derecho social.

Todo este estallido y velocidad en los cambios provocados por la fábrica algoritmo, por supuesto en conjunto con otros tantos factores del mercado laboral, ha significado una continuidad en la profundización de las brechas sociales, ante las cuales aquellos sin herramientas para responder y adaptarse ante los cambios, serían los destinatarios de la renta básica universal.

4.2.9.2. *Cambio en las relaciones que regula*

La representación del trabajo considerada tradicional en el siglo actual, es aquella relación subordinada indefinida, cuya participación en el mercado laboral tiende a reducirse año tras año, con la llegada de nuevas variables que presentan métodos de trabajo más eficiente en variadas formas.

Siendo que en el derecho laboral típico se regulan las relaciones del factor de producción trabajo, tradicionalmente se le ha limitado a las relaciones humanas que de allí surgen. Pero las situaciones que presentan la tecnología autónoma obligan a planear la necesidad de que, en el marco de la interacción humana, las máquinas deban empezar a ser parte de la regulación de la relación laboral.

La emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, se ha convertido en un masivo catalizador para el mercado de la innovación y la tecnología. Las empresas han invertido rápida y copiosamente en herramientas tecnológicas existentes o en el desarrollo de otras tantas, para permanecer a flote en un mercado donde la presencialidad desapareció de manera dramática y abrupta, buscando evitar verse completamente paralizadas ante una pandemia.

Las medidas adoptadas para afrontar la crisis económica a causa del COVID en el mundo del trabajo son de inmediato, mediano y largo plazo. En el inmediato plazo, el teletrabajo ha resultado la primera reacción.

Esta medida resulta en todo caso sumamente limitada, ya que precisamente la legislación está limitada al territorio y la tecnología ciertamente no lo está, pues brinda más y mejores posibilidades diarias para facilitar la producción que pueden ejecutarse, con pocos estándares mínimos de funcionamiento, en cualquier parte del planeta.

4.2.9.3. *Cambios en las maneras de trabajar*

Desde el punto de vista laboral, esta situación plantea varios interrogantes para el trabajo típico de cuenta ajena o cuenta propia. En primer lugar, la tecnología sirve para seleccionar y contratar a las personas. Tanto para el oferente de mano de obra como para el demandante, los procesos de intermediación en el proceso de búsqueda de empleo pasan por algoritmos y plataformas digitales. Conectar trabajadores con empleadores es un asunto de alta importancia y complejidad en las empresas, ya que encontrar el talento humano de manera oportuna puede significar avances o retrocesos importantes para las empresas, especialmente cuando se requieren cargos de alta cualificación.

En ese sentido, hay mecanismos que facilitan la navegación de las empresas en los interminables océanos de información disponible para los procesos de adquisición de talentos, pues la inteligencia artificial se encarga de depurar esta, siendo por supuesto espacio de debate la efectividad de tales mecanismos y su rango de aplicación, ya que, por su costo, solamente se lo pueden permitir grandes empresas.

De esta manera, las empresas que invierten en la búsqueda de talento humano evitarán intermediarios, reducirán sus costos y concentrarán sus esfuerzos en las tareas finales del proceso, sin el desgaste de las fases previas.

Un caso famoso de este tipo de casos es el ocurrido con Max Roset, un informático que estando en el navegador Google, realizó una búsqueda con las palabras “lambda en Python”, a lo que el buscador le propuso un conjunto de supuestos a resolver en 48 horas, los cuales Roset resolvió 5 y al cabo de lo cual el sistema le solicitó algunos datos personales para ser contactado por el gigante Google y ser contratado por esta compañía.

Siendo un gigante de la tecnología como Google, este tiene la capacidad de conectar con talento humano sin ningún tipo de intermediación con procesos de reclutamiento ocultos. Seguramente con el tiempo se desarrollarán avances mucho más accesibles para empresas más pequeñas.

Ahora bien, como toda tecnología, ante las fortalezas de estas herramientas también habrá que considerar las debilidades, ya que la eliminación del “toque humano” en algunas partes del proceso, puede implicar la no consideración de las actitudes emocionales y personales de los candidatos. Competencias blandas que, hoy en día, resultan ser tan o más valiosas que las competencias duras de los candidatos.

Más adelante en la línea del tiempo, en los procesos de ejercicio de la actividad laboral, el poder subordinación jurídica que posee el empleador o contratante para direccionar la prestación personal de servicios del trabajador o contratista se ve trasladada a un algoritmo o máquina que se encarga de establecer el tiempo, modo y lugar donde deben adelantarse las actividades, lo que también significa permitir a un algoritmo o a una máquina ejerza la potestad disciplinaria y en consecuencia de tomar la decisión de terminar las relaciones de trabajo.

Ya existen casos de este tipo, reportados en Amazon, donde hasta 300 empleados fueron despedidos entre agosto de 2017 y septiembre de 2018 por “falta de productividad” (Piergiorgio M., 2019). Esto sucedió en uno de los puntos de la compañía en Baltimore, Estados Unidos, donde la firma tenía para la época a 2.500 empleados, lo que implica que se despidió a un 10% de los trabajadores. Lo llamativo del caso es que la inteligencia artificial no solamente realiza un seguimiento detallado a la productividad de los trabajadores, sino el programa genera alertas en caso de detectar empleados de baja productividad, llegando a producir despidos automáticos, sin la intervención de los supervisores y sin un debido proceso para el trabajador, que no puede ejercer el debido derecho a la defensa en el proceso disciplinario interno de la compañía y de esta manera presentar razones por las cuales ocurre su “falta de productividad”.

Hubo otro caso reportado por la BBC en 2018 (Redacción BBC News Mundo, 2018), cuando a un trabajador llamado Ibrahim Diallo un día su tarjeta de entrada no funcionó en su lugar de trabajo en Los Ángeles, Estados Unidos. Luego su usuario y clave de acceso a los sistemas de la compañía fue bloqueada, incluso apareciendo en sus datos de contacto corporativo la palabra “inactivo”. Luego a su jefe le llegó un correo electrónico en el que le informaban que su contrato había terminado, pero ella prometió que resolvería

la situación. A pesar de ello al día siguiente tampoco pudo ingresar, pero el guardia de la entrada le ayudó para ingresar. Minutos más tarde un par de guardias lo buscaron en su puesto de trabajo para escoltarlo hacia la salida. Al respecto comenta Diallo “estaba despedido y ella no podía hacer nada. Tampoco el director pudo hacer nada. Ambos se quedaron viendo cómo era forzado a empacar mis cosas y salir de la oficina”, es decir, quienes deberían saber de la situación laboral del trabajador, quienes tendrían la capacidad jurídica para decidir sobre la continuidad del vínculo laboral, es decir su jefe inmediato y superior jerárquico, tuvieron que obedecer a la inteligencia artificial sin argumentos para contradecirle, a pesar de que el sistema no tuviese razones para soportar la determinación. De esta manera, un algoritmo gobierna en la empresa.

Desde entonces pasaron tres semanas y la situación no se resolvía, pero finalmente entendieron qué había sucedido. Pasó que su primer jefe olvidó reanudar su contrato en el sistema, lo que produjo que el sistema tomara el control y decidiera que, conforme a la información disponible, Diallo había sido despedido. Y aunque le permitieron regresar después de esas tres semanas, no recibió su salario por ese tiempo y además soportó el "haber sido escoltado fuera del edificio como un ladrón". Ante semejante situación Diallo decidió buscar otro trabajo.

El aprendizaje profundo de la inteligencia artificial (IA) es un fenómeno mediante el cual se replica, de alguna manera, el aprendizaje que los humanos utilizamos para obtener conocimiento y que como en los casos descritos, de alguna manera genera una conciencia artificial en la IA mediante la cual el algoritmo empieza a tomar decisiones autónomas sin indicación humana. De tal manera que muy al estilo de Hollywood, los algoritmos nos están gobernando en temas tan humanos como el despido de un trabajador, como en el caso de Diallo. Precisamente existe la *people analytics*, que es una ciencia con la que se aplica el *big data* a la gestión de recursos humanos buscando optimizar los procesos de las empresas. La confianza de este tipo de información a los algoritmos en unos casos y en otros casos a los humanos, ocurre porque la cantidad de información es tal, que simplemente los seres humanos no podrían analizarla, resulta más costoso o demorado.

Claro que, en todo caso, los estándares y fórmulas que la IA analiza son establecidos por y para la empresa, así que esta delegación artificial de la subordinación, en todo caso, tiene un origen humano para beneficiar a la empresa, por supuesto. Por lo tanto, estos procesos de optimización en el manejo de información y toma de decisiones, tiende definitivamente a la eliminación de la intervención humana en el proceso. Así las cosas, los departamentos de recursos humanos de las empresas tienen a transformarse o a desaparecer.

En un primer nivel de complejidad en el proceso de *people analytics*, se automatiza la gestión de recursos humanos en procesos tales como ascensos, bonos, beneficios, procesos disciplinarios e incluso despidos, con reglas simples de como “una la causa” = “una consecuencia”. Por ejemplo, si hay una meta para una fecha en específico y no se completa, el trabajador se despide. O si un deportista profesional al que monitorean constantemente su estado de salud (pulsaciones en reposo, entrenamientos, alimentación, peso, grasa corporal, sangre, entre otros), tiene un bajón en el rendimiento causado por el aumento de la ingesta de grasas o alimentos no autorizados por el nutricionista del

empleador, será despedido o impuestas sanciones disciplinarias de orden monetario. Básicamente es un conjunto de instrumentos que desata una consecuencia automática a la ocurrencia de un conjunto de causales impuestas por el empleador y a favor de este.

Ya con un carácter más complejo, están las programaciones de algoritmos que permiten la generación de aprendizaje profundo en la inteligencia artificial. En este caso se permite al sistema determinar, “a elección”, la consecuencia deseable conforme a un conjunto de parámetros propuestas por la empresa. En este caso la IA ejerce el poder de dirección de la actividad laboral, incluyendo el poder disciplinable, creando un reglamento interno de trabajo dinámico, que muta conforme el comportamiento detallado del trabajador, es decir construido de manera personalizada conforme al seguimiento minucioso de cada huella digital del trabajador. Así las cosas, ya no sería necesario generar reglas abstractas y generales, sino que cada persona tendría un conjunto de condiciones de trabajo extremadamente específicas que atiendan a sus medidas precisas.

En últimas, se trata de una transformación de la subordinación humana hacia la subordinación digital.

La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, más conocida como EU-OSHA por sus siglas en inglés, ha producido un informe sobre la proyección de lo que serían riesgos nuevos y emergentes de seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización para el 2025 (European Agency for Safety and Health at Work, 2018). Presenta cuatro escenarios de prospección y concluye al analizar las cuatro alternativas:

“La digitalización de la economía, también conocida como la cuarta revolución industrial, afecta los tipos de puestos de trabajo disponibles, cómo, dónde y cuándo trabajamos, quién trabaja y las estructuras organizacionales. Las nuevas tecnologías emergentes como el internet de las cosas, la inteligencia artificial, el big data, las nubes digitales, la robótica cobot o co-robot, realidad aumentada, impresión en 3D y las plataformas en línea, tienen un profundo impacto en el mundo del trabajo.

Aunque la difusión y la prevalencia de la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) - Tecnología Habilitadora (ET por sus siglas en inglés) actualmente varían en Europa y en diferentes países, sectores y grupos socioeconómicos, las TIC se están convirtiendo en una parte integral de casi todos los sectores, más que un sector propio. Hay evidencia de que en la próxima década probablemente haya un cambio significativo y se aceleren los cambios en relación con las TIC-ET, lo que cambiará considerablemente la naturaleza y organización del trabajo en toda Europa, así como el nacimiento de nuevas formas de trabajo y estatus laborales. Esto tendrá el potencial para crear oportunidades de negocio, que incluyen estimular el aumento de la productividad y el crecimiento en Europa, con la posibilidad de una creciente desigualdad en los beneficios y desventajas experimentados por los trabajadores. En este contexto podrían ocurrir pérdidas significativas de trabajos mediana calificación y grandes ganancias en trabajos

altamente calificados, existiendo entonces preocupaciones sobre una "carrera hacia la baja" en los estándares de empleo. También habrá cambios importantes en la naturaleza de trabajo y la distribución de empleos entre sectores. La fuerza laboral será más diversa y dispersa, cambios de trabajo con frecuencia y trabajo en línea, en lugar de la presencia física del trabajador. Todo esto dará lugar tanto a desafíos como a oportunidades, incluidas las de normas de seguridad y salud en el trabajo."

4.2.9.4. Trabajadores nómadas digitales

Este tipo de trabajadores son personas que están conectadas a su trabajo sin importar en qué ubicación del mundo se encuentren. Sus servicios personales son prestados, sin importar dónde se encuentren ya que el lugar de ejecución del servicio es el internet.

Se trata de un estilo de vida, adoptado por emprendedores que pueden dirigir sus negocios vía la web o por trabajadores que generalmente hacen parte de la *gig economy* en nubes de trabajo humanas, vale decirlo, hacen parte de cadenas de trabajo colaborativo.

Esta nueva versión de trabajo presenta retos para la adaptación jurídica que permita su adecuada ejecución en términos de una regulación adecuada, ya que los elementos de protección social, entre otros, están atados a la versión más conservadora del trabajo, que se realiza dentro de un territorio específico y cuya regulación se encuentra regida por el principio de territorialidad de la ley. Así las cosas, estamos ante una situación que demanda la transformación del principio de territorialidad de la ley laboral y su estándar de *lex loci solutionis*, como analizo en la sección Principio de territorialidad de la ley laboral.

También implica unas demandas en la facilitación de los procesos de migración para los tránsitos entre estados, ya que en la actualidad estas personas viajan entre las naciones, con visas turistas, impidiendo las estancias más largas. Conforme a la regulación actual de visas de varios países, no les considerará trabajadores ya que la fuente del ingreso que están percibiendo no está ubicada en el país desde el cual están prestando el servicio. Esto ha generado inestabilidad y vulnerabilidad de estos trabajadores que a menudo eluden la ley al trabajar mientras visitan un país con una visa de turista. Así las cosas, más que un problema con el visado, este asunto plantea un problema jurídico al principio de territorialidad de la ley y, consecuentemente, la ley aplicable y la jurisdicción que verá los conflictos en caso de haber problemas.

Pero algunos países sí están trabajando para atraer a este tipo de nuevos trabajadores, facilitando su tránsito y generando una mayor estancia para captar por mayor tiempo los gastos en que incurren para vivir y trabajar transitoriamente desde su territorio.

Así lo está haciendo Estonia que lanzó una visa especial para ellos, que les permite permanecer en su territorio por 1 año. Se denomina la "visa para nómada digital" y les permite a los trabajadores remotos vivir en ese país y trabajar legalmente bien sea para su empleador o para su propia compañía registrada en el extranjero, así lo denomina la

regulación de ese país en su página web <https://e-resident.gov.ee/nomadvisa/>, o su propia empresa registrada en el extranjero. Es así como a partir del 1 de agosto de 2020 los “trabajadores independientemente – ubicados”, si se me permite de esta manera la traducción de “*location-independent workers*”, elegibles pueden solicitar la oportunidad de venir a Estonia a vivir hasta un año con la tranquilidad de que pueden trabajar legalmente en dicho país.

Dentro de la categoría de “trabajadores independientemente – ubicados” elegibles, ese país ubicó a los nómadas digitales que pueden trabajar en línea, bien sea para su empleador o para su propia compañía registrada en el extranjero:

- Para un empleador registrado en el extranjero.
- Para su propia empresa registrada en el extranjero.
- Como autónomo para clientes en su mayoría en el extranjero.

La situación migratoria laboral para los trabajadores asalariados es distinta. En este caso

Esta posibilidad también genera una necesidad de precisar su estatus de protección en seguridad social, en términos de salud, pensiones y riesgos laborales. Sobre su afiliación a salud, estos trabajadores generalmente deben estar cubiertos con una póliza médica de viajero que brinda ciertos niveles de cobertura conforme a la prima de seguro pagada por la persona, implicando una baja en los costos laborales que asume el “cliente” o “empleador” del nómada digital. La comparabilidad entre la cobertura de la póliza y la cobertura del sistema de seguridad social del país de origen podría significar una deficiencia en contra del trabajador por las contingencias de largo plazo que podrían presentarse y que no estén cubiertas por la póliza.

Eso lleva a pensar en la protección de riesgos laborales, es decir sobre el amparo ante contingencias causadas por causa o con ocasión del trabajo realizado por el nómada digital. En asistencia médica por accidentes, la póliza internacional mencionada anteriormente puede o no brindarle acceso a alguna atención médica en las afectaciones que a largo plazo pudiera sufrir el trabajador. Tratándose de una enfermedad de origen laboral o de una discapacidad permanente parcial, el acceso a atención médica continua y a una pensión resulta altamente compleja para estos trabajadores, ya que estos sistemas de trabajo no tienen cobertura alguna en riesgos laborales, ya que los saltos entre países y la ubicación fija de su empleador o cliente, impide la posibilidad de que según la normatividad del país de origen, este trabajador nómada cuente con una protección completa y verdadera de riesgos laborales, que dicho sea de paso, también implica una reducción de costos laborales para el empleador o contratante, salvo contadas excepciones de compañías que en el marco de sus políticas de contratación contemplan una cobertura especial para esos casos.

Finalmente, la cobertura a las contingencias propias de la edad, cubierta por la pensión de vejez, se torna relativamente fácil de regular, teniendo en cuenta que el trabajador nómada realice, de manera totalmente independiente o en compañía de su empleador o

contratante, las cotizaciones al sistema pensional de su país de origen para ir acumulando a lo largo de los años, un ahorro que resulte suficiente para cubrir su vejez. En ese caso, el trabajador enfrentará las dificultades propias de los sistemas pensionales, vale decirlo, del reconocimiento de la totalidad de sus cotizaciones, su ingreso base de cotización y demás, salvo que puedan contratar sistemas privados.

Sucedarán también dificultades para acceder, desde el extranjero, a políticas de protección al cesante de su país de origen y demás asuntos de protección social solamente accesibles para los trabajadores subordinados.

4.2.9.5. Personalidad jurídica de los robots en el derecho del trabajo

La creación de una ficción jurídica, a través de la cual se les da personalidad jurídica a seres no humanos, no es una discusión nueva, ya que las personas jurídicas son un ejemplo de ello.

En este caso particular, la evolución del fenómeno de la automatización y la creación de robots cada vez más complejos, nos ha llevado a debatir la disposición de normas que regulen el comportamiento de las máquinas, como lo ha hecho la ya citada Resolución del Parlamento Europeo, del 16 de febrero de 2017, que contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, en la cual se lanza la denominación “personalidad electrónica”. Dice esta Resolución en el aparte 59, literal f:

“Crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”.

Esta recomendación genera gran controversia, ya que toca amplísimos espectros jurídicos, en asuntos tales como la responsabilidad contractual y extracontractual por acciones de robots, el secreto industrial, cláusulas de confidencialidad, derechos de autor y derecho de patentes. Así lo expongo en el capítulo impacto de la fábrica algoritmo – cláusula de confidencialidad y propiedad intelectual, donde se plantea el debate que está surgiendo sobre el papel de los robots (algoritmos) en la creación de asuntos objeto de propiedad intelectual (obras de arte) y en propiedad industrial (desarrollos industriales a través de la inteligencia artificial).

La personalidad jurídica es la capacidad que se atribuye dentro del mundo jurídico para ejercer derechos y contraer obligaciones, contar con los atributos de la personalidad (estado civil, nacionalidad, nombre, capacidad, patrimonio y domicilio), la cual además otorga a su titular de la protección de “todos los intereses y prerrogativas cuyo desconocimiento degradan la dignidad de la persona”. Sobre la personalidad jurídica y su relación con la dignidad humana, puede consultarse la sentencia T-090 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia, ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

En el derecho civil español, el artículo 30 del Código Civil establece que “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”, lo cual resulta imposible para las máquinas, ya que se trata de elementos biológicos que, al menos en este momento, no son aplicables a las máquinas más que para los casos de los cibernéticos, como el caso de Neil Harbisson, antes referenciado.

La inexistencia de elementos biológicos completos, de inteligencia emocional, de intuición, vale decirlo, de humanidad, brindan una alta complejidad para la equiparación de los robots con este elemento tan propio de los seres humanos.

Es por lo que los robots son considerados, hasta la fecha, cosas. Nada más que objetos propiedad de una persona jurídica o natural que aun realizando muchas tareas mejor y más rápido que los seres humanos, simplemente no lo son, ya que como lo expresa Rogel Vide, citado por Lacruz: (i) dependen del uso de electricidad para funcionar, pudiendo ser desconectados para quedar inservibles; (ii) no tienen sentido común; (iii) no tienen competencias blandas, tales como pertenencia, solidaridad, empatía, sentimientos, y otros valores; (iv) hacen propuestas frías, rápidas, que pueden no ponderar todos los elementos a tener en cuenta; (v) dominan la técnica de una sola cosa o proceso, de esta manera carecen de versatilidad; (vi) el cerebro humano recolecta, analiza y procesa información de manera única en cada individuo, algo que un robot no puede equiparar, ya que la información de un robot puede reproducirse sin dificultad, pero un ser humano no puede ser idénticamente reproducido en términos de completitud humana ya que, vale decirlo, los gemelos pueden ser idénticos pero no son iguales. (Lacruz Mantecón, 2018)

Así las cosas, el otorgamiento de personalidad jurídica a los robots, va mucho más allá de la discusión sobre responsabilidad contractual y extracontractual por sus acciones u omisiones, significa equipararles en gran medida a un ser humano, lo que comporta un tema a analizar en términos de derecho del trabajo.

El derecho del trabajo es una disciplina jurídica basada en un principio denominado “principio protector”, en virtud del cual se justifica su escisión del derecho civil, ya que se alega su necesidad de existencia habida cuenta la desigualdad de las partes que celebran este contrato, sin importar la forma que este tome. En ese sentido, el ser humano que solo tiene para negociar con el empleador su capacidad de trabajo palidece ante la capacidad negocial del empleador que posee los medios de producción.

En el caso de los robots, la relación jurídica entre las partes cambia y la capacidad negocial de las máquinas frente a un candidato para la misma vacante que sea un trabajador humano es superior. En ese sentido, la noción de derecho del trabajo entraña la imposibilidad de incluir como sujeto de derechos a los robots, lo que no significa que sean elementos ajenos a regulación del derecho del trabajo.

El trabajo es una actividad histórica y esencialmente humana, donde los robots aparecen como una herramienta de trabajo. Así las cosas, la posición de regulación de las máquinas como sujetos de derecho puede orientarse hacia dos vertientes: protección del trabajo humano, como se anotó en el capítulo del impacto de la fábrica algoritmo – cambio en el

objeto del derecho laboral, para regular estos como una herramienta de trabajo o en la creación de un conjunto de regulaciones específicamente diseñados para las máquinas. En la actualidad es así, porque una de las características del Derecho del Trabajo es que una de las partes, el trabajador, sea una persona física.

La solución a esta situación puede ser relativamente sencilla en principio, si el análisis se reduce a temas de responsabilidad. De tal manera que la respuesta inicial es, de cierta manera, limitada a las circunstancias actuales. Ciertamente se complejizará conforme los robots vayan logrando un papel incluso más personal y amplio en nuestras vidas. Hace apenas medio siglo no teníamos internet en nuestras vidas. A esta velocidad de innovación, definitivamente este tema se hará más y más complejo.

Pensando en las áreas generales del derecho del trabajo aplicadas a robots, a título de discusión y de alguna manera prospectiva, propongo algunas posibilidades de regulación que a futuro pueden surgir, así:

- En **derecho laboral individual**: la igualdad de los trabajadores humanos y los robots, que debe reconocer la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, de tal manera que el trabajo humano deberá continuar con una estructura y principios que giren sobre el principio protector, mientras que el trabajo robótico deberá girar sobre la priorización del trabajo humano y la transición ordenada de la robotización de actividades hasta entonces realizadas por humanos, garantizando para los seres humanos una recualificación y reinserción laboral como requisito para la implementación de tecnología robótica en masa.

La propiedad intelectual de las máquinas se encuentra en debate actualmente, como expongo en el capítulo impacto de la fábrica algoritmo – cláusula de confidencialidad y propiedad intelectual, donde se plantea el debate que está surgiendo sobre el papel de los robots (algoritmos) en la creación de asuntos objeto de propiedad intelectual (obras de arte) y en propiedad industrial (desarrollos industriales a través de la inteligencia artificial, y se ha orientado a la improcedencia de que las máquinas puedan reclamar por sí mismas el desarrollo de propiedad intelectual, ligada a la imaginación e intelecto humano, pero ello no resulta ser tan definitivo con los avances que está presentando la inteligencia artificial en la actualidad, ya que la minería de datos, *big data* y otras aplicaciones están presentando grandes beneficios empresariales por la gestión que, de manera independiente y sin intervención humana, están desarrollando las máquinas. A la fecha la titularidad de esta propiedad industrial está siendo debatida y se plantea como “tierra de nadie” ya que los algoritmos están por fuera de los asuntos protegidos por esta materia. En este caso es posible que analógicamente se aplique la determinación que aplica para el trabajo humano, donde el que sustente económicamente el desarrollo de la idea, será el propietario de los derechos económicos y los robots solamente tendrían la mención moral en el desarrollo, pero la titularidad estará en cabeza de su propietario.

Frente a la capacidad para contratar, por la inexistencia de edad biológica en los robots, no se plantea una controversia en una edad mínima de acceso al trabajo para los robots.

Frente a las obligaciones principales de las partes en un trabajo, cualquiera que sea la forma contractual elegida para su ejecución, la prestación personal del servicio y la remuneración plantean para los robots varios ítems para tener en cuenta.

La remuneración en una relación laboral corresponde al pago que realiza el beneficiario directo del servicio prestado por el tiempo y energía que el prestador del servicio invierte en el ejercicio de este. Así las cosas, la inmortalidad de los robots y energía ilimitada, para los casos que aplique, representa un cambio en la esencia de este concepto y la imposibilidad de equiparar el carácter del pago. Sumado a ello, deberá armonizarse con el principio protector del derecho del trabajo bajo una agenda de amparo del trabajo humano, de tal manera que la inexistencia de pago por los servicios del robot o el eventual pago que las máquinas más avanzadas llegaran a recibir necesita compasarse con la preservación de empleos humanos y su recalificación.

Sucede lo propio con la jornada de trabajo. Las máquinas, al no tener restricción alguna de vida familiar, enfermedad, envejecimiento, cansancio, entre otras condiciones humanas, pueden mantener un ciclo infinito de trabajo sin mayores cambios que las refacciones necesarias para continuar su operación. Y hay robots, como los algoritmos, que existen en un espacio inmaterial de inmortalidad. Esto plantea una competencia imposible con los seres humanos. Esta situación, nuevamente, demanda de la creación de disposiciones que limiten el horario de funcionamiento de los robots, para que la competencia con los seres humanos no arrase a la mano de obra humana.

En **derecho laboral colectivo**, la triada que compone la libertad sindical: asociación sindical, negociación colectiva y la huelga está definida para los seres humanos y su limitación se encuentra exclusivamente permitida para los miembros de las fuerzas armadas que, conforme al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87. (Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, 2018) esta exclusión seguramente incluirá a las máquinas, ya que los asuntos objeto de libertad sindical también se basan en el principio protector y, como consecuencia, su aplicación en las máquinas aún resulta lejana.

Lo claro es que resulta improcedente la simple equiparación en derechos y obligaciones laborales de humanos a máquinas. Esto resalta en muchísimos elementos del derecho laboral actual, tales como el derecho al trabajo, la obligatoriedad el trabajo, la libertad de trabajo, el derecho de asociación y huelga, la irrenunciabilidad de derechos ciertos e indiscutibles, la jornada laboral máxima, la edad mínima de admisión al trabajo, las

normas sobre acoso laboral, presentarse al trabajo en estado de embriaguez, entre otros tantos asuntos.

A su paso, el derecho a la formación a lo largo de la vida cobra más y más importancia conforme se analizan más temas del futuro del trabajo, ya que el ritmo del sistema de producción demanda una rapidez en la construcción de competencias blandas y duras que una educación tradicional, larga, inoportuna, sin calidad, impertinente, ha demostrado las deficiencias para entender los cambios del mercado laboral.

La implementación del concepto de personalidad electrónica necesita contar con armonización de la protección del trabajo humano, como nueva categoría que emana del principio protector del derecho laboral que garantice, en una primera fase, lo realmente importante que es plantear si se necesita una regulación que “proteja” a los trabajadores frente a los robots. De esta manera, cualquier disposición normativa sobre robots en el entorno laboral debe estar armonizada con la primacía del principio protector para permitir su implementación.

4.2.9.6. Principio de territorialidad de la ley laboral en el trabajo digital

Las posibilidades de impacto de la tecnología en el trabajo digital están avanzando de manera vertiginosa y, por lo tanto, el análisis sobre las normas, regulación o fenómenos actuales no sin rígidas sino, por el contrario, son flexibles y deberá siempre tenerse presente que son transitorias, debiendo estar listas para los cambios que llegarán.

En primera medida, vale la pena precisar que el trabajo en plataformas digitales es distinto del trabajo digital, ya que, en el primer caso, estamos ante personas que realizan un trabajo físico, tangible, en el cual sus empleadores utilizan una plataforma tecnológica como herramienta de comunicación para ejercer subordinación, como se analizó en el capítulo de Plataformas colaborativas. A su paso, los trabajadores digitales son aquellos que ejecutan su trabajo en espacios informáticos, como sucede con los trabajadores nómadas digitales y el teletrabajo.

Derivado del principio de soberanía de los estados, existe los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, el principio de territorialidad de la ley. Este último establece que las normas de cada país aplican a las relaciones jurídicas ocurridas dentro de su territorio. Así lo dispone el inciso 2 del artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, que al tenor literal reza “*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*” Atendiendo dicha regla superior, contempla el artículo 18 del Código Civil “*La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.*”

El territorio es una de las partes integrantes del estado donde este ejerce su soberanía y por ello dentro de ese territorio produce normas para regular las relaciones jurídicas que en él ocurren.

La regla tangible conforme a la cual se puede determinar la ubicación de una persona y, por lo tanto, las normas que rigen su conducta, ha sido puesta en gran discusión en

tratándose de las facilidades que presenta el internet, que nos conecta de manera inmediata en cualquier parte del mundo, relativizando las reglas que rigen la aplicación de normas territorialmente.

Esto cobra gran importancia en términos de normatividad laboral, porque en este caso, como se presenta en los capítulos de Nube humana y Trabajadores nómadas digitales, la regulación laboral no está lista para asumir los retos representados en la movilidad laboral y en principios tan establecidos como el *lex loci solutionis* no existe claridad en cuanto a la adaptación de la normatividad, y especialmente, su cumplimiento es aún complejo.

El Derecho Internacional Privado dispone al principio de la aplicación de la ley personal a los nacionales de un Estado, para la aplicación de la ley en el espacio y le brinda un doble sentido. Uno positivo, que determina aspectos como que, al estado civil y la capacidad de una persona natural nacional de un estado concreto, y sobre estos asuntos se aplican las leyes de ese estado. También se encuentra el sentido negativo, conforme al cual al estado civil y a la capacidad de una persona que no es nacional de un estado, no se le pueden aplicar las normas de ese estado.

A su paso, como una referencia específica a un territorio de para establecer la aplicación de sus normas, están las reglas como:

- (i) *Lex rei sitae*: Los bienes situados en territorio del país se rigen por las normas de este. El Código Civil de España contempla en su artículo 10.1 “*La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles*”. Y el primer inciso del artículo 20 del Código Civil Colombiano dispone: “*Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.*”
- (ii) *Lex loci solutionis*: Los contratos celebrados en país extranjero, pero sobre bienes situados en Colombia o que deban ejecutarse o producir efectos en el territorio nacional se rigen por las normas nacionales.
- (iii) *Locus regit actum*: Los actos jurídicos celebrados en un país se rigen por sus normas.

Estas reglas de gran tradición en el derecho civil, con las cuales el Derecho del Trabajo se comunica, se han adaptado con el tiempo a través de precisiones normativas y jurisprudenciales impulsadas por las tecnologías de la innovación y las telecomunicaciones, principalmente por el internet.

En el marco del derecho comunitario de la Unión Europea, se destaca la regulación contenida en el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Se trata de una norma que tiene aplicación a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, pero desde el año 2000 se buscó

impulsar el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conforme al cual buscan brindar compatibilidad en las normas aplicables en los estados miembros, especialmente en términos de conflictos de leyes y jurisdicción para el efectivo reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en las materias ya mencionadas.

Sobre este reglamento se resalta la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable, como clave de este propósito de armonización normativa comunitaria en temas de obligaciones contractuales, teniendo la posibilidad de elegir expresamente la aplicación sobre la totalidad del contrato o secciones de este.

Es así como en el artículo 8 expresamente se contemplan reglas para la definición de la norma aplicable en el caso de los contratos individuales de trabajo, señalando:

“Artículo 8.

Contratos individuales de trabajo

*1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. **No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo** en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.*

*2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo **habitualmente**. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.*

*3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, **el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.***

4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.” (Negrilla y subraya ajenas al texto original)

Estamos ante una norma que busca abarcar las distintas posibilidades que ocurren con la gran movilidad territorial que sucede en la actualidad, especialmente y como lo he manifestado en anteriores capítulos, a causa del rápido avance de las tecnologías de la innovación y las telecomunicaciones, de tal manera que la ejecución territorial ya no se plantea como infalible al momento de determinar la norma aplicable al caso concreto.

En materia laboral y conforme al ordenamiento jurídico colombiano, al principio de territorialidad de la ley se le describe en el artículo 2 del Código Sustantivo del Trabajo

de la siguiente manera: *“El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad”*.

La interpretación de este mandato ha dado para el establecimiento de reglas nacidas de la jurisprudencia para resolver conflictos jurídicos de aplicación de la norma, tales como la *lex loci solutionis*, conforme a la cual, con la interpretación de autoridad de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“la ley laboral colombiana no se aplica a la prestación de servicios en el exterior, salvo ciertas excepciones, tales como que la subordinación se continúe ejerciendo desde Colombia, por voluntad expresa de las partes o que de manera clara la intención de éstas sea mantener la relación que se venía desarrollando en nuestro país”* (Sentencia SL12447, 2015) A esto se le denomina también la “tesis de la territorialidad relativa”

Así las cosas, cuando el contrato inicia en Colombia y luego el trabajador es trasladado al exterior y la subordinación se continúa ejerciendo desde el territorio nacional, hay lugar a aplicar las leyes laborales de Colombia.

Es así como no existe mayor controversia sobre la aplicación de la ley en el espacio cuando estamos hablando de trabajadores de plataformas colaborativas como Uber, Didi, Rappi o Glovo, ya que las personas que prestan servicios para estas plataformas están en un sitio territorial concreto.

El trabajo digital es realizado en la red más transnacional existente, la internet. Es por lo que, sobre la jurisdicción laboral existe más confusión que certeza, ya que el elemento principal que se requiere para un adecuado funcionamiento sistemático de este asunto, que es la cooperación internacional, aún no se logra. Ello debido a que se le está dando una visión nacional que pretende resolver un problema internacional, pues cada país crea una regla especial que no necesariamente es armónica con la regulación del otro extremo de la relación laboral, sin importar el vínculo contractual que los una.

Así las cosas, es usual que las partes mismas no logren establecer el contexto normativo que rige el trabajo realizado, ya que cada jurisdicción nacional reclama competencia, generando en cierto momento, el cumplimiento de los requisitos nacionales que configuran jurisdicción en diferentes lugares del mundo al mismo tiempo, sobre una sola relación a regular. Ahora bien, en el derecho comunitario de la Unión Europea está el Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre para resolver este tipo de situaciones y dicta en su sección 5, artículos 20 a 23, lo siguiente:

“SECCIÓN 5

Competencia en materia de contratos individuales de trabajo

Artículo 20

1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1.

2. Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro.

Artículo 21

1. Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:

a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o
b) en otro Estado miembro:

i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o

ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

2. Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b).

Artículo 22

1. Los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio.

2. Lo dispuesto en la presente sección no afectará al derecho de formular una reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente sección.

Artículo 23

Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos:

1) posteriores al nacimiento del litigio, o

2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

El régimen del derecho comunitario Europeo resulta de gran referencia, teniendo en cuenta precisamente las soluciones que se plantean en términos de movilidad territorial de los trabajadores y conforme a las realidades del mercado laboral actual, de alguna manera equiparando el flujo de mercancías por la Unión con el de personas. De esta forma, se cuenta con normas como las referenciadas, que permiten abordar el principio de territorialidad de la ley de manera mucho más amplia y actualizada, por lo mismo, menos restrictiva y que brinda acceso a la jurisdicción social dentro de los países miembros. Situación que no sucede en otras regiones del mundo.

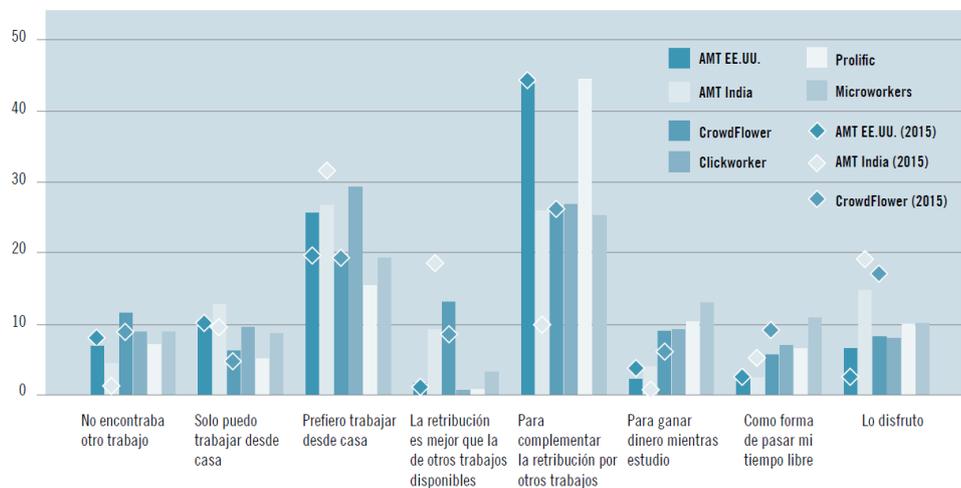
A pesar de ello, aprovechando los vacíos legales que aparecen en varias jurisdicciones del planeta, esta situación provoca una alta vulnerabilidad de los trabajadores que prestan sus servicios a través de la internet, con trabajos precarios, no pagos o mal pagos, ya que no hay posibilidad de acudir a la jurisdicción para la protección de sus derechos básicos, teniendo en cuenta que el empleador, cliente o beneficiario de sus servicios, no está atado a la regulación del país donde el trabajador se encuentra, tanto es así que no tiene representación en esa nación.

Sobre este asunto, la Organización Internacional del Trabajo realizó un estudio denominado “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo, cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital” (Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2019, pág. 53), en el marco del cual realizaron dos encuestas a trabajadores digitales de *crowdwork*, en 2015 y 2017 en cinco plataformas: AMT, CrowdFlower, Clickworker, Microworkers y Prolific.

Encontró el estudio que “para cerca del 32 por ciento de los trabajadores en 2017, el motivo principal por el que se dedicaban al trabajo en plataformas digitales era “complementar el pago obtenido en otros trabajos”, mientras que el 22 por ciento respondía que “prefería trabajar desde el hogar”.

El resultado global de ambas encuestas sobre este asunto particular es el siguiente:

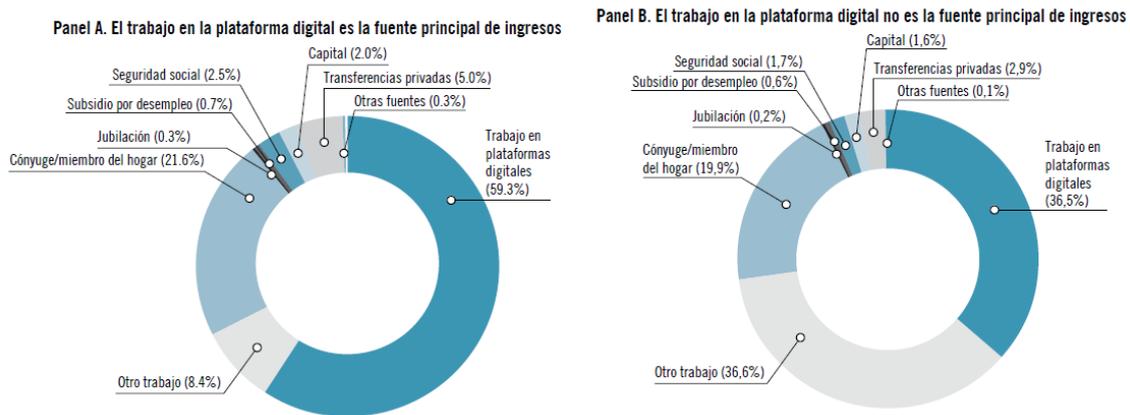
Gráfico 3.8 Motivo principal para trabajar en plataformas digitales, por plataforma (porcentajes)



Fuente: Encuesta realizada por la OIT en 2015 (E1 y E2) y 2017 a trabajadores de plataformas digitales.

Sobre el acceso a trabajos formales, fuente principal de protección social y otros estándares laborales mínimos, cerca del 32 por ciento de los trabajadores indicó que el trabajo en las plataformas digitales era la principal fuente de ingresos, esto significa que son trabajadores establecidos en una nación específica y no acceden a la protección social con los estándares mínimos aplicables a través de un trabajo típico.

Gráfico 4.4 Porcentaje de ingresos por fuente principal de ingresos, en 2017



Nota: Las jubilaciones comprenden las públicas y las privadas. La seguridad social incluye la asistencia social y otros beneficios de la seguridad social, tales como los subsidios familiares, etc.

Fuente: Encuesta realizada por la OIT en 2017 a trabajadores de plataformas digitales.

También se encontró que una de las razones destacadas de la elección de este tipo de trabajo, corresponde a responsabilidades del cuidado del hogar, tales como el cuidado de niños, personas con discapacidad o ancianos, o por problemas de salud del propio trabajador.

Atrás mencioné que la naturaleza extraterritorial de la internet permite a estos empleadores, clientes, beneficiarios y empleadores de los trabajadores digitales, permite la oferta de trabajos con estándares muy por debajo del mínimo legal establecido para el lugar donde el trabajador se encuentra. Esto se comprueba por la Organización Internacional del Trabajo en la encuesta mencionada, que concluyó:

“A través de las encuestas que llevó a cabo la OIT para analizar las cinco plataformas principales, fue posible confirmar estos resultados sobre la base de las respuestas de los trabajadores. En ambas encuestas, a los entrevistados se les preguntó cuánto dinero ganaban con el trabajo en las plataformas digitales en una semana común, y cuántas horas pasaban haciendo ese trabajo. Se señala una distinción entre el tiempo que pasan haciendo trabajo remunerado (es decir, tareas de trabajo real por las que el trabajador digital recibe una paga) y el tiempo que pasan haciendo trabajo no remunerado (es decir, el tiempo que dedican a buscar tareas, ganar calificaciones, buscar solicitantes a través de foros en línea, comunicarse con los solicitantes o clientes y dejar comentarios, así como tareas impagas/rechazadas o tareas finalmente no presentadas). Teniendo en cuenta esta información, se indican a continuación dos medidas de ingresos salariales por hora: una que da cuenta solo de las horas dedicadas al trabajo remunerado y otra que da cuenta de la cantidad total de horas dedicadas al trabajo remunerado y al no remunerado.

Según las encuestas de la OIT, en promedio, en 2017, un trabajador ganaba USD 4, 43 la hora si solo se considera el trabajo remunerado y, si se tienen en cuenta las horas

totales entre las remuneradas y las no remuneradas, el promedio de ingresos se reduce a USD 3, 31 la hora (véase la tabla 4.1). Si se considera solo el tiempo dedicado al trabajo remunerado, según la plataforma y el país del trabajador, los trabajadores ganaban entre USD 2,65 (CrowdFlower) y USD 8, 51 (AMT EE. UU.) por hora. El promedio de ingresos se reduce a entre USD 1, 95 (CrowdFlower) y USD 6, 54 (AMT EE. UU.) al dar cuenta del trabajo no remunerado. En 2015, el promedio de ingresos de los trabajadores estadounidenses de AMT era menor que en 2017, independientemente de la medida del ingreso. En cambio, el promedio de ingresos de los trabajadores indios de AMT era mayor en 2015 que en 2017 para ambas medidas del ingreso. Para los trabajadores de CrowdFlower, el promedio de ingresos era mayor en 2015 por el tiempo que dedicaban solo al trabajo remunerado (véase la tabla 4.1).

Tabla 4.1 Remuneración por hora, por plataforma (USD)

		Trabajo remunerado			Trabajo remunerado y no remunerado		
		Mediana	Media	Observaciones	Mediana	Media	Observaciones
AMT EE.UU.	2017	7,50	8,51	222	5,63	6,54	222
	2015	6,00	7,56	652	4,66	5,56	651
AMT India	2017	2,14	3,40	217	1,67	2,53	217
	2015	2,19	3,95	98	1,66	2,95	98
CrowdFlower	2017	1,50	2,65	298	1,11	1,95	299
	2015	1,50	3,04	306	1,00	1,92	307
Clickworker	2017	3,19	4,49	389	2,13	3,19	390
Prolific	2017	4,55	5,45	450	3,56	4,26	446
Microworkers	2017	1,60	3,00	444	1,01	2,15	448
Todas las plataformas	2017	3,00	4,43	2.027	2,16	3,31	2.029
	2015	4,39	5,92	1.056	3,33	4,26	1.056

Nota: Se eliminaron los datos correspondientes al 1 y al 99 por ciento por plataforma.

Fuente: Encuesta realizada por la OIT en 2015 (E1) y 2017 a trabajadores de plataformas digitales.

Los resultados de las encuestas de la OIT muestran, asimismo, que hay una considerable proporción de trabajadores cuyos ingresos son menores que el salario mínimo local.” (Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2019)

Se encuentra entonces que, en términos de precariedad laboral, además de lo ya descrito, una de las principales quejas de los trabajadores de las plataformas digitales es que su trabajo puede ser rechazado injustamente y, en consecuencia, no ser remunerado, siendo que los rechazos injustos pueden deberse a tareas mal designadas, a instrucciones confusas, a errores técnicos o a deshonestidad (McInnis et al., 2016), así lo concluye la Organización Internacional del Trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2019)

El mismo fenómeno se presenta en Europa, que conforme a los resultados del “*Estudio sobre plataformas en línea: percepciones contrastantes de las partes europeas*

interesadas: un análisis cualitativo de la consulta pública de la Comisión Europea sobre el entorno regulador de las plataformas”, publicado en 2016, encontró tímidamente que:

“Un pequeño número de asociaciones de la sociedad civil y ciudadanos individuales manifiestan su preocupación sobre:

Desprotección de derechos de los trabajadores en licitaciones en línea para asignaciones de trabajo, que excluyen a estos trabajadores de los sistemas de seguridad social.

Ejemplo: UNI Europa (Unión Europea de Trabajadores de Servicios, con 7 millones de miembros en Europa) y TCO (TCO sindicato de profesionales en Suecia) proporcionaron la misma respuesta palabra por palabra): UNI Europa y TCO están preocupadas por “el número creciente de las llamadas plataformas de crowdsourcing. Dichas plataformas permiten a empresas o individuos contratar mano de obra de forma flexible, económica y sin restricciones territoriales. Los así denominados “solicitantes”, publican licitaciones en línea para asignaciones de trabajo para que quienes estén buscando trabajo puedan aplicar. Los trabajadores que obtienen contratos en los portales de crowdsourcing suelen operar como autónomos, un estado laboral que los exime del empleo estándar conforme a la legislación vigente, así como de los derechos a la información, consulta y co-determinación que sí se garantiza con el estatus de “empleado”. UNI Europa considera necesario empoderar a estos trabajadores frente a los operadores de plataformas en particular, ya que sus salarios y condiciones de trabajo son fuertemente influenciados por los términos y condiciones que se aplican en dichas plataformas y son, en la actualidad, impuestas unilateralmente por los operadores de plataforma” (Gawer, 2016)

Existen múltiples razones para que estos trabajadores acudan a los tribunales para solicitar acceso a las garantías laborales mínimas a las que tienen derecho, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una relación laboral típica, subordinada, remunerada que está siendo escondida de manera engañosa, en un vínculo contractual que no elimina los elementos característicos de una relación laboral típica.

Como sucede con los trabajadores de plataformas digitales como Glovo y Uber, en este caso sucede que se presenta una transformación de los mecanismos a través de los cuales el empleador ejerce su poder subordinante, y la oferta de “horarios laborales flexibles”, no tiene la identidad suficiente como para poner entre dicho la existencia de una verdadera relación laboral.

Pero como se ha expuesto, existen claras barreras para acceso a la jurisdicción, como única y verdadera medida para la protección de derechos laborales. Dichas barreras llegan al punto, de que dentro de los “términos y condiciones” para acceder a un trabajo a través de estas plataformas, se obliga a los trabajadores a desistir sobre su derecho de acción, de manera individual o colectiva, para que en su lugar deban acudir al arbitraje para resolver controversias. (Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2019, pág. 114)

Esta situación plantea la necesidad de repensar el principio de territorialidad de la ley en el marco de las actividades llevadas a cabo a través del internet, donde el espacio físico resulta irrelevante, ya que la inmensidad extraterritorial del internet, frente a la férrea territorialidad de las leyes, resulta en la pelea de cada nación para imponer sus propias normas a situaciones que ocurren efectivamente fuera de su territorio llegando a causar un conflicto de competencia cíclico frente a las normas de otras latitudes.

Esta tendencia de regulación jurisdiccional extraterritorial está inmersa también en un problema que le hace impracticable en la gran mayoría de los casos, y es que se carece de herramientas para darle coerción para investir de carácter mandatorio a estas leyes.

Con el principio de territorialidad de la ley ante el internet, sucede entonces algo parecido al problema que en muchas ocasiones afecta las organizaciones internacionales:

- (i) Falta de integración: no todas las naciones involucradas en un asunto están listas para hacer parte de una agremiación que decida sobre asuntos que, desde su perspectiva, están dentro de su soberanía.
- (ii) Inexistencia de herramientas coercitivas: los asuntos de orden transnacional casi siempre dependen de la buena voluntad y de la concertación de normas internacionales que, en todo caso, muchas veces se ven afectadas en su cumplimiento por ser altamente difícil imponer su carácter obligatorio.
- (iii) Llegar a consensos es muy complejo: cuando ya es posible tener una unidad consistente de participantes, llegar a acuerdos colectivos que sean efectivamente cumplidos, redundan en dificultades para redactar las normas que les regirán y, en ese sentido, alcanzar acuerdos es más complejo

Pero este conjunto de dificultades tampoco es nueva y son asuntos connaturales a nuestra esencia humana, que suceden en muchos niveles de la interacción de nuestra especie y evidentemente de ello no conocen las máquinas y el avance de la innovación no se detiene ante eso, sino que como ya he explicado anteriormente, resulta ser una ventaja para los que explotan económicamente a otros, viéndose cubiertos por estos “huecos legales”.

Como se trata de un problema creado y que necesita ser resuelto, viendo el asunto a través del lente de la dignidad humana, se requiere alcanzar un acuerdo sobre la aplicación de las leyes en el ámbito intangible de la internet.

Evidentemente, hay otros que piensan distinto y claman por la independencia de la internet. Ya desde 1996 John Perry Barlow realizaba su *“Declaración de la independencia del ciberespacio”*, en la cual planteaba el rechazo a la regulación de la internet, como reacción a la Ley de las telecomunicaciones en Estados Unidos, que realizaba reformas y limitaba las competencias de la Comisión Federal de Comunicaciones en ese país. Expresaba Barlow entonces:

“Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos

tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla.

Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos. No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente.

Los gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los que son gobernados. No habéis pedido ni recibido el nuestro. No os hemos invitado.

No nos conocéis, ni conocéis nuestro mundo. El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis. Es un acto natural que crece de nuestras acciones colectivas. (...)" (Barlow, 1996)

El documento directamente ataca el principio de territorialidad de la ley, argumentando su total improcedencia de aplicación. El argumento es simple, no puede aplicarse un principio y normas del mundo físico, en el ciberespacio. Lo cierto es que, contrario a lo expuesto por Barlow, los problemas del ciberespacio no se solucionarán solos y afectan a seres humanos de carne y hueso que son explotados laboralmente sin posibilidad alguna de acceso a garantías mínimas.

Sobre este fenómeno, Weitzenboeck señala que en este caso se pasa de un sistema normativo piramidal, caracterizado por el papel central del Estado como ente regulador, a un sistema de regulación en red, denominado por el autor como ‘network regulation’ o ‘mesh regulation’ (Weitzenboeck, 2014), donde:

“El estado deja de ser la fuente única de soberanía (pasando a tener que compartir este poder, no solo con las autoridades del superestado sino también con poderosas empresas privadas); la voluntad del legislador deja de ser concebida como un dogma (y esto se acepta solamente en el marco de ciertas condiciones, y de manera posterior a un complejo proceso de evaluación tanto previa como posterior a la promulgación de una ley); las fronteras entre los hechos y el derecho a veces se son borrosas; los diferentes poderes del estado interactúan (los jueces se convierten en coautores de la ley y la subdelegación del poder de producción normativo que, en principio estaba prohibido, ahora se multiplica); los sistemas jurídicos (y más ampliamente, el sistemas normativos) se entrelazan; el conocimiento de la ley que tradicionalmente proclamó su pureza metodológica (mono disciplinar), ahora se inclina hacia un modo interdisciplinario y es más el resultado de un proceso de aprendizaje que de axiomas a priori. Además, la justicia, en donde el modelo piramidal se redujo a las jerarquías de los valores fijados en la ley, hoy se entiende en términos del balance entre intereses y el equilibrio de valores que son, a la vez, diferentes y variables”. (Weitzenboeck, 2014)

Como se ha visto en este documento y en concordancia con lo expuesto por Weitzendoeck, son los jueces los que terminan dando un alcance actualizado a normas que, por la complejidad política de su expedición, por no decir burocracia, corrupción, lentitud, impertinencia y por falta de manejo técnico e interdisciplinar, no responden de manera adecuada y armónica a las demandas del mundo cambiante.

Los aspectos sobre la jurisdicción aplicable a trabajadores digitales, cuya ejecución de la prestación personal del servicio no sigue los estándares laborales clásicos aún no han sido puestos a prueba en los tribunales judiciales, debido a:

- Dificultad para establecer la jurisdicción competente, debido a lo ya descrito de la extraterritorialidad propia de la prestación de servicios a través del internet y la dificultad de adaptar el precepto de la territorialidad de la ley a estas situaciones
- Costos de iniciar procesos judiciales
- Estatus migratorio irregular de los trabajadores digitales, que principalmente en el caso de los nómadas, trabajan con visa de turistas, haciendo imposible acudir a un estrado judicial para reclamar sus derechos laborales. Esto en el caso de que el primer problema sea resuelto y resulte ser el mismo país desde el cual están ubicados prestando el servicio a través del internet
- Inexistencia de regulación para esta relación laboral, tanto en términos de derecho sustantivo como procesal, que no les reconoce ni como trabajadores por cuenta propia ni por cuenta ajena
- Manejo de probatorio de servicios digitales. Las plataformas de trabajo digital limitan el acceso, conservación y traslado de los elementos informáticos con los cuales los trabajadores digitales prestan el servicio, resultando difícil el aspecto probatorio, básico para sustentar los elementos fácticos y jurídicos en una causa laboral.

Seguramente y en línea con lo expuesto por Weitzendoeck, los estrados judiciales en cierto punto llegarán a intervenir en esta situación.

Mientras esto sucede, existen algunas iniciativas sindicales que están abogando por la agremiación sindical de los trabajadores digitales. En Estados Unidos y Canadá se lleva a cabo la “Campaña para organizar los trabajadores digitales”²

4.3. Análisis predictivo.

Las empresas se conectan en sistemas integrados dentro del aparato productivo, estableciendo modelos de producción que pasaron de ser “justo a tiempo”, a ser predictivos, digitalizados e hiperconectados. Ello minimiza el toque humano, pues se acoplan y analizan datos sin necesidad de mayor intervención humana directa, disminuyendo la toma de decisiones, implementación de modelos predictivos e impactando el establecimiento de una industria sistémica.

² Más información en <https://www.code-cwa.org/>

El área que ha adoptado de manera más rápida esta herramienta es el *marketing*, en la cual mediante la absorción de datos con las preferencias de búsquedas que realizan las personas en motores de búsqueda, en redes sociales y en general dentro de la internet, se generan modelos para identificar las tendencias de consumo de las personas y en ese sentido orientar la publicidad a la población objetivo.

De la mano con el internet de las cosas, se presentan aplicaciones del análisis predictivo en espacios como el mantenimiento predictivo. No se requiere que el cliente salga al mercado a buscar al vendedor de las refacciones que necesita, sino que el mismo objeto realiza diagnóstico y predice la falla a ocurrir, determinando el mantenimiento necesario. Y es que actualmente se crean más datos en un día de los que se crearon en toda la humanidad hasta el año 2000, como destacó Andreas Weigend, ejecutivo de Amazon (Techedge Group, 2019). Esta situación esencialmente implica la implantación de una nueva manera de hacer negocios, según la cual es inaudito no saber qué sucederá en los próximos seis meses (Cía, 2015).

Según el Techedge Group, las líneas de negocio donde se ha expandido la analítica predictiva han sido varias:

- Finanzas: predecir operaciones de riesgo, gestión de préstamos, fluctuaciones inusuales en el mercado, lo cual puede evitar futuros problemas económicos.
- Ventas: Proveer ventas futuras, gestión de stocks o previsión ingresos. Anticiparse a las ofertas y cross-selling según las necesidades de cada cliente.
- Operaciones: Contabilizar y analizar, en términos de calidad, las cadenas de producción para anticiparse, evitando así futuros fallos en los procesos de fabricación.
- Marketing: A través de procesos data mining, ejecutar un marketing predictivo, puede predecir patrones de compra y consumo, anticiparse a las necesidades de los clientes y conseguir una fidelización ecommerce. (Techedge Group, 2019)

Desde el punto de vista del manejo de recursos humanos dentro de las empresas, el análisis predictivo también se aplica y esencialmente significa que los trabajadores humanos serán evaluados y sancionados antes de que ocurran los hechos causantes. Es decir, los modelos predictivos podrán establecer si la productividad del trabajador es la propuesta o no, antes de que llegue el último día de corte. El alcance del análisis predictivo podrá indicar sobre un trabajador de atención al cliente o financiera, por ejemplo, por qué fracasa en la estrategia de retención de clientes o las razones por las cuales no se alcanzarán las metas de marketing planteadas (Logicalis, 2019).

Pero desde el punto de vista de retención de los mejores talentos en la compañía, la herramienta puede resultar de gran ayuda, al detectar señales y tendencias de satisfacción del trabajador; llegando incluso en muchos casos a predecir el riesgo de fuga antes de que se produzca la contratación, como parte del proceso de selección de candidatos, lo que implica una reducción importante en los costos de la empresa pues ayudan a tomar una decisión de selección. (Logicalis, 2019). La misma lógica puede aplicarse para medir y

proyectar el rendimiento de una persona contratada o potencialmente a contratar en una empresa. Predecir cuánto producirá el trabajador, su salario, sus posibles ascensos, la vigencia de su contratación, implica esencialmente perder toda posibilidad de toque humano en el reclutamiento y demás procesos de recursos humanos.

De esta manera, la creación y regulación del empleo no serán realizadas en el momento que la necesidad surja, sino con meses de anticipación cuando las cifras así lo dispongan. Los ciclos de producción serán alterados y en esa misma medida las etapas de empleo y desempleo de las personas se verán drásticamente variados con altísimos procesos de vacancia y movilidad funcional. De tal manera que en este contexto los Servicios Públicos de Empleo y en general el entorno estatal deberá contar con mecanismos también de predicción de este conjunto de circunstancias, ya que la presión que se dé en los mecanismos de protección social también deberá atender a estos cambios no justo a tiempo, sino antes de que se necesite.

4.3.1. Impacto jurídico del análisis predictivo

En cuanto a la relación robot – humano, existen normas que regulan sus interacciones. Isaac Asimov dictó las “tres leyes de la robótica” en 1942 a través de su relato “círculo vicioso”. Las leyes planteadas por Asimov desde la ciencia ficción, hoy son la base de una regulación seria que está en desarrollo. Dicen las leyes:

- Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño.
- Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entrasen en conflicto con la primera ley.
- Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o con la segunda ley

La Unión Europea está desarrollando una versión actualizada de las leyes de la robótica planteadas por Asimov. En junio de 2018 la Comisión Europea nombró a un grupo de 52 expertos independientes en inteligencia artificial que tienen como objetivo principal el de apoyar la implementación de la Estrategia Europea sobre Inteligencia Artificial, lo cual incluye la elaboración de recomendaciones sobre el desarrollo de políticas sobre cuestiones éticas, legales y sociales de la inteligencia artificial, incluidos los desafíos socioeconómicos.

En su primer año de creación el grupo de expertos presentó las pautas de ética sobre inteligencia artificial, que presentan un enfoque centrado en el ser humano sobre la inteligencia artificial y enumeran los 7 requisitos clave que los sistemas de inteligencia artificial deben cumplir para ser confiables. Los 7 requisitos son:

- Agencia humana y supervisión: los sistemas de IA deberían permitir sociedades equitativas apoyando la agencia humana y los derechos fundamentales, y no disminuir, limitar o desorientar la autonomía humana.

- Robustez y seguridad: la Inteligencia Artificial confiable requiere que los algoritmos sean lo suficientemente seguros, confiables y lo suficientemente robustos como para lidiar con errores o inconsistencias durante todas las fases del ciclo de vida de los sistemas de Inteligencia Artificial.
- Privacidad y control de los datos: los ciudadanos deben tener un control total sobre sus propios datos, mientras que los datos que los conciernen no se utilizarán para perjudicarlos ni discriminarlos.
- Transparencia: se debe garantizar la trazabilidad de los sistemas de Inteligencia Artificial.
- Diversidad, no discriminación y equidad: los sistemas deben considerar toda la gama de habilidades, requisitos humanos y garantizar la accesibilidad.
- Bienestar social y ambiental: los sistemas deben utilizarse para mejorar el cambio social positivo y mejorar la sostenibilidad y la responsabilidad ecológica.
- Responsabilidad: deben establecerse mecanismos para garantizar la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de Inteligencia Artificial y sus resultados.

De esta manera, la Comisión Europea busca crear consenso internacional para la inteligencia artificial con una agenda centrada en el ser humano. Se trata de una tarea que se quiere llevar a nivel global, ya que las tecnologías, los datos y los algoritmos no conocen fronteras. Por ello, la Comisión reforzará la cooperación con socios afines, como Japón, Canadá o Singapur, y seguirá desempeñando un papel activo en las discusiones e iniciativas internacionales, incluidos el G7 y el G20. (Artificial Intelligence, 2020).

También desde la Unión Europea, presentó la propuesta de reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, en Bruselas 21 de abril de 2021.

Es un documento que pretende abordar con enfoque equilibrado la Inteligencia Artificial, para que esta responda a “los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE”, señala el mismo (Unión Europea, 2021). Para ello se enfocan en 4 objetivos específicos para su regulación:

“ Garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión;*

** Garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA;*

** Mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA;*

** Facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado.”*

El documento se centra en brindar límites a la inteligencia artificial, para que esta sea segura y respete las obligaciones derivadas de la garantía a los derechos fundamentales,

sin convertirse en una limitación excesiva para el desarrollo de esta tecnología y del mercado único de servicios digitales.

El documento también reconoce que “*el uso de la IA, con sus características particulares (p. ej., la opacidad, la complejidad, la dependencia de datos, el comportamiento autónomo) puede tener repercusiones negativas para múltiples derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*” (Unión Europea, 2021) y es por ello que enlista dentro de los derechos fundamentales a los que se pretende garantizar un elevado nivel de protección, a: “la dignidad humana (artículo 1), el respeto de la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal (artículos 7 y 8), la no discriminación (artículo 21) y la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23)” y consecuentemente tendrá efectos positivos en varios asuntos especiales, dentro de los cuales se encuentra el de “los derechos de los trabajadores a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31).

Es por lo que considera:

“(36) También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas. Las relaciones contractuales de índole laboral deben implicar a los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas, como indica el Programa de trabajo de la Comisión para 2021. En principio, esas personas no deben ser consideradas usuarios en el sentido del presente Reglamento. Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de los datos personales y a la privacidad.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Como resalto, el documento considera los riesgos “colaterales” que tiene la inteligencia artificial sobre el trabajo, pero no contempla medidas expresas para proteger los trabajadores, sino generales, en términos de usuarios generales de la tecnología, para garantía, por ejemplo, de captación y administración de datos biométricos, entre otros.

Finalmente, la Comisión Europea ha presentado el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial en el cual plantea el marco regulador relacionado con esta tecnología. Señala que en el proceso de definición de problemas se identifican los daños materiales que esta

puede causar, tales como la afectación a la seguridad y salud de las personas, así como los daños inmateriales potenciales, tales como discriminación en el acceso al empleo.

Esta identificación plantea un debate importante en términos de la regulación de los robots en la vida laboral, y la importancia de regulación sobre accidentes de trabajo o enfermedades laborales provocados por la automatización e inteligencia artificial, o discriminación en el acceso al empleo a causa de las decisiones que la inteligencia artificial puede llegar a tomar cuando ejecuta labores como una de las herramientas a través de las cuales se desempeña en representación del empleador y se ejerce poder subordinante en la toma de decisiones de contratación, remuneraciones o despidos, siendo estas determinaciones tomadas por la inteligencia artificial, bajo parámetros humanos que, en algunos casos, resultan siendo desconocidas por el empleador mismo.

En su Resolución del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL), el Parlamento Europeo explicó que es necesario evaluar los cambios económicos y los efectos en el empleo ocasionados por la robótica y el aprendizaje automático; que, a pesar de las innegables ventajas de la robótica, su utilización puede entrañar una transformación del mercado de trabajo y la necesidad de reflexionar en consecuencia sobre el futuro de la educación, el empleo y las políticas sociales. También reflexiona sobre la posibilidad de que el uso generalizado de robots no acarree automáticamente la sustitución de puestos de trabajo, pero sí que es probable que los empleos menos cualificados en sectores intensivos en mano de obra sean más vulnerables a la automatización; y que esta tendencia podría devolver procesos de producción a la Unión Europea.

Igualmente señala que la investigación ha demostrado que el crecimiento del empleo es considerablemente más rápido en los puestos de trabajo que hacen un mayor uso de la informática y que la automatización de los puestos de trabajo puede liberar a las personas de tareas manuales monótonas y permitirles que se dediquen a otras más creativas y significativas. Como consecuencia esto obliga a los Gobiernos a invertir en educación y a acometer otras reformas con el fin de mejorar la redistribución en los tipos de capacidades que necesitarán los trabajadores en el futuro; (Parlamento Europeo, 2017)

Afirma el Parlamento en la Resolución que *“el desarrollo de la tecnología robótica debe orientarse a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas; considera fundamental garantizar que, en el desarrollo de la robótica y los sistemas de inteligencia artificial, los seres humanos tengan en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes; estima que debe prestarse especial atención al posible desarrollo de un vínculo emocional entre seres humanos y robots —especialmente en el caso de grupos vulnerables, como niños, personas mayores y personas con discapacidad—, y destaca los problemas que pueden plantear las graves consecuencias físicas y emocionales que este vínculo emocional podría causar a los seres humanos”*.

Toda esta situación que plantea un asunto complejo en la perspectiva de las relaciones laborales, cuando efectivamente las fronteras empiecen a desdibujarse y, como lo prevé el Parlamento, se generen lazos sentimentales con los robots con consecuencias que humanicen a las máquinas haciéndolas titulares de derechos sociales.

Ahora bien, cuenta la Resolución con una sección dedicada a educación y empleo, señalando:

“41. Llama la atención sobre las previsiones de la Comisión según las cuales podría tener que hacer frente hasta el año 2020 a una escasez de hasta 825 000 profesionales en el sector de las TIC, a la vez que el 90 % de los puestos de trabajo requerirá al menos unas capacidades digitales básicas; acoge con satisfacción la iniciativa de la Comisión de proponer un plan de trabajo para la posible utilización y revisión del marco de competencias digitales y de los descriptores de competencias digitales para todos los niveles de aprendizaje, e insta a la Comisión a que preste un apoyo significativo al desarrollo de las competencias digitales en todos los grupos de edad, con independencia de la categoría profesional, como un primer paso hacia una mejor adaptación de la oferta y la demanda en el mercado laboral; destaca que el crecimiento de la robótica exige que los Estados miembros desarrollen sistemas de formación y educación más flexibles con el fin de garantizar que las estrategias relativas al desarrollo de las capacidades se ajustan a las necesidades de la economía de los robots;

42. Considera que la industria digital, las propias mujeres y la economía europea saldrían ganando si se consiguiera que más mujeres jóvenes se decantaran por una carrera digital y se contrataran más mujeres en empleos digitales; pide a la Comisión y a los Estados miembros que emprendan iniciativas dirigidas a apoyar a las mujeres en el sector de las TIC y a mejorar su capacitación en el ámbito digital;

43. Pide a la Comisión que empiece a analizar y supervisar más estrechamente la evolución a medio y largo plazo del empleo, con especial énfasis en la creación, la deslocalización y la pérdida de puestos de trabajo en los diferentes campos/ámbitos de calificación, con el fin de determinar en qué ámbitos se está creando empleo y en cuáles se está perdiendo como consecuencia de la mayor utilización de los robots;

44. Destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales, habida cuenta de los efectos que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial; pide a la Comisión que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los Estados miembros;

45. Destaca la importancia que revisten la flexibilidad de las competencias y de las habilidades sociales, creativas y digitales en la educación; está convencido de que, además de los conocimientos académicos impartidos en los centros escolares, al tiempo que considera que el aprendizaje a lo largo de toda la vida presupone también la acción a lo largo de toda la vida;

46. Constata el enorme potencial de la robótica a la hora de mejorar la seguridad en el entorno laboral mediante la transferencia a los robots de una serie de tareas peligrosas y perjudiciales que desempeñan actualmente los seres humanos, al tiempo que advierte del peligro que podría entrañar la robotización en el sentido de crear una serie de nuevos riesgos como consecuencia del creciente número de interacciones entre los seres humanos y los robots en el lugar de trabajo; subraya a este respecto la importancia de aplicar normas estrictas y orientadas hacia el futuro que regulen las interacciones entre los seres humanos y los robots, a fin de garantizar la salud, la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo;”

Ya dentro de los anexos de la Resolución, vale la pena destacar lo siguiente en el ámbito laboral:

- Debe regularse la responsabilidad de los robots y de la inteligencia artificial para los supuestos diferentes de los daños materiales.
- Sería conveniente establecer un régimen de seguro obligatorio, que podría basarse en la obligación del productor de suscribir un seguro para los robots autónomos por él fabricados.
- El sistema de seguro debería complementarse con un fondo para garantizar la compensación de los daños y perjuicios en los supuestos en los que no exista una cobertura de seguro.

De tal manera que en asuntos de accidentes o enfermedades laborales de seres humanos en los cuales se establezca responsabilidad por causa o con ocasión del uso de robots o inteligencia artificial, aplicaría esta póliza, que en palabras del Parlamento no “debería limitar la naturaleza de dicha compensación, basándose únicamente en que los daños han sido causados por un agente no perteneciente a la especie humana.” ¿Qué aseguradora podría asumirlo?

Todo el impacto que tiene la inteligencia artificial en los asuntos de predicción en los procesos productivos

Todo el impacto que tiene la inteligencia artificial en los asuntos de predicción en los procesos productivos es muy amplio y además creciente, no tenemos idea de hacia dónde evolucionará, solo que efectivamente sucederá. En ese contexto, mientras los procesos de consumismo siguen desarrollándose a niveles insospechados, los seres humanos en todas nuestras etapas estas dentro de esta maquinaria. El rol de trabajadores dentro de esta realidad implica también el rol de miembros de esta, de tal manera que, desde el nacimiento mismo, el aparato productivo nos hace parte de este. Nuestros procesos de formación se ven impactados por ese proceso, nuestro ingreso al mercado laboral, nuestra navegación en el mismo y nuestro retiro son influenciados por la tecnología imperante en el mercado.

Por lo tanto, la regulación que el derecho del trabajo tiene de este fenómeno, desde la perspectiva jurídica, es de una reacción lenta y muy gradual, que ciertamente deja poco espacio para la adaptación de los modelos normativos. En ese sentido, como se plantea en la hipótesis de este trabajo, nuestra aproximación del fenómeno social del trabajo podría darse en dos frentes. Uno que permita la adaptación a las nuevas tecnologías dentro de los estándares ya establecidos para el trabajo típico, de tal manera que el estándar jurídico responda a las nuevas formas en que se ejerce el trabajo objeto de su regulación tradicional, pero que también se permita la creación de un conjunto de principios globales que apliquen al trabajo de manera general, por fuera de las maneras en que se desarrolla el mismo.

El análisis predictivo es precisamente la muestra clara de lo retrasado que se encuentran algunos sistemas jurídico-laborales del mundo frente a las velocidades con las que se mueven las industrias. Sucede esto en territorios como el latinoamericano, absolutamente desconectados de lo que sucederá en los próximos 50 años, por lo tanto, incapaces de responder a las demandas sociales a través de los estándares jurídico-sociales edificados en el siglo pasado. Ninguna regulación latinoamericana está brindando respuestas directas y claras en términos de la regulación del trabajo dentro de una producción predictiva. Esto sucede en un caldo de cultivo que, como se demostró en la pandemia del Coronavirus, está propenso a ahondar aún más las desigualdades y donde el trabajo formal se destruye con tanta facilidad y no se regenera con la misma agilidad.

Ahora bien, el alcance de varias tecnologías, como la producción predictiva, es aplicable a las grandes industrias, que tienen la capacidad de responder rápida y predictivamente a los cambios que se aproximan, estando listas para estos y moviéndose en primera línea dentro de las demandas de la economía mundial, pero existen también las micro, pequeñas y medianas empresas, que participan de manera importante en la oferta de trabajo formal en el mundo, y se mueven más lentamente ante tales aplicaciones nuevas. Para estos casos habrá más facilidad en los procesos de adaptación de los trabajadores y el talento humano por llegar.

En muchos casos, especialmente para economías emergentes, la regulación del trabajo en el marco de lo que representa la cuarta revolución industrial no ha aparecido aún, cuando ya se empieza a hablar de la quinta revolución industrial.

4.4. La reinención de la geografía productiva global. De la descentralización a la relocalización.

Partiendo de todos los impactos plateados por la tecnología e innovación, la producción localizada en grandes fábricas está mutando, atendiendo a las nuevas posibilidades que se presentan gracias a la plena capacidad de conocer las necesidades y tendencias de consumo alrededor del mundo.

Junto al conocimiento completo de los consumidores, ocurre una dificultad logística enorme en el transporte de mercancías, por factores como el alza en los costos de

transporte, las velocidades del traslado desde los puntos de producción a los de consumo no están respondiendo a la demanda de la economía, de tal manera que se evidencia el paso desde la descentralización a la relocalización productiva. En la actualidad los procesos de producción en masa se ubican en China, lo cual impone una gran presión a las cadenas de transporte marítimo, aéreo, férreo y terrestre que se ven colapsadas al momento de soportar la demanda mundial en los cambios de los patrones de consumo, tal como sucedió con la pandemia del coronavirus.

En ese sentido, el análisis de *big data* brinda información sobre las cantidades, tiempos y maneras que debe adoptar la producción para ser más eficiente, por ejemplo, ubicándose muy cerca de los centros de consumo, previendo en qué lugares del mundo se puede ubicar la producción conforme a las tendencias de consumo, entre otros asuntos.

La automatización y robotización están desplazando el debate laboral en puntos tales como las ventajas competitivas basadas en oferta de mano de obra barata, pues cada vez preocupa más la participación misma de la mano de obra humana en la producción. Es decir, estamos agregando a la discusión por la erosión de los estándares mínimos de la contratación de mano de obra humana para la reducción de costos, y estamos empezando a debatir sobre el establecimiento de límites a la destrucción de empleos humanos sobre la automatización y robotización de las fábricas. Por supuesto esto puede significar la destrucción de algunos empleos, pero la creación de otros. El problema en realidad se enfoca en la inexistencia de medidas eficientes que les permitan a las personas adaptarse y sobrevivir en el mercado laboral desde el punto de vista de las competencias básicas, transversales y laborales. Si un trabajador que pierde su empleo de baja cualificación al ser reemplazado por un robot debería poder acceder a un mecanismo de protección al cesante que, acudiendo precisamente a la información recabada del mercado laboral, pueda indicarle qué debe hacer para volver a insertarse en un empleo. Pero en este asunto de las competencias me enfocaré más adelante.

En todo caso, las empresas están optando por relocalizar sus empresas en los países de origen, ya que acceden a talento humano calificado que necesitan con mayor facilidad, y otras optan por modelos de producción descentralizada para fabricar lo más cerca posible de los consumidores.

Además de significar un reto para los sistemas de cualificaciones y los servicios de empleo de cada nación, esta situación también puede significar una grave crisis para los sistemas de protección social. Históricamente el acceso a los sistemas de salud, pensiones y riesgos ocupacionales se han derivado de la existencia de un vínculo laboral típico, por cuenta propia o ajena. En este caso de destrucción de trabajo humano significarán un abismo fiscal de dimensiones importantes, ya que los trabajadores cesantes no aportan a seguridad social en la misma proporción cuanto están empleados, por un lado; y por otro las máquinas no son sujetos a la cotización respectiva.

Al respecto se han planteado debates como la existencia de una proporcionalidad obligatoria de trabajadores humanos en las empresas, es decir, que la plantilla de máquinas debe estar limitada a la existencia de cierto número de trabajadores humanos en la empresa. También se ha propuesto la cotización a seguridad social obligatoria a

fondos de seguridad social públicos, por cada máquina comprada y activa reemplazando un trabajador humano.

Por lo descrito, la obtención de información fiable sobre las tendencias de consumo, actuales y prospectivas, implica una completa transformación de la manera de producir, la manera de emplear y la manera de trabajar. Esto puede significar una reubicación completa de las fábricas, centrándolas en los puntos de consumo más importantes, y enfocándose también en la posibilidad de llegar primero al cliente, antes incluso de que este mismo sepa que necesita algún producto o servicio. Esto implica nuevas formas para contratar talento humano, que se orienten a responder a las tendencias del mercado y a los resultados, eliminando los trabajos repetitivos, los intermediarios y dando perspectiva una vez más, al principio de territorialidad de la ley. La producción ya no estará enraizada en un lugar concreto, sino que se moverá con mayor rapidez, dándole mayor relativismo a las garantías laborales, especialmente en la duración de los trabajos, implicando una altísima movilidad de los trabajadores, tanto territorial como funcional, de manera horizontal o vertical, con enormes requerimientos de las personas en términos de actualización y transformación de competencias, formaciones cortas y facilidades migratorias. Y dentro de los modelos a destacar para responder a estas situaciones, sin duda están estructuras como la propuesta en el derecho comunitario de la Unión Europea, donde se cuenta con instrumentos de armonización del principio de territorialidad de la ley y de actuación común ante tal movilidad. Más allá de ello, en las demás regiones del mundo, especialmente en América Latina y el Caribe, tenemos mucho terreno por avanzar en este asunto de la respuesta coordinada al fenómeno social del trabajo en las nuevas realidades productivas, altamente cambiantes.

4.5. Modelos 360 de negocios des-intermediados:

Los productos han desarrollado una amplia gama de combinaciones nuevas derivadas de las posibilidades permitidas por la tecnología.

Ahora tenemos gamas como los productos hiper personalizados, de plataforma, inteligentes con incorporación de servicios, producción a demanda, de respuesta inmediata, con producción cercana a los centros de consumo, las tiendas online, las plataformas de innovación abierta, entre otros. Son solo los elementos que podrían nombrarse hoy en día para enlistar las ventajas competitivas que la tecnología e innovación presentan al mercado.

Así las cosas, el comercio electrónico está acercando como nunca al fabricante y al consumidor, directamente y minimizando casi a cero la posibilidad de crear valor mediante la acumulación de inventario y desapareciendo las cadenas de distribución directamente manejados por los productores.

Con la inteligencia artificial predictiva la industria se prepara para vender a un futuro cliente y en ese proceso las investigaciones de mercado ya no son justo a tiempo sino

prospectivas, permitiendo a las empresas estar listas para ser las primeras en ofrecer un producto o servicio al mercado.

Esto sin duda impacta a los trabajadores, especialmente en sus procesos de navegación en el mercado laboral. Desaparecen los empleos creados por los intermediarios y se crean nuevos con los fabricantes directos. En este asunto tienen una enorme participación las cadenas de distribución, a través de las cuales las empresas dedicadas al servicio de transporte y envíos tienen un rol fundamental, que deben transformarse para estar cerca de los centros de consumo o desaparecer por la relocalización de las fábricas que se ubican cerca de los centros de consumo y distribuyen directamente sus productos. Todo este conjunto de situaciones implica un cambio, ya que los trabajadores deben tener la capacidad de moverse, de un empleo a otro, más allá de los títulos que poseen, con tiempos de contratación cortos, que presionan las estructuras tradicionales de protección social, tanto de seguridad social y desempleo. De esta manera, las formas de trabajar serán cada vez más precisamente orientadas a las tendencias de consumo y a vender antes de que se necesite, no de vender mucho en corto tiempo, sino vender para toda la línea de vida de una persona con conexión directa entre consumidor y fabricante.

4.6. Management de la improvisación y de la innovación.

La posibilidad de tener información al instante y de procesarla sin límites implica que cada vez con más precocidad, los productores están a la vanguardia ofreciendo productos que no necesitamos. Esto además de impulsar nuclearmente el consumo, implica una transición “a ciegas” de las fábricas inteligentes, de tal manera que las empresas planean y ejecutan sus actividades con altos niveles de incertidumbre, con escasa o nula decisión humana, sino con algoritmos decisores la producción se llevará a cabo de manera automática.

Esto también implica que el ciclo de uso de los productos se reduce notablemente, no solo por la intencional obsolescencia que algunos productores han dispuesto para asegurar el continuo consumo, sino porque se avanza en tecnología a tal ritmo, que se configuran nuevos bienes y servicios donde antes no existía nada.

Existe una competencia creciente y escalable, y se toman decisiones sobre una enorme cantidad de datos que muchas veces no tienen capacidad de procesar y menos de interpretar. Precisamente ello plantea un choque ético frontal sobre el papel del ser humano en la producción, dada nuestra incapacidad de ser parte de los procesos de producción a la velocidad que lo logran las máquinas y, por lo mismo, la humanidad se enfrenta a la decisión de controlar de alguna manera estos procesos para garantizar la humanización de la producción.

Es precisamente en ese sentido que el Parlamento Europeo ha dispuesto de varias disposiciones, buscando de alguna manera darles un sentido humano a las nuevas variables de producción resultantes de la innovación, para que no aplasten a las personas en el proceso de crecimiento, en instrumentos como la Resolución del 16 de febrero de

2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL) que antes se mencionó, entre otras.

Dichas disposiciones, se centran en resaltar la importancia y responsabilidad que reposa en los esquemas formativos de las personas, tanto en la educación tradicional como en la obligación de permanecer constantemente en procesos de formación, como un elemento trascendental para navegar en el mercado laboral, adaptándose a las demandas de competencias, ya no de cualificaciones, dentro de los procesos productivos. Si los procesos de producción avanzan muchas veces sobre supuestos y proyecciones, es necesario que los trabajadores avancen en las competencias que se demandarán en el futuro del trabajo. La perspectiva ocupacional, la formación continua y las transformaciones de la educación tradicionales son necesarias para soportar la producción del futuro, donde se centran los esfuerzos en producir lo que el cliente individualizado e identificado necesitará en el futuro. Este asunto de las competencias lo abordaré en el capítulo posterior de Transformación del mercado de las competencias. Habilidades híbridas *soft-hard*.

4.7. Desigualdad robótica tridimensional

El avance de la expansión robótica abarca todos los aspectos de la vida humana, lo que incluye la creación, destrucción y desplazamiento de empleos. En el ámbito de los robots con destinación industrial, su uso se encuentra concentrado en países desarrollados como China, Estados Unidos, Corea, Japón y Alemania, los que resultan también ser los principales productores de la tecnología.

Esto implicaría que para países donde la producción de tecnología no es tan fuerte, las condiciones a vigilar serían distintas. Con esto quiero decir que, en países como Camerún, Etiopía, Uganda, Tanzania entre otros, el efecto de los robots industriales podría no llegar a los niveles de impacto y rapidez que en los países mencionados antes; pero ello no significa que eso los haga inmunes al impacto de la industria 4.0, pues en todo caso tendrán retos de automatización progresiva, donde el talento humano también necesita ser desarrollado. Esto, además de que las tasas de desempleo indican simplemente que las competencias brindadas en la educación y formación no están siendo absorbidas adecuadamente por el mercado laboral, derivando por supuesto en desocupación, precariedad, baja productividad, entre otros efectos no deseados.

4.8. Transformación del mercado de las competencias. Habilidades híbridas *soft-hard*.

El mundo de la educación siempre ha estado íntimamente ligado al mundo del trabajo. En el siglo XV existía una organización gremial organizada estructurada en los feudos, erigida sobre procesos formativos centrados en el aprendizaje mediante la experiencia propia.

Quien deseaba trabajar en algún oficio, necesariamente debía ingresar al gremio correspondiente. El aprendizaje de un oficio era adelantado a través de la adopción

infantil, que en aquel entonces se consideraba un acuerdo beneficioso para ambas partes; así es que, al formar a un menor de edad, el maestro contaba con una mayor facilidad para moldear al pupilo y el maestro no cobraba al aprendiz por la formación impartida, dado que la formación y el trabajo eran considerados pago y herencia; éste fenómeno se presentaba en gran medida por la falta de descendencia masculina en las familias. A través de esta clase de acuerdos, los jóvenes adoptados se formaban en un oficio y los padres adoptivos contarían con la ayuda en el taller donde desarrollan su trabajo. (Justel Vicente, 2012)

El apogeo del aprendizaje ocurrió en la Edad Media, donde funcionó como una de las piezas fundamentales de la organización gremial. Se trataba nada menos que del paso primero y necesario para ser parte de la corporación. Para aquel entonces, las corporaciones eran las monopolizadoras de la industria, y estaban compuestas por artesanos cuya aptitud para el oficio se garantizaba y como esa industria era manual (serie de movimientos combinados que se aprenden más por la vista, la imitación y la práctica) resultaba absolutamente necesario el aprendizaje, como medio para adquirir la aptitud indispensable.

Por tratarse de un sistema “pre-capitalista”, existía un número reducido e invariable de maestros y la única forma de llegar a estos puestos limitados y seguros, era ir escalando las etapas de la jerarquía gremial: aprendiz-compañero-maestro. Al respecto, se ha expresado que esta etapa correspondía a la etapa estudiantil actual; un momento de la vida largo e importante donde nada se produce, pero se prepara el camino para la situación futura. Para ese momento, el contrato de aprendizaje se debía redactar por escrito y consignar en las corporaciones; contaba con dos obligaciones esenciales: para el maestro, la instrucción profesional y la tutela, ya que ocurría una especie de cesión de la patria potestad. Y para el aprendiz, la obediencia. (Plá Rodríguez, 1989).

Varios siglos han pasado y los procesos de aprendizaje así lo han hecho. Actualmente la digitalización y la intensidad tecnológica de los distintos sectores de la industria impactan sobre las habilidades demandadas a los trabajadores y sobre las remuneraciones que perciben con distintas estructuras para la prestación personal de servicios o el autoempleo. Las mezclas de aplicaciones tecnológicas en procesos productivos antes inimaginadas, demandan de manera muy rápida el desarrollo de competencias, tanto duras como blandas. (Basco, Beliz, Coatz, & Garnero, 2018)

El Task Force sobre Economía Digital del G20 estudió el tema (OECD, 2018), identificando la demanda de nueve habilidades cognitivas, no cognitivas y sociales: alfabetización; aritmética; habilidades relacionadas con TICs; habilidades STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemática); marketing y contabilidad; gestión y comunicación; resolución de problemas; auto organización; predisposición para aprender.

Se trata de categorías generales que evidentemente van moviéndose a revoluciones insospechadas, pero que en todo caso se enfocan a las realidades en algunos países del G20 de países industrializados y emergentes. En todo caso, otros estudios como el de *Jobs lost, jobs gained: What the future of work will mean for jobs, skills, and wages. (2017) McKinsey Global Institute's* (McKinsey Global Institute, 2017), muestran una creciente

demanda orientada hacia la ingeniería, el desarrollo de código, la informática, la electrónica y el análisis de datos, así como también hacia habilidades no basadas en las ciencias duras, como el pensamiento crítico y la creatividad.

Para dar respuesta a estas remodelaciones constantes de las competencias, existen diferentes construcciones jurídicas que han dado espacio a la organización de las capacidades humanas para permitir alinearlas a las necesidades productivas. Dentro de ellas se encuentran 5 puntos importantes para tener en cuenta que componen un sistema de cualificaciones: (i) los marcos de cualificaciones, (ii) las vías de cualificación, que se dividen en la educación formal, la formación profesional y el reconocimiento de aprendizajes previos, (iii) la normalización de competencias, (iv) sistemas de información, (v) esquemas de movilidad entre las vías de cualificación. Con la interacción de cada uno de estos componentes, se busca alcanzar el propósito principal de un sistema de cualificaciones, que es brindar reconocimiento a las competencias de los trabajadores en el mercado laboral.



FUENTE: Elaboración propia

Todas las estructuras de los sistemas de cualificaciones del mundo reconocen y resaltan la necesidad imperiosa de invertir en políticas educativas, formativas y laborales que tengan como eje a la formación a lo largo de la vida. Como ya he presentado anteriormente, la navegación en el mercado laboral en la actualidad es de altísima rotación e implica que los trabajadores debemos estar constantemente enrolados en procesos formativos, para garantizar una movilidad territorial y funcional (vertical y horizontal) exitosa. La moneda de cambio en el mercado laboral actual y futuro se da en competencias

y ya no en cualificaciones, es decir, en la actualización permanente de competencias para atender a necesidades específicas y no a procesos de formación amplios y largos que abarcan muchos temas, pero no brindan la especificidad de las demandas del mercado laboral. Con esto no quiero decir que los procesos educativos no preparen para el trabajo o que las personas no deban acceder o apostar a procesos de formación largos o académicos, sino que una vez en el mercado laboral, habiendo terminado los ciclos de formación formales o profesionales, es necesario que los trabajadores continuemos los procesos de formación para adecuar aquellas competencias concretas que han quedado desactualizadas o para obtener las nuevas que van apareciendo.

Esto debido a varias razones, siendo algunas de ellas las siguientes: (i) procesos productivos basados en el conocimiento, con permanentes avances en tecnología e innovación, de tal manera que la vida útil de las competencias es mucho más corta (ii) ciclos de producción cortos y cada vez más destinados a responder a necesidades muy específicas, generando una reducción ostensible de las estructuras de empleos de carrera, propias del taylorismo y el fordismo, pasado a cambios constantes en la vida laboral de las personas (iii) el mercado laboral demanda una gama de destrezas cada vez mayores y más complejas, mientras que las cualificaciones bajas sufren de disminución, con desuso y eliminación (iv) profundización de la desigualdad, en términos del acceso a la información y las competencias requeridas, bien sea por los costos de la educación y formación, por encontrarse en el sector informal de la economía, entre otras razones, implica un acceso desigual a las competencias. La desigualdad es un asunto de enorme complejidad, pero que resulta muy evidente en tiempos de crisis. En la actual pandemia, se denota claramente cómo los países desarrollados accedieron primero a las vacunas, en mayores cantidades, mientras los más pobres no acceden a las mismas y padecieron con rigor la muerte y colapso sanitario. Sucede lo propio con las competencias y los sistemas de cualificación mismos, pues los países en vía de desarrollo cuentan con estructuras institucionales mucho más débiles que son incapaces de brindar acceso a las competencias a la población en general, limitando el acceso a las personas con mejores posibilidades económicas y dejando en los trabajos poco cualificados o en el sector informal a aquellos que no las obtienen. Esto con graves consecuencias sociales, precisamente por la desajustada estructura de la protección social, basada en el único estándar de trabajo claramente reconocido y amparado, el trabajo subordinado y típico.

Por lo descrito, la importancia de los sistemas de cualificación es enorme para responder a las demandas de competencias de la 4 revolución industrial y en las que siguen. Estos deben contar con componentes interconectados y capaces de retroalimentarse, con directa influencia también en los mecanismos de protección al trabajador cesante, ya que precisamente en los momentos de reingreso al mercado laboral es vital la inversión en competencias.

Son diversas las experiencias que tienen diferentes países sobre sus sistemas de cualificaciones, pero me centraré en las estructuras de varios países de la OCDE.

Los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) cuentan desde el 2012 con la estrategia de competencias, que se trasladó a estrategias nacionales de competencias en once países miembros, y que en 2019 fue

actualizada y se erige sobre tres columnas, así (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2019):

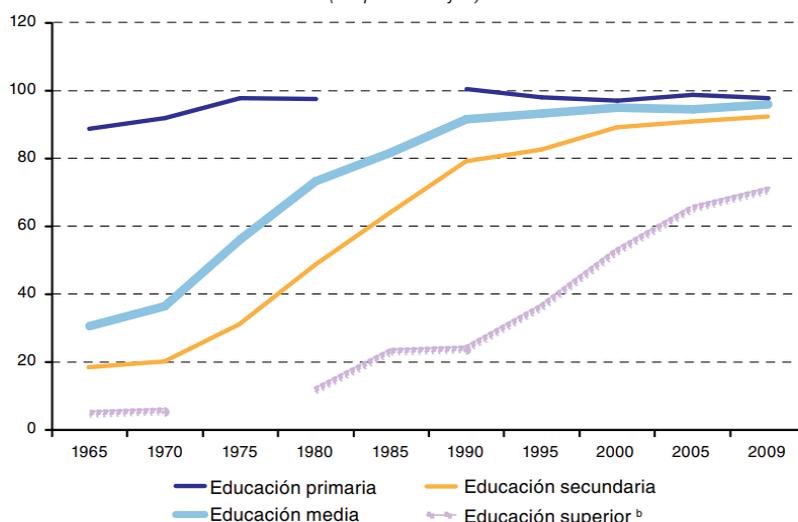
- (a) **Desarrollo de competencias necesarias a lo largo de la vida.** Resalta que la formación de las personas debe ser en distintos ámbitos, no solo el laboral, sino también en el hogar y la comunidad, insistiendo en que *“todas las personas deben poder tener acceso a oportunidades para desarrollar y mantener un desempeño sólido en una serie de competencias”* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2019)
- (b) **Uso eficaz de las competencias en el trabajo y en la sociedad.** Además de desarrollar las competencias, se debe garantizar que la inversión que realizan las personas en ello sea reconocida socialmente, a través de oportunidades, estímulos e incentivos para el uso de tales competencias de forma plena en la sociedad y el trabajo. Esto resulta clave para asuntos tan importantes como la movilidad social, la productividad y, en definitiva, el crecimiento económico.
- (c) **Fortalecimiento de la gobernanza en los sistemas de competencias:** para que el conjunto de componentes de los sistemas de competencias/cualificaciones funcione, necesita de una institucionalidad robusta que sea capaz de brindarle sostenibilidad a lo largo de los años y de interconectar cada uno de ellos. Por esto, la OCDE insiste en que se necesita de un gobierno que tome decisiones técnicas, oportunas e informadas sobre estos asuntos, garantizando su continuidad, financiamiento, armonización y coordinación. Esta no es una tarea menor o fácil, pero es la que garantizará a largo plazo la obtención de los resultados que se buscan.

Todos los documentos que se refieren al futuro del trabajo resaltan una y otra vez estos tres principios mencionados, que son de gran envergadura para varios países, dada la dificultad del procedimiento, tiempo y esfuerzos que se deben invertir, pero que son estrictamente necesarios para que las personas puedan navegar en el mercado laboral en una sociedad marcada por el rol social del trabajo en todas sus formas.

Precisamente es muestra de ello el caso de Corea del Sur. En este país resulta notable el rol que tuvo y tiene la educación en su desarrollo económico y social en un tiempo relativamente corto.

Esta nación dio un salto en la expansión a la educación de la siguiente manera:

REPÚBLICA DE COREA: TASA DE INSCRIPCIÓN ^a
(En porcentajes)



Fuente: Instituto de Desarrollo Educativo de la República de Corea [en línea] <http://cesi.kedi.re.kr>.

^a Tasa de inscripción = número de estudiantes en edad escolar inscritos/población en edad escolar. La edad escolar se refiere a personas de 6 a 11 años para la educación primaria, de 12 a 14 años para la educación media, de 15 a 17 años para la educación secundaria y de 18 a 21 años para la educación superior.

^b La educación superior incluye toda la educación posterior a la secundaria que se brinda en institutos de enseñanza superior y universidades.

FUENTE: (Instituto Coreano de Desarrollo, 2010)

Se puede apreciar el salto de cobertura dado en la década de los setenta para la educación básica secundaria y media, y el salto de los noventa de la educación superior, lo que resultó clave para el crecimiento económico de esa nación, pues se contó con recursos humanos listos para responder a las demandas de un sector productivo altamente tecnificado y permanentemente innovador, brindado movilidad social, capacidad de consumo, etcétera.

Además del aumento en la tasa de cobertura, la calidad de la educación coreana también mejoró y se fortaleció la estructura institucional encargada de este derecho fundamental.

Este proceso se dio en 4 etapas, como reporta el Instituto Coreano de Desarrollo:

- (i) **Organización de la infraestructura educativa (1945-1959):** con la ley de educación básica de 1949 se dispuso como obligatoria la educación primaria. Esto implicó una reducción de la tasa de analfabetismo pasando del 78,2% en 1948 al 4,1% en 1958. (Instituto Coreano de Desarrollo, 2010)
- (i) **Apoyo a la industrialización (1960-1979):** al aumento de estudiantes dentro del sistema educativo implicó un aumento en la infraestructura educativa, con el aumento de aulas de clase y se abrió el espacio para la oferta privada educativa para suplir la demanda, se eliminó el examen de ingreso a la enseñanza media, lo que derivó en un aumento de las personas matriculadas, dando también un fortalecimiento de la inversión en educación. Cuando empezaron a llegar más estudiantes desde la educación primaria, buscando pasar a la secundaria, se dio un problema que fue la competencia para ingresar

a las instituciones de educación secundaria más prestigiosas, lo cual se manejó a través de la asignación de matrículas mediante lotería. Todo este trabajo de base permitió la posibilidad de empezar a tener estudiantes de educación post media enfocados en responder a los retos del sector productivo, tanto en la formación profesional, para responder a la mano de obra que necesitaban las industria para funcionar y evolucionar, como en la educación formal, para tener estudiantes formados en ingeniería y ciencia, para la innovación. Ambas vías de cualificación empezaron a responder a los objetivos de desarrollo económico, con estándares de calidad en la oferta profesional y formal. (Instituto Coreano de Desarrollo, 2010)

- (ii) **Reformas educativas (1980-1999):** cuando ya se contaba con una educación básica y media fortalecidas, con estudiantes formados con calidad y en una cantidad mucho más amplia que la que históricamente se tenía, se empezó a pensar en cómo organizar la educación post media ante estas nuevas realidades, pues la competencia se pasó del ingreso a la educación media hacia el ingreso a la educación superior. Nuevamente aparece la desigualdad, pues las familias de los estudiantes con mayores capacidades económicas invertían en cursos privados que los preparaban para su examen de ingreso de las universidades, dejando a los demás atrás dada la limitación de los cupos disponibles. Ante esta situación, el estado intervino con la prohibición de las clases particulares en 1980 y eliminó los exámenes de ingreso a las Universidades, solo permitiendo como criterio de selección al examen nacional dispuesto por el Estado para ello.

La competencia voraz por el acceso a la mejor educación continuó y de esta manera la educación se ubicó en los primeros temas en la agenda del Estado. Fue así como en 1995 la Comisión para la Reforma Educativa emitió varias propuestas de política que se conocerán como “reformas educativas 5.31” que tenían como propósito central al establecimiento de una estructura estatal claramente dispuesta para brindar formación y empleos de calidad a sus ciudadanos. Fue así como la inversión en educación se igualó al 5% del PIB, se descentralizó la educación permitiendo que las comunidades, gobierno local y profesores participar en la operación de las escuelas.

La otra reforma crucial fue en los currículos, centradas en la promoción del talento, las aptitudes y creatividad de los estudiantes, preparándolos para una economía globalizada y basada en el conocimiento. (Instituto Coreano de Desarrollo, 2010)

- (iii) **Sistema educativo basado en la demanda (de 2000 a nuestros días).** Durante el siglo veintiuno se solidificó aún más el paso dado en el siglo veinte, ya que la educación se basó aún más en dar las herramientas para que los estudiantes se destaquen en una economía globalizada, pues ya habían logrado resultados en cobertura, ahora se enfocaron en resultados de calidad. Para ello, el sistema se estructuró sobre tres principios: autonomía, competencia y rendición de cuentas.

También se dio un paso más en este proceso y ahora los esfuerzos de crecimiento se dirigieron a la educación continuada. En el año 2000 se presentó una ley de educación permanente con su agenda de implementación y en 2002 se promulgó la ley básica de desarrollo de recursos humanos. Sumado a ello, se invirtió en programas de orientación profesional, tales como el proyecto 300 de la administración Lee, el cual permitiría a los graduados de la enseñanza media elegir entre distintos tipos de instituciones de educación secundaria según sus aptitudes y capacidades. Por otro lado, se invirtió en un sistema de información robusto para mantener el registro de estudiantes y profesores. Y con el Sistema de Divulgación de la información universitaria, los estudiantes y padres de familia pueden acceder en un solo sitio en internet, a toda la información de los oferentes educativos del país. (Instituto Coreano de Desarrollo, 2010)

Por lo descrito, el fenómeno de Corea es una mezcla de diferentes factores, entre ellos el cultural, que plantean una altísima competencia para tener las mejores calificaciones educativas, acceder al mejor empleo y de esta manera tener la mejor vida posible. Situación que genera también graves casos de burnouts y demás asuntos de orden psicológico que terminan por desgastar enormemente a las personas en su despiadada competencia, como se describe en el capítulo de Seguridad y salud en el trabajo, riesgos físicos y psicosociales en la sección de La Fábrica Algoritmo.

En todo caso, Corea sin duda es un ejemplo de los factores necesarios para tener un sistema de cualificaciones enfocado específicamente a responder a las demandas del sector productivo las competencias que necesitan en el talento humano, modelo que sin duda es difícil de replicar en otras partes del mundo, dadas las especiales características de esa nación.

De otro lado, un vistazo de los sistemas de cualificaciones del mundo es ofrecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el siguiente cuadro:

Cuadro 3.1. Tipología de los sistemas de cualificaciones en países seleccionados

	Sistema dual ¹	MC ²	FP en la escuela ³	Centralización ⁴	MT ⁵	RAP ⁶	Sistema de créditos ⁷	Credencialismo ⁸
Alemania	1	3	2	2.5	2	3	3	2
Australia	2	1	1	1	2	1	2	2
Bélgica (neerlandófono)	3	3	1	1	2	3	3	2
Bélgica (francófono)	3	3	1	1	2	3	2	2
Corea	3	3	3	2	2	3	3	2
Dinamarca	1	2	1	1	2	2	1	2
Eccocia	1	1	3	2	2	2	1	1
Eolovenia	4	3	2	1	1	2.5	3	2
España	2	1	2	2	2	2	1	2
Estados Unidos de América	4	3	3	4	4	4	2	3
Finlandia	2	1	1	1	3	1	3	2
Francia	1	1	1	1	2	1	3	1
Grecia	2	3	3	4	2	4	4	2
Hungría	3	2	2	1	1	3	3	1
Irlanda	3	1	3	1	3	4	3	2
Irlanda del Norte	2	1	3	1	2	4	4	2
Italia	2	3.5	4	3	2	4	3	1
Japón	2.5	3	2.5	2.5	3	3	4	2
Méjico	3	3	1	1	4	2	3	1
Noruega	1	2	2	1	2	1	2	2
Nueva Zelanda	2	1	2	1	2	2	1	2
Países Bajos	2.5	2	1.5	2	3	2	2	2
Polonia	2	2	1	2	3	3	4	2
Portugal	2	4	2	1	2	1	3	1
Reino Unido	2	1	2	1	3	1	3	2
República Checa	4	3	3	1	2	4	3	2
Suecia	3.5	4	1	1	4	2	1	2
Suiza	2	2	3	3	3	3	3	1

Puntuación: 1. Muy presente en mi país; 2. Existe en parte en mi país; 3. Apenas existente en mi país; 4. Inexistente en mi país.

Elementos de estructura general de los sistemas nacionales de cualificaciones:

- 1 Países en los que la enseñanza secundaria da paso a formaciones de aprendiz, con responsabilidad compartida entre un centro educativo y una empresa.
- 2 Países que vinculan en un marco explícito las cualificaciones de los diversos sectores educativos y profesionales.
- 3 Países en los que una elevada proporción de los que aprenden emprende estudios vinculados con áreas profesionales específicas.
- 4 Países en los que el sistema de cualificaciones se encuentra unificado para todas las regiones, y cuyo control es responsabilidad de una agencia central o del gobierno.
- 5 Países en los que el acceso al mercado de trabajo se encuentra regulado por cualificaciones, y en los que la mayoría de los sectores profesionales utilizan esta regulación obligatoria.
- 6 Países con un método o sistema nacional inequívoco para el reconocimiento de aprendizajes previos, no formales o informales.
- 7 Existen cualificaciones modularizadas de buena aceptación, y pueden combinarse unidades de diferentes cualificaciones.
- 8 Las credenciales son esenciales para acceder al mercado de trabajo o a la enseñanza superior, y para progresar en la esfera laboral o educativa.

Fuente: OCDE, consultas con los diferentes países. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2007, pág. 75)

Por lo escrito, cada uno de estos elementos de los Sistemas Nacionales de Cualificaciones o Competencias, ameritan un análisis sobre el impacto de la tecnología e innovación, y teniendo en cuenta las múltiples variantes que cada país implementa de cada componente, habrá que considerar que estas herramientas cuentan con una gran trayectoria histórica, evolucionando en algunos países para estar a tono con las demandas de competencias en el mundo moderno, pero otros tantos han permanecido con estructuras rígidas, afectando la movilidad laboral de los trabajadores, derivando en graves problemas en las transiciones laborales de las personas, como dolorosamente vemos hoy en día a causa del golpe económico provocado por la pandemia.

4.8.1. Los marcos de cualificaciones

A través de los marcos de cualificaciones los países buscan estandarizar dentro de unos niveles organizados y jerarquizados, las cualificaciones de las personas. Se trata entonces de la estructura que alberga a las competencias de las personas, considerando desde las menos complejas a las más complejas.

Este elemento es importantísimo para la actividad laboral humana, ya que sobre esta se puede hablar de escalas salariales, analizar el mercado laboral y generar una política de talento humano organizada, oportuna y específica a las necesidades productivas demandadas en cada nivel, actualizando como consecuencia a los resultados demandados de la educación formal y la formación profesional. También es un elemento vital para la movilidad laboral de las personas, ya que es la caja que permite a estas ubicarse en algún lugar de los niveles existentes, permitiendo su comparabilidad.

Con la información que otorgan los marcos de cualificaciones, y sobre todo su interacción con la normalización de competencias que abordaré más adelante, es posible identificar las tendencias de las competencias requeridas y en esa medida los cambios en los lugares de trabajo para que las personas puedan conocer cuáles con las competencias emergentes, que implicarán una demanda del mercado laboral y por lo mismo niveles altos de empleo y remuneración, las transformaciones de las competencias, permitiendo análisis prospectivos de competencias que las permitan a las personas adaptarse con mayor oportunidad a las demandas del mercado, así como conocer las competencias que están resultando obsoletas, e identificando los trabajadores que necesitan ayuda de los sistemas de protección social para reingresar al mercado laboral y contar con programas de reentrenamiento laboral para poder mantenerse vigentes en la vida productiva.

Es usual que esta información, que los gobiernos deberían tener organizada, actualizada y funcional hace décadas, debido a los problemas propios de la gestión pública, termine siendo obtenida primero y de manera más eficiente por privados que posteriormente la administran y comercian con el mejor postor. Tal es el caso de elementos como LinkedIn, que conoce antes que los Gobiernos, cuáles son las competencias duras y suaves más demandadas en el mercado laboral. Esta no es una situación de poca monta y, por el contrario, revela un problema social de gran impacto, ya que el Estado no es capaz de orientar sus políticas educativas y de empleo a las tendencias productivas, resultando en mercados laborales débiles y precarios que, como en el caso de Colombia, sufren de manera grave ante crisis económicas con altas cifras de desempleo y subempleo.

Y la inexistencia de políticas de estado que consoliden una formación a lo largo de la vida, que enseñen a las personas a navegar de manera adecuada en el mercado laboral, son uno de los asuntos que más están siendo resaltados a nivel internacional para permitir a las personas enfrentarse a los retos que presenta la tecnología e innovación. Esta es la herramienta más importante que permitirá a las personas enfrentar los cambios que las máquinas tienen en términos de empleo.

Pero el anterior panorama no significa que a nivel internacional hayan faltado iniciativas para afrontar esta situación, ya que la UNESCO buscó “*dar seguimiento y preparar los mapas de las reformas mundiales y regionales en materia de cualificaciones, así como exponer las principales tendencias y cuestiones políticas derivadas de las reformas y del desarrollo de los marcos de cualificaciones en todo el mundo*” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2019) a través de la publicación en 2014 del Volumen 1 del Inventario Mundial de los Marcos Regionales y Nacionales de Cualificaciones, en colaboración con la Fundación Europea de Formación (ETF, por sus siglas en inglés), el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP), y el Instituto de la UNESCO para el Aprendizaje a lo Largo de Toda la Vida (UIL). (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2019)

En esta serie de estudios se reporta que, para antes del 2005, apenas existían 3 países europeos con marcos de cualificaciones: Francia, Irlanda y el Reino Unido. Solo 10 años después, los marcos de cualificaciones se habían implementado en todos los 38 países de Europa, se trata de los 28 países miembros de la Unión Europea, así como los estados de Albania, Bosnia-Herzegovina, Islandia, la anterior Yugoslavia - República de Macedonia (FYROM), Lichtenstein, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza y Turquía. Es así como en 2015, se reportó que, de la lista de las 193 naciones soberanas de las Naciones Unidas, más de 150 habían desarrollado marcos de cualificaciones nacionales. De esta manera, 3 de 4 naciones en el mundo tenían marcos de cualificaciones operando para la época.

De manera general, los marcos de cualificaciones del continente europeo siempre son un referente para su diseño e implementación en otras latitudes, pero sin duda que resulta destacable el esfuerzo comunitario que se busca adelantar con el Marco Europeo de Cualificaciones, que brinda la pauta para la efectiva comparación internacional de todo tipo de cualificaciones, basadas en resultados de aprendizaje. El marco abarca 8 niveles que van avanzando en su complejidad y son definidos en términos de conocimientos, competencias, responsabilidades y autonomía.

También es destacable que, precisamente dada su naturaleza, el Marco Europeo tiene una estrecha relación con los marcos nacionales de cualificaciones de los países que lo adoptaron, que son los Estados miembros de la Unión Europea, más otros once países: Islandia, Liechtenstein y Noruega (países del Espacio Económico Europeo), Albania, Macedonia del Norte, Montenegro, Serbia y Turquía (países candidatos), Bosnia y Herzegovina y Kosovo** (candidatos potenciales) y Suiza.

Esta cercanía con los marcos nacionales tiene un propósito fundamental, que es la fluidez en los procesos de correlación de las cualificaciones entre fronteras territoriales de las naciones, que impactan tanto la movilidad laboral como la educativa, permitiendo el reconocimiento de competencias dentro del aparato productivo como en el educativo y formativo, mediante otras herramientas que se cimientan en el mismo y que hoy por hoy son de gran utilidad para este propósito de la movilidad, tales como el Sistema Europeo de Créditos para la Educación y la Formación Profesionales, el Sistema Europeo de Transferencia y Acumulación de Créditos

Los marcos de clasificaciones son los estantes sobre los cuales se ubican las cualificaciones, es decir, la perspectiva jerárquica de las células fundamentales del sistema, que son las competencias y su agrupación, que son las cualificaciones.

De otra parte, realizando una transición hacia el mercado laboral, están las clasificaciones de ocupaciones, que son los listados que organizan y clasifican todos los empleos, cargos y oficios de todo un mercado laboral. Por lo tanto, las cualificaciones son las agrupaciones de competencias que permiten desarrollar un empleo, cargo u oficio que se encuentra dispuesto en la clasificación de ocupaciones. En la Unión Europea se cuenta con la Clasificación europea de capacidades/competencias, cualificaciones y ocupaciones; mientras que, a nivel mundial, básicamente cada nación cuenta con su propia Clasificación de ocupaciones, la cual se armoniza con la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones – CIUO, de la cual es custodia la Organización Internacional del Trabajo, y que forma parte de la familia internacional de Clasificaciones Económicas y Sociales de las Naciones Unidas.

Como puede verse, la sola tarea de tipificar y organizar los procesos educativos, formativos y su traducción en los empleos, cargos y oficios del mercado laboral, ya demandan de una estructura clara y fuerte, que además de organización y comparabilidad, permite disponer de conexiones entre todos los demás componentes de un sistema de cualificaciones/competencias eficaz y vivo, que se alimente y crezca con las dinámicas del mercado laboral.

Regresando a los marcos de cualificaciones, se encuentra que alrededor del mundo se dio una expansión importante de estos, lo que permite pensar en un proyecto de movilidad laboral global, facilitando las migraciones laborales a todo nivel, ya que permite comparar a nivel internacional, las competencias y cualificaciones de las personas con facilidad y rapidez, genera las bases para permitir la creación de credenciales digitales, así como el desarrollo de métodos y herramientas que reconozcan las competencias de los migrantes y refugiados, especialmente en el caso de que dichas competencias no se encuentren documentadas o certificadas formalmente, siendo este último espacio donde el marco de cualificaciones se conecta con el reconocimiento de aprendizajes previos. Y, finalmente, la conexión directa de la información albergada en el marco de cualificaciones, con la política productiva del sector empresarial, la política educativa y la política laboral, son cruciales para la construcción de un círculo virtuoso entre competencias y mercado laboral.

Por todo lo descrito, múltiples son los llamados hechos para que las herramientas de política pública en todo el mundo se concentren en una agenda de personas, invirtiendo en las capacidades de las personas, permitiéndoles adquirir competencias, reentrenarse y mejorar sus competencias, para poder moverse con fluidez en el mercado laboral y enfrentar las transiciones que en un mundo como el actual, cada vez son más rápidas.

4.8.1.1. Cambios en las competencias demandadas

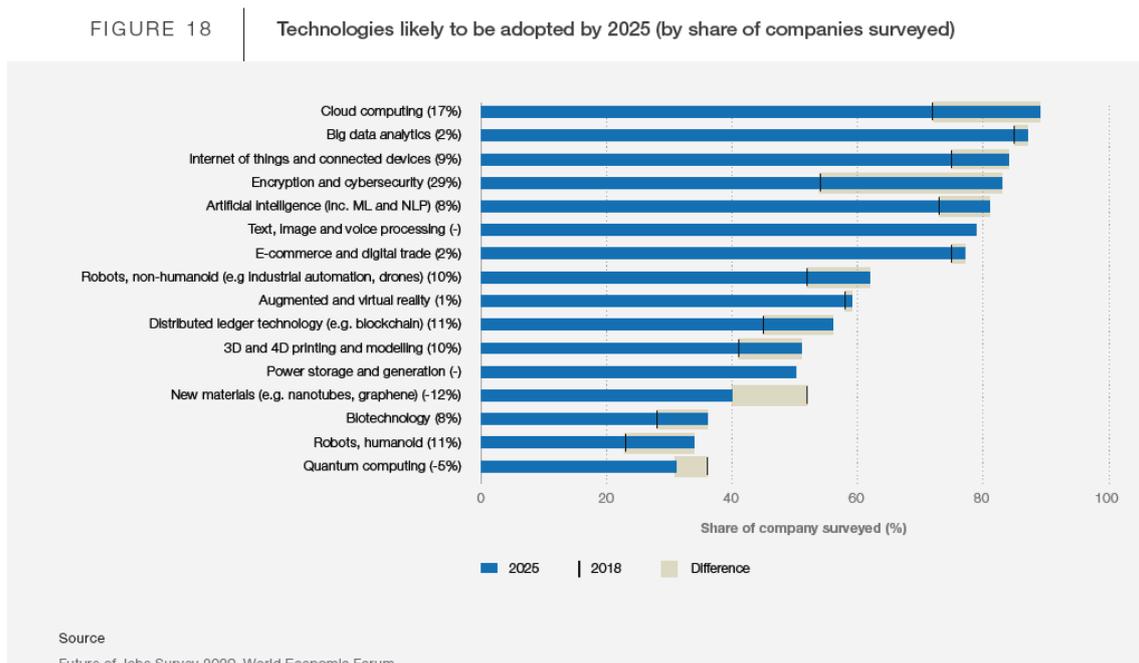
Si antes de la llegada de la pandemia generada por el coronavirus COVID-19, afrontábamos una senda de cambio acelerado, ahora estamos ante un vertiginoso y

repentino cambio del mundo que conocemos y, por lo mismo, en las competencias y demandas el mundo laboral.

La emergencia sanitaria global nos ha revelado como cotidianas, las cuarentenas y una recesión económica en todos los niveles ha sido inevitable, de la mano con una incertidumbre en la perspectiva del mercado laboral y el viraje definitivo para el futuro del trabajo.

Conforme al reporte de los trabajos del futuro emitido por el Foro Económico Mundial (World Economic Forum, 2020), la adopción a la tecnología en el mundo del trabajo ha sido radical entre 2020 y 2021. La pandemia ha disparado el uso de la computación en nube, el *big data* y el comercio en línea y les ha dado un lugar prioritario y urgente en todos los negocios. Pero no solo en estos asuntos que ya venían siendo implementados en años anteriores, sino que se ha variado el interés de adopción tecnológica hacia la criptografía, los robots no humanoides y la inteligencia artificial.

Las empresas se están preparando para adoptar tecnologías en sus procesos. Como puede verse en la siguiente gráfica, existe un conjunto de tecnologías que mayoritariamente serán implementadas por las empresas para el 2025:

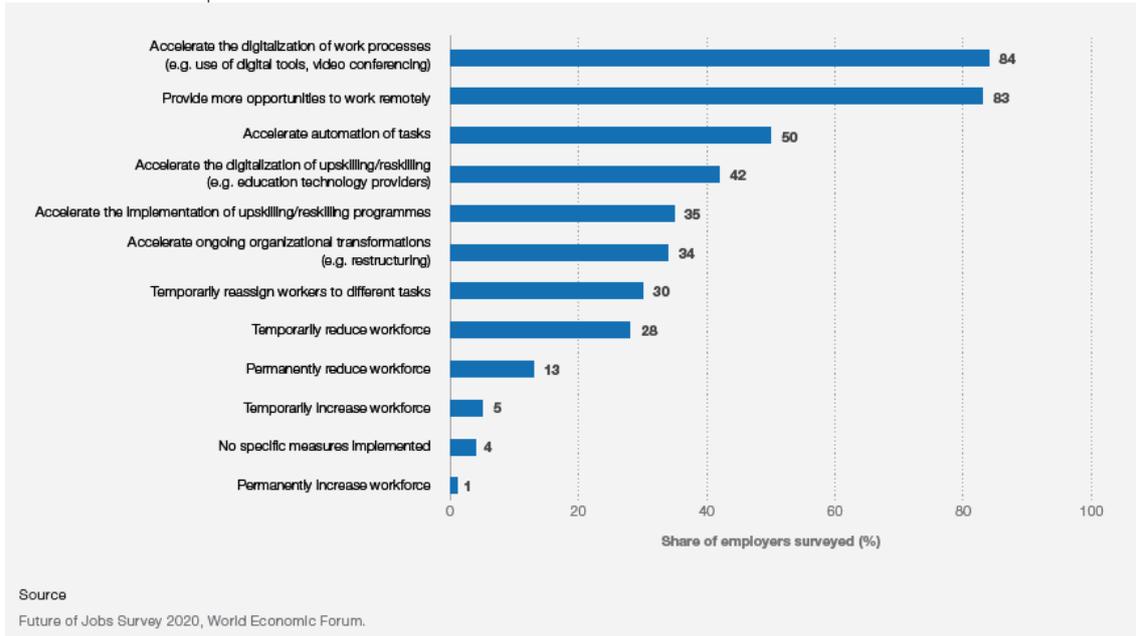


FUENTE: (World Economic Forum, 2020)

También resalta el reporte que la automatización mezclada la recesión provocada por el COVID – 19, ha generado una enorme transformación del trabajo. Para el 2025 las tareas, trabajos y competencias se habrán transformado. 43% de las empresas encuestadas por el Foro, indican que están preparándose para reducir su fuerza de trabajo a causa de la integración de la tecnología en sus procesos. 41% planean aumentar el uso de contratistas para tareas especializadas y un 34% pretende ampliar su fuerza de trabajo debido a la integración con la tecnología.

En la siguiente gráfica se presenta el conjunto de adaptaciones que las empresas encuestadas por el Foro reportaron como medidas para enfrentar la pandemia del COVID-19:

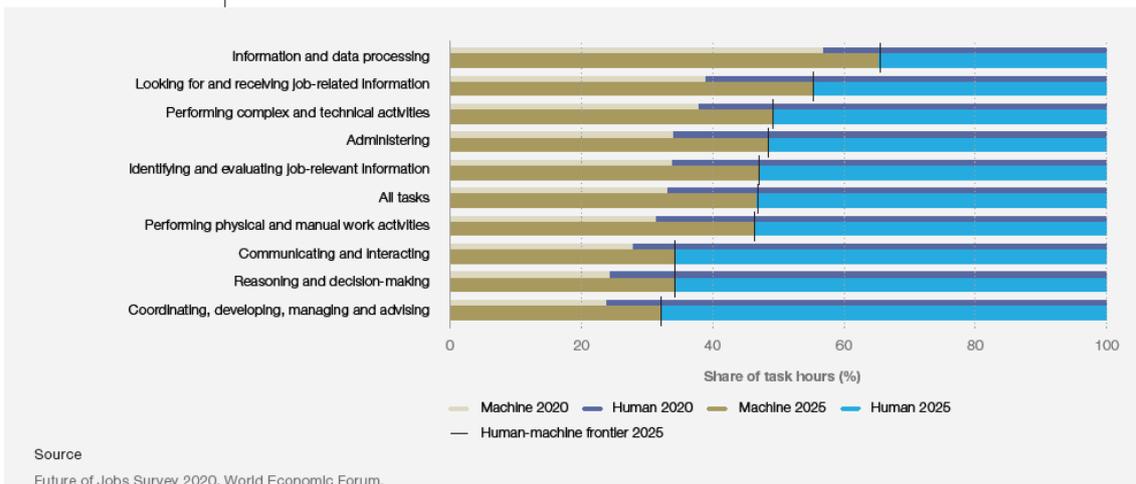
FIGURE 5 | Planned business adaptation in response to COVID-19



FUENTE: (World Economic Forum, 2020)

Es así como para el 2025, el tiempo de dedicación para ejecutar las tareas de la actualidad, estará distribuido entre humanos y máquinas por igual, así:

FIGURE 21 | Share of tasks performed by humans vs machines, 2020 and 2025 (expected), by share of companies surveyed



FUENTE: (World Economic Forum, 2020)

Por otro lado, en los próximos 5 años, un número significativo de empresas también esperan hacer cambios en su ubicación geográfica, sus cadenas de valor y el tamaño de su fuerza de trabajo debido a otros asuntos más allá de la tecnología.

Este conjunto de situaciones deriva en una revolución sobre las competencias que el talento humano debe poseer para poder mantenerse vigente en una realidad laboral gobernada por las máquinas.

Mientras las máquinas avanzan a pasos agigantados, los procesos de formación de los seres humanos siguen siendo más rígidos y de muy lenta adaptación, especialmente en lo que se requiere a la educación formal, pero de manera principal se revela un problema en la inexistencia de sistemas estructurados y permanentes que le permitan a las personas acceder a los procesos de formación a lo largo de su vida, que les ayude a navegar en el mercado laboral con mayor facilidad, en clave de competencias y no en clave de cualificaciones. Vale decirlo, existe un problema muy complejo frente a los procesos de formación continuada en la población laboralmente activa, que le impide a estar enfrentarse a los cambios en las demandas de competencias, para de esta manera actualizarlas y, en consecuencia, evitar que se vean obsoletas frente a los cambios en los procesos empresariales a causa de la tecnología.

La solución a este dilema está, sin duda, en el fortalecimiento de los sistemas de cualificaciones/competencias a nivel nacional, regional e internacional, en cada uno de sus componentes. Un estado consciente e informado de la situación de su talento humano y su sector productivo, es un estado capaz de realizar los ajustes necesarios y oportunos ante los cambios, incluso en términos prospectivos. Es la manera más humana de abordar los retos de la innovación y la tecnología, brindando a las personas las oportunidades para poder aprovechar los cambios sin sucumbir a los mismos.

Sin duda no es una tarea sencilla, rápida o única. Se trata de una política de estado y no de gobierno que necesita de voluntad política, recursos tanto económicos como humanos, desarrollos normativos y operativos que sean capaces de mantenerse en el tiempo, de sostenibilidad. Y dentro de este proceso, la gestión del cambio es vital, especialmente debido a la resistencia de las personas, tanto usuarios como funcionarios, de ajustarse para asumir dichos retos.

Esto se logra con los siguientes componentes:

- Marco de cualificaciones, tanto regionales como comunitarios, que permiten la conexión entre las competencias adquiridas por las personas dentro y fuera de su territorio nacional.
- Clasificaciones de ocupaciones armónicas con la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones, que permiten traducir estadísticamente los datos disponibles en el mercado laboral sobre las ocupaciones, permitiendo la producción de datos necesarios para realizar investigación, tomar decisiones de política pública y su implementación, desarrollo de la migración laboral, tanto interna como externa de los países, entre otros.
- Vía de cualificación educativa-académica que: (i) tenga una mayor maleabilidad y brinde a sus estudiantes las competencias para desarrollarse no solo en la ciencia

e investigación, sino en una verdadera y directa aplicación de la teoría en entornos laborales por cuenta ajena o por autoempleo, (ii) estructura institucional con menor rigidez, donde los procedimientos de educación estén menos acartonados a trámites de largos plazos, (iii) orientación ocupacional desde la educación media para dar el paso a la educación terciaria que permita a las personas entender las diferentes opciones existentes para su ingreso al mercado laboral, resaltando en este proceso las capacidades de cada persona, (iv) fortalecimiento en el desarrollo de las competencias blandas en el sistema de la educación básica, media, terciaria y la que se da a lo largo de la vida. Es necesario que las personas recibamos educación en el manejo de las emociones, y a través de ello desarrollemos inteligencia emocional, que es un elemento clave y hasta ahora dejado de lado, para poder afrontar la vida en sociedad, lo que indudablemente incluye al trabajo.

- Vía de cualificación de la formación profesional con amplios espacios de comunicación con el sector productivo, especialmente con formación en entornos laborales, inversión y apertura para impartir niveles altos de cualificación para esta vía y con una oferta de calidad establecida.
- Vía de cualificación para el reconocimiento de aprendizajes previos. Una de las maneras más tradicionales para aprender, pero menos reconocida por el mercado laboral, es el aprendizaje a través de la experiencia propia, o lo que es lo mismo, el aprendizaje empírico.
- Normalización de competencias basada en el tripartismo. Los procesos para la recolección de información técnica sobre los contenidos de las competencias que nacen y se actualizan en el mercado laboral resulta crucial para las vías de cualificación. De esta manera, la normalización de competencias es un componente que debe surgir necesariamente del trabajo directo con empresarios, trabajadores y formadores, interconectados por la institucionalidad que insertará los requerimientos en las normas de competencia laboral, que no son otra cosa que el documento que recoge los resultados de aprendizaje esperados que una persona de desempeñe cabalmente en su trabajo, en términos de los conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes que debe cumplir para que se diga que desempeña correctamente un rol dentro de una función productiva. Por ello, en la normalización se conocen los contenidos de las competencias que irán a estar dentro de las cualificaciones ubicadas dentro de los marcos de cualificaciones.
- Esquemas de movilidad académica y formativa: la interconexión entre las vías de cualificación debe estar asegurada, de tal manera que el reconocimiento de las competencias de las personas esté asegurado no solo dentro de la propia vía de cualificación dentro de la cual se adquieren, sino en su validez dentro de las demás vías de cualificación, para permitir la movilidad funcional de las personas, tanto de manera vertical como horizontal, en los ámbitos laboral y formativo. Esto habilita la característica orgánica de los marcos de competencias, ya que se podrá mapear el comportamiento de las competencias dentro de toda la estructura.

- Plataforma de información, que es un instrumento estrictamente necesario y sumamente valioso en la actualidad para resguardar los datos que se producen cada segundo sobre el comportamiento de las competencias en el mercado laboral. Es esencial para la toma de decisiones relacionadas con las competencias de las personas. Para que las personas conozcan de primera mano sobre el comportamiento de las cualificaciones en el mercado laboral para que tomen decisiones informadas sobre su rol ocupacional. Para los diseñadores y ejecutores de política pública de talento humano, de tal manera que puedan darle una respuesta institucional instruida con las directrices normativas de las competencias en el mercado laboral. Para las empresas, para entender sobre las competencias más deseadas, su resultado salarial, entre otras tantísimas decisiones laborales que tienen que ver con las capacidades de las personas.

4.8.1.2. La estabilidad laboral y las competencias

El centro jurídico del principio de estabilidad laboral sobre la cual reposa el contrato de trabajo es la existencia y la necesidad de adelantar una actividad laboral concreta, para la cual se ha contratado a una persona. Que se mantenga el sustento sobre el cual se realizó el contrato de trabajo. Este principio se ve impactado por dos elementos importantes: los cambios en los procesos de producción, que eliminan el puesto de trabajo, y los cambios en la ejecución de las tareas, que demandan ajustes en las competencias del talento humano involucrado en las mismas.

Cuando una actividad personal realizada por un ser humano desaparece, el sustento principal de un contrato de trabajo sigue la misma senda y poco se puede argumentar para alargar la vigencia del vínculo. Sobre la desaparición de empleos por la automatización, véase la sección: La automatización.

Pero cuando se presentan cambios sustanciales en el ejercicio de la actividad y ocurren brechas de competencias, se presentan dos situaciones a considerar: la actualización de las competencias de quienes buscan insertarse al mercado laboral y quienes ya se encuentran en él.

En el primer caso, es responsabilidad del sistema educativo actualizar sus procesos curriculares para atender a las demandas de competencias que, de manera prospectiva, serán demandadas de sus egresados para insertarse de manera exitosa al mercado laboral.

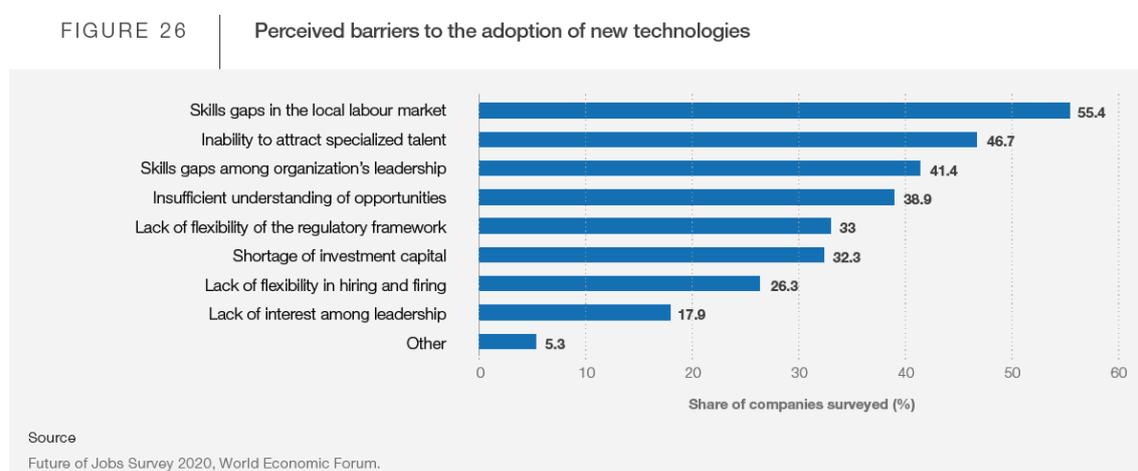
En el segundo caso, existen dos momentos. El primer momento ocurre en el marco del derecho a la capacitación laboral del cual es titular el trabajador para que, en el marco de su relación laboral, el empleador se encargue de formarle conforme a las nuevas necesidades productivas. En un segundo momento, es responsabilidad de los sistemas de protección social, especialmente de aquellos sistemas dedicados a la protección del trabajador cesante, de brindarle las herramientas para actualizar su competencia y que logre reinsertarse exitosamente.

De otra parte, existe una responsabilidad del trabajador y si se quiere una obligación, para formarse de manera permanente y mantenerse vigente en el mercado laboral. Las nuevas realidades laborales demandan ello de manera clara. Las empresas invierten cada vez más en la capacitación de su talento humano, pero las personas también invierten en formación cada vez más para poder incrementar su empleabilidad dada la altísima volatilidad que tienen las personas en la actualidad, a causa de la profunda transformación del mercado laboral en el último siglo que analizo en este documento. Más allá de los procesos de cualificación generales y largos que, como regla general, abren la puerta del mercado laboral para las personas, luego de dar este paso de ingreso es cada vez más evidente la necesidad de remodelar constantemente las competencias adquiridas, y no solo las competencias duras, sino las competencias blandas, también conocidas como competencias clave, que ganan cada vez más importancia en los entornos laborales y son valoradas con mayor importancia en el aparato productivo.

Todas estas situaciones requieren de una simbiosis entre educación, empresa y mercado laboral.

4.8.1.3. *Las tendencias en las competencias y los marcos de cualificaciones*

La habilidad y rapidez con que una empresa puede apropiarse y mejorar sus procesos de la mano de la tecnología e innovación, depende en gran medida de la adopción de esta en el talento humano de la organización. A continuación, una lista de las barreras que perciben las empresas para adoptar las nuevas tecnologías.



FUENTE: (World Economic Forum, 2020)

Ahora bien, precisamente con tecnología del *big data*, es posible analizar, parametrizar y tomar decisiones oportunas para accionar y potencializar la información de mercado laboral y volcar sus resultados en ajustes a los marcos de cualificaciones, política educativa, política laboral y económica, resultando en múltiples ventajas en materia de derecho social, tales como estabilidad laboral, formalidad, equidad salarial, prospectiva laboral, movilidad social, credenciales digitales, etc.

Precisamente, si se toman los datos proporcionados por el Foro Económico Mundial, se pueden evidenciar que la economía digitalizada demanda cambios profundos y prontos en los sistemas educativos, especialmente en términos de las competencias digitales y de prospectiva de competencias.

Lastimosamente, no existe a la fecha un mecanismo o sistema gubernamental nacional o internacional que de manera eficiente permita recolectar, conectar, explotar o cruzar datos sobre resultados de aprendizaje y certificaciones en un lenguaje común que permita su comparabilidad en un lenguaje universal de fácil entendimiento y acceso. Esta es la ambición que busca alcanzarse con los marcos de cualificaciones y las clasificaciones de ocupaciones, ya que serían estos los únicos referentes para la identificación y uso de ocupaciones del mercado laboral. Precisamente con este propósito, la Organización Internacional del Trabajo es la custodia internacional de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones – CIUO, cuyas funciones son las de adoptar, adaptar, mantener, oficializar y promover la clasificación de ocupaciones existentes en sus países miembros. Por lo descrito, es imprescindible contar con un sistema que recopile esta información internacional, pero el dilema esencial está en la baja adaptabilidad de estos sistemas en los diferentes países.

La promoción de la importancia de la implementación de los marcos de cualificaciones a nivel mundial ha estado en cabeza de la Organización Internacional del Trabajo, que aprobó en junio de 2004 la Recomendación 195 sobre el *“desarrollo de los recursos humanos: Educación, Formación y Aprendizaje Permanente”*, en la cual solicita a los Estados miembros *“desarrollar un marco nacional de cualificaciones que facilite el aprendizaje permanente, ayude a las empresas y las agencias de colocación a conciliar la demanda con la oferta de competencias, oriente a las personas en sus opciones de formación y de trayectoria profesional, y facilite el reconocimiento de la formación, las aptitudes profesionales, las competencias y la experiencia previamente adquiridas; dicho marco debería ser adaptable a los cambios tecnológicos y a la evolución del mercado de trabajo”*. (Organización Internacional del Trabajo, 2004)

Y es que este asunto también hace parte de la agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ya que dentro de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se encuentra el objetivo 4 que contempla: *“garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”*. (Organización de las Naciones Unidas, 2015)

Y en el mismo sentido, también la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), ha dispuesto en su Recomendación relativa a la Enseñanza y Formación Técnica y Profesional (EFTP) aprobada en noviembre de 2015, sobre los sistemas de cualificaciones y vías de aprendizaje, recomendando a los Estados Miembros: *“i) consultar con las partes interesadas, marcos o sistemas de cualificaciones bien articulados, basados en los resultados del aprendizaje y relacionados con una serie de normas acordadas, teniendo en cuenta las necesidades definidas, comprendidas las normas ocupacionales, ii) establecer mecanismos normativos o reguladores en apoyo de los progresos horizontales y verticales, que deberían incluir modalidades de enseñanza flexibles, la estructuración en módulos, el*

reconocimiento del aprendizaje previo y la acumulación y transferencia de créditos, iii) promover sistemas de reconocimiento, convalidación y acreditación de los conocimientos, destrezas y competencias adquiridos mediante el aprendizaje no formal e informal y iv) fomentar el reconocimiento mutuo de las cualificaciones en los planos nacional, regional e internacional en relación con la movilidad de los educandos y los trabajadores” (UNESCO, 2015)

En una anterior sección hablaba del análisis de predictivo, en este caso dicho análisis debe también ser puesto en términos de talento humano, para brindar alertas tempranas de lo que deberá suministrar el sector educativo al sector productivo en capital humano, sobre todo si se tiene presente que el trabajo formal es la fuente principal de una vida digna y progreso social.

La estructura de la gran mayoría de los sistemas estatales del mundo, basan su contrato social en el trabajo como una obligación y un derecho, así que en esta nueva realidad el estado debe tener las maneras para procurar que las personas encuentren un empleo, lo mantengan y sin importar el mecanismo contractual utilizado para realizar esta prestación personal del servicio, accedan a los servicios sociales mínimos.

Como mencionaba anteriormente, los procesos de formación tradicionales han servido un papel sumamente destacado por muchísimos años, brindando a los empleadores una representación de las competencias que tienen las personas y que les permite ejercer una ocupación, pero existe un creciente descontento y desuso de las cualificaciones y los récords académicos, como elemento para definir la empleabilidad (Oliver, 2016)

4.8.1.4. Credenciales digitales

Muchos ya consideran a las cualificaciones como una cosa del pasado y están poniendo sobre la mesa de discusión otras alternativas e incluso ya han sido puestas en marcha iniciativas tales como los pasaportes digitales, dentro de los cuales destacan el *Europass digital credentials*³, a través del cual se representan logros de aprendizaje que pueden ser descritos en actividades, evaluaciones, certificaciones profesionales, así como las cualificaciones.

Estas credenciales fueron creadas a través de la Decisión (UE) 2018/646 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea el 18 de abril de 2018. Dentro de los considerandos que sustentan la adopción de esta decisión, se encuentran:

“Tradicionalmente, las personas han presentado la información sobre las capacidades y cualificaciones que han adquirido en un CV y en documentos justificativos como certificados o diplomas. Actualmente, se dispone de nuevas herramientas que pueden facilitar la presentación de capacidades y cualificaciones utilizando distintos formatos, digitales y en línea. Esas nuevas herramientas también pueden permitir la

³ Información disponible en <https://europa.eu/europass/en>

autoevaluación por las personas de las capacidades adquiridas en diversos entornos.

(...)

El marco Europass debe evolucionar para permitir la descripción de distintos tipos de aprendizaje y de capacidades, y especialmente las adquiridas en situaciones de aprendizaje no formal e informal.

(...)

Los cambios y las actualizaciones al marco Europass deben hacerse en colaboración con las partes interesadas pertinentes, por ejemplo, servicios de empleo, orientadores, organismos de educación y formación, interlocutores sociales tales como sindicatos y organizaciones patronales, y respetando plenamente la cooperación política actual, por ejemplo, el Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior. Una colaboración constructiva entre la Comisión, los Estados miembros y las partes interesadas reviste una importancia fundamental para desarrollar y aplicar satisfactoriamente el marco Europass.

(...)

La participación en el marco debe estar abierta a los miembros del Espacio Económico Europeo que no sean Estados miembros de la Unión, a los Estados en vías de adhesión, a los Estados candidatos y a los Estados candidatos potenciales a la adhesión a la Unión, dado su interés, desde hace años, y su cooperación con la Unión en este ámbito. La participación debe ajustarse a las disposiciones pertinentes de los instrumentos que rigen las relaciones entre la Unión y dichos países. La información sobre capacidades y cualificaciones que ofrece el marco Europass debe proceder de un mayor número de países y sistemas educativos, y no solo de los participantes, dados los movimientos migratorios de otras partes del mundo.

(...)

el objetivo de la presente Decisión, a saber, el establecimiento de un marco global e interoperable de herramientas e información, en especial a efectos de movilidad transnacional para el empleo y el aprendizaje (...)”
(Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2018)

De esta manera, el Europass es una “herramientas en línea y la información disponible pertinente, incluida la información que respalda la dimensión europea de la orientación, ofrecidas a través de una plataforma en línea y con el apoyo de servicios nacionales destinados a ayudar a los usuarios a comunicar mejor y presentar capacidades y

cualificaciones y comparar las cualificaciones.” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2018)

Es un eslabón en un sistema global de competencias, que busca aprovechar la tecnología para la adopción de medidas de política pública relacionadas con la gestión del talento humano, herramienta poderosísima teniendo en cuenta todos los cambios que los seres humanos debemos afrontar para seguir el ritmo de las máquinas y los algoritmos.

Sumado a este ejercicio europeo, también están los casos de e-qualification (Chen-Wilson & Argles, 2010) y también se utilizan los ‘3D CVs’ (Oliver, 2016).

Los australianos y los neozelandeses crearon “My eQuals” una plataforma digital que simplifica el proceso de presentación de una cualificación como requisito para acceder a un empleo o adelantar estudios en algunos de estos países. La plataforma también permite que las Universidades de Australia y Nueva Zelanda también pueden confirmar digitalmente las cualificaciones de los estudiantes de China, Europa y América que busquen información de candidatos de sus programas de formación. Esta plataforma es administrada por la organización sin ánimo de lucro Servicios de Educación Superior, adscrita a la agremiación Universidades de Australia.

Este fenómeno de la digitalización de las cualificaciones es un adelanto de lo que sigue, que son las micro – credenciales. La estructura de los sistemas educativos tradicionales sigue siendo muy rígido y la velocidad con la que se responde a las demandas del mercado laboral no corresponde con los avances en términos de tecnología e innovación. Las cualificaciones, acudiendo a la definición de la Decisión (UE) 2018/646, son el “resultado formal de un proceso de evaluación y validación que se obtiene cuando una autoridad un organismo competente establece que una persona ha alcanzado los resultados del aprendizaje de un estándar determinado”.

De esta manera, tradicionalmente las cualificaciones son el estándar sobre el cual se construyen los marcos de cualificaciones, así como la educación formal y la formación profesional. Al paso de los años, el mercado laboral ha dejado atrás a las cualificaciones de la educación formal o macro cualificaciones, como la unidad de medida idónea para establecer la competencia de una persona en el ejercicio de una actividad. En su lugar, se ha optado por las micro cualificaciones, resultado de la subespecialización de muchos procesos productivos, conforme a los cuales se requiere que la persona demuestre tener una competencia específica, usualmente a través de la experiencia, para realizar la tarea y se torna en irrelevante la existencia de una cualificación, que es mucho más amplia. A todo esto, se suman factores en contra de la educación formal tradicional, tales como la larga duración, alto costo y el bajo retorno a la inversión realizada. Mientras las macro cualificaciones tienen estas desventajas, las micro cualificaciones demuestran ser de gran flexibilidad, menos costo de oportunidad y mayor rentabilidad.

En esta medida, las competencias que está demandando el mercado laboral son la moneda de cambio a través de la cual las personas, sin importar su cualificación general, podrán navegar en el mercado laboral. Esto resulta importante en términos de construcción de la normativa en materia de derecho social, ya que el derecho a la capacitación tomará un

papel relevante en términos de estabilidad laboral, salario mínimo, vital y móvil general y especializado, libertad de trabajo, migración laboral, formalidad laboral y, especialmente, protección al trabajo en todas sus formas, entre otros.

El futuro está en la creación de ecosistemas de credenciales digitales internacionales, lo que requiere de una articulación armónica de la educación formal, la formación profesional y el reconocimiento de aprendizajes previos, para que se logre unificar una estrategia que asegure el reconocimiento de las competencias de las personas y su certificación más allá de las fronteras.

Para ese proceso la tecnología brinda herramientas que demandan de una unificación de unos acuerdos sobre una meta data digital, que permita la recolección, análisis y estandarización de dicha información. Se trata de trasladar la *big data*, minería de datos, inteligencia artificial y demás avances, al servicio de una agenda de personas que indique a la gente la información sobre los caminos formativos y laborales que tomarán. La orientación profesional, ocupacional y social debe llegar a las personas para que tomen decisiones informadas.

Otro asunto que reta a los implementadores de política es cómo hacer llegar esta información a los diferentes grupos poblacionales que los necesitan, y es aquí donde aparecen problemas como las brechas digitales de acceso a internet, por su conexión inexistente o deficiente, no contar con aparatos que sean aptos para navegar en internet y obtener dicha información, no tener la capacidad de adaptarse a las demandas de las nuevas competencias digitales, como es el caso de algunas personas mayores, etcétera. En este punto los estados necesitan genera estrategias para poder comunicarse con estos nichos a quienes no les llega esta información o acceden a la misma con mucha dificultad.

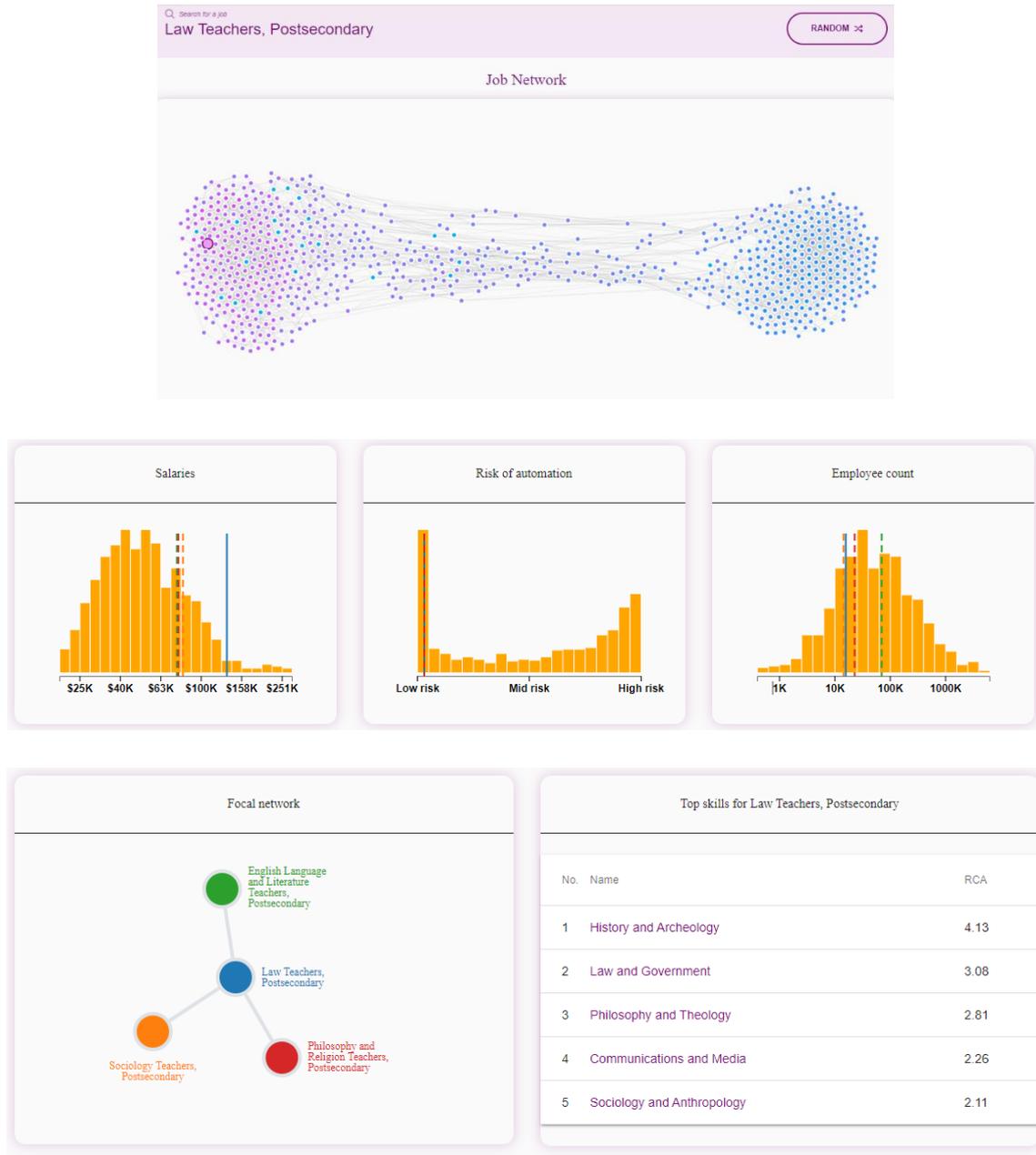
Es necesario contar con programas diferenciados especialmente diseñados para brindar oportunidades de información a diferentes grupos vulnerables, ya que, si la información no llega de manera adecuada a estos grupos, sería lo mismo no tenerla siquiera y el esfuerzo invertido no lograría su propósito fundamental.

4.8.1.5. Mapas de cualificaciones

La innovación también puede ayudarnos a construir diferentes iniciativas tendientes a permitir navegar con mayor facilidad dentro del mercado laboral. Una de ellas es el Skillscape, impulsado por el Media Lab del MIT, que presenta un buscador de información sobre el movimiento de las competencias en el mercado laboral, desempacando las competencias que componen los trabajos y las ciudades donde se encuentran (Media Lab MIT, 2021).

La página web presenta una red laboral interactiva, que en tiempo real muestra el movimiento de las competencias en el mercado laboral. Al usar el buscador para analizar un trabajo, es decir, un conjunto de funciones que se asignan a una persona, por ejemplo, profesor de derecho en educación post media, el sistema muestra la ubicación de este trabajo en el mercado laboral de Estados Unidos, en términos de salario, riesgo de

automatización, el número de trabajadores ocupados en este cargo y las primeras 5 competencias más demandadas para ese trabajo, como se muestra a continuación:



FUENTE: (Media Lab MIT, 2021)

En términos de construcción de política laboral y especialmente para políticas activas de empleo, esta información e iniciativas resultan vitales para: orientación ocupacional, escalas salariales, estabilidad laboral reforzada, acceso a capacitación, recalificación o reconocimiento de aprendizajes previos, entre otros.

4.8.2. La educación formal

Como he mencionado anteriormente, son varios los retos que el sistema educativo tradicional afronta ante los cambios sociales y del mercado laboral que vivimos hoy con

mayor intensidad debido a la pandemia del coronavirus COVID-19. Procesos de formación largos, rígidos, costosos, sin calidad y sin pertinencia, van a resultar en jóvenes egresados con aún peores perspectivas de inserción al mercado laboral. Esto no significa que la educación permanezca estática, ya que también está adaptándose para que sus procesos incorporen tecnología e innovación.

El efecto de la pandemia en la educación formal ha sido muy relevante desde muchos puntos de vista: la sociedad, los estudiantes, los profesores, los centros educativos, etcétera. La primera medida de choque adoptada fue la completa suspensión de las clases presenciales, ya que a pesar de que la enfermedad provocada por la COVID-19 no reportaba desenlace fatal para los niños, niñas y adolescentes, sí les convertía en vehículos para la transmisión de la enfermedad en grupos poblacionales más vulnerables amplios que además constituyen el grueso de la población laboralmente activa, con personas de 30 años o más. Esto se traduce en 168 millones de niños sin clases presenciales, según estadísticas presentadas por la UNICEF de la siguiente manera:

Tabla 1: Número de países/niños afectados por el cierre de las escuelas desde marzo de 2020*

	Escuelas que llevan casi un año cerradas (número de países)	Niños en edad escolar afectados Número (en millones)	Niños en edad escolar afectados Porcentaje
Asia Oriental y el Pacífico	1	25	15%
Oriente Medio y Norte de África	3	9	5%
África Oriental y Meridional	0	No disponible	No disponible
África Occidental y Central	0	No disponible	No disponible
Europa y Asia Central	0	No disponible	No disponible
América Latina y el Caribe	9	98	58%
Asia Meridional	1	37	22%
TOTAL	14	168	100%

FUENTE: (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF, 2021)

Como consecuencia, el primer reto que se enfrentó y que revolucionó de un tajo los procesos educativos, fue la virtualización completa de la educación por cuenta de la pandemia. Esto significó un enorme reto, para el que algunos estaban más preparados que

otros, que demandó un cambio en la gestión de programas, para los docentes y por supuesto para los estudiantes; evidenciando también las brechas digitales existentes en términos de acceso a un computador, internet (y una conexión de calidad) y de competencias para el uso de la tecnología en la educación virtual. Desde el punto de vista de muchos niños en condiciones vulnerables, ello trajo graves consecuencias, pues sin lograr acceder a la educación por medios digitales a causa de las brechas ya nombradas, se enfrentan a mayores probabilidades de no regresar nunca a la escuela, por tener que apoyar la economía del hogar siendo víctimas del matrimonio infantil o el trabajo infantil.

Para otros niños que accedieron o continuaron su educación por medios telemáticos, sufrieron con la eliminación de un ambiente necesario para su proceso formativo, especialmente importante para el desarrollo de sus competencias clave o blandas, pues perdieron la oportunidad de relacionarse con sus compañeros y profesores, encontrar apoyo de los servicios educativos como la enfermería y restaurantes escolares.

De otro lado, los procesos educativos mismos sufrieron una transformación radical e imprevista que les obligó a migrar a lo digital de manera absoluta. Esto, además de lo descrito, implicó un cambio en las herramientas pedagógicas tanto en el aprendizaje teórico como práctico.

En lo teórico el reto se planteó en la transferencia del conocimiento y la evaluación, recargando a los profesores en las metodologías para plantear sus clases magistrales y teniendo que asumir directamente las cargas económicas que ello significó, en elementos como computadores, cámaras web, luces, capacitación digital para uso de diferentes plataformas, invención de procesos evaluativos mediante la web, etcétera. Del lado de los estudiantes se enfrentaron al reto de apropiarse el conocimiento en estas nuevas circunstancias, con extensas jornadas de teleconferencias y el aumento de la carga del estudio por cuenta propia.

En lo práctico el reto fue mayor, ya que precisamente la característica primordial de esta etapa formativa dentro de la educación formal es enviar al estudiante con los contenidos teóricos necesarios para que sean desarrollados en entornos laborales reales. Muchas prácticas formativas que se estaban llevando a cabo fueron suspendidas, algunas de terminaron siendo terminadas de manera anticipada, pero otras fueron trasladadas a la virtualidad. A diferencia de la formación profesional, las prácticas de la educación formal permitieron cierta facilidad para su transición a la virtualidad, ya que muchas de las competencias a alcanzar se lograron traducir en espacios virtuales, tal como sucedió con las posiciones de trabajadores ya cualificados. De tal manera que en este punto se presentaron retos especialmente centrados en la supervisión de la actividad formativa del estudiante y la pérdida del espacio valiosísimo que representa el ejercicio personal de una actividad formativa dentro de un entorno laboral real, con interacción con compañeros de trabajo, jefes, oficinas, horarios, etcétera, aunque en esta nueva normalidad, el trabajo virtual ha ganado un espacio importante y puede resultar una transición positiva para que los estudiantes alcanzaran competencias digitales que de ninguna otra manera habrían alcanzado y que ahora les resulten una ventaja para insertarse laboralmente.

Como en otros múltiples campos, se demostraron las grandes capacidades de adaptación a las nuevas circunstancias que tenemos, pero también se evidenciaron las graves consecuencias de un cambio radical y global donde no se logró estar preparados para proteger a las comunidades más vulnerables.

4.8.3. La formación profesional

Junto a la vía de educación formal se encuentra la formación profesional, destinada a la formación de competencias técnicas que se evalúan conforme a las evidencias prácticas en el contexto laboral real. Es así como la formación profesional se diferencia de la educación formal, porque la primera es una vía de cualificación ocupacional y la segunda es una vía de cualificación académica. En ese sentido, la educación formal busca la creación de conocimiento y la formación profesional, la apropiación de competencias, siendo ambos caminos idóneos para el desarrollo personal y la inserción laboral.

En la formación profesional se toman como referentes los catálogos de cualificaciones, las cualificaciones y sus respectivos resultados de aprendizaje, construidos con los actores del sector productivo para encontrar respuestas pertinentes, oportunas y de calidad, a la demanda del talento humano en el mercado laboral.

Lo más interesante de esta oferta formativa, es que permite descomponer el mercado laboral en términos de competencias y no en cualificaciones, habilitando la capacidad de realizar transferibilidad de las competencias para mejorar la navegabilidad de las personas en el mundo laboral, además de su pertinencia y adaptabilidad mucho más rápida que las estructuras clásicas de la educación formal.

Tratándose de una oferta formativa basada en los procesos de normalización de competencias, esta vía de cualificación se nutre directamente de las demandas del mercado laboral. Por esta razón, resulta una herramienta potente para el desarrollo de las capacidades de los trabajadores y para impulsar la formación a lo largo de la vida, especialmente en las competencias técnicas, espacio dentro del cual la formación profesional oficial/pública es trascendental.

La formación profesional tiene una amplísima tradición histórica europea, dado su origen en la formación gremial de la edad media.

La historia de la formación profesional puede presentarse de manera paralela al trabajo, pues se trata de dos fenómenos paralelos y contemporáneos. Evidentemente, el hombre ha alcanzado su evolución a través de procesos de prueba y error a través de la historia, y ha forjado las ciencias mediante la aprehensión de conocimientos por dos vías importantes, la teoría y la práctica. De esta manera, el trabajo es una actividad que se retroalimenta del aprendizaje y viceversa.

El maestro Américo Plá Rodríguez, presenta la evolución histórica del aprendizaje en cuatro etapas, así: (i) origen, (ii) apogeo, (iii) decadencia y (iv) necesidad de la mano de obra especializada (Plá Rodríguez, 1989). Enseguida se describen cada una de ellas, a partir de lo expuesto por el Maestro Plá y otros destacados autores.

El origen. Desde su origen más remoto, el aprendizaje es entendido como la acción y efecto de aprender un oficio. Es el lapso que se emplea para el adquirir conocimientos mediante la experiencia propia y dentro de un ambiente laboral. Se le ha conocido como aprendizaje, aprendizagem, apprenticeship, apprentissage, apprendistato, entre otras. Desde el punto de vista de la terminología jurídica, se le entiende como una parte de la capacitación profesional.

Sobre las referencias del contrato de aprendizaje a lo largo de la historia, encontramos breves y elementales menciones en el Código Babilónico de Hammurabi (2100 A.C.) y en la historia de China y Grecia. (León Steffens, 1969) Al respecto, Rabanal Carbajo (2015) retoma a Alfonso Olea y como uno de los antecedentes más remotos del contrato de aprendizaje, habla del *mancipatio* del Derecho Romano, las Leyes 188 y 189 de Hammurabi, que señalaban “Ley 188: Si un artesano adoptó un niño y le enseñó su arte, no puede ser reclamado”. “Ley 189: Si no le enseña su oficio, ese crío volverá a casa de su padre”. En el régimen gremial del medioevo, último de ellos que se estableció como instrumento jurídico de “*formación del especialista y para la atribución de un puesto en la estructura jerárquica.*” (Rabanal Carbajo, 2015)

Y es que en la antigüedad, el aprendizaje de un oficio era adelantado a través de la adopción infantil que en aquel entonces se consideraba un acuerdo beneficioso para ambas partes; así es que al formar a un menor de edad el maestro contaba con una mayor facilidad para moldear al pupilo y el aprendiz no cobraba al maestro por la formación impartida, dado que la formación y el trabajo eran considerados pago y herencia; éste fenómeno se presentaba en gran medida por la falta de descendencia masculina en las familias. Así es que, a través de esta clase de acuerdos, los jóvenes adoptados se formaban en un oficio y los padres adoptivos contarían con la ayuda en el taller donde desarrollan su trabajo. Así lo estudia Daniel Justel Vicente, en su obra “Niños en la Antigüedad. Estudios sobre la infancia en el Mediterráneo antiguo” (Justel Vicente, Niños en la Antigüedad. Estudios sobre la infancia en el Mediterráneo antiguo., 2012).

En Roma, los dueños de los esclavos los entregaban durante cierto tiempo a una persona para que los adiestrara en cierto oficio. La retribución era el producido del esclavo. Esta modalidad de adiestramiento se denominaba “*tirocinium*” (Plá Rodríguez, 1989)

El apogeo del aprendizaje ocurrió en la Edad Media, donde el aprendizaje funcionó como una de las piezas fundamentales de la organización gremial. Se trataba nada menos que del paso primero y necesario para ser parte de la corporación. Para aquel entonces, las corporaciones eran las monopolizadoras de la industria, y estaban compuestas por artesanos cuya aptitud para el oficio se garantizaba y como esa industria era manual (serie de movimientos combinados que se aprenden más por la vista, la imitación y la práctica) resultaba absolutamente necesario el aprendizaje, como medio para adquirir la aptitud indispensable.

Por tratarse de un sistema “a-capitalista”, existía un número reducido e invariable de maestros y la única forma de llegar a estos puestos limitados y seguros, era ir escalando las etapas de la jerarquía gremial: aprendiz-oficial-maestro. Al respecto, se ha expresado

que esta etapa correspondía a la etapa estudiantil actual; un momento de la vida largo e importante donde nada se produce, pero se prepara el camino para la situación futura.

Para ese momento, el contrato de aprendizaje, mecanismo de contractual formal más conocido, pero no el único, para adelantar procesos de formación práctica en entornos laborales, se debía redactar por escrito y consignar en las corporaciones; contaba con dos obligaciones esenciales: para el maestro, la instrucción profesional y la tutela, ya que ocurría una especie de cesión de la patria potestad. Y para el aprendiz, la obediencia. (Plá Rodríguez, 1989)

Las etapas de aprendizaje gremiales culminaban con la realización de un examen especializado según el oficio y su aprobación dependía de las propias tradiciones de cada ocupación. Una vez finalizado, también con las reglas propias de cada gremio, el ahora oficial ingresaba a ejercer su oficio, cualificación que era reconocida en otros países y que permitió también el desarrollo de la movilidad profesional europea, pues los ahora oficiales, al no tener vínculos familiares, se movían de ciudad en ciudad buscando perfeccionar y ampliar sus conocimientos con los distintos métodos desarrollados en distintas regiones. Y fue así como a través de esta movilidad territorial, los oficiales acumulaban conocimientos y experiencia, permitiéndoles presentarse a un gremio y ser admitidos como maestros.

Ya en la etapa de **decadencia**, precisamente en la misma institución donde tuvo su apogeo, los procesos de formación profesional mediante contratos de aprendizaje empezaron a ser extendidos en el tiempo, se exigieron sumas de dinero para obtener el maestrazgo, se aumentó la severidad de la obra maestra e incluso se llegó al evento en que a través del dinero se podía obtener el diploma que acreditaba haber cumplido el aprendizaje; las corporaciones se fueron cerrando hasta convertirse en castas cerradas, donde se aseguraba la entrada exclusiva de los hijos y yernos de los maestros.

Fue así como en 1792, ocurrió la caída del régimen corporativo y la supresión de la formación profesional mediante contrato de aprendizaje, lo cual fue visto como una liberación. Pero el paso a la absoluta libertad se convirtió en una peligrosa institución. So pretexto de brindar formación, niños y jóvenes fueron explotados por los empresarios, se sustituía al joven trabajador por el aprendiz, a quienes apenas si se les daba comida.

Sumado a esto, producto de las características propias de la organización industrial moderna, el empleador ya no puede ocuparse de enseñar directamente a los aprendices, sino que lo hacen otros obreros que no dan las mismas garantías y disminuyen su rendimiento e incluso, en la pequeña industria, el empleador no quiere enseñar a otros aprendices, para no formarse nuevos competidores. (Plá Rodríguez, 1989)

Finalmente, en la etapa de **necesidad de mano de obra especializada**, se resalta que la necesidad de la capacitación profesional no ha desaparecido, ya que el uso de las máquinas exige también una preparación técnica para su manejo, reparación y mantenimiento. Es así como, en tanto más compleja y perfeccionada sea la máquina, más se necesitan obreros calificados. (Plá Rodríguez, 1989)

El Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional propone el siguiente cuadro que clasifica los métodos “clásicos” de formación profesional europea:

Los tres modelos “clásicos” de la formación profesional			
	El modelo liberal de mercado: Gran Bretaña	El modelo regulado por el Estado: Francia	El modelo corporativo y dual: Alemania
¿Quién determina la organización de la formación profesional?	La organización se negocia “en el mercado” entre representantes de la mano de obra, los directivos empresariales y los suministradores de formación profesional	El Estado	Cámaras de oficios y artesanos reguladas estatalmente y organizadas por sectores profesionales.
¿Dónde tiene lugar la formación profesional?	Hay muchas opciones: en las escuelas, en las empresas, tanto en escuelas como en empresas, por vía electrónica, etc.	En escuelas especiales denominadas “escuelas de producción”	La formación alterna conforme a un calendario fijo entre las empresas y las escuelas profesionales (“modelo dual”)
¿Quién determina los contenidos de la formación profesional?	O bien el mercado, o bien las empresas individuales, en función de lo necesario en el momento. Contenidos no preestablecidos.	El Estado (junto a los agentes sociales). La formación no intenta prioritariamente reflejar las prácticas reales en la empresa: tiende más bien hacia conocimientos generales y teóricos.	La decisión corresponde conjuntamente a empresarios, sindicatos y el Estado.
¿Quién paga la formación profesional?	Por regla general, quienes reciben una formación profesional son los que deben pagarla. Algunas empresas financian algunos cursos que imparten ellas mismas.	El Estado recauda una tasa formativa de las empresas y financia con ella la formación profesional, pero sólo para un número determinado de solicitantes cada año.	Las empresas financian la formación impartida dentro de la empresa, y pueden desgravar fiscalmente dichos costes. Los aprendices reciben un importe establecido por contrato. Las escuelas profesionales están financiadas estatalmente.
¿Qué cualificaciones se obtienen al término de la formación profesional, y qué oportunidades abren dichas cualificaciones?	No hay supervisión de la formación ni exámenes finales acreditados a escala nacional.	La formación produce certificados estatales que capacitan a los mejores titulados para acceder a cursos superiores.	Las cualificaciones acreditan a escala nacional a los titulados para trabajar en la profesión correspondiente y para acceder a cursos superiores.

FUENTE: (Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, 2004, pág. 9)

El modelo alemán dual es el más conocido de todos, e implica un proceso de formación en alternancia entre entornos de formación teórica en aulas y entornos de formación práctica en empresa. Se distingue de las prácticas “tradicionales” en lo siguiente:

- Ocurre en las etapas más tempranas de la formación, mientras que en las prácticas “tradicionales” la salida a las empresas es durante los últimos períodos de formación o luego de haber terminada la misma.
- Las empresas tienen un rol formativo protagonista, ya que el aprendizaje del estudiante en los entornos laborales reales se realiza de la mano de un tutor, que es un trabajador experimentado de la empresa, y este proceso tiene representación curricular traducido en una competencia que el estudiante debe demostrar.
- La empresa tiene voz y voto en los procesos de evaluación del estudiante.
- Se caracteriza por un profundo tripartismo. Para la construcción de los currículos y demás aspectos de la formación dentro de las empresas, participan empresarios, sindicatos y el Estado, junto a los oferentes de la formación. De esta manera el diálogo social asegura una pertinencia y calidad de la formación.
- Las empresas financian la formación de los estudiantes, lo cual implica un reconocimiento del valor agregado que los estudiantes brindan a la compañía.

Rusia es un caso excepcional frente al comportamiento homogéneo en Europa sobre la formación profesional. En ese país no existieron agremiaciones de artesanos en la alta y baja edad media; solo hasta 1697 y con la expedición dispuesta por el Zar Pedro Primero para fortalecer la economía y armada del país, se inició una búsqueda de talentos por toda Europa para encontrar a las personas destacadas en los campos de la ciencia, la técnica y

los artesanos que hacían falta en Rusia, esencialmente en la parte agraria, pero abarcando también la minería, metalurgia y la construcción naval. En todo este escenario, se creó todo un sistema de enseñanza y formación: escuelas de navegación, balística, ingeniería y medicina, academias para formar trabajadores especializados y escuelas primarias, pero ante el poco interés de la población en enviar sus hijos a las escuelas, el Zar Pedro Primero promulgó leyes que hacían obligatoria la formación profesional. También surgió en esa nación el método de enseñanza secuencial, que detallaba minuciosamente tareas simples que bajo una secuencia determinada se iban haciendo más complejas y es un método que hoy en día aún es utilizado en algunos sistemas formativos. (Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, 2004)

De otra parte, en América Latina y el Caribe, los procesos de formación profesional surgen mucho después y esencialmente de la mano de instituciones oficiales o mixtas, encargadas de responder el requerimiento de contar con el talento humano formado y necesario para poner a andar cada revolución industrial, empezando con la industrialización misma y los modelos de sustitución de importaciones entre los años 40 y 60, con el nacimiento del Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial (SENAI) de Brasil para 1942, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) de Colombia en 1957, el Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI) de Perú en 1961, el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) de Costa Rica en 1965.

En la década de los 70 la formación profesional se centró en expandirse por la región, ya que nacerían otros servicios de formación profesional estatales como el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad (INTECAP) de Guatemala en 1972, el Colegio Nacional de Educación Profesional Técnica (CONALEP) de México en 1978, entre otros; junto con ello, en esta década se buscó diversificar su oferta formativa en más sectores de la economía.

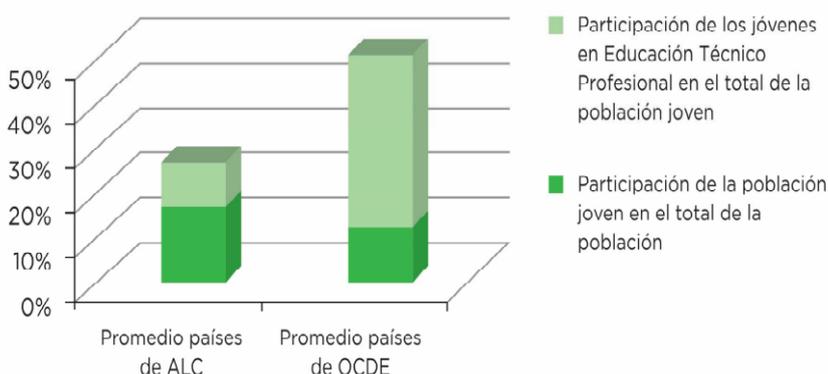
Durante los años 80 se busca dar sustento a la apertura económica con talento humano enfocado en el desarrollo tecnológico y también nace el Instituto Nacional de Formación Técnico Profesional (INFOTEP) de República Dominicana en 1980.

Para el año 2000 y su primera década, se empieza el proceso de formación por competencias laborales y por proyectos, enfrentando por supuesto los retos propios del mercado laboral de la época, con enorme crecimiento de la tecnología, globalización, entre otros.

De 2010 a nuestros días, la formación profesional de América Latina y el Caribe está ajustándose para responder a los retos propios de la cuarta revolución industrial, las nuevas cadenas productivas, los cambios demográficos y el trabajo atípico, precisamente el objeto de este documento, reconociendo la grandísima importancia de la formación profesional para el respaldo de las personas a lo largo de la vida en términos de la formación continua de las mismas, para brindarles las competencias actualizadas que constantemente se necesitan. De esta manera, la formación profesional es la clave maestra para la productividad, el desarrollo y la movilidad social.

Si bien lo anterior es cierto, la formación profesional también tiene un estigma muy marcado en América Latina. Cargar con la reputación de “educación para pobres” y esto le ha costado una baja participación de la población joven en sus procesos de formación, ya que se prefiere la vía de la educación académica/formal con la esperanza de tener mejores condiciones de vida. Esto lo demuestran datos presentados por el Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional (CINTERFOR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Vargas Zúñiga, 2018):

Jóvenes en la ETP en ALC y OCDE



FUENTE: (Vargas Zúñiga, 2018)
 ALC: América Latina y el Caribe
 OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

Además de esto, a pesar del crecimiento en cobertura se encuentran problemas en la calidad de la formación, así:

Porcentaje de alumnos que no llegan al nivel de desempeño mínimo (II) PISA

Área de competencia	ALC	OCDE
Matemáticas	63%	23%
Lectura	45%	18%
Ciencias	50%	23%

FUENTE: (Vargas Zúñiga, 2018)

De esta manera, los retos de la formación profesional en la 4 revolución industrial se enfocan en:

- Mejorar la calidad de los programas impartidos
- Mejorar los índices de inserción laboral de los egresados
- Dar apertura o fortalecer la formación dual, como herramienta centrada en los procesos de formación en entornos laborales
- Dejar atrás el estigma de la “formación de pobres”

- Fortalecer su oferta de formación a lo largo de la vida
- Garantizar un financiamiento que le brinde sostenibilidad
- Conectarse con los demás componentes del Sistema de Cualificaciones/Competencias
- Alinearse con las metas de desarrollo productivo
- Apostar por la formación prospectiva, con sistemas de información robustos que les permitan guiar la oferta en el ritmo que ahora propone la industria
- Presentarse como una opción valiosa y exitosa en los procesos de orientación vocacional de los jóvenes
- Articularse con los mecanismos de protección al cesante

4.8.4. La formación complementaria, a lo largo de la vida, continua o corta

El fortalecimiento de la formación a lo largo de la vida, también conocida como formación complementaria o formación continua, es un tema que resuena en muchos espacios de discusión sobre la agenda de las personas en el presente y futuro trabajo.

Me he referido en varias ocasiones a la importancia de los sistemas de cualificaciones y competencias como vía de acceso al mercado laboral y también me he referido a la importancia de la adquisición y actualización de las competencias para que las personas estemos a tono con las demandas de estas en el mercado laboral, como clave para la sobrevivencia en un ambiente de tantos cambios que tan rápido nos dejan atrás.

Por esta razón, los programas cortos, específicamente diseñados para que las personas alcancen competencias concretas, son la clave para la navegación y reinserción al mercado laboral de las personas.

Y es que lo que pretende la formación corta no es reemplazar las vías de cualificación, que son la estructura fundamental sobre la cual se brinda la capacidad a las personas para ejercer una ocupación de manera adecuada, sino que lo que busca es permitir la adaptación de las competencias, unidad más pequeña de las cualificaciones, a través de procesos muy específicos de formación.

Así lo han entendido las empresas del mundo y le han apostado directamente a ello. Esto porque han identificado esta necesidad y la ventaja competitiva que esta les brinda en un mercado tan voraz y ante la lentitud, acartonamiento y poco desarrollo de esta de los sistemas de formación y educación, se han puesto manos a la obra directamente y han creado una oferta propia enfocada en elementos altamente técnicos de sus procesos productivos, teniendo en la mano el elemento más importante y complejo del aprendizaje, que es el conocimiento técnico. La teoría perfilada por la experiencia.

Es por lo que aparecen ofertas formativas como la de Microsoft, Google o LinkedIn, grandes empresas que le apuestan a la formación complementaria enfocada a sus productos o a competencias técnicas específicas enfocadas en plataformas de enseñanza en línea, primero para sus propios trabajadores, pasando a sus cadenas de suministro, a sus clientes y finalmente pasando a ofrecerlas al público en general.

El gigante Google cuenta con toda una plataforma desarrollada para formar a los negocios, a las personas en sus carreras profesionales, a los *startups* y a los minoristas. Es así como Google Grow ha llegado a más de 1 millón de personas formadas en todos los programas que ofrecen desde Grow with Google en España y con su herramienta Google Actívate llegan a más de 709.000 personas, de las cuales 48% son mujeres, que se han formado en su programa sin coste de competencias digitales, más de 82.000 personas en España han encontrado un trabajo o crecido en su carrera con Google Actívate, más de 42.900 empresas han reportado crecimiento en ganancias, ingresos o número de clientes con Google Actívate y 57 % de las PYMES participantes han visto un impacto positivo en sus negocios, así lo reportan en su página web (Google, 2021)

Los beneficios que reporta la inversión en capacitación son identificados también por las medianas y pequeñas empresas que, una vez alcanzan cierto músculo operativo, financiero y técnico, y deciden invertir en ello, lo cual fue fortalecido en gran medida por el incremento súbito y global del trabajo en casa a través de medios telemáticos.

Sin embargo, se reporta conforme a datos brindados por el Banco Mundial, que el porcentaje de empresas que ofrecen capacitación formal durante 2020 fue el siguiente (Banco Mundial, 2021):

- América Latina y el Caribe: 51,2%
- Unión Europea: 37,7%
- Asia oriental y Pacífico: 34%

Y según los ingresos de los países dentro del estudio, la misma entidad reportó el siguiente comportamiento:

- Ingreso alto: 39,4%
- Ingreso mediano: 32,6%
- Ingreso bajo: 24,6%

Como se evidencia, la capacitación a lo largo de la vida brindada por las empresas es un elemento poderoso que debe ser guiado, fortalecido y reglado, para garantizar la validez de las certificaciones obtenidas que, en la mayoría de los casos por tratarse de formación corta, no tienen reglamentación en los países.

Este elemento también debe ser parte de los mecanismos de protección al cesante, como herramienta que permite a las personas afinar sus perfiles para moverse dentro del mercado laboral en la clave de las competencias que van marcando tendencias y son más demandadas en el mercado laboral.

4.8.5. El reconocimiento de aprendizajes previos

Existen dos vías para acceder al conocimiento, una es el aprendizaje a través de la experiencia de otros, que es el enfoque de la formación eminentemente teórica-académica. La otra vía es la del aprendizaje a través de la experiencia propia, que se refiere a la formación adquirida por la experiencia propia, vale decirlo, aprender haciendo.

Las maneras de convertir ese conocimiento en una cualificación, es decir, en un título que acredite a una persona como competente para adelantar una actividad o ejercer una ocupación, son tres: la educación formal, que lleva a títulos y certificados; la formación profesional que lleva a certificaciones de formación profesional y el reconocimiento de aprendizajes previos lleva a certificados de competencias, que se realiza a través de la evaluación y certificación de competencias.

Por lo tanto, la tercera vía de cualificación se orienta al reconocimiento de los aprendizajes previos, es decir, de brindar reconocimiento a las competencias que las personas han adquirido a través de la experiencia propia sin que para ello exista una institución de educación o formación que le brinde el conocimiento a la persona.

Esta vía de cualificación de aprendizajes previos toma como referente las normas de competencia elaboradas los procesos de normalización de competencias dispuestos en cada país. Ambos procedimientos son garantía para la elaboración de los resultados de aprendizaje que prescriben las cualificaciones a los oferentes de educación y formación para el diseño y la implementación curricular de los programas de formación.

Este proceso, que pareciera simple de realizar y de mucha necesidad, tiene algunas aristas bastante complejas que demandan de un consenso que no resulta nada fácil: (i) los estándares que midan la calidad de los aprendizajes logrados por las personas a lo largo de su vida; (ii) otorgar valor a algo, generalmente una competencia, únicamente desde una evaluación y sin que medie un proceso de formación.

Estas aristas resultan de gran trascendencia al pensar en las posibles integraciones que el reconocimiento de aprendizajes previos puede llegar a tener, para facilitar la movilidad social y laboral de las personas.

Existen cuestiones que podrían lograrse, por ejemplo, en términos de otorgar una cualificación completa, que durante miles de años ha sido exclusivamente alcanzada mediante procesos educativos.

También está la posibilidad de que el reconocimiento de aprendizajes previos permita alcanzar cualificaciones de manera parcial. Podría realizarse también el reconocimiento de créditos para una cualificación. O la exención de requisitos académicos para ingresar a procesos de educación dentro del sistema educativo formal, por ejemplo, poder ingresar a la educación terciaria sin haber pasado por la educación secundaria, pero contando con una certificación que represente las competencias que se tienen a través de la experiencia propia. Podría también depurarse los procesos de formación de aprendices, para enfocar su formación en temas aquellos temas que necesitan y no conocen.

Todo ello redundaría en eficiencia para los aspectos como tiempo, costos, valoración de las competencias y motivación para los aprendices, que verán como las competencias que han adquirido a lo largo de su vida, serán reconocidas tanto por el aparato productivo como por el sistema educativo. Y no solo es un asunto con importancia para las personas que se encuentran en procesos de formación, sino que resulta sumamente importante para

los adultos, ya que se requiere experiencia para que proceda el reconocimiento de aprendizajes previos. En ese sentido, para que los procesos de recualificación, reentrenamiento y actualización sean rápidos y eficientes para las personas, se necesita una eficiencia en los procesos, eliminando tener que repasar las competencias que ya poseen las personas, enfocándose entonces en aquellos asuntos que la persona necesita adquirir.

Se trata entonces de una vía de cualificación distinta de la educativa. Y para que el proceso de reconocimiento de aprendizajes previos funcione, necesita de la existencia de un marco de cualificaciones, que disponga estándares de cualificación escritos en términos de resultados de aprendizaje o competencias.

Como mencionaba anteriormente, para la adecuada funcionalidad del ecosistema de las cualificaciones en el mundo, se necesita de un intercambio balanceado entre los componentes, que asegure la movilidad entre todos ellos.

Ahora bien, existen procesos de reconocimiento de aprendizajes previos que varían de nación a nación y también surgen mecanismos innovadores que mediante la tecnología buscan facilitar este proceso. En unos casos este proceso corresponde a un monopolio estatal, en otros, a un sistema mixto, donde entidades públicas, por un lado, y privados por el otro, realizan procesos de evaluación de competencias que resultan en la certificación de estas.

En el ala de la innovación, aparecen proyectos como el Open Barges de Mozilla, que pretende dar reconocimiento a las cualidades y logros que obtenemos fuera de las alas de clase tradicionales, *“facilitando que quien lo desee pueda emitir, ganar y mostrar insignias en la web a través de una infraestructura técnica. El resultado: ayudar a que personas de cualquier edad obtengan y demuestren cualidades del siglo XXI y puedan acceder a una nueva carrera profesional o nuevas oportunidades educativas.”* (Mozilla Org., 2021)

4.8.6. La normalización de competencias

Los procesos de normalización de competencias pretenden recoger la información sobre las funciones que un trabajador debe cumplir para alcanzar el propósito de su labor. Es así como la normalización implica la recolección de la información parametrizable de las necesidades que tiene el mercado laboral, en términos de competencias, para cumplir una finalidad productiva. A través de esto se alimentan las mallas curriculares de los programas de formación, entre otros asuntos. De esta manera, a través de la normalización nacen las competencias.

Podría decirse que es un proceso de minería de datos tendiente a establecer las funciones que adelantan los trabajadores. En países como Colombia, esto se realiza a través de mesas de diálogo donde empresarios, trabajadores, formadores y gobierno, construyen y actualizan los elementos que contienen una competencia. Así es que, básicamente, es un proceso de estandarización de los componentes de una competencia.

Esto me lleva a mencionar que, con la estandarización del comercio a nivel global, se establece la Organización Internacional para la Normalización (ISO), como una instancia compuesta por expertos que se encarga de la creación de normas internacionales voluntarias para la estandarización de productos y procesos.

Posteriormente, se vio la necesidad de crear esquemas de acreditación para los organismos evaluadores de la conformidad dedicados a la certificación de personas. La norma técnica para esto último es la ISO/IEC 17024, que, según su introducción, es una Norma Internacional que *“establece los requisitos que aseguran que los organismos de certificación de personas que operan los esquemas de certificación de personas trabajen de forma coherente, comparable y confiable.”* (ISO (Organización Internacional de Normalización); IEC (Comisión Electrotécnica Internacional), 2012). Este tipo de normatividad internacional resulta de gran importancia, ya que se trata de normas estandarizadas más allá de las fronteras territoriales, de tal manera que existe garantía de movilidad territorial y laboral del trabajador a quienes acudan a procesos de reconocimiento de aprendizajes previos en organismos evaluadores de la conformidad acreditados conforme a procedimientos de certificación de personas unánimes.

Ahora bien, la normalización es la bisagra que une a la academia y la industria en torno a las vías de cualificación y abre las puertas para identificación de instituciones y competencias más allá de las fronteras nacionales.

Una vez más, el reto está en el establecimiento de sistemas nacionales, funcionales para las características propias del país, pero que permita su comparabilidad internacional. Allí está el reto jurídico principal.

4.8.7. Esquemas jurídicos y sistemas de cualificaciones

Para que toda la estructura de un sistema de cualificaciones funcione, necesita de una estructura jurídica clara e interconectada que permita su adecuada construcción, desarrollo y cumplimiento. Como indico, se trata de un ecosistema normativo robusto, ya que debe conectar al menos 7 elementos principales, con alta complejidad en sí mismos considerados: la educación formal, la formación profesional, el reconocimiento de aprendizajes previos, la normalización de competencias, los marcos de cualificaciones, la movilidad académica y formativa, así como las plataformas de información que permitan la recolección e interacción de la información que cada componente requiere para su adecuado funcionamiento.

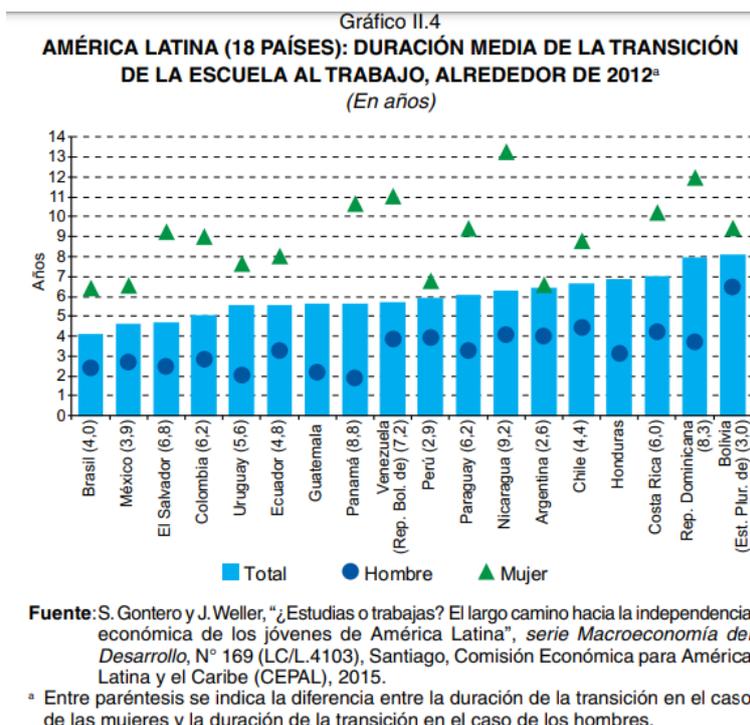
Este sistema jurídico, generalmente entraña una complejidad amplia que tiende a la sobreproducción normativa que no siempre está bien interconectada y, en ese sentido, hace compleja su implementación y apropiación dentro de la ciudadanía para garantizar su adecuado cumplimiento.

Dentro de cada componente de un Sistema de Cualificaciones hay elementos de derecho social que paso a analizar:

4.8.7.1. Sistemas de aprendizaje para la formación en entornos laborales

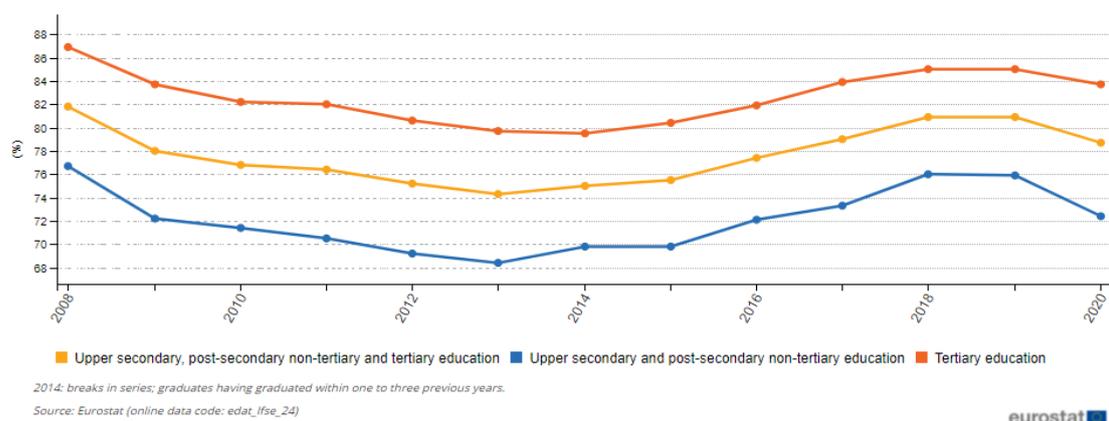
El desempleo juvenil es uno de los problemas que más gravedad reporta en el mercado de trabajo.

La estimación de la duración para la transición de la escuela al trabajo varía de país en país. En América Latina y el Caribe un estudio realizado por CEPAL en 2012 reporta las siguientes cifras (CEPAL/OIT, 2017):



Al otro lado del mundo, la información de Eurostat plantea lo siguiente sobre las tasas de inserción laboral en la educación terciaria (Eurostat, 2021), que incluye a la educación académica o educación formal, también y a la educación vocacional o profesional avanzada (niveles 5 a 8 de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación - CINE-):

Employment rates of recent graduates (aged 20-34) not in education and training, by educational attainment level, EU, 2008-2020



FUENTE: (Eurostat, 2021)

Así las cosas, en la Unión Europea, la tasa de ocupación para las personas de entre 20 y 34 años recién egresados son de 83.7 % para la educación terciaria y de 58.3 % para la educación general post media en 2020. Se nota una baja sensible a causa de la pandemia, lo cual resulta lógico teniendo en cuenta que las tasas de desempleo se concentran en los jóvenes que precisamente intentan insertarse laboralmente. El problema de inserción laboral de estudiantes es global, grave y empeorará la desigualdad con la recesión económica provocada por el coronavirus COVID-19.

Según analiza la Organización Internacional del Trabajo Américas (OIT), el caso de América Latina y el Caribe es muy grave:

“Las últimas estimaciones sobre el crecimiento económico que hablan de una fuerte contracción de la economía, de -9,1% (CEPAL) a -9,4% (FMI) provocarían un aumento de al menos 5 puntos porcentuales en la tasa de desocupación regional, que pasaría de 8% antes de la pandemia a más del 13%. El número de desempleados adultos y jóvenes subiría de 26 a más de 41 millones de personas.

¿Qué pasará con los jóvenes? Aún no existen datos diferenciados por edad confiables, pero si se cumple con la proporción que ha caracterizado los mercados laborales de América Latina, en los cuales la tasa de desocupación juvenil es de al menos el doble de la tasa general, estaríamos hablando de niveles superiores al 26% en el promedio del desempleo juvenil. Más de la cuarta parte de los y las jóvenes que forman parte de la fuerza laboral estarían buscando activamente un trabajo, pero no lo pueden conseguir en una situación de profunda crisis como la actual.”

Esto plantea una vez más y con mayor fuerza, la necesidad de fortalecer los procesos de transición de la escuela al trabajo, reformas a los sistemas de cualificaciones, específicamente en procesos de recualificación y actualización de competencias, sistemas de protección al cesante y a los sistemas de protección social.

Puntualmente en lo que se refiere a la transición escuela – trabajo, puede hablarse de varios temas:

- Las prácticas formativas en entornos laborales, con gran tradición desde el contrato de aprendizaje.
- La formación de trabajadores en empresa, necesaria para que los trabajadores activos mantengan actualizadas sus competencias y enfocar la productividad laboral
- La formación dual, como modalidad educativa que presenta los escenarios laborales como un entorno formativo altamente pertinente
- Sistemas de formación en entornos laborales virtuales, puestos a la marcha de manera masiva y abrupta por la pandemia.
- Creación de herramientas jurídicas para la acumulación de experiencia profesional de los jóvenes de manera previa a su titulación.

Esto significa que, en el marco del derecho social, existe una primera etapa formativa de las personas cuyo estatus jurídico de trabajador o estudiante varía de país a país y les acoge o excluye de la regulación laboral típica, ubicándolos, por ejemplo, en contratos especiales que entregan algún conjunto de garantías necesarias para el aprendizaje pero que no corresponden a las mismas que recibe un trabajador, que posee una cualificación que le permite ejercer una ocupación.

Así sucede en el caso de Colombia, que tiene una variedad de contratos o mecanismos jurídicos para regular las relaciones de las partes en desarrollo de una actividad formativa, que actualmente son dos: vinculación formativa y contrato de aprendizaje. El primero nació con la Ley 1780 de 2016 y el segundo con varias leyes y cuya regulación actual es la Ley 789 de 2002, que lo clasifica por fuera de un contrato de trabajo típico, ya que lo señala como “una forma especial dentro del derecho del trabajo” que no corresponde a una relación laboral típica y subordinada. Aunque a través de sentencias de la Corte Constitucional en estadio de tutela, y debido a una visión para la protección de los derechos fundamentales, se les ha protegido con conceptos como la “estabilidad ocupacional reforzada”, una figura analógica a la “estabilidad laboral reforzada”, pero que en este caso protege a las personas sin importar la categoría jurídica del contrato que les une. Al respecto, véase la sentencia arquimédica SU-049 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia de Unificación 049, 2017).

Las prácticas formativas son un elemento crucial en el proceso de transición de la escuela al trabajo, pues se trata del primer momento en el cual un estudiante se encuentra con un entorno laboral real, de tal manera que su validez es crucial para que el joven desarrolle o perfile las competencias duras y blandas que le resultarán muy útiles en su paso a la productividad.

Así lo ha visto tanto la vía de cualificación de la educación formal, tanto en áreas que tradicionalmente tienen un componente práctico fuerte, como los estudiantes de medicina y de derecho, como muchos otros que han venido fortaleciendo este aspecto en sus

currículos, dejando atrás el concepto de que la academia solamente prepara para lo teórico, sino que efectivamente prepara estudiantes para el trabajo de manera general.

De otro lado, la formación profesional es por antología la vía de cualificación que privilegia el aprendizaje a través de la experiencia propia del estudiante, como expliqué en la sección dedicada a La formación profesional. Sus desarrollos curriculares se centran en el aprender haciendo, cuentan con escenarios de formación práctica con distintos niveles de complejidad que van preparando al estudiante para su apertura al entorno productivo a través de las prácticas laborales. De este modelo es renombrado el modelo de formación dual alemán, referente en todo el mundo y que la Organización Internacional del Trabajo fomenta en regiones como Latinoamérica y el Caribe como formación de calidad como la respuesta ideal para dar respuesta a los requerimientos de talento humano en la cuarta revolución industrial y al desempleo juvenil, aunque sin duda esta no es la única virtud del modelo.

A continuación, una clasificación de esta figura de las prácticas, puerta de inicio de los trabajadores a la vida laboral.

4.8.7.1.1. Las prácticas formativas y su clasificación

Debido a la alta concentración en el contrato de trabajo, objeto de estudio derecho laboral tradicional, no es muy común que dentro de la disciplina jurídica social se dedique mucho espacio al estudio de las relaciones jurídicas que aparecen desde los procesos más tempranos de formación de los seres humanos y que implican un primer acercamiento al mundo del trabajo.

Como ya se mencionó con anterioridad, las vías de cualificación son mecanismos para el reconocimiento académico y productivo de un conjunto de competencias, y para la construcción de las competencias en las personas, cada uno acude a diferentes esquemas de aprendizaje.

La vía académica se centra en la teoría, complementando con la práctica del estudiante, tanto en espacios artificiales como en espacios laborales reales.

La formación profesional se centra en la experiencia propia y mediante la práctica formativa del estudiante, tanto en espacios artificiales como en espacios laborales reales, lo que le permite al estudiante alcanzar las competencias requeridas para ejercer una ocupación.

Esta distinción de la educación académica, enfocada en la teoría y la formación profesional enfocada en el aprendizaje mediante la experiencia propia, está lleno de matices, ya que cada vez más se le brinda protagonismo a la formación de competencias mediante actividades prácticas en la educación formal y la formación profesional sigue preceptos de la educación formal para cimentar a los estudiantes.

En el caso colombiano esto resulta palpable debido al reciente reconocimiento que se le brindó a la modalidad dual como mecanismo válido y reconocido por el estado para

ofertar programas de educación superior, mediante el Decreto 1330 de 2019 y las Resoluciones 15224 y 21795 de 2020 del Ministerio de Educación Superior. Sumado a ello, mediante el Decreto 616 de 2021, se permite que:

“Los contratos de aprendizaje celebrados en el marco de programas educativos o formativos que se desarrollen en modalidad de alternancia dual podrán suscribirse por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, distribuidos como mínimo con cincuenta por ciento (50%) del tiempo en etapa lectiva y cincuenta por ciento (50%) del tiempo en etapa práctica.”

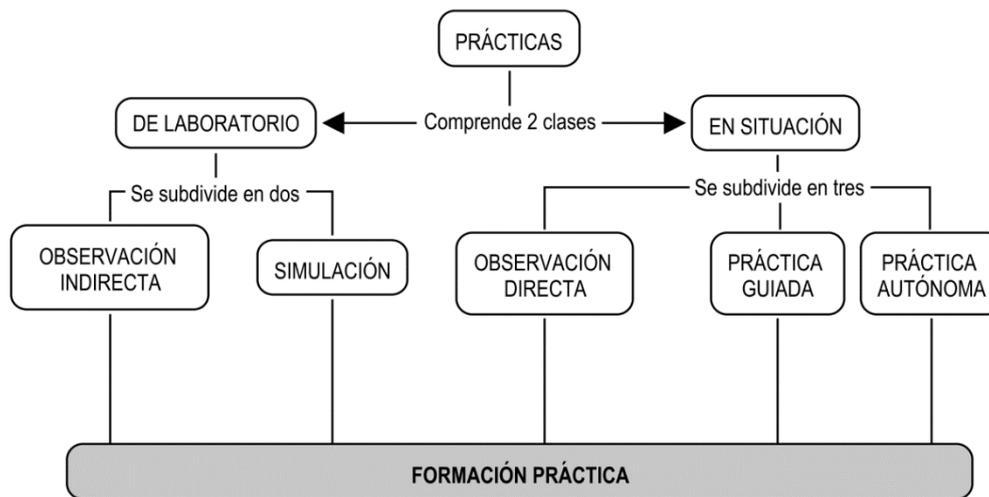
Para Patrice Pelpel, citado en los escritos del autor español Nieto Diez, los dos tipos de formas de aprender se resumen como: *“recurrir a saber de otros o adquirir el conocimiento por medio de la experiencia”*. Belbenoit también señala al respecto que son dos los modelos de formación: una la pedagogía del conocimiento y otra la pedagogía de la práctica (Nieto Diez, 2002).

A su paso, el autor Nieto Diez (Nieto Diez, 2002) entiende:

“(…) unas “prácticas profesionales” entendidas como verdadero nexo entre el saber teórico y el quehacer real, que propicien un acercamiento entre las bases en que se fundamenta una determinada actividad y la actividad propiamente dicha, de tal manera que puedan lograrse dos objetivos: uno educativo, enriqueciendo y completando la enseñanza por medio de una inserción controlada en la propia realidad; y otro profesional preparando a los alumnos para ser verdaderos partícipes de la vida socio profesional (...)”

Este fenómeno jurídico del aprendizaje a través de la experiencia propia cuenta con un vastísimo conjunto de denominaciones que, a lo largo de los programas de formación, facultades y Universidades en todo el mundo, presentan variedades como: práctica formativa, práctica pedagógica, práctica empresarial, práctica universitaria, práctica organizacional, pasantía, etcétera.

Con el transcurso del tiempo, se han venido estableciendo diversas modalidades de prácticas. En la siguiente gráfica, referenciada por Nieto Diez, se exponen las principales vertientes de las prácticas (Nieto Diez, 2002):



A continuación, una breve explicación de los tipos de prácticas delimitadas en la gráfica anterior, (Nieto Diez, 2002, pág. 30).

4.8.7.1.1.1. Prácticas de Laboratorio

En este tipo de prácticas se agrupan aquellas realizadas fuera del contexto real. Es decir, es un ejercicio ficticio que aproxima a la realidad. Son de dos tipos:

Prácticas de Laboratorio de observación indirecta:

A través de éstas el estudiante puede conocer la realidad a través de registros impresos, en video, en imágenes, en grabaciones de audio y video, entre otros. Precisamente son los avances tecnológicos actuales aquellos que han permitido evolucionar sustancialmente en la utilización de este tipo de práctica.

Se trata entonces de un proceso de la formación plenamente teórico, donde el estudiante apenas es un espectador de una actividad concreta, mediante el cual se busca que este empiece su aproximación a la realidad productiva y transite con mayor facilidad a escenarios productivos reales.

Práctica de laboratorio por simulación:

Aquí se busca reproducir una situación real en un medio creado artificialmente. Básicamente se otorga un contexto semejante a la realidad, en la cual se realizan ensayos y se aprenden habilidades específicas de campo. Sus ejemplos son los laboratorios de simulación de viajes aéreos que realizan los pilotos, las simulaciones de audiencias judiciales que a través de juegos de roles que adelantan los estudiantes de derecho, las simulaciones que se realizan en las facultades de medicina con elementos plásticos en las clases de anatomía, entre otras.

En este caso, el estudiante ya empieza a ejecutar acciones o actividades que le acercan al ejercicio de una competencia que haga parte de la cualificación que persigue, pero aún se encuentra en un espacio artificial.

4.8.7.1.1.2. Prácticas en situación

En esta categoría se agrupan aquellas actividades formativas desarrolladas en un medio real. Son varias sus modalidades:

Práctica en situación por observación directa

El estudiante presencia cómo se desarrolla una labor específica en el lugar de trabajo. En este punto, el estudiante no se involucra en la actividad, sino que simplemente se dedica a observar. Un ejemplo pueden ser las visitas a plantas industriales que realizan los programas de ingeniería.

Práctica en situación guiada

En este caso el estudiante se convierte en protagonista de la actividad y ejecuta un trabajo en el campo de labor. Ya el estudiante se involucra y directamente realiza la tarea. Pero apenas es una práctica de iniciación, pues en su desarrollo el estudiante se encuentra bajo la estricta vigilancia y apoyo de un tutor y *“que desarrollará funciones de preparación, información, orientación, supervisión, corrección y evaluación de toda la experiencia”* (Nieto Diez, 2002)

Práctica en situación por práctica autónoma, práctica independiente o práctica laboral.

En este último grupo de prácticas en situación, el estudiante ha escalado y ya es capaz de adelantar actividades por su cuenta, con cierto grado de autonomía y asumiendo la responsabilidad de la actividad práctica. La supervisión es esporádica y se le suministran las orientaciones pertinentes y durante su ejercicio de la práctica se toman notas de su comportamiento laboral con el objetivo de realizar una evaluación final de la fase de formación. Ésta es la práctica laboral a la que se refiere, en el caso colombiano, el artículo 15 de la Ley 1780 de 2016.

Dice el artículo 15 de la Ley en mención:

“ARTÍCULO 15. NATURALEZA, DEFINICIÓN Y REGLAMENTACIÓN DE LA PRÁCTICA LABORAL. La práctica laboral es una actividad formativa desarrollada por un estudiante de programas de formación complementaria ofrecidos por las escuelas normales superiores y educación superior de pregrado, durante un tiempo determinado, en un ambiente laboral real, con supervisión y sobre asuntos relacionados con su área de estudio o desempeño y su tipo de formación; para el cumplimiento de un requisito para culminar sus estudios u obtener un título que lo acreditará para el desempeño laboral. Por tratarse de una actividad formativa, la práctica laboral no constituye relación de trabajo.

PARÁGRAFO 1o. Las prácticas en relación docencia de servicio en el área de la salud, contrato de aprendizaje establecido en la Ley 789 de 2002 y sus Decretos Reglamentarios, así como la judicatura, continuarán siendo reguladas por las disposiciones vigentes.

PARÁGRAFO 2o. La práctica laboral descrita en esta Ley como requisito de culminación de estudios u obtención del título, puede darse en concurrencia con la formación teórica o al finalizar la misma.

PARÁGRAFO 3o. El Ministerio del Trabajo reglamentará en un plazo de seis (6) meses las prácticas laborales en los términos de la presente ley.”

Posteriormente el artículo 19 de la Ley 1955 de 2019 contempló:

“ARTÍCULO 192. PRÁCTICAS LABORALES. Además de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1780 de 2016, las prácticas laborales podrán desarrollarse por estudiantes de educación superior de posgrado, de educación para el trabajo y desarrollo humano, de formación profesional integral del SENA, así como de toda la oferta de formación por competencias.

PARÁGRAFO 1o. El tiempo de la práctica laboral que el estudiante realice para optar a su título de profesional, tecnológico o técnico cuenta como experiencia laboral, sin perjuicio de las disposiciones vigentes en la materia.

PARÁGRAFO 2o. Las prácticas laborales realizadas durante los veinticuatro (24) meses anteriores a la entrada en vigencia de la presente Ley, serán tenidas en cuenta al momento de contabilizar el tiempo de experiencia laboral.

PARÁGRAFO 3o. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo, los estudiantes de posgrado del sector salud.

PARÁGRAFO 4o. En el sector público se generarán oportunidades de prácticas laborales para estudiantes de administración pública.”

Más adelante se estudia este caso específico en el marco de las relaciones atípicas de trabajo.

Se encuentra entonces que las prácticas formativas son una categoría conceptual general, dentro de la cual se encuentra la práctica laboral, en la cual, a su vez, en la que conjugan aquellas actividades formativas que realiza un estudiante en un escenario laboral real para completar, a través de la experiencia propia, el proceso de aprendizaje propio de un área de conocimiento o desempeño concreta de la cualificación que está en proceso de adquirir.

Vale precisar que existe un estándar internacional destacado en términos de formación en entornos laborales y es el modelo de formación dual alemán.

Se trata de un modelo completo de aprendizaje en entornos laborales, que conecta de manera integral la escuela y la empresa para generar múltiples ventajas en términos de productividad, pertinencia, oportunidad, empleabilidad y calidad.

Así las cosas, la práctica laboral es simplemente uno de los componentes destacados que, a través de la alternancia entre la escuela y la empresa, caracteriza a la formación dual.

Ahora bien, existen múltiples mecanismos jurídicos contractuales a través de los cuales se busca regular el ejercicio de esta actividad formativa y, como se mencionó antes, existen naciones que le brindan carácter laboral a estos contratos y otras que no. En los casos donde se trata de relaciones no regidas por un contrato de trabajo típico, podría decirse que estamos ante una manera de trabajo atípico, razón por la cual existen asuntos que están pendientes a ser abordados y significan un punto importante de discusión en términos de principios mínimos fundamentales.

4.8.7.1.2. Mecanismos jurídicos para la formación en entornos laborales

Para el ejercicio de esta actividad formativa dentro de un entorno laboral, se han dispuesto de un conjunto de instituciones jurídico - laborales destinadas a regular las relaciones que allí surgen, con el especial propósito de garantizar unos estándares de calidad mínimos en el desarrollo de esta.

La categoría jurídica que se otorga a este tipo de actividades varía entre los países, algunos le otorgan categoría laboral, otros no, argumentando que, por tratarse de una actividad formativa no constituye relación de trabajo subordinada.

En todo caso, considera la suscrita, se trata de un asunto de completa competencia del derecho social, habida cuenta el puente que representa entre el mundo educativo y el laboral, por la exposición a factores de riesgo ocupacionales y por su importancia como política de empleo para romper la brecha de empleabilidad que representa la falta de experiencia. Sobre esto último, es importante señalar que teniendo en cuenta los complejos problemas que los jóvenes enfrentan para insertarse en el mercado laboral, agravados por la grave recesión económica derivada de la pandemia, diferentes mecanismos jurídicos han sido puestos en marcha para romper la brecha de empleabilidad juvenil que representa la falta de experiencia como requisito para insertarse laboralmente.

4.8.7.1.2.1. El contrato de aprendizaje

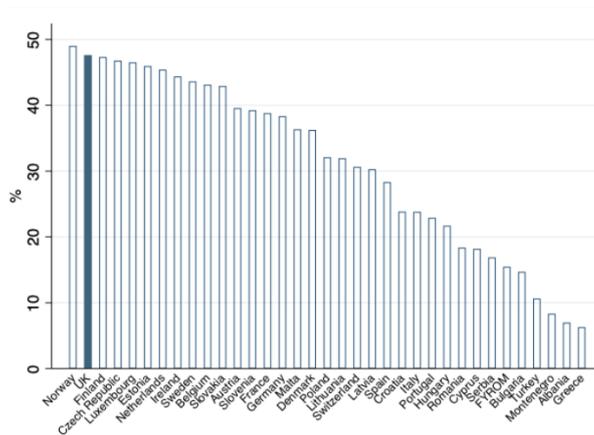
A nivel internacional, sobre esta temática se ha destacado que *“Los sistemas de aprendizaje no son plenamente eficaces, si un gran número de jóvenes abandonan el taller sin haber concluido su aprendizaje, si los maestros artesanos conservan a los aprendices durante períodos muy largos y no les transmiten todas sus competencias, o si las condiciones del contrato de aprendizaje no son suficientemente transparentes.”* (Organización Internacional del Trabajo, 2015) (Negrilla fuera del texto original)

Se trata de un contrato que tiene un origen marcado en las ocupaciones y la formación vocacional, pero que con el paso de los años ha ido encontrando camino para ser parte importante de la educación formal, como herramienta para afrontar los problemas de inserción laboral que presentan los egresados de esta rama educativa.

Desde el punto de vista de la legislación laboral, a la formación profesional se le relaciona con el contrato de aprendizaje, dada su tradición, también denominado contrato de adiestramiento; allí el empresario se obliga a enseñar un oficio, a la vez que utiliza el trabajo del que aprende, mediando en la generalidad de los casos, una remuneración. Según cada legislación, tiene o no el carácter laboral dependiente. Precisamente la característica que hace “especial” al contrato de aprendizaje, puede resumirse en que “se presta el trabajo en situación de dependencia, pero con el fin de aprender”. (León Steffens, 1969)

A partir de cifras obtenidas mediante la Encuesta de Condiciones de Trabajo Europeas, investigadores del London School of Economics and Political Science presentan los siguientes datos sobre participación en entrenamientos patrocinados por empleadores en 35 países para el año 2015, último año de la encuesta (Li, Valero, & Ventura, 2020):

Figure 1: Training participation rate



Frente al régimen jurídico de regulación para los contratos de aprendizaje, mecanismo contractual más extendido para las actividades formativas realizadas en entornos laborales, se presenta una normatividad extendida en todo el mundo, pero su importancia y variedad normativa, radica en la robustez del sistema de aprendizaje en los países y la amplitud de sectores que abarque, ya que típicamente le han acogido los sectores de manufactura, construcción y confección, dejando una gran parte del sector productivo fuera de este sistema de aprendizaje. En Colombia, a causa de la Ley 789 de 2002, el sector construcción se encuentra excluido de la cuota de aprendizaje, que es una obligación legal para que las empresas con 15 o más trabajadores, deban vincular aprendices o pagar una monetización de la cuota.

En este asunto vale la pena plantear una distinción muy importante, y es distanciar al contrato de aprendizaje de la práctica laboral misma. Ocurre con frecuencia que las etapas prácticas en los procesos de formación tienden a ser confundidas con los contratos que

las rigen, de esta manera, tiende a asumirse que el contrato de aprendizaje es la única vía existente para la realización de prácticas laborales, tanto en la vía de cualificación académica como en la vía de la formación profesional, y ello no es cierto para varios marcos jurídicos, llevando a generar reglas generales que no siempre son aplicables, como las cuotas obligatorias, los límites en los pagos a realizar a los estudiantes, los tiempos mínimos y máximos para realizar estas actividades, etcétera.

Es por esta razón que a nivel internacional suelen identificarse copiosos estudios sobre el contrato de aprendizaje, pero pocos se centran en analizar las realidades jurídicas de fenómeno social que son las prácticas laborales.

De tal manera que es importante distinguir la vida del contrato de aprendizaje de la vida de las prácticas laborales y la formación profesional.

Ahora bien, centrándome en el contrato de aprendizaje, su régimen jurídico es relativamente uniforme a lo largo del mundo, con la principal distinción de su carácter no laboral o laboral expreso en cada normatividad, con las consecuencias respectivas en términos de regulación, especialmente sobre lo que se refiere a garantías y pagos laborales, y de otro lado el acceso a la seguridad social.

En los casos de Australia, Alemania, Canadá, Inglaterra y Francia, los sistemas de aprendizaje son grandes, y llegan a representar al 1,5% de la fuerza laboral de estos países en promedio, destacando en este grupo los casos de Alemania y Australia que alcanzan una representación del 3.7% cada uno. Esto, vale decirlo, tiene mucho que ver con la dimensión del tejido empresarial de cada país, ya que, en naciones como India, Suráfrica y Turquía, son sistemas pequeños y, en esa misma medida, permiten sistemas de aprendizaje mucho más informales (Smith & Brennan Kemmis, 2013).

Sobre la naturaleza del vínculo, como ya se describió, hay dos estándares generales: relación laboral típica y relación formativa no laboral, que en un estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial en 11 países, este estatus se distribuyó de la siguiente manera:

- Relación laboral típica, por lo tanto, pago salarial a aprendices: Australia, Canadá, Inglaterra, Francia, Alemania, Sur África, Estados Unidos.
- Relación formativa no laboral: Turquía, Egipto, India e Indonesia.

Ahora bien, en términos de la contratación y los estándares mínimos a cumplir varían de país a país, aunque hay una mayoría que regula esta relación como un contrato de trabajo típico con algunas normas especiales.

En los casos donde no se les entiende y regula como trabajo típico, habrá que considerarlos como trabajo atípico, simplemente debido a que no encajan en las categorías de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, esencialmente a causa del elemento tripartito de la relación institución de formación, estudiante y escenario de práctica, como se describe en la siguiente sección.

Esta consideración, de la atipicidad del contrato, es otro de los ejemplos claros del excesivo centralismo que ha caracterizado al derecho del trabajo, donde se rompe la etapa de preparación para el ejercicio del trabajo y se le desconoce como actividad acreedora en múltiples temas, dejando muchas veces en condiciones de ejercicio precarias de estas actividades.

Están en esta categoría temas como la limitación en el tiempo que se invierte para actividades formativas, protección ante acoso laboral, pues en muchos casos al no considerarles “trabajadores” en el sentido clásico de la expresión y a pesar de exponerse exactamente a los mismos riesgos de las demás personas en este espacio, no se les ampara con normas para evitar la ocurrencia de diversas formas de agresión, maltrato, trato desconsiderado, ofensivo y en general toda afectación a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de un ambiente laboral. Tampoco les cobijan normas que regulan el trabajo en casa, entre otras tantas.

Situación que profundiza aún más su condición de desigualdad y su dificultad para insertarse laboralmente con posterioridad a esta etapa formativa.

Además de la importancia en la estandarización de las condiciones que garanticen un aprendizaje de calidad, este contrato afronta distintos problemas a ser resueltos, tales como la equidad de género en su acceso, su adaptabilidad para las personas con diversidad funcional, su apertura a personas de edad, la apertura de más cupos para que más estudiantes puedan estar en distintas empresas de manera física o virtual, según la realidad productiva de la ocupación, y así encontrar más oportunidades de empalmes con la vida laboral, la manera de llegar a la economía informal, y por supuesto, a las nuevas formas de trabajo.

El contrato de aprendizaje en tiempos de COVID-19

Los estudiantes pierden oportunidades para realizar sus prácticas, enlace con el mundo laboral, pues se encuentran con un tejido empresarial reducido y debilitado a causa de la crisis económica derivada de la emergencia sanitaria.

El *London School of Economics and Political Science* analizó la situación, señalando que la evidencia empírica demuestra que el entrenamiento mediante contratos de aprendizaje es procíclico, es decir, con una oferta que aumenta cuando la economía va bien y disminuye en tiempos de recesión. (Ventura, 2020)

Efectivamente muchos contratos de aprendizaje fueron suspendidos a causa de la pandemia, por sustracción de materia al no poder dirigirse al espacio empresarial real donde adelantan sus actividades formativas y la transición a la formación de aprendices de manera digital no tuvo posibilidad de estructurarse, de un lado por la imposibilidad de adquirir competencias técnicas que demandan el aprendizaje a través del ejercicio directo de la actividad en el entorno laboral, y por otro lado debido a las brechas digitales.

De esta manera, los aprendices cuyas prácticas no pueden ser trasladadas a los medios telemáticos, enfrentan una demora sin precedentes en sus procesos de formación,

titulación y consecuentemente su ingreso al mercado laboral. Y esto último es precisamente el elemento más problemático para los años venideros, pues la desaparición brusca de muchas empresas reducirá ostensiblemente los escenarios de formación empresariales.

Es muy posible por lo descrito, que los Gobiernos tomen medidas para incentivar a las empresas que reciban aprendices y les brinden formación. Esto podría ser a través de incentivos tributarios, siendo estos los más comunes, o con distinciones a las empresas que invierten en formación de talento humano, tanto de sus propios trabajadores como de aprendices; también con facilitación de plataformas tecnológicas que les permitan ampliar el espectro de su negocio y, con el apoyo de aprendices, emprender proyectos que beneficien y tecnifiquen algunas áreas o resuelvan problemas de sus empresas, entre otros aspectos que pueden resultar un gana / gana para las partes involucradas, demostrando a las empresas que apoyar la formación les implica un retorno concreto de la inversión realizada.

4.8.7.2. *El reconocimiento de aprendizajes previos y trabajo atípico.*

Como expuse en una sección anterior, el reconocimiento de aprendizajes previos es una vía de cualificación a la que se llega a través de la experiencia propia y sin que exista mediación alguna de un proceso formativo.

La representación de esta vía de cualificación en el mercado laboral, atípico y típico es de un gran potencial, ya que permite traducir en certificaciones de competencias laborales concretas, la experiencia laboral que una persona haya acumulado durante cierto tiempo y que versan sobre un aspecto técnico y particular. Esto la hace representativa en términos de movilidad laboral, personas migrantes que no cuentan con el sustento documental de las sus competencias, y asuntos operativos.

Es un componente que brinda oportunidades enormes para afrontar la informalidad, ya que permite precisamente reconocer formalmente las capacidades de las personas y transitar con mayor facilidad hacia un trabajo decente. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de los migrantes venezolanos que, a causa de una situación económica gravísima en su país, migraron amplia e irregular a territorios de todo el mundo, especialmente a Colombia. Esta situación de irregularidad los hizo especialmente vulnerables al trabajo informal, pues no contaban con la capacidad jurídica para poder entenderse como iguales ante la ley.

Ante esta situación, además de tomar medidas para la regularización de la situación migratoria de esta población, se emprendieron programas destinados también al reconocimiento de aprendizajes previos de esta población, logrando de esta manera resolver la inexistencia de un documento que diera fe del dominio que estas personas tienen en alguna competencia concreta, lo que les abre la puerta del mercado laboral formal.

Se trata de una herramienta que tiene un potencial enorme en términos para luchar contra la informalidad, y que también debe estar muy bien conectada con los demás

componentes de los sistemas de cualificaciones/competencias, para permitir la movilidad social de la población y, por supuesto, responder a los cambios del mercado laboral.

4.9. Derechos laborales en pandemia. Medidas para el trabajo típico y el atípico.

El brote del coronavirus COVID-19 que inició en el 2020 y no terminará pronto, significa un duro golpe en múltiples flancos, pero especialmente afecta la salud pública y representa un freno brutal a la economía que de manera inmediata afectó el mercado laboral a nivel mundial. Es un frenazo del cual demoraremos en recuperarnos.

Siendo que la presente tesis se centra en estudiar las formas atípicas de empleo en el derecho laboral actual, una disrupción como la que significó la pandemia en nuestra disciplina jurídica no puede quedar por fuera del estudio.

El principal reto del sistema educativo y del derecho social en la actualidad y por lo menos los próximos 10 años a causa de la pandemia, es recuperar los empleos perdidos durante la pandemia, recalificar a los trabajadores que perdieron los empleos que se destruyeron, y para los estudiantes, establecer mecanismos que faciliten su transición del mundo de la educación al mundo del trabajo, en el marco de las medidas de reconversión productiva y de impulso a la recuperación.

Los efectos en el trabajo de la crisis sanitaria son enormes y en todos los frentes. Hay efectos en la cantidad de trabajos, en su calidad, en su acceso, en la formación para el trabajo, en las pensiones, en la equidad de género, etcétera. Todos los aspectos que estábamos enfrentando antes, solo han empeorado durante la pandemia. Los principales indicadores del mercado laboral lo reflejan, alto desempleo, traslado repentino y global a la virtualidad, destrucción de empleos (especialmente de los informales, lo que ha puesto a estas personas al frente de soportar los peores efectos de la pandemia), etcétera.

Con el paso de los meses y con la obligación de adaptarnos, se avanza en los planes de vacunación, se pone en la mesa de la importancia de los límites a la inmediatez de la virtualidad con la garantía a la desconexión laboral, se replantea y evidencia la importancia de sistemas de protección al cesante robustos, de la lentitud con la que la economía está recuperándose y su estancamiento, entre otros temas.

Como impacto en el derecho laboral de esta pandemia encontramos varios y apenas estamos empezando a verlos en la magnitud que tienen, a continuación, una revisión de algunos de los temas que considero más relevantes desde el punto de vista laboral.

4.9.1. El teletrabajo

Un fenómeno de salud pública de las magnitudes del coronavirus nos afectó de manera abrumadora y evidentemente el área más afectada fue el trabajo en todas sus formas. El confinamiento obligatorio en todo el mundo implicó una completa eliminación de uno de

los componentes esenciales del trabajo, especialmente el trabajo típico, que es la presencialidad.

Pero incluso desde un tiempo previo a la emergencia, la Organización Internacional del Trabajo hacía un llamado para la adecuada regulación de la intromisión de las nuevas tecnologías en modalidades como el teletrabajo y la conciliación con la vida personal, que, debido a la inmediatez de las comunicaciones, se ve afectada por la intromisión constante del trabajo en la vida personal de los trabajadores. Dijo entonces la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo:

“En este sentido, el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT ofrece la siguiente recomendación (OIT, 2019a, p. 13):

*Ampliar la soberanía sobre el tiempo. **Los trabajadores necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo de trabajo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa.** Aprovechar la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la vida personal puede ayudarles a alcanzar este objetivo y encarar las presiones derivadas de la difuminación de la línea divisoria entre el tiempo de trabajo y el tiempo privado. **Será preciso perseverar en los esfuerzos encaminados a aplicar límites máximos al tiempo de trabajo, además de medidas para mejorar la productividad** (...).” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019) (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

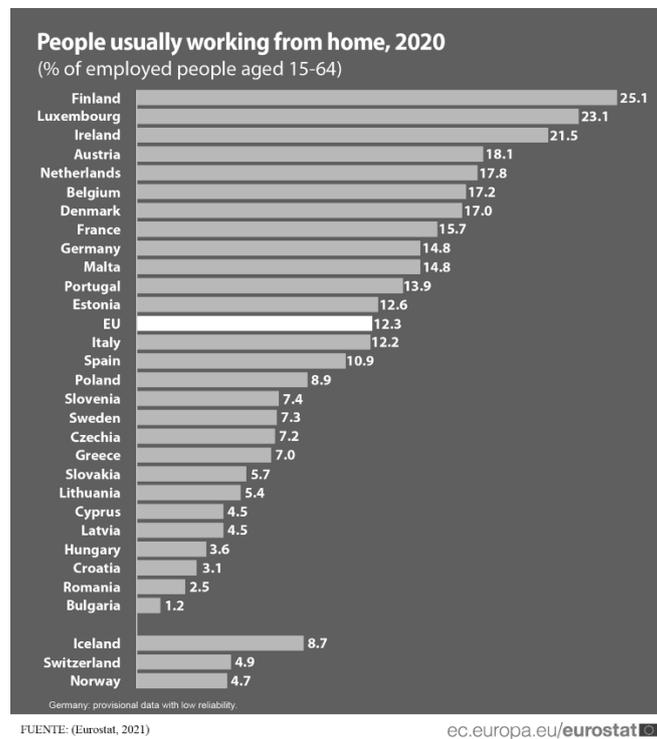
De esta manera, a pesar de que estas tecnologías existían tiempo atrás, fue con la pandemia del coronavirus que el trabajo presencial se volcó de manera mundial hacia los entornos virtuales.

Según Eurofound y la Organización Internacional del Trabajo, el teletrabajo se define como “el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones –como teléfonos inteligentes, tabletas, computadoras portátiles y de escritorio– para trabajar fuera de las instalaciones del empleador” (Organización Internacional del Trabajo, 2020). Esta definición demuestra lo limitado que es el mundo jurídico para abarcar las realidades sociales del trabajo.

En primera medida, una vez más se hizo evidente el sesgo normativo que ha gobernado al ejercicio de la actividad laboral. La definición de teletrabajo está delimitada al trabajo por cuenta ajena, esto es, típico. Por esta razón, cuando se observan las cifras del teletrabajo alrededor del mundo, se encuentran datos como los siguientes, que muestran la gran importancia del teletrabajo, pero subrayan lo poco que abarca del mercado laboral general.

En la Unión Europea, según cifras de Eurostat, en 2020 el 12.3% de las personas empleadas entre 15-64 años trabajaron desde casa, lo cual es un avance importante, si tiene en cuenta que este porcentaje había permanecido constante sobre el 5% durante la última década. Las cifras de Eurostat también indican que los trabajadores por cuenta

propia han reportado trabajar desde casa de manera constantemente alta, en comparación con los trabajadores por cuenta ajena (Eurostat, 2021). Esta es la gráfica presentada por Eurostat al respecto:



La gestión del trabajo por medios telemáticos está regulada en muchos países, casi que exclusivamente para el trabajo típico.

En casos como el colombiano, los gobiernos se vieron obligados a avanzar hacia la virtualización de la prestación personal del servicio con una enorme velocidad, incluso para el trabajo típico, ya que en este país el teletrabajo es una actividad con alta regulación y requisitos que, en un contexto como el propuesto por la pandemia, eran impracticables. La Ley 1221 de 2008 “por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones” define al teletrabajo como:

“Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.”

Para implementar los mandatos de esta Ley, el Decreto 884 de 2012 compilado en el Decreto 1072 de 2015, contempla como requisitos para implementarlo:

- (1) Que sea escrito. Esto en la pandemia y sin una firma digital debidamente registrada, representó un problema.
- (2) Dentro de las condiciones que este contrato u otro sí debería incluir, la norma señala las de: (i) Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de

ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio. (ii) Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal. (iii) Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de la entrega por parte del teletrabajador al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo. (iv) Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador. estos requisitos, una vez más, en una pandemia que implicó el cierre completo de las actividades presenciales, resultó ser impracticable.

- (3) Las aseguradoras que se encargan de responder ante enfermedades o accidentes laborales realizan visitas de verificación en el hogar del teletrabajador para verificar si las mismas son aptas para el desarrollo de la actividad laboral a realizar y brindar una autorización para el desarrollo de esta modalidad de prestación personal del servicio. Visita que durante la pandemia era imposible, no solo por no ser posible hacerlas debido a las medidas de confinamiento, sino porque todo el trabajo formal que podría ser virtualizado lo hizo, así que las aseguradoras no podrían responder al volumen de visitas a realizar.

En todo caso, la pandemia permitió que se flexibilizara y agilizara el procedimiento del teletrabajo cuando las medidas de confinamiento fueron relajadas.

Pero ante la situación presurosa planteada por la pandemia, en Colombia apareció la modalidad de “trabajo en casa” con la Ley 2088 de 2021, definida de la siguiente manera:

“(…) ARTÍCULO 2. Definición de Trabajo en Casa. Se entiende como trabajo en casa la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante tecnologías de la información y las comunicaciones, medios informáticos o análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo o labor que no requiera la presencia física del trabajador o funcionario en las instalaciones de la empresa o entidad.”

Así las cosas, las relaciones de trabajo formal que permitieron su ejecución mediante la virtualidad, migraron a esta durante el confinamiento conforme a estas nuevas normas.

Para que el trabajo típico realizara esta transición implicó contar conexión a internet, programas de videoconferencia, conciliación de la vida laboral y la vida familiar dentro del espacio de los hogares, extensión en las jornadas laborales, entre otros asuntos. De esto se encargaron las legislaciones de cada país, en tiempo récord, además, precisamente

por la inexistencia de una regulación estandarizada que permitiera responder a estas nuevas circunstancias, aunque nuevamente las circunstancias demostraron la desigualdad marcada en contextos como el latinoamericano. La transición de hacia la virtualidad resaltó las barreras de acceso al internet de calidad, especialmente en los sectores rurales, la inexistencia de dispositivos con acceso a internet que permitieran asumir el cambio, las brechas de competencias digitales, entre otros.

Otro de los cambios notorios que avanzaron a la fuerza, debido al impacto global de la pandemia, se encuentra la protección a los accidentes o enfermedades laborales causados en circunstancias de teletrabajo. Teniendo en cuenta la marcada asociación que existe en la protección de riesgos laborales la presencialidad del trabajador en las instalaciones del empleador, se empezó a plantear la irrelevancia que en algunos casos tiene el desarrollo presencial de actividades, sino que se traslada el análisis a la actividad laboral misma que se adelanta. Esto implica un reconocimiento más marcado a la actividad del trabajo y no a los elementos utilizados para ello, atendiendo también a la evidencia de los cambios tecnológicos y a la rigidez que se realiza al momento de implementar una norma.

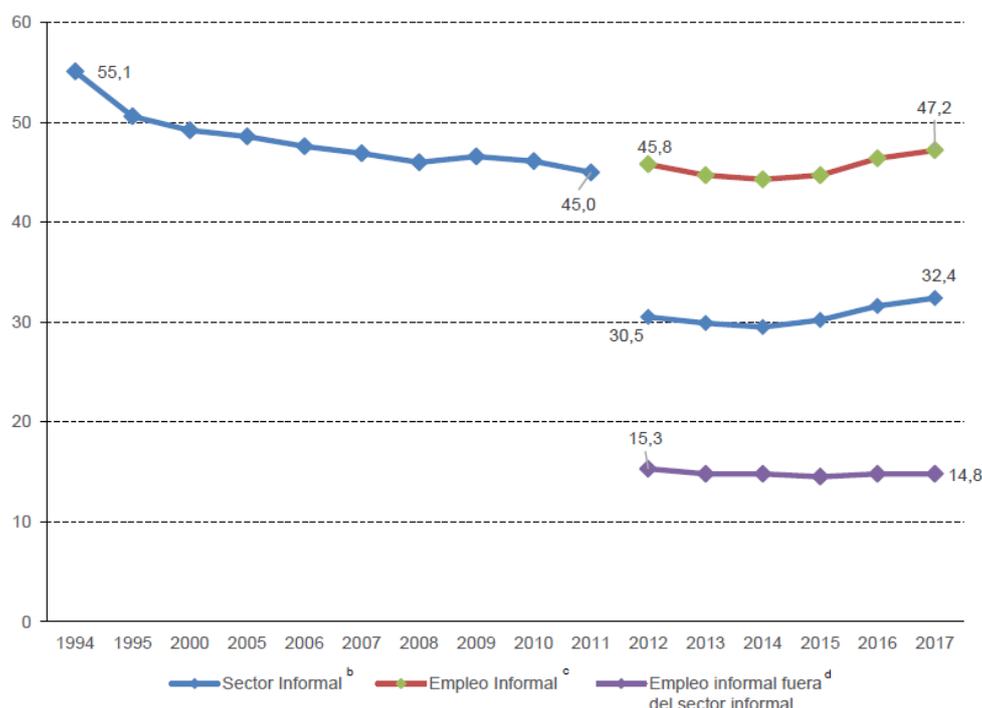
Por lo descrito, tras muchas situaciones difíciles, al menos la pandemia nos hizo avanzar de manera inusitadamente rápida para adaptarnos a sus abrumadoras circunstancias, las cuales aún están ocurriendo; la aparición de nuevas variantes del virus, las falencias en los procesos de vacunación y la relajación en las medidas de protección nos llevan a seguir considerando que esta es nuestra nueva normalidad y pasarán varios años para que podamos regresar a la acostumbrada presencialidad.

En una región como América Latina y el Caribe, esta situación fue notoria. Conforme a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la informalidad puede delinearse de la siguiente manera:

“En definitiva, el concepto de “empleo informal” está conformado por: el empleo informal en el sector informal, empleo informal en el sector formal y empleo informal en el sector de los hogares. Asimismo, estaría compuesto por diversas categorías de trabajadores: i) por cuenta propia y empleadores que trabajan en sus propias empresas del sector informal; ii) familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en las empresas del sector formal o informal; iii) asalariados con empleos informales, ya sea que estén contratados por las empresas del sector formal, por empresas del sector informal o por hogares que les emplean como trabajadores domésticos remunerados; iv) miembros de cooperativas de productores del sector informal y, v) por cuenta propia dedicados a la producción de bienes exclusivamente para el uso final propio de su hogar (Salazar – Xirinachs y Chacaltana, 2018).” (Velásquez Pinto, 2021)

De esta manera, la participación de la informalidad en el mercado laboral de América Latina y el Caribe es enorme. Así lo muestra la misma Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en el siguiente gráfico:

Empleo informal en América Latina y el Caribe: 1994 – 2017^a
(En porcentajes del empleo no agrícola)



Fuente: Elaboración propia sobre la base de OIT, 2018a.

^a Estas estimaciones presentan diferencias con las que se presentan en el Cuadro 1, ya que el número de países considerados es diferente.

^b Sector informal: la metodología aplicada para el período 1994-2011 se basa en la categoría ocupacional y el tamaño del establecimiento e incluye el servicio doméstico. La unidad de observación es las personas ocupadas. Para 2012-2017, la metodología se basa en las características de la unidad de producción donde labora la persona ocupada.

^c Empleo informal: suma de los ocupados en el sector informal y el empleo informal fuera del sector informal.

^d Empleo informal fuera del sector informal: la metodología se basa en las características del puesto de trabajo.

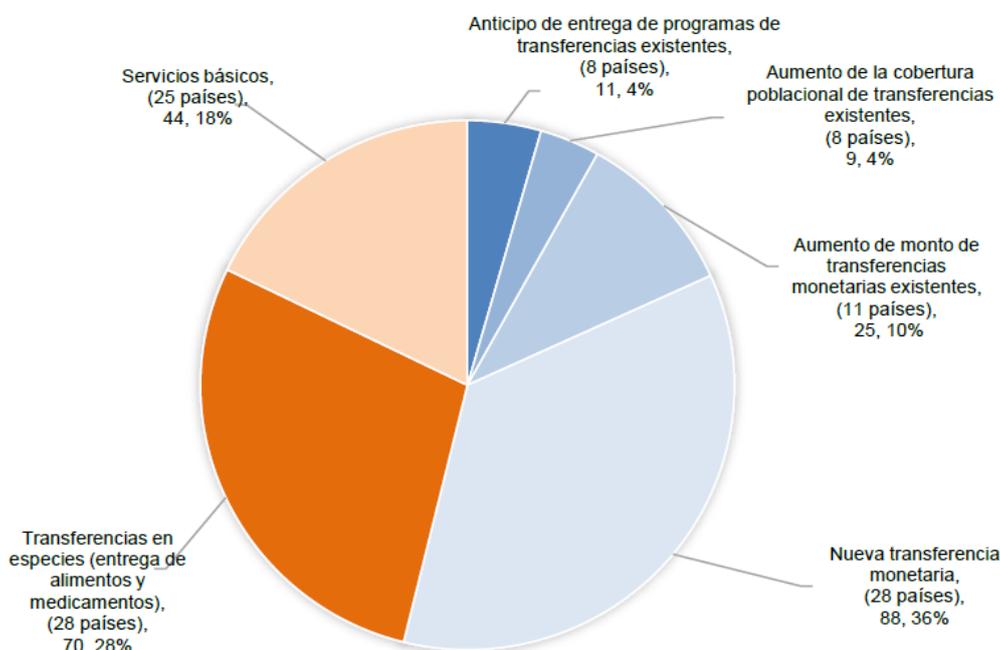
FUENTE: (Velásquez Pinto, 2021, pág. 13)

Como he señalado antes, el impacto de la pandemia en el mercado laboral afecta a los más vulnerables de manera más rápida y dura. La Comisión también señala que de “análisis realizados sobre la base de información de 11 países de América Latina para el segundo trimestre de 2020 en comparación con igual período de 2019, muestran una marcada destrucción del empleo que afectó más severamente a los trabajadores por cuenta propia que a los asalariados (CEPAL/OIT, 2020a). Asimismo, datos para cinco países de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Perú) muestran que la pérdida de empleo fue en general mayor para personas con menor nivel educativo formal.” (Velásquez Pinto, 2021, pág. 16)

Evidentemente, en los mercados laborales con alta informalidad, la desigualdad se sintió con una fuerza brutal. Y es que los trabajadores informales sufrieron de manera más directa y despiadada esta situación, ya que su actividad laboral requería necesariamente la presencialidad, quedando sin la posibilidad de transformar su labor al ámbito virtual y estando en completa indefensión, dependientes de las medidas adoptadas por los gobiernos de cada país. La reacción de los gobiernos en la región ante esta situación es la siguiente:

América Latina y el Caribe (32 países)^a: medidas de protección social para la población en situación de pobreza y vulnerabilidad anunciadas. 13 de marzo al 31 de agosto de 2020.

(En número de medidas y distribución porcentual)

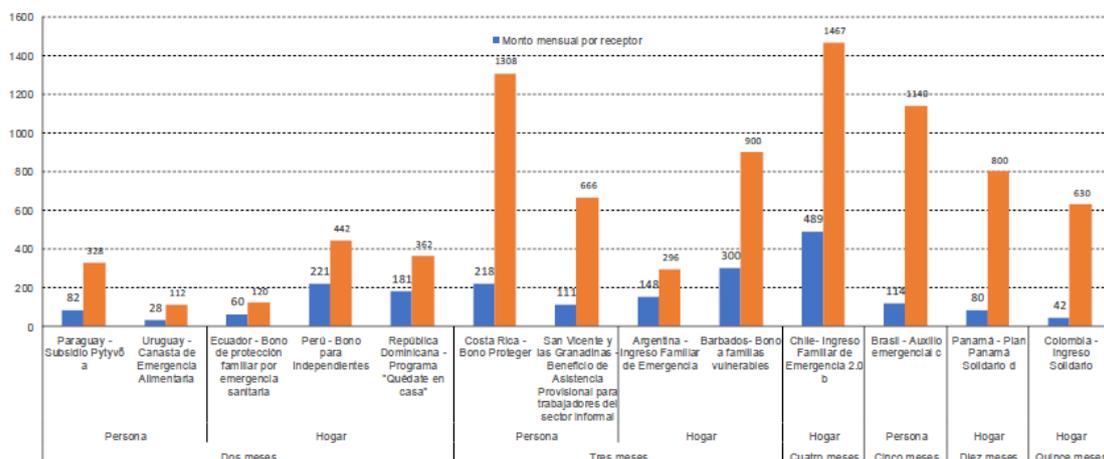


Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la base de información oficial de los países. Observatorio COVID-19 en América Latina y el Caribe [en línea] <https://www.cepal.org/es/temas/covid-19> y Portal sobre Desarrollo Social y COVID-19 en América Latina y el Caribe del Observatorio de Desarrollo Social de la CEPAL [en línea] <https://dds.cepal.org/observatorio/socialcovid19/listamedidas.php>.

^a Los países considerados son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y Las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tabago, Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de).

FUENTE: (Velásquez Pinto, 2021, pág. 22)

Gráfico 3
América Latina y el Caribe (13 países): monto de las transferencias monetarias dirigidas a trabajadores informales, según tipo de receptor (persona o familia) y duración, al 22 de agosto de 2020 ^c
 (En dólares)



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la base de información oficial de los países. Observatorio COVID-19 en América Latina y el Caribe [en línea] <https://www.cepal.org/es/temas/covid-19> y Portal sobre Desarrollo Social y COVID-19 en América Latina y el Caribe del Observatorio de Desarrollo Social de la CEPAL [en línea] <https://dds.cepal.org/observatorio/socialcovid19/listamedidas.php>.

^a Posteriormente, se puso en marcha el Subsidio Pytyvõ 2.0, el que prioriza la atención a trabajadores informales de la frontera y, dependiendo de los recursos, podría durar hasta cuatro meses.

^b Se toma el monto promedio de los tres pagos realizados por el IFE 2.0 (238 dólares) y el único pago realizado por el IFE 1.0 (189 dólares), dado que el monto varía según la composición del hogar y la fuente de ingresos (formales o informales).

^c Se extendió en cuatro cuotas más (septiembre a diciembre, para un total de 9 meses), cuyo monto se reduce a la mitad, es decir, BRL\$300 (57 dólares) por persona y BRL\$600 (114 dólares) para las madres en familias monoparentales.

^d De marzo a junio el valor del bono fue de 80 dólares. A partir del 1 de julio el valor del bono se incrementó a 100 dólares.

Nota: En el caso de medidas para las que el tipo de receptor es la persona (o "cargas familiares", personas dependientes como niños, niñas y adolescentes), se asume la recepción de dos montos por familia para hacer el cálculo del monto total por familia. Para el gráfico, se consideraron aquellas medidas para las que se cuenta con información oficial, que contemplaron dos o más pagos.

Para la estimación en dólares se utilizó la tasa de cambio mensual promedio de marzo a julio de 2020 publicada por el Fondo Monetario Internacional. Véase [en línea] <https://data.imf.org/regular.aspx?key=61545862> (consultada el 25 de agosto 2020)

FUENTE: (Velásquez Pinto, 2021, pág. 35)

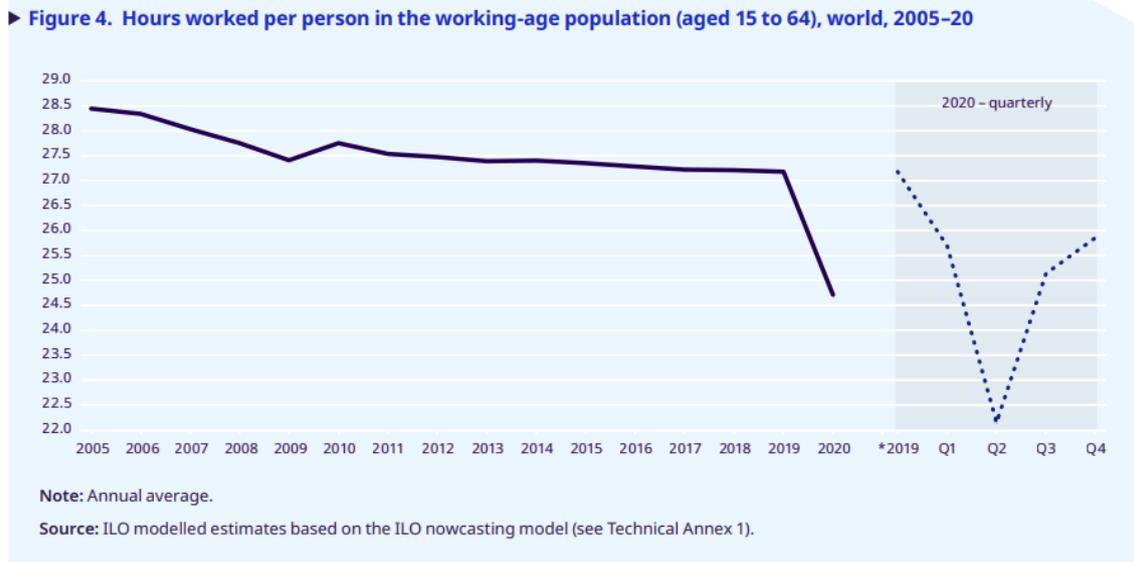
Como pasa a exponerse en el capítulo siguiente, las medidas de protección a la población cesante tienen sus propios bemoles.

4.9.2. Sistemas de protección al cesante

El trabajo formal no significó mayor protección durante el golpe económico de la pandemia. En el caso colombiano, la principal medida adoptada por empresarios para afrontar una situación sin precedentes fue la suspensión de los contratos de trabajo. Otro grupo optó por enviar a sus trabajadores a vacaciones. Cuando ninguna de esas medidas fue sostenible en el tiempo por la extensión de los confinamientos estrictos, llegaron los despidos colectivos.

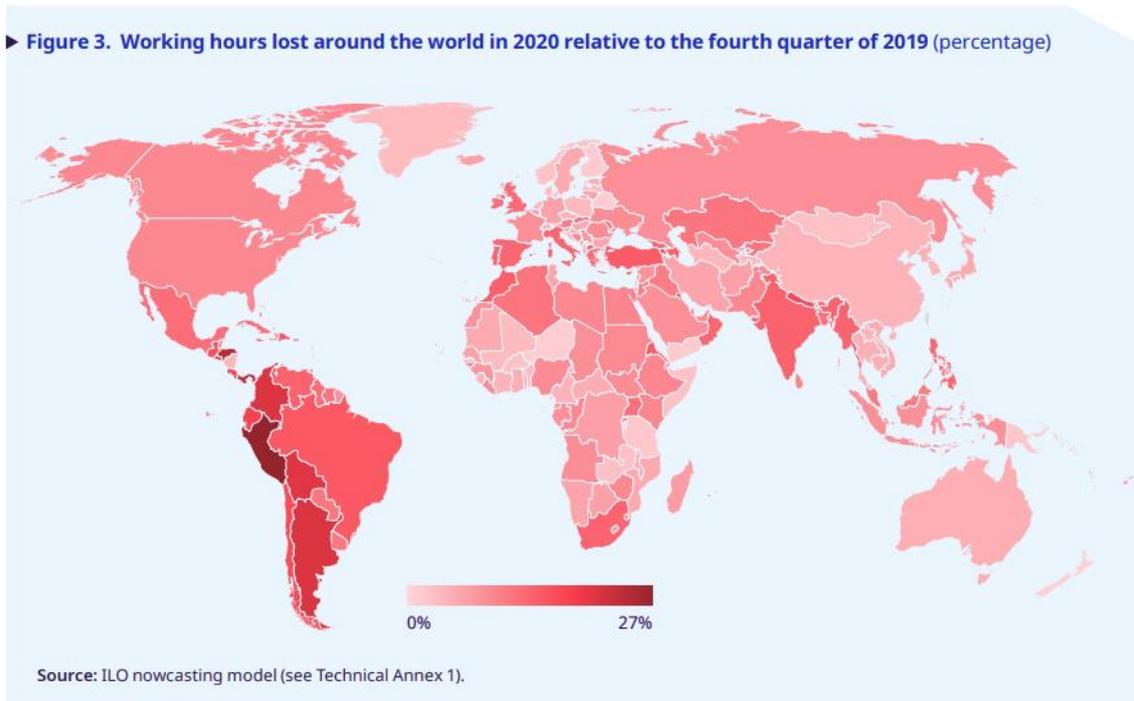
Alrededor del mundo el fenómeno es el mismo y, como el orden de los factores no altera el producto, la tasa de desempleo mundial presenta un durísimo golpe que, en muchas economías, representa un retroceso en términos de décadas.

Según cifras presentadas por la Organización Internacional del Trabajo, en la séptima edición de “COVID-19 y el mundo del trabajo”, el número de horas trabajadas por una persona en edad de trabajar entre 2005 y 2020 tuvo una caída dramática:



FUENTE: (International Labour Organization, 2021)

La siguiente imagen, también de la Organización Internacional del Trabajo, representa la distribución en la pérdida de horas de trabajo a nivel global, evidenciando una gran afectación en América Latina y el Caribe:



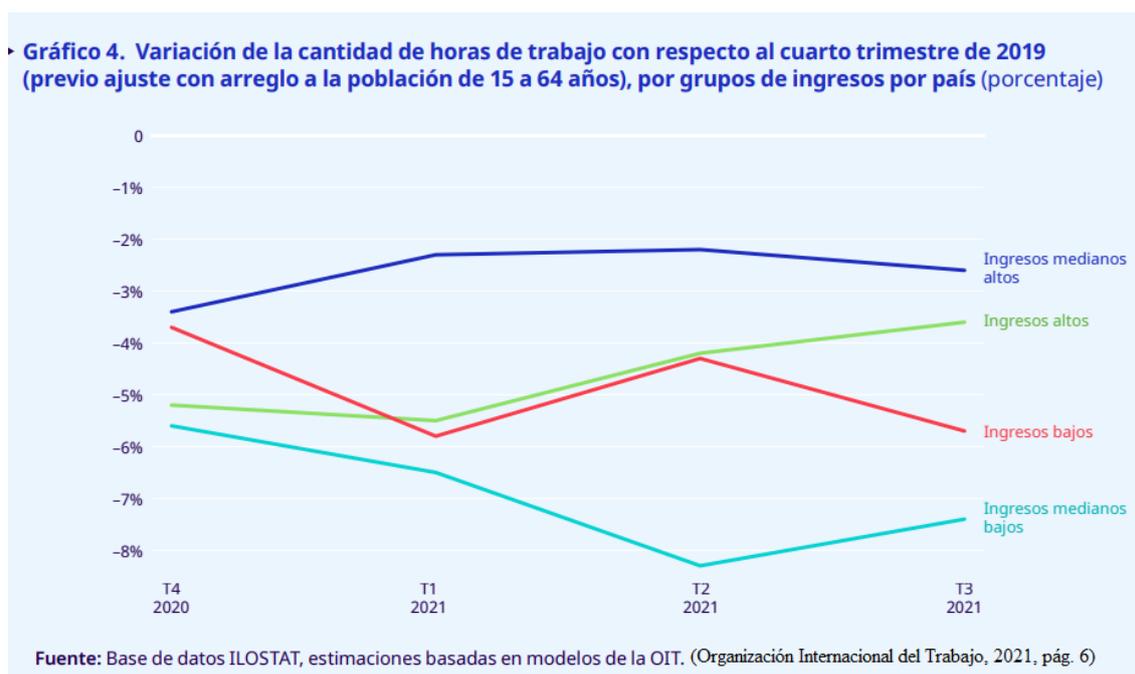
FUENTE: (International Labour Organization, 2021)

Con una estimación de una jornada de trabajo de 48 horas a la semana, se encuentra que para 2020, 8,8% de las horas de trabajo a nivel mundial se perdieron, lo que representa la desaparición de 255 millones de empleos, siendo un fenómeno que se sintió con mayor

fuerza en América Latina y el Caribe, el sur de Europa y el sur de Asia. (International Labour Organization, 2021)

Ya en el tercer trimestre de 2021, la Organización Internacional del Trabajo calcula que la pérdida de horas de trabajo se tradujo en 137 millones de empleos a tiempo completo (Organización Internacional del Trabajo, 2021). Esto significa que la pérdida de horas de trabajo es cuatro veces peor que la sufrida en 2009 (International Labour Organization, 2021).

Dicha situación afecta especialmente a las naciones de ingresos bajos, así:



Esto implica también un efecto en los salarios, ya que menos horas de trabajo implican la reducción de la remuneración percibida por los trabajadores. Significa ello que, además de la destrucción masiva de empleos, la reducción de las horas de trabajo deriva en una menor capacidad de consumo, afectando aún más uno de los factores determinantes para calidad de vida y recuperación económica.

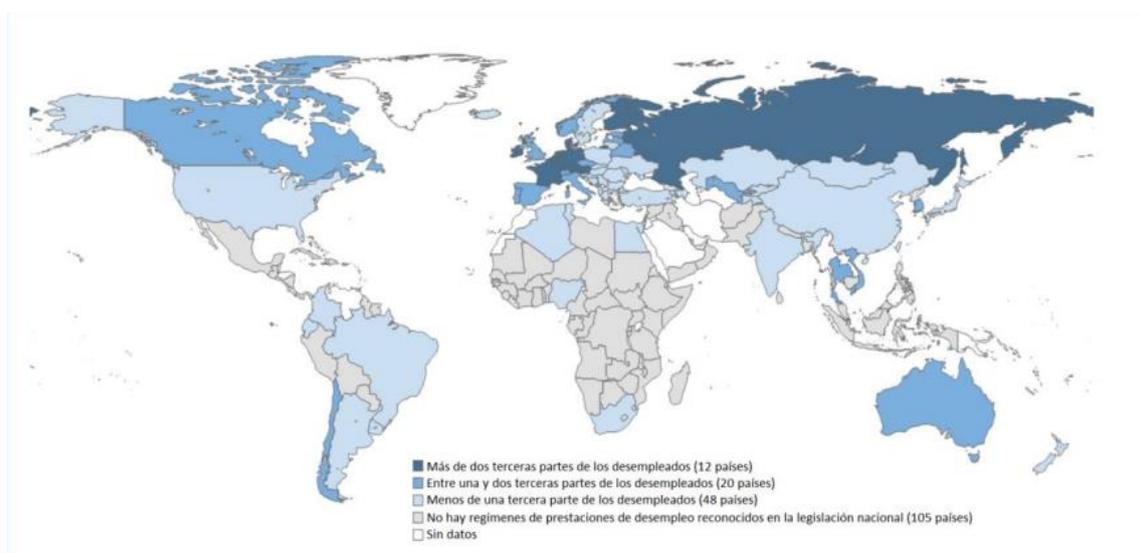
La esperanza real de reactivación se centra en la vacunación, que está siendo muy dispareja y nuevamente la desigualdad se hace presente, con procesos lentos y deficientes de vacunación en las naciones más pobres, mientras que las naciones más desarrolladas avanzan un poco mejor en este proceso de vacunación. Así las cosas, el 2021 sigue siendo un año de crisis y la recuperación no será pronta.

Se trata de una realidad dramática, que ha implicado una oleada de análisis jurídico laboral en varios aspectos, de los cuales analizaré dos: las medidas adoptadas en las relaciones laborales individuales a inmediato plazo y las medidas de política pública adoptadas en varios países para afrontar la crisis.

4.9.2.1. Mecanismos de protección al desempleo

La estructura de los mecanismos de protección al cesante confluye en un conjunto de elementos de políticas activas y pasivas de empleo destinados a amparar a los trabajadores en los períodos de desempleo que enfrenten. El alcance de estos depende mayoritariamente de los atributos del mercado laboral donde son establecidos.

Según datos de la Organización Internacional del Trabajo, el panorama mundial de los mecanismos de protección al desempleo que brindan prestación monetaria por desempleo es el siguiente:



FUENTE: (Organización Internacional del Trabajo, 2020)

Los sistemas de empleo en el mundo típicamente se encuentran estructurados para guiar a las personas hacia un tipo de empleo en concreto, que denominaré empleo nuclear, que es el trabajo formal y subordinado, ya que sobre este que se encuentra dispuesta toda la estructura de protección social y bienestar. Precisamente esto hace que las demás formas de trabajo no típicas se encuentren en peligro de caer en salarios precarios, inestabilidad laboral, desempleo, pobreza, enfermedad, entre otros riesgos.

En todo caso, el sistema de empleo busca cumplir con un propósito final, es que el trabajador encuentre un trabajo formal por cuenta ajena con las garantías derivadas del trabajo subordinado.

Pero ante la grave situación provocada por la pandemia, se vio con gran crueldad como dicha estructura está fallando, ya que además de amparar a una porción disminuida de los trabajadores activos, tampoco a los trabajadores formales les garantizó protección durante los cierres estrictos ordenados por la pandemia.

En un análisis de la Organización Internacional del Trabajo, se encontró que existe una limitada cobertura de las prestaciones de desempleo la cual dificulta que se dé una respuesta eficaz a la COVID-19, señalando que “A nivel mundial, solo el 38,6 por ciento de la fuerza de trabajo está protegida por la ley y únicamente el 21,8 por ciento de los

trabajadores desempleados reciben realmente prestaciones de desempleo. La cobertura efectiva es particularmente limitada en las regiones de Asia y el Pacífico (22,5 por ciento), las Américas (16,7 por ciento) y África (5,6 por ciento) (OIT 2017). Sin embargo, los países de ingresos medianos que han establecido recientemente planes de protección contra el desempleo o los han ampliado (como Cabo Verde, Filipinas, Sudáfrica y Viet Nam), han estado en mejores condiciones de hacer frente a la crisis de la COVID-19.

Los déficits de cobertura también están relacionados con el hecho de que la mayoría de los regímenes de protección contra el desempleo se centren en los trabajadores asalariados, excluyendo en gran medida a los trabajadores por cuenta propia. Por ejemplo, de los 83 países que cuentan con regímenes de seguro de desempleo obligatorio, solo 11 incluyen a los trabajadores por cuenta propia con carácter obligatorio, y 9 países los incluyen de modo voluntario. En los países en los que la economía informal tiene un peso importante, en particular, los programas de empleo público y los programas de asistencia social financiados con cargo al presupuesto del Estado desempeñan un papel fundamental (Peyron, Bista y Carter 2017).” (Organización Internacional del Trabajo, 2020)

En el caso de Colombia, el mercado laboral sobre el cual se disponen las medidas de protección al desempleo es bastante complejo. Se encuentra marcado por una creciente variedad de mecanismos de vinculación laboral para la prestación personal de servicios, donde cada vez se reduce la participación del contrato del trabajo subordinado, que para 2018 representa apenas el 38% de la población trabajadora, conforme a datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, cifra que bajó aún más a causa de la pandemia, destruyendo miles de empleos y enviando a la informalidad a otros tantos.

A esto se suma un alto desempleo y una alta informalidad de largo plazo, lo cual deviene también en una alta inestabilidad laboral y de brechas regionales con marcadas desigualdades históricas.

Con tal panorama, en Colombia ha sido dispuestas “medidas coyunturales en materia laboral para disminuir la afectación que tendrá el nuevo Coronavirus COVID-19 en los trabajadores y en los empleadores” (Decreto Legislativo 488, 2020), de la siguiente manera:

- (i) Retiro de cesantías: Dice el artículo 3° del Decreto 488 de marzo de 2020, que *“hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, **podrá retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Esta disposición aplica únicamente para retiros de los fondos administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado.**”* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Teniendo en cuenta que para acceder a esta excepción se requiere estar afiliado a un Fondo de Pensiones y Cesantías de carácter privado, la población que

podría acceder a esta corresponde a un promedio de 8 millones 800 mil personas, según cifras de Asofondos (Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, 2021). Esto deja por fuera a las personas afiliadas al Fondo Público de Cesantías, es decir, a los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

- (ii) Transferencia económica para gastos: Dice el artículo 6° del Decreto 488 de 2020: *“Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y hasta donde permita la disponibilidad de recursos, los trabajadores dependientes o independientes cotizantes categoría A y B, cesantes, que hayan realizado aportes a una Caja de Compensación Familiar durante un (1) año, continuo o discontinuo, en el transcurso de los últimos cinco (5) años, recibirán, además de los beneficios contemplados en el artículo 11 de la Ley 1636 de 2013, una transferencia económica para cubrir los gastos, de acuerdo con las necesidades y prioridades de consumo de cada beneficiario, por un valor de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, divididos en tres (3) mensualidades iguales que se pagarán mientras dure la emergencia y, en todo caso, máximo por tres meses.”*

Nuevamente se trata de un beneficio limitado a los trabajadores dependientes e independientes, estos últimos en tanto voluntariamente hubiesen cotizado al mecanismo de protección al cesante antes de la pandemia, que tendrá duración de 3 meses por valor de 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento del otorgamiento del beneficio.

Posteriormente, en el mes de junio de 2020, mediante el Decreto 770, se adoptaron otro conjunto de medidas laborales para afrontar los efectos de la pandemia. En esta oportunidad, la decisión principal en términos de prestaciones económicas fue:

- (i) Subsidio a empresas para el pago del primero pago de la prima de servicios 2020: que corresponde al número de empleados que cumplan con los requisitos de la norma multiplicado por doscientos veinte mil pesos colombianos (\$220.000).

Ahora bien, de manera general, existen dos grupos de políticas públicas con las cuales se busca luchar contra los efectos nocivos del desempleo, que paso a analizar.

4.9.2.1.1. Las políticas activas de empleo

Su nombre se deriva del efecto que buscan brindar estas políticas, que es precisamente activar al ciudadano para ayudarlo en la búsqueda de empleo. Dentro de este grupo se encuentran los programas de subsidio al empleo formal, la capacitación para la inserción y reinserción laboral, las plataformas para intermediación laboral como los buscadores de empleo.

En las políticas activas de empleo de Colombia, están las siguientes:

SERVICIO	ACCESO	COMENTARIO
Intermediación laboral	Universal*	Este servicio se presta de manera general a toda la población, pero tiene una limitación y es que los empleos que son publicados a través de las agencias de gestión y colocación generalmente son de baja cualificación, así que no capta todo el espectro de las vacantes en el mercado laboral.
Capacitación para la inserción y reinserción laboral	Trabajadores que cotizan al Mecanismo de Protección al Cesante	A este solamente acceden los trabajadores que cotizan al mecanismo de protección al cesante, pero la efectividad que esta formación corta tiene en la empleabilidad de los trabajadores es muy baja.
FUENTE: Elaboración propia		

4.9.2.1.2. Las políticas pasivas de empleo

En este grupo se encuentran aquellas políticas que pretenden proteger al trabajador cuando ha ocurrido la contingencia del desempleo. Se busca con ellas mantener la capacidad adquisitiva del ciudadano y facilitar el proceso de transición hacia el encuentro de una nueva oportunidad de empleo.

En las políticas pasivas de empleo de Colombia, están las siguientes:

SERVICIO	ACCESO	OBSERVACIÓN
Prestaciones económicas del mecanismo de protección al cesante	Solo a trabajadores dependientes y excepcionalmente a independientes	Son beneficios monetarios que se brindan a un espectro muy limitado del mercado laboral colombiano, ya que solo cobijan a los trabajadores con vínculos laborales típicos subordinados y a los trabajadores por cuenta propia que voluntariamente han hecho pagos para ahorro en este asunto.
Cesantías	Solo a trabajadores dependientes	Existe una importante debilidad en este mecanismo, ya que existen causales distintas a la contingencia del desempleo que permiten el retiro de esta prestación económica, ya que la

SERVICIO	ACCESO	OBSERVACIÓN
		<p>normatividad vigente⁴ dispone que el trabajador afiliado a un fondo de cesantías también podrá retirar las sumas abonadas por concepto de cesantías para destinarlas a (i) pago de educación superior de sus hijos o dependientes, (ii) para el pago de matrículas en instituciones y programas técnicos conducentes a certificados de aptitud ocupacional, (iii) adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda.</p> <p>Esto ha generado que gran parte de la población disponga de las cesantías para otro tipo de gastos y no las conserve para situaciones de desempleo.</p>
<p>Indemnización por terminación del contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa del empleador</p>	<p>Solo a trabajadores dependientes</p>	<p>En estricto sentido jurídico, lo que busca hacer la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa es evitar que el empleador termine el vínculo laboral y no está precisamente diseñado para proteger al trabajador en el momento de quedar cesante. El monto depende de la modalidad de contrato y vigencia del vínculo al momento de la terminación. Sumado a ello, en caso de quiebra de la empresa, el pago de esta indemnización hace parte de los créditos que se deben satisfacer, por lo tanto, hace parte del concurso de acreedores que buscarán una satisfacción de la obligación junto a los demás.</p>
<p>FUENTE: Elaboración propia</p>		

Las prestaciones económicas concurrentes que otorga el Mecanismo, conforme a la Ley 1636 de 2013, son:

⁴ Artículo 102 de la Ley 50 de 1990, artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1° de la Ley 1809 de 2016 y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006.

- (i) Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, calculado sobre un (1) salario mínimo legal mensual vigente. El cesante que así lo considere podrá, con cargo a sus propios recursos cotizar al Sistema de Pensiones por encima de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.
- (ii) Acceso a la cuota monetaria del subsidio familiar en las condiciones establecidas en la legislación vigente aplicable al Sistema de Subsidio Familiar.
- (iii) Bonos de alimentación: son, conforme artículo 2.2.6.1.3.18.al Decreto 1072 de 2015, una prestación económica destinada a cubrir gastos alimenticios de acuerdo con las prioridades de consumo de cada beneficiario durante un período de cesantía determinado, respetando su libre elección y sus derechos como consumidor. Su valor corresponde a uno y medio salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.5 SMMLV), dividido en seis (6) mensualidades iguales durante un periodo de cobertura máximo de seis (6) meses.

Pero para que se acceda a estas prestaciones, además de ser trabajador formal dependiente o independiente que cotiza voluntariamente al mecanismo, se debe:

“Artículo 13. Requisitos para acceder a los beneficios. Podrán acceder a los Beneficios del Mecanismo de Protección al Cesante, los desempleados que cumplan las siguientes condiciones:

1. Que su situación laboral haya terminado por cualquier causa o, en el caso de ser independiente su contrato haya cumplido con el plazo de duración pactado y no cuente con ningún otro, o no cuente con ninguna fuente de ingresos.

2. Que hayan realizado aportes un año continuo o discontinuo a una Caja de Compensación Familiar durante los últimos tres (3) años para dependientes y dos años continuos o discontinuos en los últimos tres (3) años para independientes⁵.

3. Inscribirse en cualquiera de los servicios de empleo autorizados, pertenecientes a la Red de Servicios de Empleo y desarrollar la ruta hacia la búsqueda de empleo.

4. Estar inscrito en programas de capacitación en los términos dispuestos por la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

5. Adicionalmente, si ha realizado un ahorro al mecanismo de protección al cesante por un mínimo del 10% del promedio del salario mensual durante el último año para todos los trabajadores que devengan hasta dos (2) smmlv, y mínimo del 25% del promedio del salario mensual durante el último año, si el trabajador devenga más de 2 smmlv podrá acceder al beneficio monetario de que trata el artículo 12 de la presente ley.

⁵ Numeral declarado exequible mediante Sentencia C-571/17

Parágrafo 1°. No podrán recibir beneficios con cargo al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante los trabajadores cesantes que, habiendo terminado una relación laboral, mantengan otra(s) vigente(s) o haya(n) percibido beneficios del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, durante seis (6) meses continuos o discontinuos en los últimos tres años.

Parágrafo 2°. Quienes no cumplan con la totalidad de los requisitos, pero se encuentren afiliados al Mecanismo de Protección al Cesante siempre podrán acceder a la información de vacantes laborales suministrada por el servicio público de empleo.”

De esta manera, el acceso a las prestaciones económicas del Mecanismo de Protección al Cesante, además de estar destinado a la población que representa menos del 40% de la población económicamente activa, exige requisitos como la fidelidad en la cotización, en un país con alta inestabilidad laboral e informalidad. Es un mecanismo que debería ser general, hecho para la excepción de la mayoría.

Es un problema estructural que se evidencia una y otra vez en diversos aspectos, como la protección social. Si revisamos en el caso colombiano, encontraremos que tanto las políticas activas de empleo como las pasivas, se encuentran restringidas para las formas de trabajo típicas, y el coronavirus demostró con gran crueldad dicha situación.

Recientemente, el Mecanismo de Protección al Cesante de Colombia fue objeto de un pronunciamiento jurisprudencial que ahondó su característica de centralismo típico, es decir, que hizo énfasis en que dentro de este no podrían estructurarse mecanismos “*en beneficio de grupos sociales y económicos distintos del sector “empleador-trabajador”, que es el que hace los aportes con los que se integra el referido fondo*” (Sentencia C-473/19, 2019)

Esto ocurrió apenas unos meses antes del inicio de las cuarentenas estrictas en el país. La sentencia emitida el 9 de octubre de 2019, se centra en la naturaleza jurídica de los recursos que constituyen el Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC), sobre el cual se estructuran las herramientas del Mecanismo de Protección al Cesante, para señalar que:

“Dado que las normas impugnadas versan sobre contribuciones parafiscales, y dado que los recursos extraídos de este tributo debían ser reinvertidos en el mismo sector gravado, se configuraría una transgresión del imperativo de destinación sectorial de las contribuciones parafiscales, por haberse establecido un gravamen a un sector determinado de la población, para financiar planes y programas en beneficio de todo el conglomerado social o de otros grupos poblacionales en los que no recae la carga impositiva.” (Sentencia C-473/19, 2019)

Este “imperativo de destinación sectorial” es un defecto de origen en la estructuración del mecanismo de protección al cesante, ya que implica decir que apenas el 40% de la población del país y dentro de ello a los que cotizan al menos 1 año completo. Así las cosas, cubre a una fracción de los trabajadores por cuenta ajena subordinados, y así solo estos tienen acceso a las políticas activas y pasivas de empleo; también significa que el mecanismo depende exclusivamente de los aportes que realiza ese mismo sector del mercado laboral y de manera regionalizada, que es un sector minoritario de la fuerza laboral del país, como ya he anotado.

Sumado a ello, el mecanismo de protección al cesante funciona a través de las Cajas de Compensación Familiar, que tienen una capacidad y competencia territorial que hace imposible que respondan a la característica solidaria al momento de responder por una contingencia de orden nacional.

De tal manera que la disminución en la población trabajadora formal subordinada que financia el mecanismo implica el colapso inevitable de este.

En Colombia, los trabajadores por cuenta propia realizan los aportes al Mecanismo de Protección al Cesante de sus propios recursos y de manera voluntaria, así lo contempla la Ley 1636 de 2013: *“Artículo 9° Aporte de trabajadores independientes. Para los trabajadores independientes, la afiliación al Mecanismo de Protección al Cesante es voluntaria, el ahorro de las cesantías será igualmente voluntario y se consignará anualmente en su cuenta de cesantías.”*

Esto se evidenció claramente en la pandemia, ya que el mecanismo no soportó la oleada de solicitudes de acceso a las prestaciones económicas del mecanismo, pues se encontraba desfinanciado al existir una abrupta disminución en las cotizaciones, fuente esencial de su financiamiento.

Ante el mal funcionamiento del mecanismo enfocado en los trabajadores, se fortaleció la oferta de beneficios económicos enfocados en las empresas para que estas mantengan los empleos existentes, creen nuevos empleos o recuperen los perdidos, ya que la protección al paro es inexistente o insuficiente, dejando a las personas indefensas y dependiendo de los ahorros que, en muchas ocasiones, no existen.

Así las cosas, el mecanismo de protección al cesante enfrenta una urgente necesidad de reforma, asunto que hace parte de las recomendaciones de la Misión de Empleo, que es un espacio fomentado por el gobierno en julio de 2020 para analizar las reformas que necesita el sistema laboral colombiano para atender una economía con alto desempleo, informalidad e inestabilidad.

Se trata de un problema estructural. El mecanismo de protección al cesante reclama tener una cobertura universal que hoy por hoy definitivamente no existe. Además, necesita ser más amplio en la cuantía y prestaciones que brinda.

4.9.3. Impacto en el trabajo típico

4.9.3.1. *La terminación de contratos individuales de trabajo*

El coronavirus supuso un impacto sobrecogedor del mundo laboral. Cambió de manera intempestiva las condiciones de empleo de millones de personas y en una gran proporción, implicó la terminación de relaciones laborales de todo tipo, típicas y atípicas.

Sobre la procedencia de la terminación de las relaciones laborales se dio un comportamiento diverso en los tribunales judiciales alrededor del mundo.

Dentro de la normativa española, destaca el artículo 2º del Real Decreto 9/2020 de 27 de marzo, que entró en vigor el 28 de marzo de 2020, y consagra:

*“Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo. La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, **no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.**” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

Este Decreto Ley se justificó en la materialización normativa de:

*“los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia, tal y como exige la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A estos efectos, pone de manifiesto el cumplimiento de los principios de necesidad y eficacia dado el interés general en el que se fundamentan las medidas establecidas, siendo el real-decreto ley el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Así, **responde a la necesidad de minimizar el riesgo de un impacto incontrolado e irreversible de la situación de emergencia extraordinaria que se sigue del estado de alerta sanitaria provocada por el COVID-19, tanto en la actividad económica como en el mantenimiento y salvaguarda del empleo, evitándose así situaciones de desprotección y garantizando el restablecimiento y recuperación de la actividad económica**” (Negrilla y subraya fuera de la norma original)*

El mencionado Real Decreto 9/2020 se entiende tácitamente sustituido por la Ley 3/2021, del 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

De esta manera, se creó en España una estabilidad laboral reforzada por pandemia, la cual se limitó en sus efectos al trabajo por cuenta ajena. Nuevamente el trabajo por cuenta propia al servicio de terceros y el trabajo atípico se encontró completamente desamparado y en una situación de alarma colectiva ante la emergencia sanitaria.

En Italia se expidió el Decreto Legislativo 18 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual se aprobó el programa “CuraItalia”, que busca paliar los efectos negativos de la pandemia en la economía de ese país, que incluye una norma que permite la extensión de los contratos de trabajo temporales y de corta duración hasta el 31 de diciembre de 2020 sin ninguna justificación adicional; dicha extensión no puede ser mayor de 24 meses, a no ser que exista convenio colectivo en contrario.

En España se presentaron dos casos llamativos, limitados al trabajo por cuenta ajena, en Sabadell y Barcelona.

La sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Sabadell, fechada del 6 de julio de 2020, identificada con radicado SJSO 2237/2020 y ID Cendoj 08187440032020100001, estudió la terminación del contrato de trabajo de Eulalia, a quien el 27 de marzo de 2020 se le comunicó vía correo electrónico la terminación de la obra o servicio para la cual fue contratada, a partir del 28 de marzo de 2020.

En su petitorio, la demandante solicita al despacho judicial la declaratoria de nulidad del despido, alegando: (i) violación de derechos fundamentales, esencialmente por discriminación, considerando que *“tiene 65 años y debido a la situación actual de COVID-19 está calificada como persona de riesgo, siendo este el verdadero motivo de la extinción contractual”* y que esta fue la razón real de la terminación de su contrato de trabajo, no la finalización del servicio para el cual fue contratada. *“Subsidiariamente se solicita la declaración de improcedencia del despido por inexistencia de causa de extinción, pues la actora tenía la condición de trabajadora por tiempo indefinido al haber suscrito contratos de trabajo temporal en fraude de ley y en todo caso por inexistencia de causa que justifique la contratación temporal, pues los trabajadores continúan realizando el turno para el que se contrató a la actora.”* (Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Sabadell, 2020).

Sobre la violación de derechos fundamentales, el despacho judicial los desechó por no encontrarse probados.

Frente a la solicitud que se declare la nulidad del despido por vulneración de artículo 2 de Real Decreto 9/2020 de 27 de marzo, que entró en vigor el 28 de marzo de 2020, el juzgado analizó el argumento para concluir que esta prospera, ya que:

“Siendo así, consideramos de aplicación el art. 6.3 de Código Civil por cuanto la extinción del contrato de trabajo de la actora constituye un acto contrario a norma imperativa además de constituir un fraude de ley, art. 6.4 de Código Civil, pues la empresa se ampara en causa inexistente para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, esto es, la extinción de la relación laboral a fecha 28.3.2020, cuando las normas vigentes proscriben la destrucción de empleo derivada de la situación excepcional del Estado de alarma derivado de COVID-19.”

A su paso, el Juzgado Nº 26 de lo Social de Barcelona, en su sentencia del 10 de julio de 2020 identificada con radicado SJSO 2248/2020 y ECLI: ES: JSO:2020:2248 analiza la calificación de los despidos sin causa durante el estado de alarma, en relación con lo

dispuesto en la misma norma mencionada anteriormente, a saber, el artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020.

Las pretensiones de la parte accionante se resumen en: (i) declaratoria de nulidad del despido y (ii) declaración de improcedencia con opción empresarial de extinción indemnizada de la relación laboral.

Lo primero que encuentra probado el despacho judicial, es que se trata de un despido sin justa causa, pero no encuentra que proceda la nulidad del despido, sino la improcedencia por ser esta la calificación jurisprudencial⁶ brindada a los despidos sin justa causa.

Explica el Juzgado sobre el particular:

“Y ni el régimen general del fraude de ley, ni el del abuso de derecho, recogidos en los art. 6.4 y 7.2 del Código Civil (CC), respectivamente, imponen la declaración de nulidad del correspondiente acto jurídico. La consecuencia es la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir en el caso del fraude de ley (que para el despido implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción), y la correspondiente indemnización (en el supuesto del abuso de derecho).

La nulidad sólo se contempla para los actos jurídicos contrarios a normas imperativas y/o prohibitivas, en el art. 6.3 del CC; y sólo cuando en aquellas normas no se haya previsto un efecto distinto.”(Juzgado de lo Social de Barcelona, sección 26, sentencia con radicado SJSO 2248/2020 y ECLI: ES: JSO:2020:2248 , 2020)

4.9.3.2. La suspensión de contratos individuales de trabajo

Antes de la crisis sanitaria y económica desatada por el coronavirus COVID-19, la suspensión de los contratos de trabajo no era una causal de uso frecuente o masivo en los ordenamientos jurídicos y por lo mismo, muchos sistemas de protección al cesante no contemplaban esta situación como un asunto que hiciera parte de dicho esquema. Por esta razón, se causó mucha controversia a nivel jurídico en todo el globo dentro de los procesos de calificación de la causal para proceder a dicha suspensión, que por el momento histórico que vivimos, tenía un impacto grave en los hogares sin capacidad de ahorro.

El primer aspecto para tener en cuenta es la pugna entre la visión del trabajador y del empleador al momento de establecer la causal sobre la cual se adelantaría la suspensión de los contratos de trabajo.

Conforme al ordenamiento jurídico colombiano, eran principalmente tres las medidas que los empleadores podían adoptar para bajar sus costos ante la imposibilidad de trabajar y de esta manera afrontar la crisis económica derivada de la pandemia: suspensión del contrato de trabajo, vacaciones y terminación del contrato de trabajo.

⁶ Al efecto recuerda el Juzgado a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS) de 29 de septiembre de 2014, dictada resolviendo el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) N° 3248/2013.

La suspensión de los contratos de trabajo fue la más extendida de las medidas tomadas como choque ante la crisis, pero allí se presentó una discusión jurídica que terminó siendo decidida por los jueces constitucionales.

En el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, que data de 1950, contempla 7 causales para que sea procedente la suspensión del contrato individual de trabajo, que implica una pausa temporal en el cumplimiento de las obligaciones más destacadas de las partes del contrato: para el trabajador, la prestación personal del servicio, y para el empleador, el pago del salario. En este caso, vale decirlo, la obligación del empleador sobre el pago de las cotizaciones a seguridad social sigue vigente, como lo aclaró la Corte Constitucional mediante sentencia C-1369-00 del 11 de octubre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, los pagos de seguridad social en casos de suspensión de los contratos de trabajo no pueden afectarse y por ello el empleador debe mantener los pagos de los correspondientes aportes para salud y pensiones.

Pero estos períodos pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones y cesantías. Si el trabajador se encuentra dentro del régimen de liquidación anual y definitiva de cesantías, contemplado por la Ley 50 de 1990, que es el que la gran mayoría de trabajadores ostentan en la actualidad, el empleador tampoco estará obligado al pago de los intereses a la cesantía.

Dentro de las 7 causales, 2 se podían adaptar a la situación concreta:

- (a) Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida la ejecución del contrato individual de trabajo. La duración de la suspensión para esta causal es indeterminada y depende de la desaparición de las causas de la suspensión temporal del trabajo.
- (b) Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte. En este caso, la duración de la suspensión se encuentra tasada por la norma laboral hasta por 120 días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio del Trabajo. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.

Sobre la aplicación de la causal de fuerza mayor o caso fortuito se presentó controversia. La norma civil que regula el uso de esta causal se encuentra en el artículo 64 del Código Civil colombiano, que define la fuerza mayor así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Esta norma civilista establece que para considerar la existencia de la fuerza mayor se necesitan 3 elementos: (i) que sobrevenga un hecho imprevisto, (ii) que este no se pueda resistir y, (iii) que no sea un hecho propio de las partes, sino ajeno a estas.

La imprevisibilidad se refiere, conforme a la sentencia identificada con radicado 5475 del 23 de junio de 2000 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, en un hecho que no se puede prever, que a su vez es lo que no se puede advertir.

Precisamente sobre el punto de la imprevisibilidad se dio la controversia. Para los trabajadores, el empleador sabía con claridad y pudo prever la pandemia, que desde finales de 2019 estaba afectando a Asia y Europa, pero solo hasta marzo de 2020 implicó un confinamiento estricto en Colombia. Para los empleadores, nadie pudo estar preparado ni conocer de antemano las magnitudes de la emergencia que terminó implicando un confinamiento desde finales de marzo hasta agosto de 2020, es decir de 5 meses que congelaron de manera general la economía.

Los alcances del cumplimiento de este requisito serían revisados en cada caso concreto, inicialmente por las partes, ya que esta causal no requiere autorización judicial o administrativa previa; y posteriormente por los jueces laborales, a solicitud del trabajador afectado en el marco de una acción de tutela, por la existencia de un perjuicio irremediable y la imposibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, suspendida por el confinamiento general obligatorio.

Las decisiones y sus argumentos fueron variadas, como puede verse en los siguientes casos analizados:

- (a) Caso 768924003-002-2020-00141-01. Acción de Tutela. Decisión sobre impugnación. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali. 16 de junio de 2020. En este caso se suspendió el contrato de trabajo de un maquinista alegando la causal de fuerza mayor o caso fortuito. Al efecto, analizó el despacho judicial:

“Si bien es cierto la emergencia sanitaria que se vive por causa de la Covid-19 no es suficiente por sí sola para justificar la suspensión del contrato laboral por caso fortuito o fuerza mayor, no lo es menos que las decisiones tomadas por el gobierno nacional para conjurar esa contingencia sí pudieron afectar de manera directa e indirecta el sector económico y empresarial del país, así lo declaró el presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la directora gerente el Fondo Monetario Internacional.

(...)

No puede desconocerse que la suspensión del contrato resulta preocupante para el trabajador, pero en las circunstancias que ahora son analizadas la misma se encuentra dentro de un margen razonable, al menos para el juicio constitucional que se está efectuando. Primero porque esa fue la última opción a la que se vio abocada la empresa para encontrar equilibrio financiero mientras dura la

pandemia, pues reiteradamente ha dicho que antes agotó los medios de trabajo alternativo que sugirió el Ministerio, ya que le concedió vacaciones anticipadas, le dio permiso y descanso remunerado de dos días (correspondientes a los dos días del día de la familia del primer y segundo semestre de 2020); pero que no fue posible adoptar la alternativa de trabajo en casa o teletrabajo, por cuanto las actividades que realizaba son netamente operativas, y tampoco fue viable implementar la jornada flexible debido a que el accionante informó padecer de hipertensión (patología de alto riesgo frente al COVID-19), lo que hizo que el aislamiento para él sea más estricto.

Segundo, porque tal y como lo adujo el ente ministerial, los lineamientos señalados en la Circular 21 del 17 de marzo de 2020 tienen como objeto “proteger el empleo y la actividad económica”, lo que significa que procura el derecho tanto del trabajador como del empleador.

Y tercero, porque con esa figura se preserva la estabilidad laboral del trabajador, quien no se ha visto desprovisto de amparo en su seguridad social y tiene la virtual garantía de que cuando queden superadas las circunstancias que conllevaron al cierre de la actividad empresarial, pueda regresar a sus condiciones usuales de trabajo.” [SIC] (Acción de Tutela. Radicado 768924003-002-2020-00141-01. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, 2020)

- (b) Caso 2020-00158. Acción de Tutela. Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. 4 de mayo de 2020. Se trata del caso de un trabajador que se desempeña en el cargo de pailero en una empresa de montaje de tanques cuyo contrato de trabajo fue suspendido alegando fuerza mayor o caso fortuito.

“la causal primera del art. 51 del C.S.T. alegada por la empresa para suspender el contrato de trabajo del accionante, no se encuentra acreditada, en razón a que ésta no demuestra que agotó todas las posibilidades para evitar la suspensión del contrato de trabajo; por lo que se concluye, que la suspensión del contrato de trabajo del peticionario no se aviene con la legalidad, sino que se debió a una interrupción intempestiva del contrato de trabajo por parte de su empleador, vulnerando de tal manera, su derecho al trabajo y al mínimo vital.

Advirtiendo el Despacho, que la parte accionante, presenta una confusión entre las causales 1° y 3° del artículo 51 del C.S.T., puesto que el requisito que exige el extremo activo de esta Litis (solicitar previamente permiso para la suspensión de los contratos, establecido en el numeral 5 del artículo 40 del decreto 2351 de 1965, modificado por el artículo 67 de la ley 50 de 1990), fue dispuesto exclusivamente para la causal 3° y recuérdese que el argumento de la empresa accionada para la suspensión del contrato se fundamenta en la causal 1°, que trata sobre el hecho constitutivo de fuerza mayor y caso fortuito, el cual por su característica de imprevisibilidad e irresistibilidad, no permite que el empresario actúe, pues de lo contrario, sería un hecho previsible y por ende descartaría ser un suceso de fuerza mayor o caso fortuito.

Ahora, frente al segundo planteamiento elevado por el actor, en lo relativo a que se ordene el pago de los salarios y todo aquello derivado de la relación laboral, hasta por lo menos, que el Ministerio de Trabajo resuelva la solicitud de despido, el Despacho debe indicar que en este caso no se está tutelando la estabilidad laboral reforzada, si bien es un pilar para la procedencia de este mecanismo expedito y eficaz, lo cierto es que la temática de este asunto va relacionada a garantizar a su favor el mínimo vital que se vio truncado por el empleador al suspender el contrato de trabajo, como se expuso en precedencia y en cualquier caso resultaría indispensable el carácter de cierto e indiscutible de las acreencias laborales que se reclaman, pues se deben tener en cuenta que por tratarse de un contrato sinalagmático, cada una de las partes tienen obligaciones propias a su cargo, que dependen del cumplimiento de las otras. Por lo tanto, el Despacho no puede ordenar la protección como lo solicita el accionante.

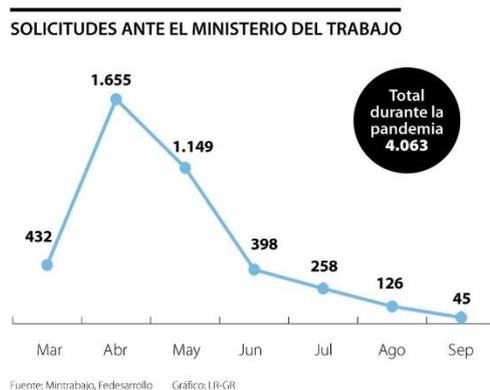
En consecuencia, se TUTELARÁN los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo del señor FERNANDO MEDRANDA RODRÍGUEZ y en consecuencia, se ORDENARÁ a TECNITANQUES INGENIEROS S.A.S., por intermedio de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que un término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, contado a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a dejar sin efectos la suspensión del contrato de trabajo del señor FERNANDO MEDRANDA RODRÍGUEZ y continúe cancelando sus salarios y prestaciones sociales; para el efecto y durante el periodo que dure el aislamiento obligatorio derivado de la pandemia Covid-19, las partes de común acuerdo pueden pactar formas de remuneración diferentes, atendiendo las circulares y decretos expedidos por el Ministerio de Trabajo y demás que al efecto expida el Gobierno Nacional y sin violentar su mínimo vital.” (Radicado 2020-00158. Acción de Tutela. Juzgado 12 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., 2020)

Puede decirse entonces, que la causal de fuerza mayor o caso fortuito para la suspensión del contrato de trabajo debe encontrarse debidamente fundamentada y documentada por el empleador, analizando las situaciones específicas de su actividad productiva. Es así como solamente si la empresa ha agotado todas las posibilidades y no fue posible continuar con la ejecución del contrato de trabajo por medios telemáticos, debiendo estar ello plenamente documentado en el caso concreto, esta podría optar por suspender el contrato.

Si bien al acudir a esta causal para realizar la suspensión del contrato de trabajo no requiere de calificación administrativa o judicial previa, en todo caso el trabajador está en plena libertad de acudir a los estrados judiciales competentes para resolver este conflicto jurídico y, en caso de requerir evitar un perjuicio irremediable, interponer una acción de tutela como mecanismo de defensa transitorio, considerando que la justicia ordinaria se encuentra inactiva a raíz de la emergencia sanitaria y en tanto el salario sea su mínimo vital.

Esta suspensión debe durar el tiempo indispensable y cuando éste termine, el empleador debe avisar a los trabajadores, la fecha de la reanudación del trabajo, mediante notificación personal o avisos publicados no menos de 2 veces en un periódico de la localidad, y debe admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los 3 días siguientes a la notificación o aviso.

Sobre las solicitudes de suspensión de contratos de trabajo, ante el Ministerio del Trabajo de Colombia, el comportamiento fue de la siguiente durante gran parte del año 2020 (FEDESARROLLO; Ministerio del Trabajo de Colombia, 2020):



Esta situación develó la debilidad de los sistemas de protección del empleo en todas las latitudes, especialmente en las economías en desarrollo. Específicamente en los términos de ayudas para situaciones como la suspensión de los contratos de trabajo, se encontró que no existía un mecanismo de protección a los trabajadores que enfrentaran esta situación, ya que técnicamente no se encuentran cesantes, pero no reciben salario. Es por lo que diferentes países crearon medidas de emergencia ante la oleada de suspensión de contratos de trabajo, con la consecuente suspensión de los ingresos laborales en millones de hogares. Otro de los efectos es el gasto de prestaciones que ha supuesto y su incidencia en la deuda pública en los diferentes países. De tal manera que la consecuente disminución del del recaudo fiscal y el aumento del gasto público, implican un mayor endeudamiento de los países.

Colombia permitía mediante el Decreto 1508 de 2014, que los trabajadores cuyos contratos de trabajo fueran suspendidos, accedieran al mecanismo de protección al cesante.

Chile permitió mediante la Ley 21227, el acceso a prestaciones del Seguro de Desempleo de la Ley 19728, bajo circunstancias excepcionales, aplicable a los casos de cierre temporal de empresas por orden de la autoridad, acuerdos de suspensión del contrato de trabajo y pactos de reducción temporal de jornada (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Oficina para el Cono Sur de América Latina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)., 2020).

En Costa Rica, se emitió un reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo que fue adoptado mediante el Decreto 42248 de 2020. En este caso, el ejecutivo reconoció que *“específicamente en el ámbito de las relaciones laborales, ha sido palpable que la legislación laboral vigente no cuenta con ciertos mecanismos normativos idóneos para enfrentar los retos que, en el ámbito del derecho laboral, surgen ante situaciones de emergencia sanitaria como la acontecida en torno al COVID-19.”* (República de Costa Rica, 2020)

El artículo 74 del Código del Trabajo de Costa Rica dicta:

“ARTICULO 74.- Son causas de suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin responsabilidad para el patrono ni para los trabajadores:

- a. La falta de materia prima para llevar adelante los trabajos, siempre que no sea imputable al patrono;*
- b. La fuerza mayor o el caso fortuito, cuando traiga como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión del trabajo, y*
- c. La muerte o la incapacidad del patrono, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión del trabajo.*

En los dos primeros casos el Poder Ejecutivo podrá dictar medidas de emergencia que, sin lesionar los intereses patronales, den por resultado el alivio de la situación económica de los trabajadores.”

Y es sobre esta norma que el Decreto 42248 de 2020 reglamentó la solicitud de suspensión temporal del contrato de trabajo que aplica sin importar la causal alegada.

Por otro lado, en la República Dominicana se creó el Fondo de Asistencia Solidaria al Empleado, mediante el Decreto 143-20 del 2 de abril del 2020, que otorga ayudas económicas para los trabajadores del sector privado cuyos contratos hubiesen sido suspendidos por un período de hasta 90 días, conforme al Código de Trabajo de ese país.

4.9.3.3. La revisión de los contratos de trabajo

Los acuerdos de voluntades, conforme a la teoría de los contratos, son revisables cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, que afecten aquellas condiciones sobre las cuales fueron suscritos y se esperaban sobre estas fuesen ejecutados. A esto se le denomina la teoría de la imprevisión o *rebus sic stantibus* en latín.

La situación económica generada por el coronavirus ha alcanzado una magnitud suficiente como para solicitar la aplicación de la cláusula de *rebus sic stantibus* en diferentes ámbitos.

Para el contrato de arrendamiento, en Barcelona se ha reportado que:

“El Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, en sentencia 1/2021 de 8 de enero, ha considerado procedente reducir en un 50% la renta de un contrato

de arrendamiento durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2020 y el 31 de marzo de 2021.

La demanda judicial fue interpuesta por un hostelero que tenía arrendados 27 inmuebles destinados a alojamiento turístico, actividad que quedó suspendida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de mayo, y reanudada el 9 de mayo, aunque con muchas limitaciones. Al haberse reducido de una manera muy elevada los beneficios que racionalmente se pretendía obtener, el Juzgado entiende que el contrato es excesivamente oneroso para la parte arrendataria y, aunque en dicha onerosidad no haya intervenido ninguna actuación culpable por parte del arrendador, considera que, en aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, una disminución del 50% de la renta es una modificación justa y equitativa.” (Bellavista Advocats, Economistes, Consultors, 2021)

En Valencia ha ocurrido lo propio y se señala que ha ocurrido la “*primera Audiencia Provincial que aplica el ‘rebus sic stantibus’ para rebajar un alquiler por el Covid-19*” y se reporta:

“De acuerdo a [SIC] la información recogida por este medio de comunicación, el titular del Juzgado de Primera Instancia 1 de Valencia ya había acordado reducir en un 50% la renta que paga la empresa arrendataria del hotel desde junio de 2020 hasta que se dice la sentencia. En su escrito de apelación la sociedad dueña del hotel argumentó que no se daban los requisitos para la aplicación de esta cláusula, “porque el contrato contemplaba una renta fija y otra variable para mitigar el riesgo, lo que aplicaría la exclusión de su aplicación”. Aunque el hotel está situado en Palma de Mallorca, la empresa arrendataria tiene su domicilio en Valencia, por lo que el proceso se está desarrollando en los juzgados de esta ciudad.

Ahora la Audiencia Provincial, en su auto, da la razón a la empresa arrendataria, subrayando que la pandemia del Covid-19 es una “circunstancia excepcional, imprevisible y extraordinariamente grave”, con unas consecuencias económicas “devastadoras” para el sector turístico, por lo que en este caso se “podría justificar la aplicación de la aludida doctrina de la ‘rebus sic stantibus’”. Respecto a la proporcionalidad de la medida fijada en primera instancia, la AP estima que es “ajustada a derecho”. (Consejo General de Abogacía Española, 2021)

Aplicada esta teoría a los contratos de trabajo en la crisis económica causada por el coronavirus COVID-19, para el caso de Colombia se encuentra permitido y está regulado por el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo y dicta:

“Artículo 50. Revisión. Todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor.”

Más adelante, el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo dicta sobre los contratos colectivos de trabajo:

“ARTICULO 480. REVISION. Las convenciones colectivas son revisables cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ellas; y entretanto estas convenciones siguen en todo su vigor.”

Es importante mencionar que la figura jurídica de la revisión de la convención colectiva es distinta de la denuncia de la convención colectiva y, por lo mismo, no la reemplaza. En el ordenamiento jurídico colombiano, la denuncia de la convención colectiva es la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo y puede presentarse por mutuo acuerdo o de manera unilateral por alguno de los firmantes de esta.

Así las cosas, la teoría de la imprevisión tiene plena aplicación tanto en el contrato individual de trabajo, como en los contratos colectivos de trabajo, que en todo caso tiene asidero en el derecho internacional, ya que el artículo 62 de la Convención de Viena dicta:

“62. Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:
a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.
2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
a) si el tratado establece una frontera; o
b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.
3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.”

Los efectos y términos de la revisión de los contratos de trabajo terminan siendo muy relativos según la situación específica a evaluar y seguramente serán los jueces del trabajo los encargados de analizar la procedencia, términos y condiciones para la procedencia de esta solicitud en el marco de la emergencia económica del COVID-19.

Sobre ello considero que la condición de “imprevisible” puede ser objeto de debate si se trata de atender la perspectiva de los trabajadores. Es decir, la ponderación que se realice de las opciones que tenían los empleadores al momento de afrontar la crisis y las

decisiones que se tomaron para la recuperación económica, como expuse en la sección sobre La suspensión de contratos individuales de trabajo. De esta manera, para casos específicos de controversias jurídicas es posible una visión jurídica conforme a la cual las suspensiones o terminaciones de contrato de trabajo fueron injustificadas.

Otro panorama distinto es el de la negociación colectiva, teniendo en cuenta que lo que se debate en dicho espacio son los conflictos económicos dentro de las relaciones laborales, las peticiones de los trabajadores pueden verse muy reducidas ante las situaciones económicas complejas planteadas por la COVID y dependerán en gran medida de la recuperación económica.

4.9.3.4. Test para COVID-19

La pandemia ha puesto freno en seco a nuestro estilo de vida y nos ha presentado una realidad social muy distinta a la que estamos acostumbrados, lo que sin duda ha impactado la manera de trabajar y cada país ha tomado diversas medidas para lidiar con esta situación, intentando mantener las economías a flote, nuevamente con una marcada desigualdad de las naciones ricas y pobres, en cuanto a la distribución de las vacunas y demás medidas sanitarias.

Existen dos posiciones generales, una que opta por la posibilidad del empleador de solicitar pruebas de COVID para reasumir el trabajo presencial, mientras que la segunda posición es contraria y, en consecuencia, no es posible la realización de pruebas obligatorias (Ius Laboris. Global Human Resources Lawyers, 2021).

En el primer caso, como requisito para reasumir el ejercicio de las labores presenciales en el lugar de trabajo presencial, el trabajador debe realizarse una prueba y recibir un resultado negativo para COVID-19, todo esto conectado con las normas de seguridad y salud en el trabajo adaptadas para cumplir con los nuevos estándares dispuestos en el marco de la pandemia. Esto sucede en países como Australia, Baréin, Colombia, Dinamarca, Estonia, Alemania, México, Perú, Arabia Saudita, entre otros.

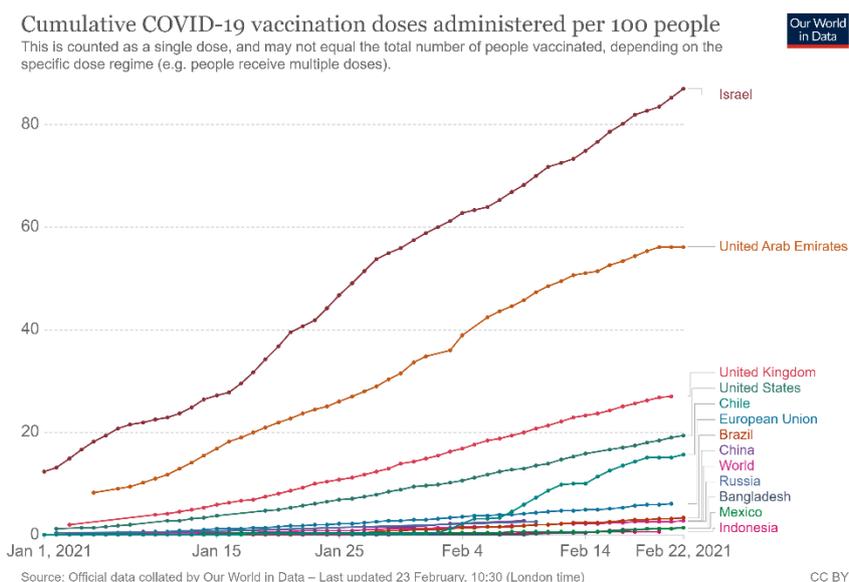
Hay otros tantos países que no permiten que los trabajadores sean obligados a tomar una prueba para detectar el contagio del COVID-19, tales como Bélgica, Brasil, Chile, China, República Checa, Finlandia, Francia, Hong Kong, Hungría, Italia, Japón, Kazajistán, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, entre otros. En estos casos, las empresas solamente pueden solicitar al trabajador que se practique una prueba, en caso de existir sospecha de contagio, pero no obligarlos a hacerla directamente, por considerarlo violatorio de sus derechos fundamentales, lo cual resulta un tema de gran debate dada la controversia entre el derecho colectivo a la salud pública y los derechos fundamentales de los trabajadores, como precisamente sucede en el mediático caso del tenista Novak Djokovic, quien intentó ingresar a Australia sin tener un esquema de vacunación completo, a pesar de que en esa nación ello es un requisito de salud pública.

Esta situación trasladada a la los casos particulares de los trabajadores del común, seguramente será resuelta en favor de los derechos colectivos a la salud pública y las

excepciones serán contadas y debidamente justificadas conforme a criterios médicos para casos complejos.

4.9.3.5. Vacunación general y vacunación en el lugar de trabajo

Los procesos de vacunación general empezaron a realizarse en todo el mundo y el siguiente es el panorama de las primeras naciones que están adelantadas y han aplicado al menos una dosis de la vacuna a sus ciudadanos:



FUENTE: (Universidad de Oxford, 2021)

Ya están empezando a disponerse de medidas para permitir a las personas que sean vacunadas, puedan empezar a circular sin mayores restricciones de bioseguridad, siendo necesaria la creación de un certificado de vacunación internacional.

Esta situación representa una situación desde el punto de vista laboral, y es la que se refiere a los procesos de vacunación en cada país y la posibilidad o no de que los empleadores obliguen a los trabajadores a recibir la vacuna como requisito para trabajar.

Este asunto presenta como generalidad que los empleadores no pueden exigir a los trabajadores recibir la vacuna, pero es posible que esta posición cambie con el tiempo en diferentes países. El argumento principal a partir del cual podría ser posible convertir en obligatoria la vacuna como requisito para trabajar, es la necesidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo de las personas que están compartiendo el escenario laboral, ya que los empleadores no solamente están obligados a proteger a los trabajadores de los riesgos ocupacionales a los que pueden verse expuestos en el desarrollo de la labor, sino también a proteger a todas aquellas personas que se ven impactadas por el desarrollo de su operación. Así que, es posible que en varios países y a nombre del bien común, se pase de la vacunación voluntaria a la obligatoria.

En ese sentido, las controversias que puedan surgir entre empleadores y trabajadores por el proceso de vacunación dependerán en gran medida de si la vacunación es obligatoria o voluntaria en el país.

Al efecto, siempre que la vacunación sea obligatoria, considero que se trata de un requerimiento necesario para trabajar y que hace parte del acatamiento a las normas de seguridad y salud en el trabajo, que se incluyen en los requerimientos para ingresar al trabajo presencial. Desde la teoría del trabajo, encuentro que la principal obligación del empleador y del trabajador, además de la prestación del servicio y del pago de un salario, es velar por el ejercicio de la actividad laboral en las mejores condiciones de salud y seguridad posibles, de tal manera que los derechos individuales, sobre la decisión de vacunarse o no, resulta relevada por los derechos de los demás trabajadores que pueden verse expuestos a efectos graves, así sea en menor gravedad gracias a las vacunas, ante la negativa de otros a la vacunación.

4.9.3.6. Vacunación y protección de datos personales

En conexión con el anterior punto, los procesos de vacunación y su obligatoriedad están también relacionados con la protección de los datos personales del trabajador que, al menos en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, significan la prohibición del empleador de revelar la información de la historia clínica del trabajador, lo que incluye ADN, datos biométricos, condiciones de salud, lo que incluye la vacunación.

En este asunto, China se encuentra delante en la línea de controversia sobre la distinción entre protección a la salud pública y la protección de datos personales y a la misma intromisión a la intimidad.

En ese país hacen uso de la tecnología de reconocimiento facial para identificar múltiples infracciones, tales como el no uso de mascarillas. También hacen uso de aplicaciones que recolectan información sobre el ingreso a las personas a diferentes lugares públicos, así que, si una persona desea ingresar a un lugar público, debe escanear un código QR de manera previa, para registrar sus datos personales y, en caso de contagio, poder alertar a las demás personas presentes y realizar seguimiento estricto al cumplimiento de medidas como el aislamiento obligatorio. Es aquí donde se presenta el debate, pues para la garantía de derechos a la salud pública no existe mayor duda en la ayuda que la tecnología nos brinda, el problema está en el uso inadecuado de esta información que implica la posibilidad de ser objeto de seguimiento indebido.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que es la autoridad nacional de protección de la competencia, los datos personales y la metrología legal, protege los derechos de los consumidores y administra el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, emitió una orden a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la Resolución 64454 del 5 de octubre de 2021, para que se garantice la seguridad de la información, en especial, la de datos sensibles: salud y vacunación. Al efecto le ordenó:

“(…) proceda a implementar mecanismos oportunos, útiles, necesarios, eficientes, eficaces y demostrables que fortalezcan las medidas de seguridad, confidencialidad, uso limitado, acceso y circulación restringida de los datos personales, en especial, los de naturaleza sensible que se encuentran en el aplicativo PAI 2.0, así como en cualquier otro desarrollo tecnológico o de otra índole que se pretenda implementar o que se esté implementando en el que se realice Tratamiento de Datos Personales. Especial énfasis deberá realizarse en el evento en que nuevamente se habilite la función de “Consulta” del aplicativo PAI 2.0. (…)”

Las medidas de los gobiernos se centran en la importancia de recolectar estos datos personales de vacunación para fines específicos de salud pública y expresan que darán tratamiento a los mismos remitiéndose a las normas que regulan el uso, administración y resguardo de datos personales.

Es un caso parecido al que ocurre desde hace años con las interceptaciones de comunicaciones, vigilancia mediante cámaras replegadas por todas partes, así que se trata de un problema general, dentro del cual el trabajo es una de las áreas donde más extendido se encuentra.

4.9.3.7. Derecho a la desconexión digital

Sobre el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, la estructuración y aplicación de este derecho a la desconexión digital se fue presentando de manera paulatina en diferentes ordenamientos jurídicos, conforme a los avances que iban ocurriendo en la tecnificación e innovación para el ejercicio del trabajo. En ese proceso, la pandemia del coronavirus COVID-19 impulsó la institución de este derecho, a causa de la migración de millones de empleos a la virtualidad y, en consecuencia, la desaparición de la gestión física del desplazamiento al entorno laboral típico por excelencia, la oficina.

Acentuada la desaparición de los límites de la hora de llegada y salida de la oficina, se presentó una evidente necesidad de regular directamente el derecho a la desconexión digital en el ámbito del trabajo.

No se trata de un tema que nace con la pandemia, por supuesto, sino un asunto sobre el cual se viene debatiendo de tiempo atrás, ya que el acceso a las tecnologías de la comunicación nos permite estar conectados de manera permanente al trabajo, lo que significa una pugna constante por la distribución del tiempo para familia, recreación, descanso, enfermedad o actividades sociales que realizamos fuera de la jornada laboral.

Este derecho esencialmente implica la garantía para el trabajador de no ser castigado por no contestar requerimientos del trabajo fuera de la jornada laboral o evitar ser recompensado por estar permanentemente en línea.

Este derecho surge en Francia, que mediante la Ley 2016-1088 de 8 de agosto de 2016, que empezó a regir el 1 de enero de 2017, que contempló el derecho a la desconexión, o

droit á la déconnexion en francés, como asunto de negociación obligatoria en las empresas.

La ley proviene a consecuencia de una sentencia del Tribunal Supremo de Francia de 2001 en la que se establecía que “el empleado no está obligado a aceptar trabajar en casa ni a llevar consigo sus expedientes ni sus herramientas de trabajo” (Sala de lo Social del Tribunal de Casación, 2 de octubre, No. 99-42.727, 2001), y una decisión de 2004 del mismo tribunal, la cual dispuso que no se puede castigar a un trabajador por no estar localizable fuera del horario de trabajo. (Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia, 17 de febrero de 2004, No. 01-45.889, 2004)

En España, con la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, esa nación dispuso lo siguiente sobre la protección de datos en el marco de una relación laboral:

“Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a

fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el

respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la

relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.”

Italia también contempla este derecho en la Ley No. 81 del 22 de mayo de 2017 sobre el “trabajo inteligente”.

Según reporta la *UNI Global Union*, anteriormente *Union Network International*, en Alemania existe una estructura de este derecho acordada desde el diálogo social, así:

“Por otra parte, algunos países, en particular Alemania, han adoptado un enfoque no jurídico del derecho a la desconexión y han optado por fomentar las negociaciones entre los interlocutores sociales como una mejor forma de garantizar la desconexión de los trabajadores y trabajadoras. De hecho, muchas multinacionales alemanas tienen acuerdos de empresa que garantizan el derecho a la desconexión, como Volkswagen, Daimler y Siemens.” (UNI Global Union, 2019)

El derecho a la desconexión digital es fundamental en el futuro de los trabajadores. Con cada vez mayor expansión y aplicaciones, la digitalización nos permitirá presencia virtual en múltiples actividades laborales, de tal manera que el reloj y el cronómetro cobrarán vida en el control no solo para el empleador, sino para remarcar la frontera entre la vida laboral y personal de las personas.

4.9.3.8. La ejecución tradicional del trabajo y la pandemia

Cuando empezaron los procesos de cuarentenas estrictas y obligatorias, los países alrededor del mundo vieron sus calles vacías y, en consecuencia, lugares de trabajo vacíos, millones de personas migraron sus labores al entorno 100 por ciento digital, otras perdieron su trabajo, migrando a la informalidad o a la pobreza absoluta.

Esto significó un cambio importante en la manera en que nos relacionamos y en que trabajamos, lo que puede significar también un reconocimiento importante de nuevas vías para ejercer la subordinación jurídica, cosa que los modelos de trabajo en plataforma llevan experimentando muchos años sin que sea reconocido de esa manera hasta años recientes.

Desde el punto de vista del trabajo típico, la pandemia abrió las puertas al teletrabajo y a sus variedades, para aquellas labores que permitieron esta transición. Para los trabajos que no permiten esta migración hacia la virtualidad, las compañías deben asegurar el cumplimiento de medidas de bioseguridad en sus instalaciones, lo que ha significado una adaptación importante de estos espacios, tradicionalmente con espacios cerrados y con varias personas interactuando con cercanía y sin barreras entre ellas.

Es por lo que se han creado turnos de trabajo, para que se logre cumplir el distanciamiento de entre 1.5 y 2 metros entre personas y límites de ocupación de las instalaciones que permitan evitar aglomeraciones en los espacios comunes.

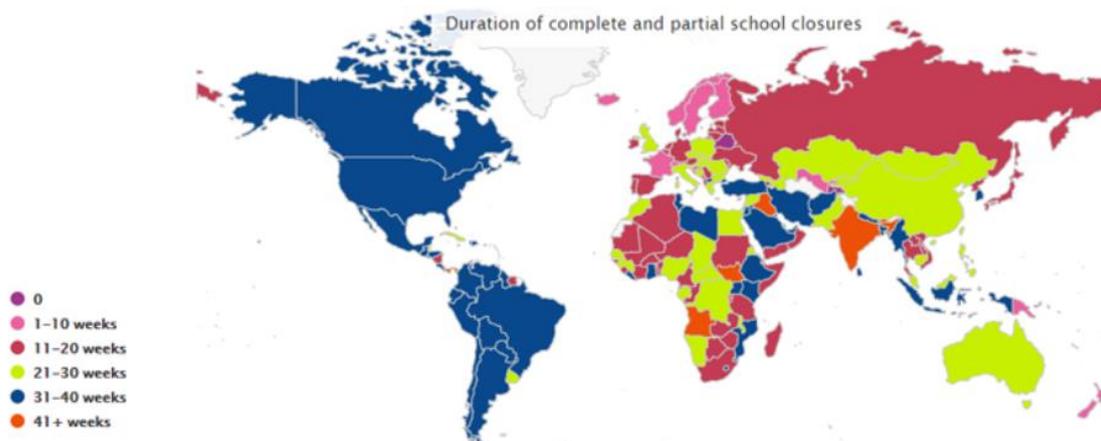
Para el trabajo atípico, especialmente para el trabajo a través de plataformas colaborativas de reparto, el cambio representó la asunción directa de los riesgos de contagio propios de estar el contacto con personas de manera constante y sin que existiesen protocolos de bioseguridad claros, generales y cargo de las plataformas que se lucran de su trabajo. En la gran mayoría de países, los aislamientos estrictos obligatorios pusieron una gran presión en este sector de trabajadores, que ya con situaciones de trabajo precarias, ahora debieron sumar el riesgo de contagio y asumir directamente los costos de las medidas de bioseguridad.

Y es que el riesgo de contagio, como situación que se ha desarrollado de manera exponencial en la pandemia, va a ser uno de los efectos más relevantes para la distinción entre el trabajo típico y atípico, en términos de protocolos de bioseguridad, asunción de los riesgos laborales a los que se ven expuestos por el ejercicio del trabajo, los efectos pensiones, entre otros asuntos más que tienen que ver precisamente con la distinción de acceso a los derechos por la vía contractual utilizada en vez de contar con un filtro respecto de la actividad realizada.

4.9.4. Educación y transición al mundo laboral antes y después de la pandemia

El impacto en la educación es completo a causa de la pandemia. Todos los niveles de educación presencial se vieron pausados y migrados a la virtualidad sin tiempo para realizar transiciones ordenadas, haciendo aún más visibles las brechas digitales de acceso a internet, competencias para el uso de plataformas digitales y acceso a computadores en casa.

El panorama de la educación planteado por la pandemia es complejo y sin precedentes. Según cifras de la UNESCO, *“un año después del inicio de la pandemia de COVID-19, más de 800 millones de estudiantes, equivalente a más de la mitad de la población mundial estudiantil, siguen enfrentándose a importantes interrupciones en su educación, desde el cierre total de las escuelas en 31 países hasta la reducción de los horarios académicos en otros 48”* y presenta un panorama mundial de la siguiente manera:



FUENTE: (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2021)

La misma organización reporta que *“El mapa muestra cómo, desde el inicio de la pandemia, las escuelas han estado cerradas por completo durante una media de 3,5 meses (14 semanas). Esta cifra se eleva a 5,5 meses (22 semanas) –equivalente a dos tercios de un año académico- si se tienen en cuenta los cierres de escuelas en zonas localizadas.*

La duración de los cierres varía mucho según la región, desde cinco meses (20 semanas) de cierres completos a nivel nacional de media en los países de América Latina y el Caribe, hasta dos meses y medio (10 semanas) en Europa, y sólo un mes en Oceanía.

Se observan variaciones regionales similares cuando se tienen en cuenta los cierres localizados. La duración de los cierres completos y localizados superó los siete meses (29 semanas) de media en América Latina y el Caribe, en comparación con la media mundial de cinco meses y medio (22 semanas).

Los gobiernos se han esforzado en reducir al mínimo los cierres a nivel nacional -de 190 países durante el peor momento en abril de 2020 a 30 países en la actualidad -en favor de cierres parciales y/o locales. Hoy en día, las escuelas están totalmente abiertas en 101 países.” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2021)

Esta situación plantea una problemática bastante compleja, ya que ha provocado problemas como:

- Trabajo infantil, ya que los estudiantes se han visto forzados a aportar a la economía del hogar por la disminución de ingresos en el mismo y la imposibilidad de regresar al estudio, su regreso a la escuela se torna muy complejo. A esta situación también aporta la brecha digital que en 3 aristas los afecta: falta de competencias digitales, falta de acceso a internet y falta de un computador para acceder a los contenidos.
- Imposibilidad para la adquisición de competencias laborales y blandas que únicamente se logran a través de la experiencia propia con actividades como las prácticas formativas presenciales.
- Baja calidad en la educación, ya que la transición hacia la virtualidad se realizó de manera intempestiva y sin contar con las herramientas mínimas necesarias para ajustar los contenidos curriculares de conformidad.
- Extensión en los períodos de formación, debido a las suspensiones de la formación que en ciertos momentos debieron realizarse.
- Dificultad en la inserción laboral de los egresados, quienes se encuentran con un mercado laboral adolorido y que no presenta oportunidades. Para este caso, los problemas son múltiples, pues se enfrentan a períodos más largos de transición, con riesgo de desactualización de las competencias recién adquiridas, imposibilidad de encontrar una primera experiencia profesional que los enrole en el mercado laboral, pérdida de períodos de acceso a la seguridad social entre otros. Precisamente dada la magnitud de la problemática, como se expone en el ítem siguiente, los gobiernos de todo el mundo tomaron distintas determinaciones para intentar paliar este problema.

4.9.5. Desempleo juvenil

Dentro de los grupos más golpeados por el desempleo están los jóvenes y dentro de ese grupo, las mujeres jóvenes tienen más problemas para engancharse laboralmente. Si ya

era problemático antes de la pandemia, el panorama laboral para esta generación de jóvenes se torna aún más complejo, pues los efectos económicos de la pandemia perdurarán aún más que los de salud pública.

Según una encuesta realizada por Erasmus+ Youth in Action y European Solidarity Corps, dos programas de la Unión Europea que patrocinan proyectos para jóvenes y en temas de juventud, los hallazgos son terribles (Böhler, Karsten, & Pitschmann, 2020):

- (i) La pandemia ha afectado a los jóvenes profundamente. Según la encuesta, se reportan cambios grandes en los métodos de trabajo, lugares de trabajo, medición de los tiempos de trabajo y las herramientas de trabajo.
- (ii) Los efectos económicos de la pandemia son severos. Los trabajos y proyectos liderados por jóvenes sufrieron grandes recortes presupuestales y existe incertidumbre en el financiamiento de los proyectos, además del efecto general de baja en salarios y pérdida de empleos.
- (iii) El trabajo joven está experimentando y se está adaptando rápidamente. La transición hacia lo digital se dio de manera global e intempestiva, migrando a la red en términos de meses, procesos que eran fundamentalmente presenciales. La escuela, el trabajo, pero hay una interrogante que permanece y es cómo migrar al espacio en línea la educación no formal, también conocida como formación profesional. Esta pregunta es clave, ya que los procesos de educación formal sufrieron, pero pudieron adaptarse a la formación en línea, ya que el centro de la formación es teórico y las tecnologías de la información y las comunicaciones permiten realizar esta transición de conocimientos. Pero distinto es el panorama de la formación profesional, ya que los procesos de formación se centran en el aprendizaje a través de la experiencia propia en entornos laborales reales. Es cierto que algunas de las actividades laborales están migrando a lo virtual de manera vertiginosa a causa de la pandemia, pero también lo es que hay muchas otras actividades productivas que simplemente no pueden migrar a la virtualidad. En ese caso, las medidas de seguridad y salud en el trabajo con énfasis en la protección frente a la pandemia deben ser extendidas de manera clara hacia los jóvenes estudiantes que se encuentran en entornos laborales realizando sus actividades formativas, y por lo mismo, expuestos a los mismos riesgos ocupacionales que un trabajador formal. En ese contexto los mecanismos de formalización de la actividad formativa que dejan al estudiante en una situación desmejorada frente a cualquier otra persona en las mismas condiciones de exposición a factores de riesgo resultan en una desigualdad injustificada.
- (iv) El trabajo joven está ayudando a los jóvenes a navegar en la crisis. La posibilidad de tener compañeros de trabajo jóvenes y jefes jóvenes ha ayudado a mantener la salud mental en este momento de crisis económica. Esto resulta importante, ya que estudios señalan que la pandemia tiende a generar efectos más marcados en la salud mental de la población joven.

- (v) La población joven marginada está fuera de alcance y es muy difícil contactarla a causa de la crisis. Las brechas digitales se encargaron de desconectar de sus entornos laborales a los jóvenes más vulnerables,
- (vi) Las ayudas al empleo joven necesitan ser mejoradas rápidamente. La principal queja es que los programas o políticas relacionadas con el empleo juvenil no cuentan con continuidad en el tiempo, tienen financiamiento débil y por ello no son eficientes.

Es por lo que, para facilitar este tránsito, se realizan varios llamados de organismos internacionales para que los gobiernos tomen medidas organizadas destinadas a aminorar los efectos de esta situación.

El tema del desempleo juvenil es estructural y solo se ha hecho más dramático con la pandemia. El desajuste de competencias brindadas tanto en la educación formal como en la formación profesional, la falta de calidad, un mercado laboral cambiante a velocidades inimaginadas y que ya no se plantea al trabajo indefinido como la regla, son algunos de los retos que enfrenamos actualmente y que terminan por desalentar a las personas con menos posibilidades en su apuesta por la educación como camino de acceso a una vida mejor.

Como en otros temas estructurales, mejorar la situación de los jóvenes depende de múltiples esfuerzos a largo plazo, que conjugan la voluntad política, presupuesto, un sector empresarial comprometido, así como un sector educativo abierto a los cambios.

4.9.6. Trabajo atípico en la pandemia

El eslabón más débil de la cadena es el primero que se rompe cuando se estresa el sistema. Los trabajadores sin un trabajo formal y cuyos ingresos dependen del trabajo diario están por fuera de todo sistema de protección ante una situación tan global como la pandemia, pero también la pandemia significó una explosión de modalidades del trabajo a distancia y se han generado múltiples desarrollos en esta área, ya que la apertura de un ala digital de casi todas las empresas del mundo fue necesario a partir de marzo de 2020 lo que, a su paso, implica la expansión de posibilidades para nuevos trabajos atípicos.

Dentro del grupo de trabajo atípico, encontramos a los trabajadores informales, algunos trabajadores de plataformas colaborativas, algunos trabajadores por cuenta propia, y todos aquellos que, por no encontrarse en una relación laboral subordinada, no accedieron a los sistemas de protección al cesante. Esto se refleja en la sección anterior donde analicé el comportamiento de los sistemas de protección al cesante en la pandemia y su cobertura o exclusión de los trabajadores atípicos.

En el grupo de trabajo atípico se encuentran dos grandes grupos en términos de plataformas digitales: las personas que trabajan para plataformas basadas en la ubicación, tales como Glovo o UBER, y por otro lado están las que trabajan para plataformas basadas en la web, que son los trabajadores digitales.

Así las cosas, la pandemia brindó un fuertísimo impulso a estas dos modalidades de trabajo, ya que de un lado y a causa de los confinamientos estrictos, muchas personas que perdieron sus empleos pasaron a trabajar en plataformas de ubicación como Uber o Glovo, siendo sobre todo la segunda, una de las poquísimas actividades autorizadas para ser realizadas.

A su paso, el punto de fortaleza de los trabajos basados en la web, permitieron que muchas personas ingresaran a estas como la opción apta para ser aplicada durante los confinamientos y de manera general durante la pandemia, ya que como se explicó en el capítulo de Principio de territorialidad de la ley laboral en el trabajo digital, dentro de los principales motivos para unirse al trabajo digital, se encuentra la posibilidad de trabajar desde casa, horarios flexibles, haciendo posible compatibilizar el cumplimiento de labores del trabajo doméstico, como el cuidado de niños y de adultos mayores.

Situación que les aseguró algún ingreso, que para muchos resultó mejor que nada, pero que no está cerca de las garantías mínimas de un trabajo típico, ya que carecen de la posibilidad de tener contacto con seres humanos para la evaluación de su trabajo, pues generalmente son algoritmos los que evalúan su desempeño, haciendo compleja la posibilidad de realizar reclamaciones cuando el algoritmo asigna una calificación negativa al trabajador, eliminando la posibilidad de recibir pago alguno por el trabajo realizado, en caso de equivocación del algoritmo.

Además del tema de ingresos, las horas laborales tan “flexibles” terminan por no respetar el derecho a la desconexión digital tan de moda por estos días.

Tampoco cuentan con seguridad social, prestaciones sociales, jornada laboral máxima, salario mínimo, acceso mecanismos de protección al cesante, tampoco hay estabilidad laboral alguna, protección a poblaciones vulnerables o derecho de asociación sindical.

Por lo descrito, estos trabajadores básicamente reciben un pago a destajo y absolutamente nada más.

En las plataformas digitales solo una pequeña fracción de las personas a su servicio son consideradas como trabajadores directos, formales y subordinados; mientras que a los demás se les considera trabajadores por cuenta propia o autónomos, sin garantías mínimas o protección alguna.

Así lo destaca la Organización Internacional del Trabajo al señalar que:

“(…) Los que trabajan en el marco de una relación laboral suelen ser responsables del funcionamiento de la plataforma y constituyen una fracción relativamente pequeña de su fuerza de trabajo. Por ejemplo, la plataforma de trabajadores autónomos PeoplePerHour cuenta con unos 50 empleados, pero proporciona empleo a 2,4 millones de trabajadores calificados.

Debido a que las plataformas practican una política de no divulgación de datos, resulta muy difícil estimar el volumen real de trabajadores ocupados a través de

estas plataformas. Diversas encuestas realizadas por investigadores y organismos estadísticos en Europa y América del Norte entre 2015 y 2019 sugieren que la proporción de la población adulta que ha realizado trabajos en plataformas se sitúa entre el 0,3 y el 22 por ciento.

(...)

Desde el inicio de la pandemia de la COVID-19, la oferta de trabajo en las plataformas ha aumentado significativamente, mientras que la demanda de trabajo ha disminuido, desplazándose hacia tareas relacionadas predominantemente con el desarrollo de software y la tecnología. La demanda de trabajo en las cinco principales plataformas en línea basadas en la web procede en gran medida de los países desarrollados, mientras que la oferta de mano de obra procede en su mayoría de los países en desarrollo. Los datos indican que en algunas plataformas laborales digitales hay un exceso de oferta de mano de obra, lo que provoca una mayor competencia entre los trabajadores y ejerce una presión a la baja sobre el precio de las tareas.” (Organización Internacional del Trabajo, 2021)

Este desbalance entre oferta y demanda, como lo indica el informe, y esencialmente debido a la inexistencia de normas de juego mínimas, significa una tendencia a la baja en el precio pagado por tarea, así que es una competencia por la disminución de precios donde quien más barato oferte sus servicios. Una pelea donde hay un único perdedor, que es el trabajador digital, desprotegido, explotado y desconocido. Sobre esto último es importante precisar que no todo el trabajo digital es un trabajo desprotegido. En muchos países se está avanzando en su regulación y el otorgamiento de garantías básicas, de otro lado, también es importante mencionar que hay muchas personas en distintos lugares del mundo, que han encontrado en el trabajo digital una oportunidad para salir de la pobreza extrema, aquellas personas para quienes el trabajo en plataformas también supone una oportunidad para aquellos, de otra manera, no tendría trabajo.

4.10. El trabajo típico

Para poder discutir con claridad sobre el trabajo típico, es necesario establecer qué es el trabajo típico en el marco de la 4 revolución industrial.

La noción de tipicidad y de atipicidad en el mundo jurídico está determinada por la existencia o inexistencia de estándares que permitan clasificar una situación determinada. Y, valga la analogía, una distinción de este tipo tiene un detallado análisis en las lides del derecho penal, donde la existencia o inexistencia de un delito depende de la adecuación de una conducta al tipo penal dispuesto por el legislador como un evento que afecta algún interés jurídicamente tutelado.

Para esta adecuación de una conducta en el marco de la regulación penal, se estructura un conjunto de elementos del tipo penal que, al menos conforme al sistema jurídico colombiano, son los siguientes: bien jurídicamente tutelado, sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto y pena.

El derecho penal busca proteger intereses jurídicamente relevantes, y lo propio busca hacer el derecho social a través de sus disposiciones, proteger un interés jurídicamente relevante, el trabajo como fuente principal de la dignidad humana.

Por esta razón fue en la primera revolución industrial, cuando nació la noción de contrato de trabajo, del carácter tuitivo del derecho social, de las 8, 8, 8, del derecho al descanso, al salario mínimo, vital y móvil, entre otro conjunto de garantías, que se pensó en una única institución que recogiera este conjunto de garantías mínimas a brindar sin importar el tipo de trabajo que se realizara, en tanto se cumplierse con 3 requisitos principales: la prestación personal del servicio, la subordinación jurídica y la remuneración. Estos tres elementos daban el nacimiento a la relación de trabajo y, consecuentemente, al anhelado contrato de trabajo.

Pero entre el siglo 18 y el siglo 21 han sucedido un conjunto de eventos que han implicado una acelerada evolución en la manera como trabajan las personas, cambios que resultaron impredecibles para quienes instituyeron la noción de relación de trabajo y cuya adaptación ha resultado altamente compleja. Solo mediante los tribunales ha sido posible alcanzar algunas de las garantías mínimas de las nuevas maneras de trabajo bajo el amparo de los estándares tradicionales.

Si se lee el mercado laboral actual a través del lente de los 3 elementos esenciales de la relación de trabajo típico, en este grupo solamente puede encontrarse a una reducida porción de la población laboralmente activa.

Haciendo uso de una interpretación más amplia y que entienda dentro de sus estándares a las nuevas herramientas que van apareciendo para ejercer la subordinación, prestar personalmente el servicio y pagar una remuneración, sin que por ello se desnaturalice la labor adelantada, el propósito protector del derecho del trabajo se expresaría buscando

establecer la existencia del trabajo como bien jurídicamente relevante y tutelado, centro del derecho social, que debe resaltarse que el elemento primordial a analizar para determinar la existencia de trabajo mediante la prestación personal de un servicio.

Así las cosas, el derecho social debe abarcar como objeto de estudio y destinatario de garantías laborales, a todas las formas existentes para la prestación de servicios personales.

Por otra parte, viene la clasificación de esas formas de prestación de servicios personales, y establecer qué se considera típico y qué se considera atípico en la 4 revolución industrial.

Siendo que la tipicidad legal viene establecida por los estándares legislativos de cada nación, es improcedente disponer de una clasificación desde una perspectiva singularmente legalista y, a través de un lente amplio y especialmente acudiendo a las fuentes formales y auxiliares del derecho del trabajo, vale la pena pensar en una clasificación multidisciplinar del trabajo típico.

Ciertamente en el centro del trabajo típico está el que denominaré trabajo clásico, que es el trabajo por cuenta ajena y está representado en el contrato de trabajo. Junto a esta modalidad, conservando los mismos 3 elementos esenciales, pero con algunas diferencias en su ejecución, se encuentra el trabajo por cuenta propia representado por el contrato para la prestación de servicios independientes.

Son estas las dos maneras más establecidas para la prestación de servicios personales, con subordinación y con remuneración.

Fuera de ello han surgido otro conjunto de mecanismos jurídicos para la prestación de servicios personales que implican, entre otros, intermediación para la prestación y existencia del contrato de trabajo, como las empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado y empresas asociativas de trabajo, en el caso de Colombia, o simplemente el nacimiento de mecanismos de ocultamiento de una verdadera relación de trabajo.

Como se expuso en el objetivo de esta investigación, el derecho del trabajo tradicional funciona como un cono invertido, donde existe un vértice central y original que es el trabajo típico. Desde ese punto, se convoca a todos los demás mecanismos de prestación personal de servicios, para que regresen a sus disposiciones y se alcance el estándar más deseable de trabajo remunerado.

Ante los comportamientos de simulación y fraude al principio protector, generalmente debido a un ánimo defraudatorio del derecho laboral que conforme a nuevas formas de trabajo y contratación, que impiden el acceso a los estándares mínimos cubiertos únicamente bajo el manto del contrato de trabajo, categoría jurídica mayoritaria y más completa disponible en términos de derechos laborales, la normativa laboral dispuso el principio de primacía de la realidad sobre las formas, y se equipó con el haz de indicios como herramienta necesaria para hacer prevalecer dicho carácter tuitivo laboral,

destinada a casos donde fuese difícil la comprobación de la existencia de una relación laboral típica escondida.

El maestro Américo Pla Rodríguez señala sobre el principio de la primacía de la realidad:

“es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal. Este principio es de mucha ayuda para establecer o determinar cuándo nos encontramos frente a una relación laboral, la misma que como tal, tiene elementos que van a servir para identificarla, que son: la prestación personal, el pago de una remuneración y la subordinación. Cabe destacar pues que en los casos en los que estemos frente a estos tres elementos, la relación contractual existente no puede ser otra que una de naturaleza laboral (no obstante que se pretenda hacer creer que es una relación contractual de naturaleza civil o de otro tipo) y para ello resulta muy útil el principio de la primacía de la realidad”. (Plá Rodríguez, Los principios del Derecho del Trabajo, 1998, pág. 14)

Sobre el mismo tema, manifiesta el tratadista Juan Raso Delgue:

“la proliferación de contratos de arrendamiento de servicios obedece en parte a la existencia de nuevas modalidades de trabajo en el sector de los servicios que pueden legitimar este tipo de contrato y en parte a acuerdos simulados tras los cuales se esconden verdaderos contratos de trabajo. Intuitivamente creemos que esta última cuota es la más importante en términos porcentuales, pero la ausencia de datos estadísticos nos impide confirmar la convicción. [...] De todos modos debemos ser categóricos al afirmar que en esta materia como en otras del campo laboral, se impone el principio de la realidad. [...] La verdad prima sobre las formas, por lo que en definitiva todo pronunciamiento sobre la legitimidad de un contrato de arrendamiento de servicios se difiere a la comprobación de la presencia o ausencia del elemento ‘subordinación’ en la prestación laboral” (Raso Delgue, 2000)

A nivel de tratados internacionales sobre este principio, buscando estandarizar unas condiciones de costos más o menos estandarizadas frente al factor de producción “trabajo”, existen varias disposiciones. De un lado, está la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social 10, de la Organización de las Naciones Unidas, que contempla en su artículo 6°:

“Artículo 6. El desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente. El progreso y el desarrollo en lo social exigen la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del

hombre, garanticen igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad”.

La Organización Internacional del Trabajo, a su paso, ha dado varios elementos normativos para amparar la aplicación de este principio mínimo fundamental del derecho laboral, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión (Ginebra, 18 de junio de 1998), donde se dijo que:

*“1. Recuerda: a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización. 2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y **d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación**”.* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Con mayor contundencia, consagró la misma Organización en la Recomendación N° 198 de 2006 sobre la Relación de Trabajo:

“Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

(...)

*Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, **cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo**, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;*

*Observando que **hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho**;*

II. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, **la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador**, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

(a) admitir una **amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo**;

(b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

(c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, **indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo**. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda,

transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Esta recomendación le apunta al reconocimiento de la relación del trabajo a través de dos criterios presentados en el numeral 11 y en el numeral 13.

El numeral 11 busca apertura de medios de prueba, presunciones legales para invertir la carga de la prueba y limitación de medios de contratación para determinadas actividades.

Más allá de la variedad de medios de prueba, en el ordenamiento jurídico procesal colombiano, se aplica la teoría de la inversión de la carga de la prueba para estos efectos. Es así como, para determinar la existencia de una relación de trabajo, solamente compete al trabajador probar la prestación personal del servicio y en ese sentido se traslada la carga de la prueba al empleador, que está en mejor posición de probar, para que este tenga que desmentir los 3 elementos esenciales de una relación laboral típica: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

Lo anterior teniendo en cuenta que en Colombia se aplica una presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual indica que se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. Siendo una presunción legal, esta puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo una relación laboral subordinada. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Laboral, mediante Sentencia SL-40272017 (45344), del 8 de marzo de 2017.

A su paso, el numeral 13 presenta una lista enunciativa de indicios que permiten llegar a la relación de trabajo, tales como:

- **Ejercicio de subordinación** de maneras sutiles como la integración del trabajador en los procesos de organización de una empresa (v. gr. Aplicación de reglamentos de trabajo, reglamentos de seguridad y salud en el trabajo, códigos de ética, políticas de seguridad informática, etcétera);
- **Identificación de un beneficiario del trabajo realizado.** Este indicio le apunta a la **ajenidad** en los frutos (que luego evolucionaría a los riesgos) como criterio económico conforme al cual el trabajador transfiere al empresario, desde el primer momento, la propiedad de cualquier beneficio económico que resulte de su actividad laboral adelantada por el trabajador no beneficiaría a este directamente sino a quien le contrata y que fue traído al derecho de trabajo por Alonso Olea a partir de las ideas económicas de Marx. Finalmente, también ha aparecido el criterio de la ajenidad al mercado, de tal manera que el trabajador no es quien sale al mercado a ofrecer el producto o servicio, sino que es el empresario quien se encarga de ello, precisamente asumiendo los riesgos y beneficios que ello implica.
- Ejecución personal del trabajo bajo lineamientos de tiempo, modo y lugar de otra persona, este es el **criterio de la dependencia personal**, que es nada menos que la renuncia del trabajador a la autonomía personal
- Vigencia y continuidad en la prestación del servicio;
- Disponibilidad del trabajador;
- Suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo;
- Pago de una remuneración periódica al trabajador siendo dicha remuneración la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros;
- Reconocimiento de derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales
- La parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo;
- No existen riesgos financieros para el trabajador. Explicado en el primer ítem de este listado conforme al criterio de ajenidad en los riesgos.

Toda esta lista está enfocada en franquear elementos que tradicionalmente buscan esconder bajo un mecanismo relativamente conocido a la relación de trabajo, donde puede identificarse una cadena de contratistas, documentos físicos o correspondencia electrónica dando órdenes específicas, instalaciones concretas en las cuales se presta un servicio, horarios, políticas de calidad para brindar el servicio, entre otros. Pero el reto

que en la actualidad enfrentamos no es solamente la variedad de herramientas de tecnología con las que todo lo que antes era inevitablemente físico, concreto, plausible, ahora puede ser escondido en algo tan complejo como una fórmula algorítmica que, además, está protegida por la propiedad industrial. Sumado a ello, no tenemos manera de saber en los próximos 5 años cuáles serán las herramientas nuevas a través de las cuales se podrá ejercer subordinación o relativizar la prestación personal de un servicio o mutar hacia nuevas formas de remuneración.

Lo que sucede al agregar elementos de tecnología e innovación a fórmulas legales rígidas y anacrónicas, es complejizar aún más para el trabajador la prueba directa de una conexión con el empleador verdadero, para el juez de buscar la verdad procesal dentro de herramientas que no le son familiares ni cercanas por su extrema complejidad y sin contar muchas veces con peritos que permitan realmente entender este tipo de herramientas.

Es un reto que esencialmente termina siendo llevado a las puertas de los estrados judiciales y que solo ante explosiones sociales graves terminan siendo llevados a los órganos legislativos.

Por esta manera, un haz de indicios dinámico que permita atender a todo este conjunto de cambios con tan alta revolución en el cambio es la clave para una respuesta rápida a los conflictos de trabajo. La gran pregunta que llega a las puertas de los juzgados está en establecer si el caso bajo su análisis es o no un tipo de trabajo cobijado por las normas tradicionales del trabajo típico más allá de la mera apariencia y más allá de los elementos que tradicionalmente eran los más evidentes indicadores de la existencia de la “laboralidad”.

Por lo descrito, la importancia del principio protector del trabajo humano debe entenderse como la necesidad de escudriñar con cierta rapidez las nuevas maneras de prestar el servicio, ejercer subordinación y realizar un pago.

Así ha sido precisamente el avance que al respecto ha ocurrido con el caso de los trabajadores de plataformas digitales de reparto, como he expuesto en el capítulo del Impacto jurídico de las plataformas colaborativas, donde la ejecución física de la subordinación termina siendo determinada por el uso de un algoritmo, algo que es esencialmente abstracto pero que resulta siendo la nueva voz del empleador, beneficiario del servicio que desarrolla el trabajador, dando órdenes del tiempo, modo y lugar en el que se ejerce el trabajo. Estos son los nuevos síntomas de la existencia de un contrato de trabajo moderno.

A mi parecer y en todo caso, este tipo de clasificación del trabajo típico o el trabajo atípico no habrá de interpretarse como disyuntiva en la vía de acceso a las garantías laborales generales y mínimas. Estas deben estar brindadas al trabajo como fenómeno social bajo un conjunto de principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo humano y no como vías contractuales que terminan limitando el acceso a garantías sociales mínimas.

Sobre la evolución de la distinción o frontera entre el trabajo típico y el trabajo atípico se ha acudido al haz de indicios con distintos criterios aplicables, estando centrados el

análisis en dos: (i) el **criterio de ajenidad**, que ha sido utilizado mayoritariamente en España, pero también ha ido apareciendo el **criterio personalista** por la vía jurisprudencia, tales como la aplicación de medidas disciplinarias, sometimiento a vacaciones, jornadas, permisos, prevención de riesgos laborales, entre otros. Y (ii) el **criterio de dependencia**, utilizado predominantemente en el resto de Europa y en América Latina, donde el ejercicio de la subordinación en la ejecución de la labor en las condiciones de tiempo, modo y lugar despoja al trabajador de su autonomía como persona, entregando determinado tiempo de su vida por un pago, estando a entera disposición del empleador por cierto período de tiempo.

Ahora bien, sobre la incursión directa en el establecimiento de extensiones en el trabajo atípico y su cabida dentro el derecho social, en Europa se incursiona en la teoría del “trabajado sin adjetivos” desde los finales de los años 90, con Massimo D’Antona quien participó en el debate en Italia sobre la regulación del mercado de trabajo en ese país y en la propuesta de *“extensión selectiva de la tutela de la normativa laboral a trabajadores atípicos, no asalariados en el sentido clásico, que se denominaría la tutela del trabajo <sin adjetivos>”* (Baylos, 1999) Y Marco Biagi quien debatía si la necesidad del amparo del derecho social nace por la sujeción del trabajador al poder de dirección o por su posición de dependencia (Ichino, 2005)

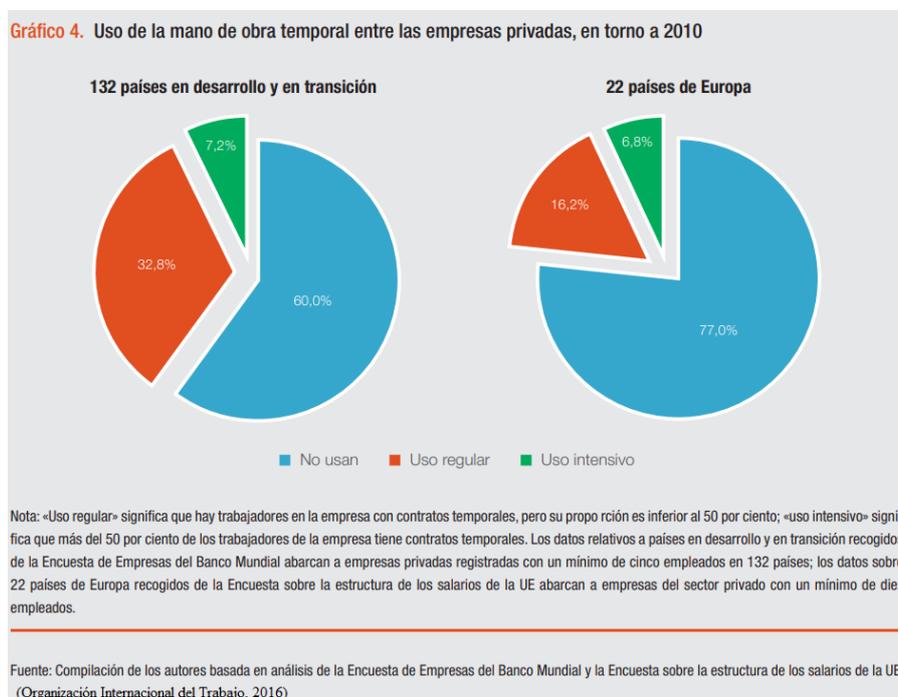
De esta manera, se abría la puerta a una visión general de la regulación del trabajo como actividad humana y no a través del visor contractual.

En este sentido, la normatividad laboral a nivel global está orientada a generar elementos jurídicos de atracción de las formas de trabajo, en una relación laboral típica y subordinada regida por un contrato de trabajo, ya que se trata de la forma más completa de acceso a la protección social, pero está claro que ya no es debido a que sea la forma mayoritaria para la prestación de servicios personales en el mercado laboral.

4.11. El trabajo atípico

El desuso o huida al contrato de trabajo que experimentamos hace décadas, trae a la discusión el elemento central de este documento, y es que, si el contrato de trabajo ya no es el instrumento jurídico predominante, es decir, pasó de ser típico a simplemente el método contractual tradicional, el medio de antaño, ¿a qué tipo de empleo están accediendo las personas? ¿cuál es el estándar que está vinculando a la gran mayoría de la población? ¿qué cobija a todo ese trabajo atípico?

Acudiendo a las cifras de la Organización Internacional del Trabajo, el trabajo atípico para el uso de mano de obra temporal entre las empresas privadas se comportó de la siguiente manera en el año 2010:



Se evidencia que, en los 132 países en desarrollo y transición, existe el doble de uso del trabajo temporal en comparación a lo que ocurre en 22 países de Europa.

No existe mayor disponibilidad de cifras que permitan agrupar y comparar las distintas formas de trabajo atípico versus el trabajo típico, pero si me dirijo a la comparación entre trabajo formal y trabajo informal, que en últimas representan el extremo del trabajo típico y el extremo del trabajo atípico, hay una clara distribución de cada porción en el mercado laboral, ya que la Organización Internacional del Trabajo señala que en el mundo 6 de 10 trabajadores hacen parte de la economía informal. (Organización Internacional del Trabajo, 2022)

El trabajo atípico tiene entonces una mayoritaria participación en el mercado laboral actual. El trabajo informal, el trabajo por cuenta propia, el trabajo en plataformas, el trabajo digital, el trabajo cooperado, y todas las modalidades que existen alrededor del mundo son, finalmente, trabajo y son mayoría.

Esto abre el espacio a un análisis sobre el papel del contrato de trabajo como vía de acceso al contrato social en la vida productiva. Con esto quiero decir que, conforme a la gran mayoría de estándares normativos, se busca que las personas accedan a un contrato de trabajo formal, como mecanismo idóneo y único para tener un salario mínimo, a prestaciones sociales, a una jornada laboral máxima, a descansos remunerados semanales, descansos remunerados anuales, a normas que previenen y castigan conductas de acoso laboral, a seguridad social, protección al desempleo, etcétera. Es por lo descrito, que se ha dispuesto de herramientas jurídicas para atraer hacia dicho contrato de trabajo a toda prestación personal del servicio que cumpla el estándar tradicional de empleo subordinado. Estas herramientas, vale la pena decirlo, se han ido ampliando a una gama que abarca: la primacía de la realidad sobre las formas, haz de indicios, inversión de la carga de la prueba, definición del empleador o responsable solidario entre el beneficiario de la obra o labor contratada (aplicable para los casos cadenas de contratistas y subcontratistas), concepto de trabajadores económicamente dependientes para identificar quién es el empleador de un trabajador, etcétera; entre otros estándares descritos en el capítulo El trabajo atípico

Lo claro está que ese mecanismo tradicional se diluye en un mercado laboral impresionantemente diverso, donde el contrato de trabajo a término indefinido ya no es el único ni el más extendido, que las maneras para prestar personalmente un servicio cambiaron a causa de la tecnología y que existen muchas maneras para adelantar un trabajo, que hay una altísima informalidad especialmente notoria en los países en vía de desarrollo, que las grandes factorías en vastos espacios de tierra con trabajos manuales centrados en un solo lugar tienden a desaparecer y a ser reemplazados por máquinas que en espacios cada vez más pequeños producen con mayor rapidez, grandes cantidades de productos a menos precio, que los trabajos se están centrando en el desarrollo de competencias blandas y duras enfocadas en la tecnología dejando atrás el trabajo esencialmente manual, que el trabajo ya no es una obligación de medio sino de resultado, que el poder disciplinario como componente de la subordinación jurídica a cargo del empleador está siendo adelantado por algoritmos, que ya no hay una necesidad de acatar horarios de trabajo estrictos sino presentar productos. Todo esto hace un tanto más fácil identificar una relación laboral típica con los métodos del siglo pasado.

Ahora bien, la conexión entre trabajo informal y digitalización implica distintos matices. La digitalización demanda un conjunto de estándares muy variables según el tipo de negocio que se busque adelantar y en algunos casos es la puerta para la formalidad, mientras que en otros representa una oportunidad de ingreso de dinero para personas que de otra manera estarían ante peores condiciones de empleo sin que la manera de trabajar de manera digital sea estrictamente formal, en especial en economías que precisamente padecen de altas cifras de desempleo e informalidad.

Con esto quiero decir que, en muchos casos, el trabajo por medios telemáticos es ofrecido por un empleador con entornos laborales digitalizados bien desarrollados y con trabajadores vinculados al teletrabajo de manera formal y, consecuentemente, con

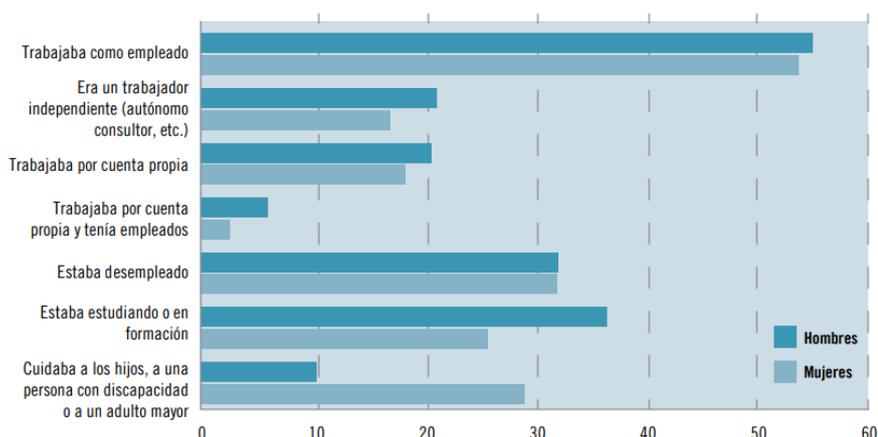
garantías laborales. De otro lado, esto también significa que los trabajos que se desarrollan implican una transición posible a los entornos digitales, de tal manera que esto deja por fuera a los trabajadores de baja cualificación y los trabajos que requieren de un entorno laboral real para poder ser adelantados. Según cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas, *“mientras en que Europa y los Estados Unidos, casi el 40% de los trabajadores puede trabajar desde su hogar, en América Latina y el Caribe esta cifra alcanza solo 21%. El total potencial de ocupados que pueden teletrabajar en la región está condicionado por los altos niveles de informalidad, que en 2018 alcanzaban más del 50% del empleo total.”* (Patiño, Poveda, & Rojas, Datos y hechos sobre la transformación digital, 2021)

Esto pareciera indicar que la informalidad termina siendo una barrera para dar el paso hacia lo digital y que esta última abre la puerta del trabajo formal, pero otro es el panorama de los trabajos en plataformas digitales.

El mercado laboral informal ha estado atado a unos trabajos con bajos niveles de cualificación, pero cuando se analizan los niveles de cualificación de las personas que hacen parte de las plataformas digitales de microtarefas, estas no carecen de educación y tampoco están desempleadas. Para ello la Organización Internacional del Trabajo realizó dos encuestas para 2015 y 2017 entre 3.500 trabajadores que residen en 75 países del mundo y que trabajan en cinco de las principales plataformas dedicadas a la asignación de microtarefas (Berg, Harmon, Harmon, Rani, & Silberman, 2019). De tal forma que, a modo de muestra del mercado, se ha encontrado que existe un nivel educativo de educación superior universitaria en estos trabajadores, así:

Sumado a ello, cuando se les indagó a estos trabajadores sobre su estado dentro del mercado laboral previo al trabajo en estas plataformas, más del 50% de ellos estaban trabajando dentro del sector formal como empleados, mientras poco más del 30% estaba desempleado.

Gráfico 3.10 Principal actividad anterior al trabajo en plataformas digitales, por género, en 2017 (porcentajes)



Fuente: Encuesta realizada por la OIT en 2017 a trabajadores de plataformas digitales. (Berg, Harmon, Harmon, Rani, & Silberman, 2019).

De esta manera, al menos para el caso de las plataformas digitales de microtarefas, no existiría una directa reducción de la informalidad con el trabajo que ofrecen. Pero como he dicho antes, esto no significa que la digitalización no represente una oportunidad importante para personas que, más allá de no alcanzar un trabajo pleno de garantías, sí encuentran en este tipo de trabajos un sustento mejor al que previamente percibían con trabajos de peores condiciones, especialmente para los países con alta informalidad y desempleo. La evolución que debería alcanzarse es la continuación hacia la formalidad plena de estos trabajadores, a través de estándares laborales mínimos para estos trabajadores, que les brinde un conjunto de garantías a las que tienen derecho porque, como lo he dicho antes, el trabajo humano es una actividad humana protegida y puerta de acceso a múltiples garantías sociales.

A continuación, analizaré la posición sobre la clasificación de trabajo atípico que realiza la Organización Internacional del Trabajo, como antesala necesaria para establecer sus implicaciones.

4.12. La clasificación del trabajo atípico por la OIT

Para la Organización Internacional del Trabajo el “*empleo atípico - también denominadas formas diversas de trabajo - es un término genérico que designa diversas modalidades de empleo que difieren del empleo estándar. Estas incluyen el empleo temporal; el trabajo a tiempo parcial; el trabajo temporal por medio de agencia; la relación de trabajo multipartita; el empleo encubierto y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente.*

Dado que el trabajo a domicilio no tiene lugar en los locales del empleador, sino en el domicilio del trabajador o en otro lugar de su elección, también se considera una

modalidad de empleo diversa. La economía de plataforma se caracteriza por su alto grado de empleo atípico.” (Organización Internacional del Trabajo, 2021)

El detalle de la clasificación de este grupo de trabajo atípico, la Organización Internacional del Trabajo, lo presenta de la siguiente manera:

- Empleo temporal (Organización Internacional del Trabajo, 2020):
 - Contratos de duración determinada
 - Trabajo ocasional
- Trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido (Organización Internacional del Trabajo, 2020)
 - Trabajo a tiempo parcial
- Relación de empleo multipartita (Organización Internacional del Trabajo, 2020)
 - Trabajo temporal a través de agencia
- Empleo encubierto/Empleo por cuenta propia económicamente dependiente (Organización Internacional del Trabajo, 2020)
 - R198 Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006

Al analizar esta clasificación, se encuentra directamente orientada a la búsqueda de la existencia de un contrato de trabajo, donde el empleador es el responsable del cumplimiento de las obligaciones mínimas laborales.

Es así como a las formas atípicas de empleo se les denomina también “*nuevas modalidades no estándares de empleo*” y precisamente sobre la posición de la Organización Internacional del Trabajo en el funcionamiento del ordenamiento jurídico laboral y acceso a derechos laborales en estas formas, dice:

*“Las nuevas modalidades no estándares de empleo, si bien se distinguen de las antiguas en aspectos muy importantes, que se detallarán más adelante, comparten un elemento muy central que permea todas las dimensiones de análisis y la mejora de políticas públicas: **la duda en torno a la existencia de una relación de trabajo dependiente. Para una efectiva regulación es imprescindible saber, en primer lugar, si se trata de una relación de trabajo dependiente, asalariado, o de un trabajo independiente, por cuenta propia.** La respuesta a esta pregunta es compleja en el caso de muchas de las formas no estándares de empleo, ya sean nuevas o antiguas, debido a que combinan elementos asociados a un trabajo dependiente con otros asociados a un trabajo independiente. Al respecto habría que tomar en cuenta, además, que las funciones de las plataformas y, por lo tanto, las modalidades específicas de las relaciones laborales varían significativamente. En segundo lugar, en caso de que se haya constatado una relación de trabajo dependiente, se trata de saber quién es el empleador, aspecto que también es complejo en muchos casos debido a la existencia de relaciones de trabajo triangulares en las que pueden participar distintos tipos de intermediarios*

(enganchadores, plataformas, contratistas o subcontratistas) que asumen parte de las responsabilidades que tradicionalmente se asocian a la figura del empleador. Determinar esto resulta aún más complejo si las funciones habituales del empleador se distribuyen, por ejemplo, entre una plataforma y el demandante del trabajo con el cual se establece la intermediación.

Las formas de empleo sobre las que surgen dudas a la hora de determinar si se trata de trabajo asalariado (dependiente) o por cuenta propia (independiente) no son un fenómeno reciente, sino que han acompañado a la OIT en toda su labor a lo largo de 100 años de existencia. Dos de estas formas son el trabajo a domicilio y el trabajo de los jornaleros que son captados mediante un enganchador, ya sea humano o virtual en el marco de las plataformas digitales. Estos ejemplos muestran que este problema ha existido en la región por lo menos desde inicios del siglo XX, aunque a lo largo de la historia han cambiado la atención y el tratamiento que se le ha otorgado por medio de las políticas públicas, así como la forma en que se han implementado dichas políticas. Con las innovaciones tecnológicas, no cambia el problema mismo, pero se agregan nuevos desafíos. Por un lado, se ha producido el reemplazo de los enganchadores tradicionales por plataformas digitales que cuentan con un alcance espacial y una cobertura potencial de personas muy superiores y que, frecuentemente, desempeñan funciones bien diferentes. Además, los sistemas digitales ejercen en muchos casos un control exhaustivo del trabajo realizado, a lo que se suma el hecho de que algoritmos informáticos y clientes asumen tareas de supervisión de los trabajadores. Por último, otro factor es la cantidad de información acumulada por las empresas en sistemas informáticos y el derecho de acceso a esta información por parte de los trabajadores.” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019)

La posición de la Organización Internacional del Trabajo frente a las formas atípicas está muy centrada en fortalecer las herramientas para regresar esas relaciones laborales, al contrato de trabajo tradicional y entiende que lo importante es actualizar a la realidad actual, los elementos jurídicos para entender el trabajo subordinado. A mi parecer, esta es una herramienta poderosa para tener en cuenta, en tanto se disponga de un estándar normativo vivo, que se alimente constantemente de la realidad, y que efectivamente permita aplicar los criterios de indicios, para descubrir el ocultamiento de actividades laborales conforme a las nuevas tecnologías. Pero no es un elemento único ya que un fenómeno social de tanta extensión como el trabajo difícilmente podrá tener espacio dentro de un único vínculo contractual de regulación.

Es decir, no puede desconocerse que se trata de la primera vía para llegar a una verdadera aplicación al principio protector aplicando un conjunto de indicios de laboralidad vivos, que se actualicen constantemente, pero para que ello ocurra, se debe revolucionar el entendimiento del trabajo objeto de estudio del derecho social, para evolucionar hacia el amparo del trabajo como hecho social que actualmente cambia en su ejercicio a causa de la tecnología. Por ello, de manera complementaria y para proteger a todo aquel grupo de trabajadores que no cuentan con una estructura típica, también es necesario contar con un

conjunto de garantías mínimas fundamentales aplicables, bien sea por la completa extensión de las garantías del trabajo dependiente a las nuevas realidades, como propuso Massimo D'Antona, o por un establecimiento de estándares esenciales del trabajo, que sean absolutamente generales y se apliquen por tener la condición de persona trabajadora, activa o en desempleo, más no por tener o no un empleador identificado, quien ejerce una subordinación jurídica concreta.

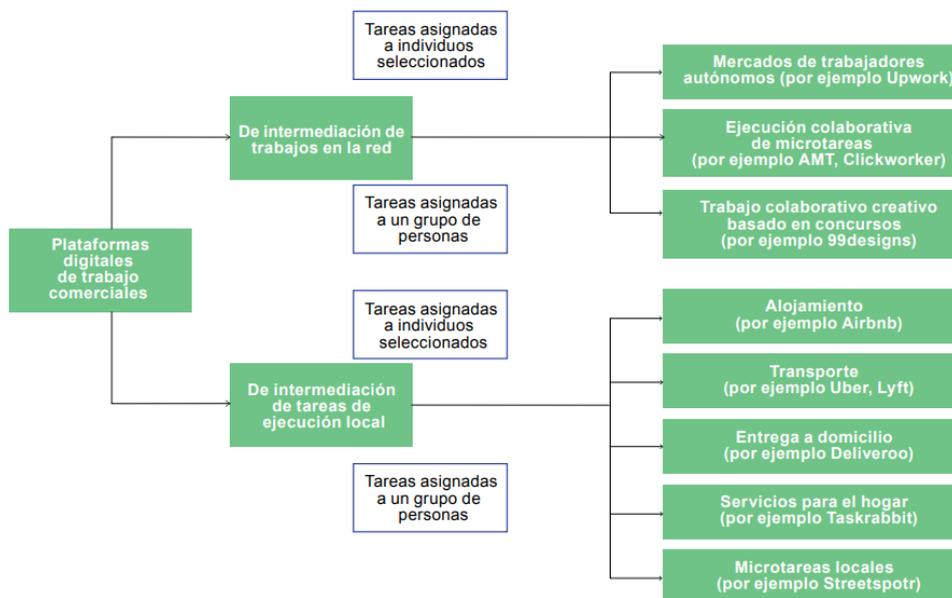
Es precisamente de este método de atracción que se categoriza al trabajo digital y al trabajo en plataformas digitales en el grupo del trabajo a domicilio, como una modalidad de trabajo subordinado cuyas formas han ido transitando desde lo que sucede con los jornaleros en el campo, para compartir los mismos principios con los repartidores de las plataformas digitales en las ciudades:

“El trabajo de los jornaleros es un fenómeno que cuenta con una larga tradición en América Latina y el Caribe, y su uso ha sido muy común en la agricultura. El contacto entre la demanda de trabajo y la oferta de potenciales trabajadores muchas veces se organiza con la ayuda de enganchadores, personas conocedoras del mercado laboral local que cobran una comisión o un porcentaje de las remuneraciones por su trabajo de intermediación. La remuneración de los jornaleros tradicionales a menudo se efectúa a trato, es decir, de manera proporcional al volumen de trabajo realizado (por ejemplo, kilos de fruta cosechada) en vez de considerar el tiempo trabajado. Así, por ejemplo, ocurre con muchos trabajadores agrícolas en México, quienes son contratados por día, pero cobran su remuneración exclusivamente sobre la base del volumen de trabajo realizado: por botes, cubetas o toneladas (FAO/CEPAL/OIT, 2012).

Con las innovaciones tecnológicas, especialmente en el ámbito de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), surgieron las condiciones para el desarrollo de una modalidad de trabajo que ha sido bautizada como de “jornaleros digitales”, que presenta muchas de las características del trabajo de los jornaleros tradicionales, pero en la que el enganchador tradicional es reemplazado por plataformas informáticas que organizan el vínculo entre la demanda y la oferta (Berg y otros, 2018; OIT, 2019a, pág. 18).

El trabajo basado en plataformas digitales se puede categorizar en distintos tipos, como se presenta en el diagrama II.1.

Diagrama II.1
Categorización de las plataformas digitales de trabajo



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la base de J. Berg y otros, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2018 y F. A. Schmidt, *Digital Labour Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017.

Al igual que en el caso del trabajo a domicilio, **una de las cuestiones que genera mayor controversia cuando se analiza el empleo que generan las plataformas es el determinar si se trata de empleo independiente o asalariado.**

(...)

En síntesis, los trabajadores de las plataformas son quienes organizan su trabajo a partir de sus propias necesidades; su tiempo de trabajo depende —al menos en parte— de ellos mismos; no necesariamente tienen dedicación exclusiva a una sola plataforma —y pueden decidir cambiar este hecho en cualquier momento—, y son ellos quienes deciden cuál va a ser su aporte de capital para poder brindar el servicio solicitado.

Sin embargo, hay otra serie de características que indicarían la existencia de una relación de dependencia entre el trabajador y la plataforma. Algunas plataformas realizan procesos de selección de colaboradores que se asemejan a los procesos de selección de personal de las empresas más tradicionales. Además, después del proceso de selección, en algunas empresas se lleva a cabo la capacitación de los colaboradores en sesiones de formación grupales. En muchos casos, las plataformas entregan a los trabajadores materiales que identifican a la empresa y los obligan a utilizarlos durante la prestación de los servicios. Por otra parte, así como la plataforma selecciona a sus colaboradores, también puede decidir de forma unilateral despedir o desvincular a sus trabajadores sin necesidad de preaviso, y sin tener que justificar la decisión ni brindarles una compensación económica, todo lo cual refleja la desigualdad existente en la

relación.” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019) (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Llama especial interés la manera como la Organización Internacional del Trabajo se centra en ubicar el concepto de empleo, a través de la existencia del componente subordinación como elemento fundacional del fenómeno del trabajo, bien sea que dicha subordinación aparezca en su versión “formal” o en su forma moderna. Al efecto, señala:

*“En casi todas las legislaciones laborales, **la existencia de una relación laboral se define por una combinación de elementos referidos al control del empleador y la subordinación o dependencia del trabajador.** En la realidad, existen numerosas situaciones donde existe control y subordinación, pero el control no se ejerce de una forma tan directa, inmediata y completa como en una relación de trabajo estándar que se desarrolla en un establecimiento de la empresa que emplea al trabajador (Casale, 2011). En este caso, **tomar la subordinación formal como único criterio conlleva el riesgo de sobreproteger relaciones laborales que de todas formas se desarrollan en un relativo equilibrio de poder entre empleador y trabajador, pero excluir relaciones en las que el trabajador está muy desprotegido y requiere urgentemente la protección de la legislación laboral** (Ameglio y Villasmil, 2011).” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019) (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

Sumado a esto y en términos de derecho laboral colectivo, indican:

*“La OIT (2019a, pág. 13) incluye otras dos recomendaciones en su informe: Garantizar la representación colectiva de los trabajadores y los empleadores a través del diálogo social como bien público, promovido activamente a través de políticas públicas. Todos los trabajadores y todos los empleadores deberán disfrutar del reconocimiento de su libertad sindical y del derecho de negociación colectiva, con el Estado como garante de esos derechos. **Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben robustecer su legitimidad representativa a través de técnicas de organización innovadoras que lleguen a quienes están involucrados en la economía de las plataformas, incluso a través del uso de la tecnología.** Asimismo, deben recurrir a su poder de convocatoria para poder traer diversos intereses en torno a la mesa de negociación. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019) (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

La Organización Internacional del Trabajo propone, por lo tanto, la aplicación de la herramienta del haz de indicios, para retomar al contrato de trabajo tradicional, donde estos nuevos tipos de empleo terminan por cumplir con los mismos elementos de una relación laboral tradicional, pero con mecanismos propios de la tecnología.

De esta manera, el enfoque primario para la protección de los trabajadores de plataformas digitales, especialmente en las de reparto, se propone un enfoque de regulación e

inspección adaptadas, determinado a lograr el trabajo decente en las formas no estándares de empleo, mediante nuevas maneras de identificar el ejercicio novedoso de las facultades empresariales tradicionales como la subordinación, por lo cual se aplica la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, con elementos como los que se describen a continuación, que fueron utilizados en un caso judicial en Uruguay:

- La integración del trabajador en la organización de la compañía
- La realización del trabajo de acuerdo con las instrucciones, o bajo el control de otra persona
- El trabajo realizado única o principalmente para beneficio de otra persona
- El desarrollo personal del trabajo en un lugar y tiempo específicos
- Trabajo de determinada duración y continuidad
- La disponibilidad del trabajador
- El suministro de herramientas, materiales y maquinaria
- Remuneración periódica (International Lawyers Assisting Workers -ILAW-Network, 2021, pág. 83)

Como mencioné previamente, considero que esta herramienta propuesta por la Organización Internacional del Trabajo es vital para lograr extender las garantías laborales mínimas, erigidas en torno al contrato de trabajo, a las nuevas formas de empleo donde siguen existiendo las estructuras mínimas necesarias para la aplicación del modelo normativo tradicional, permitiendo de esta manera que los trabajadores tengan un empleo digno, con garantías de proteger el trabajo humano. Pero considero que esto plantea una primera etapa de extensión normativa alrededor de las legislaciones del mundo, que sin duda está ocurriendo especialmente gracias a los avances ante los Tribunales judiciales que acuden a través de las cláusulas de apertura de sus legislaciones a la normatividad internacional y, en todo caso, al derecho comparado como fuente de derecho.

Sumado a ello, se necesita de otro conjunto de garantías aplicables para otro conjunto de clasificaciones y mecanismos de trabajo que no cuentan con esa estructura mínima que les permita acercarse a las garantías sociales mediante los estándares del contrato de trabajo tradicional, en donde la protección social cobra gran importancia y donde conceptos como la renta básica universal empieza a tomar gran fuerza para ser no solo discutida, sino implementada.

La Organización Internacional del Trabajo realiza una invitación inicial a generar estándares extensivos e inclusivos de control a las plataformas digitales a nivel internacional, obligando a estas y a sus clientes a respetar “determinados derechos y protecciones mínimas”, lo cual de alguna manera le resta fuerza a la apuesta inicial, de atracción de los trabajadores al trabajo subordinado, con sus reglas y garantías, pues permite unas pseudo garantías que protegen en algunas partes, desconociendo precisamente la existencia misma de los elementos del trabajo típico. Lo proponen de la siguiente manera:

“(…) Encauzar y administrar la tecnología en favor del trabajo decente. Esto significa que los trabajadores y directivos han de diseñar la concepción del puesto

de trabajo. Significa también que se adopte un enfoque de la inteligencia artificial “bajo control humano” que garantice que las decisiones definitivas que afectan al trabajo sean tomadas por personas. Debería establecerse un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas. Los avances tecnológicos requieren también de la reglamentación del uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo del trabajo.” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019) (Negrilla y subraya fuera del texto original)

La precisión tendría que realizarse, en el sentido de establecer: ¿cuáles son los derechos y protecciones mínimas? ¿son los aplicables al trabajo dependiente que se realiza de manera específica de plataformas digitales? ¿es el conjunto de garantías mínimas para cualquier trabajo, sin importar la modalidad que sea?

Efectivamente coincido en que la versión formal de la subordinación como elemento determinante de la existencia de una relación laboral típica es obsoleta en muchos casos y que por ello debe ser actualizada, para que quien preste servicios laborales personales de manera económicamente dependiente pueda ser ubicado en el marco de las garantías laborales tradicionales. Pero también está claro que no todas las maneras de prestación personal de servicios están claramente ubicadas allí y son esas zonas grises las que deberían resolverse. Me refiero especialmente al trabajo informal que, como explicaré en el capítulo dedicado a ello más adelante, es una porción muy significativa dentro del mercado laboral, especialmente en los países en desarrollo, y no accede a mayores garantías que a la asistencia social que no reconocen su trabajo por la inexistencia de la figura del empleador como responsable esencial de resguardarle ante las contingencias presentadas por causa o con ocasión del trabajo, lo que fue comprobado directamente con la pandemia con los más de 1600 millones de trabajadores de la economía informal afectados.

Esto plantea una discusión profunda en términos de regulación y de construcción de política pública, ya que el derecho del trabajo de los países desarrollados responde a mercados laborales con menores índices de informalidad, por lo tanto, la regulación termina por estar concentrada en la transformación de los criterios de subordinación a las nuevas formas que va presentando la tecnología. Y eso está muy bien, pero la dinámica de los países en desarrollo, a la par de tener estos mismos problemas, también tiene otros problemas más profundos en términos de desempleo, de informalidad y en desigualdad. Es por ello que las instituciones estatales encargadas de atender las necesidades del mercado laboral de los países en desarrollo necesitan enfocarse en resolver los problemas estructurales del trabajo que realiza su población y la manera como esas maneras de trabajar les permiten acceder a garantías sociales mínimas esperadas, como un ingreso mínimo, seguridad social integral, políticas activas y pasivas de empleo.

Por lo descrito, las medidas protectoras laborales llegan a la población de manera directa, por la celebración de un contrato de trabajo, o vía de manera indirecta mediante la absorción mediante la aplicación de indicios de laboralidad, conforme a los cuales la

tradición jurídica laboral les aplica por vía judicial, pero requieren del ejercicio del derecho de acción judicial ejercido por los trabajadores, que generalmente ocurre solo hasta que termina la relación laboral disfrazada, de tal manera que, en todo caso, durante la vigencia de la misma, la persona no accedió a las mismas.

Pero hay otra gran cantidad de trabajadores a quienes jamás les llegan las garantías sociales mínimas derivadas esencialmente del ejercicio de un contrato de trabajo, de manera directa o indirecta, y esos trabajadores jamás acceden a un conjunto de derechos que únicamente existen en el marco de ese vínculo formal típico, pero que también realizan un trabajo que aporta a la sociedad y que también afronta las dificultades que un trabajador típico tiene durante su vida laboral.

A lo que me refiero es que el trabajo no se reduce al contrato de trabajo y, consecuentemente, las garantías laborales no deberían estar limitadas a la vía directa o indirecta del contrato de trabajo; es así como considero que, en todo caso, se necesita de una actualización del concepto de trabajo como fuente de derechos en la vida productiva.

5. Una propuesta de clasificación del trabajo

Ante esta realidad de la 4ª revolución industrial, vale la pena preguntarse, si el camino a seguir es continuar fortaleciendo las herramientas jurídicas para que la población trabajadora acceda a un contrato de trabajo formal, guiado por la caracterización de 3 elementos típicos nacidos en la primera revolución industrial, de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, o se hace necesario crear estándares mínimos para la prestación personal de cualquier servicio, es decir cualquier trabajo, con nuevos estándares de financiamiento para el acceso a los beneficios económicos mínimos en el marco de un trabajo. Considero que la vía es la segunda opción, es decir, que se creen estándares generales mínimos del trabajo, no de los contratos como medida inicial de amparo y, sobre todo, para cobijar con garantías mínimas laborales a todo el mercado laboral, para que posteriormente, mediante diferentes herramientas, las personas y sus trabajos logren migrar hacia la formalidad, que brinda un conjunto de herramientas que les permitirán mejorar distintos aspectos de su vida, o lo que es lo mismo, medidas laborales para la movilidad social.

A su paso, la envergadura, financiamiento y operación de semejante cambio resulta monumental y, además, demanda de la nueva estructura jurídica que responda de manera rápida y, sobre todo, que tenga la capacidad de adaptarse con mayor pertinencia a los cambios del mercado laboral, preservando en su núcleo a la dignidad humana como eje central. Es en este paso que se centra la mayor dificultad para implementar este tipo de cambios, ya que demanda de cambios legislativos sobre los cuales se requiere de voluntad política para llevarlos a cabo, lo que no es fácil de obtener ya que generalmente tiene unos costos políticos a los que muchos temen asumir, a pesar de tratarse de una necesidad evidente además de requerir una política de estado que realmente se comprometa con llevarlo a cabo.

De esta manera, una clasificación del trabajo “típico o atípico” no sería más que informativa e histórica, pues todos los mecanismos jurídicos para su prestación de servicios humanos estarían cubiertos con los principios mínimos fundamentales, y por supuesto contarían con reglas específicas para regular su ejecución, pero sin que las herramientas jurídicas establecidas para reflejar documentalmente la voluntad de las partes, sean mecanismos de burla de derechos y, lo que es lo mismo, deriven en la negación de los mismos. En este punto resulta importantísimo que el derecho del trabajo adquiera una característica necesaria para atender un fenómeno tan cambiante como el trabajo, y es su capacidad de adaptación. Se necesita que las disposiciones que lo compongan se encuentren dirigidas a la alcanzar propósitos claros con fórmulas no sacramentales, es decir, que la capacidad de actualización e innovación jurídica haga parte también de las posibilidades que las normas permiten.

La justificación teórica que propongo para ello es la siguiente.

La definición del interés jurídicamente relevante en el derecho del trabajo permaneció estancada, y aún lo está en muchas naciones, en el marco de un contrato y no del bien jurídicamente relevante, que es el trabajo. El trabajo humano como bien jurídicamente

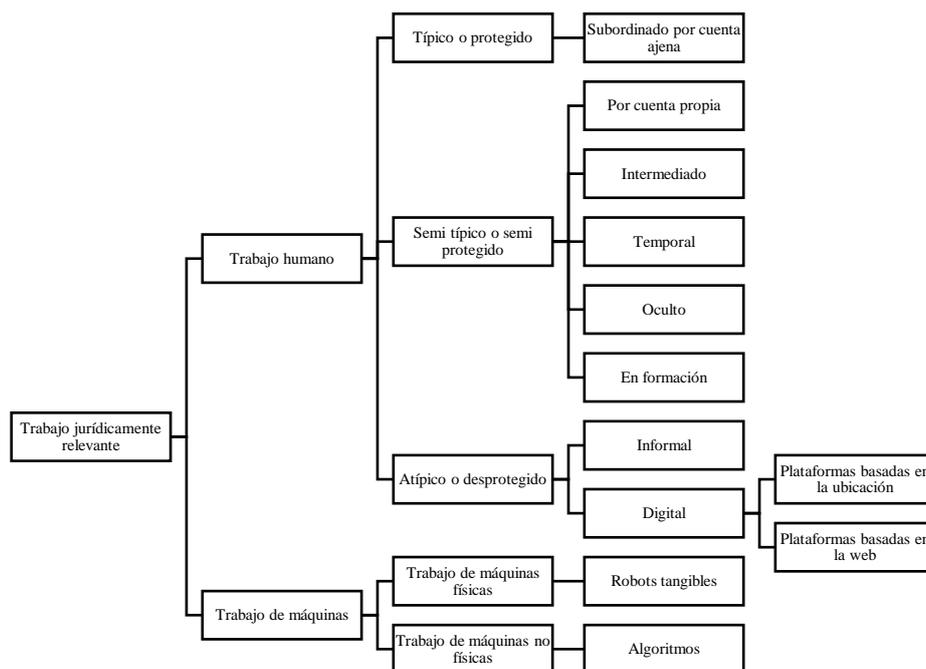
relevante y tutelado por el derecho social, da acceso a un conjunto de garantías socio laborales por la realización de un trabajo. Pero para ello, se estableció un solo tipo de trabajo y un solo tipo de contrato, que además no es una casualidad sino más bien una causalidad. El contexto histórico que presentó el ambiente necesario para dar creación al derecho del trabajo fue el que precisó de un contrato de trabajo para regular las relaciones de aquel entonces y fue sobre ese contrato que se colgaron muchas otras garantías tales como la seguridad social y la protección al desempleo. Pero ese bien jurídicamente tutelado no ha permanecido congelado a lo largo del tiempo, sino que más bien ha venido cambiando enormemente, y con gran rapidez. Es así como, a pesar de los esfuerzos de actualización desde la jurisprudencia y la doctrina, la legislación es muy lenta en responder y estandarizar los cambios que van sucediendo.

Está claro entonces que el elemento diferenciador y central del derecho social es su interés jurídicamente relevante y protegido, que no es otro sino el fenómeno social del trabajo. No es un tipo de contrato en específico, sino una actividad humana socialmente destacada. Sucedió en el caso de nuestra disciplina jurídica laboral que, al solo concebirse una única forma para prestar servicios, se olvidó la naturaleza evolutiva de la sociedad y, como consecuencia se estructuró todo un estándar de protección social atado a un solo tipo de contrato que, como explicaré a continuación, se ha erosionado con el tiempo de muchas maneras, a través de las cuales el capital pretende escapar de los “altos costos” asociados con la mano de obra como factor de producción.

Se trata entonces de un estancamiento histórico del carácter tuitivo del derecho social. Así las cosas, se considera trabajo atípico a todo aquel que no cumple con los estándares mínimos para ser considerado como trabajo estándar, vale decirlo, trabajo subordinado, remunerado y con prestación personal del servicio, es decir, todo lo que se encuentre por fuera de un contrato de trabajo es trabajo atípico. Así las cosas, hay trabajo protegido, trabajo semi protegido y trabajo desprotegido.

Ahora bien, de cara a los cambios que se presentan en el mundo del trabajo a causa de la tecnología e innovación, resulta que el trabajo jurídicamente tutelado a través de la normativa laboral, necesita plantear una agenda para la protección del talento humano, es decir, se debe especificar que el derecho laboral ampara a toda actividad **humana** libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, **que una persona natural ejecuta** conscientemente, propuesta que indudablemente presenta una definición amplísima, pero que permite precisamente su condimento con las enormemente diversas maneras de trabajo y que, conforme a tal clasificación, se formulan los elementos para garantizar derechos mínimos fundamentales de orden social.

Bajo esta premisa, puedo proponer una división inicial del trabajo, entre trabajo humano y trabajo de las máquinas, que a su vez se clasifican de la siguiente manera:



FUENTE: Elaboración propia

Lo primero que quisiera destacar es la necesidad de reconocer el trabajo de las máquinas como una clasificación relevante para el derecho del trabajo. Propongo de esta manera la clasificación para generar una distinción radical entre el abordaje que el derecho del trabajo debe tener de las labores adelantadas por máquinas y las adelantadas por humanos, resaltando precisamente que el bien jurídicamente tutelado de nuestra ciencia jurídica es el trabajo humano y, por lo tanto, la regulación del trabajo de las máquinas así lo debe reconocer para permitir compatibilizar las actividades de las personas con lo realizado por las máquinas con una perspectiva de amparo del trabajo humano. De esta manera, la agenda de los seres humanos en la regulación del trabajo es esencial para el futuro del derecho del trabajo.

Ahora bien, sobre el trabajo humano, históricamente la categoría protegida y socialmente reconocida es sinónimo de trabajo por cuenta ajena, vale decirlo, el contrato de trabajo con elementos de subordinación, formalidad, tipicidad y clásico. Esto debido a que es la única forma de prestación personal de servicios que brinda acceso a remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, protección a la dignidad del trabajador, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad de beneficios mínimos, jornada de trabajo máxima, descanso remunerado, garantía de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos laborales, capacitación y adiestramiento, protección a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad, protección al cesante. Tales son los principios mínimos fundamentales del trabajo que son estándar en el contrato de trabajo, pero no tanto en los demás tipos de empleo.

Dentro del trabajo semi protegido o semi - típico, se encuentran aquellas modalidades de trabajo que no están en el catálogo de trabajo subordinado, pero que a lo largo de los años y conforme a la legislación nacional, han ido acumulando alguna regulación que establece estándares que abrazan unos pocos principios y garantías reservados para el trabajo subordinado, bien sea vía ley o principalmente vía jurisprudencia. En este grupo se

encuentra: (i) el trabajo por cuenta propia realizado por contratistas independientes, que acceden a una regulación de su pago con el concepto de honorarios, o cuya cotización a seguridad social obligatoria está regulada, financiada por el trabajador mismo; (ii) el trabajo intermediado, dentro del cual se encuentran las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo, las empresas de servicios temporales, entre otros, todas modalidades reguladas y en las que en algunos casos implica el reconocimiento del intermediador como empleador, alejando de las responsabilidades al verdadero beneficiario del servicio; (iii) el trabajo por días, cuya corta duración impide la sostenibilidad para el financiamiento de las garantías laborales como la seguridad social, pues no acceden a garantías más allá de un salario mínimo, dada la alta movilidad de los trabajadores entre distintos empleos y con tan diversos empleadores que precisamente dificulta la el establecimiento de mecanismos de responsabilidad compartida donde el aporte de cada empleador permita dar amparo a un solo trabajador; puede decirse, la comunidad de empleador no existe a efectos de acceso a garantías laborales, dada la singularidad tradicional del concepto de empleador; (iv) o el trabajo que se descubre subordinado gracias a la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas vía indicios de laboralidad.

En el tercer eslabón, se encuentra el trabajo atípico o desprotegido, dentro del cual se encuentran todas aquellas modalidades laborales que no cuentan con un estatus de trabajador legalmente reconocido de manera directa o indirecta y consecuentemente no tienen ninguna garantía laboral, pues carecen de una contraparte identificable como su empleador bajo el estándar típico. Ocurre esto en el trabajo informal, lo que no le hace menos trabajador, pero sí le niega la legitimación jurídica de garantías laborales que dependen de la existencia de la figura del empleador. Allí está el trabajo informal, que es toda aquella labor autosostenida, generalmente de baja cualificación y orientada a la subsistencia básica. También está en este grupo el trabajo digital, dividido en dos categorías principales, que son las que ahora mismo empezamos a conocer y, sobre todo, visibilizar, pero cuya expansión y aparición de nuevas modalidades resulta inevitable. Se trata del trabajo realizado en plataformas digitales basadas en ubicación y las plataformas digitales basadas en la web, donde el uso de la tecnología en muchos casos impide la identificación de un empleador claramente y típicamente definido y, como consecuencia, anula la posibilidad de acceder a garantías laborales mínimas.

En la siguiente columna del trabajo jurídicamente relevante para el derecho laboral, se encuentra el trabajo realizado por máquinas. Al respecto es menester aclarar desde primer momento, que la inclusión de esta categoría como trabajo jurídicamente relevante, obedece a una necesidad de regulación y tipificación de las máquinas en el entorno laboral desde la perspectiva de la agenda humana, una agenda que se ve afectada por la intromisión cada vez más masiva, ya no solo a trabajos físicos, sino a trabajos intelectuales y que, por ello, está afectando a los seres humanos.

Con esto pretendo señalar que el trabajo de las máquinas resulta jurídicamente relevante en tanto afecte al trabajo humano y sea necesaria su regulación por tener impacto en el entorno laboral físico o digital que, como se ha visto a lo largo de este escrito, es de un espectro amplio, profundo y prolongado.

Paso ahora a estudiar cada categoría de trabajo jurídicamente relevante.

5.1.1. Trabajo humano

Pareciera evidente, pero el trabajo que busca amparar el derecho laboral es el trabajo humano, esencialmente debido al carácter tuitivo que pretende equilibrar las desigualdades fácticas que rodean una relación laboral, vale decirlo, busca igualar a las partes que suscriben un contrato de trabajo, mediante la generación de desigualdades jurídicas a favor de la parte más débil, que es el trabajador.

En ese sentido, esta distinción del trabajo humano versus el trabajo de las máquinas resulta esencial en la 4 revolución industrial, debido al crecimiento sostenido de la automatización, cada vez más sofisticada y cada vez más orientada a reemplazar trabajos de baja cualificación y a empezar a tomar también el espacio del trabajo intelectual, como se expuso en las secciones de La automatización y la Personalidad jurídica de los robots en el derecho del trabajo de este documento.

Sobre la importancia del trabajo humano y la necesidad de basarlo en una agenda enfocada a su protección de las amenazas que lo rodean con el paso de los años, basta con acudir al preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para entender la magnitud que se pretende alcanzar con esta regulación del trabajo humano:

“Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la

siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.”
(Organización Internacional del Trabajo, 1919)

Estos ideales siguen siendo válidos y su aplicación habrá de adaptarse a los tiempos modernos.

Evaluar otras regulaciones nacionales sobre la necesidad de proteger el trabajo humano resultaría redundante, de tal manera que me remitiré a analizar la clasificación del trabajo.

5.1.1.1. Trabajo típico – protegido - subordinado

Como se describió en capítulos anteriores⁷, en hecho histórico generador del derecho del trabajo, que permitió su división de la disciplina jurídica civil, fue la industrialización ocurrida en la edad contemporánea, que alberga la primera revolución industrial.

Se hizo necesario proteger a las personas que prestaban sus servicios en las fábricas de las terribles condiciones que enfrentaban. En ese contexto surge el derecho laboral clásico, que tiene como eje central al contrato individual de trabajo, indefinido, subordinado, regido por el ritmo de los ruidos de la fábrica, realizando un trabajo manual y repetitivo, que fue descrito por Benjamín Coriat en su obra “el taller y el cronómetro” de la siguiente manera:

“Contar, asistir, controlar: he aquí la triple exigencia que va a manifestarse -y de qué manera- en el gran desorden de la década de 1930. Un complejo dispositivo, el New Deal, y un pensamiento nuevo, el keynesianismo, se esforzarán por dale una respuesta.

De ahí resultará un estado de nuevo tipo – el Estado-plan, dirá Negri en una palabra⁸-, que progresivamente se constituirá en maestro de obras y operador general de la reproducción del trabajo asalariado, estableciendo su fuerza y legitimidad sobre las quiebras y ruinas del capital privado. La gran industria taylorizada y fordizada encuentra entonces el relevo que precisaba a fin de redoblar los dispositivos necesarios para la movilización y la reproducción de las fuerzas de trabajo entradas masivamente en el asalariado. En primer lugar, unas instituciones nuevas, los “seguros sociales” -consolidados después de la guerra en forma de sistemas nacionales de seguridad social – van a ocupar un lugar excepcional.

Imperativos “económicos” e “imperativos” políticos van a fundirse así en unos dispositivos materiales y legislativos, donde el Estado -mitad “providencia” mitad policía- se abre a su propio camino. Entre capital y sociedad civil.

⁷ Ver los capítulos (i) Las revoluciones industriales, la gran depresión, la segunda guerra mundial y el mercado laboral y (ii) Edad contemporánea.

⁸ (Negri, 1978)

Cogido así entre el taller y el Estado, no ya el sólo trabajo obrero sino el conjunto de trabajo asalariado va a alimentar en lo sucesivo a esa formidable acumulación de mercancías que caracteriza a los tiempos modernos. (...) (Coriat, 1982)

El concepto tradicional del trabajo, históricamente hablando, implica que el trabajador conocía de su oficio de primera mano mediante un mecanismo de aprendizaje basado en la experiencia propia y las enseñanzas brindadas por un maestro dentro del entorno laboral mismo, de esta manera el obrero conocía de primera mano los secretos de su oficio y por ello tenía una capacidad importante que le permitía una alta capacidad técnica que no poseía el empleador. Con la llegada de los denominados “Obreros de máquina”, también descritos por Coriat, ocurrió que ya *“no se trata de obreros de oficio propiamente dichos, sino ya de obreros parcialmente expropiados de su saber por el maquinismo”*. De esta manera, ahora el empleador extendió su facultad subordinante con mucho más detalle y la enfocó a dirigir técnicamente el ejercicio del oficio.

Luego del taylorismo y el fordismo, llegó el toyotismo que puede describirse de la siguiente manera:

“El Sistema Toyota de Producción (STP), en tanto tecnología de gestión del trabajo, es un sistema complejo de racionalización que interviene mediante sofisticados dispositivos sobre el espacio fabril y su organización técnica, sobre los trabajadores y sobre las prácticas sindicales (Álvarez 2012:46).

La construcción de la productividad toyotista tiene que ver tanto con formas "eficientes" de organizar el espacio como con un control del tiempo y de los movimientos de los trabajadores en la línea de producción. Al igual que en el taylorismo-fordismo, el sistema está basado en la eliminación de tiempos y acciones improductivas (desperdicio) para lograr la más alta productividad.

*Sin embargo, lo que da sentido al toyotismo por dentro de los espacios de trabajo son menos las rigideces que las formas flexibles de producción. Son los dispositivos de control que operan en el STP los que vehiculizan los principios fundamentales sobre los que se asienta la filosofía Toyota. **Estos principios tienen que ver con la orientación al mercado de la producción, con el alineamiento de los trabajadores a los objetivos de la empresa y con la voluntad de mejorar continuamente la productividad y la calidad del producto.***

Es el just in time, el dispositivo que permite una adaptación total tanto técnica como social a los vaivenes del mercado. Esto es, producir solo lo necesario en el momento justo y en la cantidad necesaria para que no haya desperdicio de tiempo ni de piezas. (...) (Álvarez Newman, 2012) (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Este empleo típico basa su existencia en procesos productivos de las grandes manufacturas y producción de grandes extensiones, que está en vía de extinción ante los cambios del mundo empresarial de la mano de las grandes transformaciones que la tecnología e innovación permiten. Los grandes talleres ubicados en terrenos inmensos,

con largas líneas de producción, cadenas de suministros y trabajadores con horarios estrictos dentro de un edificio, están transformándose por empresas cada vez más reducidas, procesos productivos más tercerizados y altamente especializados, sin producción en masa, sin stock, sin si quiera producción “justo a tiempo” sino por la producción predictiva.

Dentro del trabajo típico, encontramos distintas categorías a considerar, especialmente en lo que se refiere a la duración del contrato, están los contratos a término indefinido, los contratos a términos fijo, los contratos de obra o labor y los contratos de corto plazo o transitorios, a los que me referiré más adelante en el grupo del trabajo semi protegido en el capítulo del Trabajo temporal.

El estándar más protegido dentro del trabajo típico es el contrato de trabajo a término indefinido, donde las partes pactan un servicio a prestar, un horario y lugar de trabajo, un salario y de allí devienen un conjunto de garantías laborales. En este caso, las partes pactan una fecha de inicio de su relación laboral, pero no pactan una fecha de finalización. En estricto sentido, esto significa que en tanto subsistan las causas que dieron origen a este contrato de trabajo, el mismo permanecerá vigente y su terminación estará atada al cumplimiento de unos lineamientos normativos que buscan garantizar la estabilidad laboral, es decir, que el contrato no sea terminado de manera intempestiva y en detrimento de las expectativas legítimas del trabajador en cuanto a su continuidad.

Pero junto al contrato de trabajo indefinido, aparecen otras categorías de trabajo típico que empiezan a tener atributos que restan la plena garantía social. En el contrato de trabajo a término fijo estamos ante una modalidad de contratación en la que las partes conocen desde el primer momento su fecha de inicio y su fecha de terminación y, por lo tanto, se presenta la primera excepción al principio de estabilidad laboral, pues en este caso la voluntad del empleador es la que dispone de la vigencia del contrato y, según las reglas de cada país, se permite su celebración sucesiva de manera ilimitada, de tal forma que el empleador no está atado a un contrato cuya vigencia dependa de que se mantenga el trabajo objeto del contrato, sino que tiene fechas en las que puede dar por terminado el contrato sin mayor dificultad que alegar el vencimiento del tiempo inicialmente pactado, siendo facultativo del trabajador emprender acciones legales para alegar la violación del principio de buena fe en la ejecución del contrato y demás disposiciones aplicables conforme al ordenamiento jurídico interno. Esta primera manera de relativización de los derechos laborales conforme a la modalidad contractual elegida implica de plano el inicio de la pérdida de garantías laborales a largo plazo, como el acceso a seguros de desempleo, seguridad social, acceso a créditos, entre otros. Cada país cuenta con regulación diversa de este vínculo, pero las consecuencias principales de un vínculo temporal serían las descritas.

Luego también está el contrato de trabajo de obra o labor contratada, donde la vigencia del vínculo depende del cumplimiento de un producto concreto a alcanzar, por lo tanto y a diferencia del contrato a término fijo donde la fecha de terminación es expresa, en el de obra la vigencia depende de la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado el trabajador. De esta manera, la determinación de la obra respecto de la cual depende la vigencia del contrato de trabajo y la responsabilidad por el respeto de las garantías

laborales mínimas, puede resultar algo compleja en determinados casos; como cuando existe una larga cadena de contratación que dificulta identificar el beneficiario de la obra contratada y, en últimas, un responsable solidario de las obligaciones que corresponden por un trabajador respectivo.

Esta situación presenta gran relevancia en los de las largas cadenas de suministro que componen la elaboración de productos dentro de las compañías más grandes del mundo, como Nike que en 1996 tuvo que cambiar sus políticas de contratación de proveedores, cuando se les acusó de fabricar calzado y balones explotando laboralmente a niños de 6 años o menos en Indonesia y Pakistán, por lo que la multinacional terminó rompiendo relaciones con los proveedores acusados y fortaleciendo sus políticas de suministro para evitar que se les acuse de este tipo de violaciones y como parte de su política de responsabilidad social empresarial. Así las cosas, a precariedad de las condiciones sobre las cuales se celebra este contrato de trabajo típico, también corresponde a las malas prácticas de contratación laboral que buscan disminuir los costos asociados a la contratación del talento humano requerido, cuya corrección siempre depende de que el trabajador acuda a la justicia para que sean resueltos, en la enorme mayoría de los casos, a causa de la terminación del contrato de trabajo respectivo, pues durante la ejecución del contrato prefieren mantener su empleo a interponer reclamaciones que impliquen la pérdida del empleo.

De esta manera, incluso desde los contratos de trabajo típicos y protegidos, existen casos de afectación y limitado acceso a derechos sociales asociados al tipo de contratación elegido para formalizar la relación laboral. Con las clasificaciones que restan, las garantías se van disminuyendo más cada vez.

5.1.1.2. Trabajo semi típico

En esta categoría se encuadran las modalidades para la prestación de servicios que cuentan con ciertas garantías producto de una regulación específica que se ha dispuesto para estas y que, para algunos asuntos, se equiparan a las garantías de una relación laboral típica. Es por esta razón que la denomino “semi protegida”.

5.1.1.2.1. Trabajo por cuenta propia

Se le denomina trabajo autónomo, independiente, por cuenta propia, cuentapropistas de oficio, e implica dos tipos principales de trabajadores: aquellos que emprenden alguna actividad productiva si ningún tipo de relación contractual que medie en su decisión y aquellos que realizan trabajos al servicio de un tercero pero con autoridad técnica y administrativa del trabajador sobre el asunto objeto de contrato, esta última modalidad se encuentra extendida en el ejercicio de profesiones liberales y para el ocultamiento de relaciones laborales típicas.

La característica de ser actividades realizadas por personas con independencia técnica y administrativa esencialmente implica una presunción legal de que se está ante un contrato de orden civil y cuyas cláusulas y condiciones de ejecución habrán de ser regidas por el principio de autonomía de la voluntad de las partes. De esta manera, regresando un poco

al trabajo que ocurriría en el marco de los oficios en la edad media, en este caso el trabajador resulta ser una persona experta en un tema y dominar el asunto cuya asesoría solicita el cliente que le contrata.

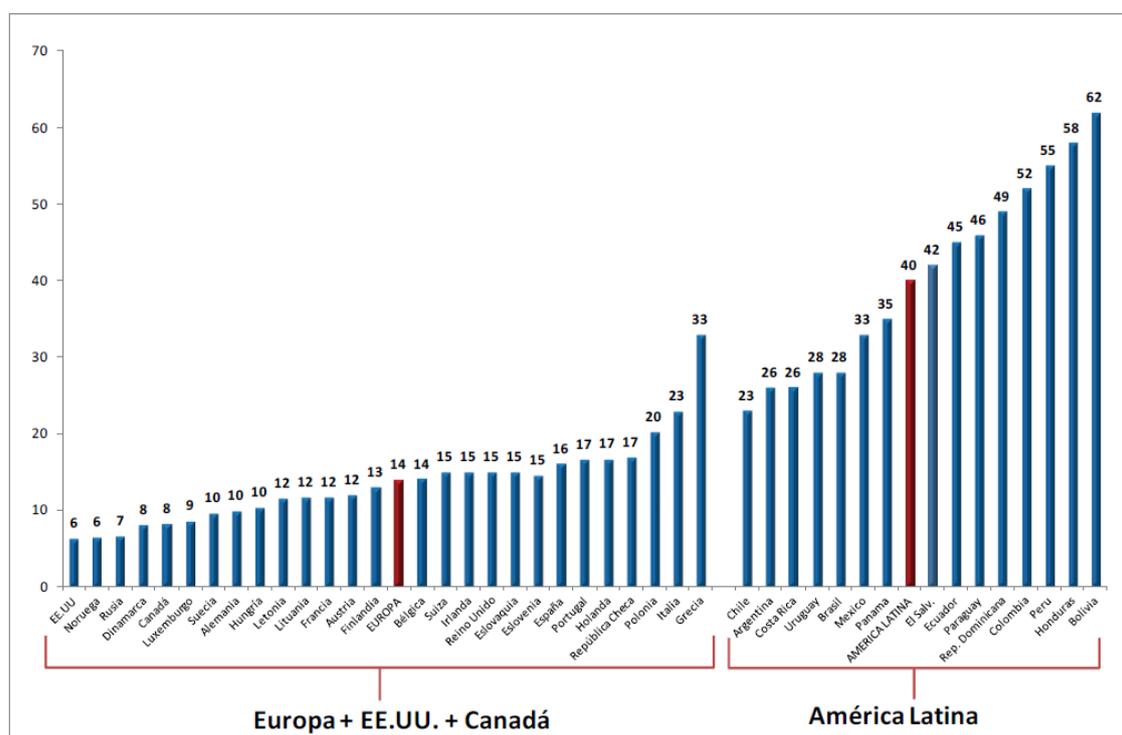
Al efecto la Organización Internacional del Trabajo analizó y dispuso en la resolución de la 20.^a Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 2018 que:

“Los trabajadores independientes son propietarios y controlan las actividades de la unidad económica para la que trabajan. Toman las decisiones estratégicas y operativas importantes sobre la unidad económica para la que realizan su trabajo y sobre la manera en que organizan su trabajo, no rinden cuentas ni son supervisados por otras personas, ni son dependientes de una sola unidad económica o persona para el acceso al mercado, las materias primas o los bienes de capital. Pueden trabajar por su cuenta o en colaboración con otros trabajadores independientes y pueden proporcionar o no trabajo a terceros” (CIET, 2018, Resolución I). (Maurizio, 2019)

Esta determinación técnica y aproximada desde la estadística y economía, es importante ya que a través de ella se mide el fenómeno que, valga decirlo, es muy representativa en el mercado laboral.

El comportamiento de las cifras en el empleo por cuenta propia son variables en distintas regiones del mundo. El porcentaje de empleo independiente en el empleo total entre 2017 y 2018 se comportó de la siguiente manera, según datos recolectados por la Organización Internacional del Trabajo, desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y encuestas a hogares de América Latina:

Porcentaje de empleo independiente en el empleo total, 2017-2018



FUENTE: (Maurizio, 2019)

Comparando solamente los promedios entre Europa, Estados Unidos y Canadá, respecto de los datos de América Latina, se evidencia claramente que el comportamiento e importancia de este tipo de empleo en el mercado laboral es muy diferente y es casi 4 veces mayor el segundo que el primero. Y dentro de la sección de América Latina, el panorama es más complejo por los perfiles de cada mercado laboral, debido a que, por ejemplo:

“mientras que los asalariados formales concentran alrededor del 50-55% del empleo total urbano en Argentina y Brasil, ellos representan un tercio del empleo en Ecuador y México, y solo alrededor de un cuarto en Paraguay y Perú. Por el contrario, la informalidad registra un valor mínimo del 18% en Brasil y alcanza casi el doble de este valor en México y Paraguay.” (Maurizio, 2019)

Sumado a ello, también reporta la Organización Internacional del Trabajo, *“esta categoría ocupacional representa alrededor de un cuarto del total de los ocupados en la región durante los últimos años, generando en países como Argentina, Ecuador o Paraguay, ingresos que representan entre el 50% y 60% del total de los ingresos en los hogares con presencia de un trabajador de este tipo.”* (Maurizio, 2019)

Se trata de una clasificación que en América Latina representa el 40% promedio del empleo total de la región, una cifra bastante significativa.

Puede verse entonces una marcada distinción entre la participación del trabajo por cuenta propia en la región Latino Americana frente a lo que ocurre en la Unión Europea, especialmente porque en América Latina el trabajo por cuenta propia es de peor calidad que el trabajo asalariado, entre otras razones porque, como he comentado a lo largo del documento, la estructura de las garantías sociales está atada a un tipo específico de contrato y no a una actividad.

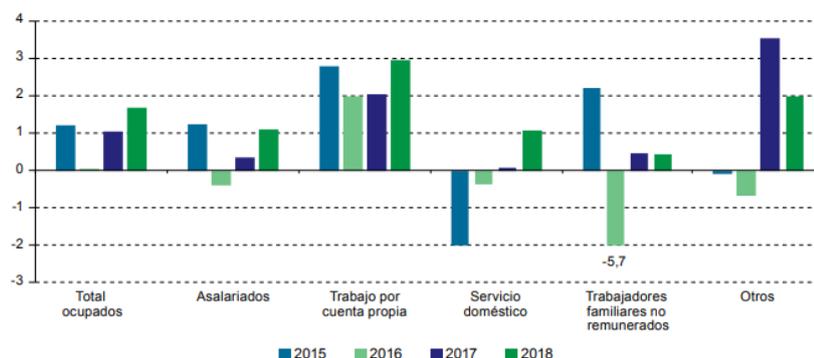
Las razones por las cuales ocurre esta alta participación del trabajo por cuenta propia se centran en la baja capacidad de las economías de esta región para crear empresas formales y, en consecuencia, empleos formales, generando un aumento de los trabajos de mala calidad en el rango del trabajo por cuenta propia y, en última instancia, de informalidad.

Así lo presenta la Comisión Económica para América Latina y el Caribe junto a la Organización Internacional del Trabajo al analizar aspectos del cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 8 (trabajo decente y crecimiento económico) de la Agenda 2030 en su publicación de Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe:

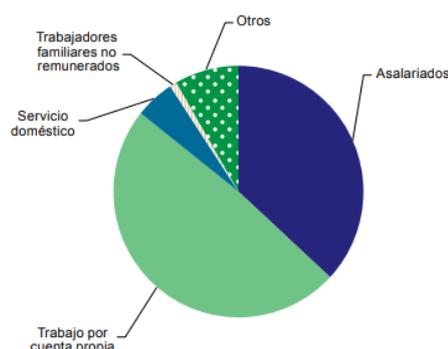
“En 2018, el número de ocupados en el mercado laboral aumentó alrededor de un 1,7%. Específicamente, la generación de empleo asalariado se aceleró levemente respecto al año anterior y alcanzó un 1,1%, la mayor tasa desde 2013. Sin embargo, por sexto año consecutivo el empleo asalariado se expandió menos que el trabajo por cuenta propia —generalmente de peor calidad—, lo que implica un continuo deterioro de la calidad media del trabajo remunerado (véase el gráfico I.5).”

Gráfico I.5
América Latina y el Caribe (12 países)^a: generación de empleo por categoría de ocupación
(En porcentajes)

A. Tasas de variación interanual, 2015 a 2018^b



B. Contribución al aumento del empleo, 2018^b



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la base de información oficial de los países.

^a Promedio ponderado de los siguientes países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana.

^b Los datos de 2018 son preliminares.

FUENTE: (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2019)

Como puede verse, el crecimiento del empleo por cuenta propia es constante, no así el empleo asalariado, lo que también significa un detrimento en la calidad del empleo que se está creando, por lo ya descrito. Las garantías laborales están atadas a una estructura contractual, no a un ejercicio social del trabajo. Sobre este particular es importante mencionar que, en Colombia, por ejemplo, la condición de trabajador independiente es utilizada para permitir a las personas realizar cotizaciones a la seguridad social sobre el salario mínimo mensual legal vigente. Esto les permite a las personas acceder a la seguridad social, realizando pagos directos y declarando su condición de trabajador por cuenta propia, aunque no exista efectivamente un contrato civil o comercial formal que les obligue a ello, sino como una puerta de acceso a la seguridad social.

Frente al nivel de protección que tiene esta categoría, en comparación con el trabajo clásico, la situación varía de país en país.

En Argentina, mediante la Ley 14.397 de 1954, se creó un régimen jubilatorio único organizado en tres cajas: empresarios, profesionales y trabajadores independientes. En estas 3 cajas, el sistema contemplaba 3 prestaciones económicas cubiertas: jubilación ordinaria (para los hombres a partir de los 60 años y para las mujeres desde los 55 años),

una jubilación por invalidez y una pensión por muerte. Para 1963 mediante el Decreto Ley 7.825 un régimen diferente para los profesionales, que fijó categorías de actividad ligadas a los años de ejercicio profesional de los afiliados.

En el 1969, a través de la Ley 18.038, se estableció un nuevo Régimen de Jubilaciones y Pensiones para Trabajadores Autónomos que dispuso la creación de una única Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos.

Varias reformas pasaron a través de los años y en la actualidad la cobertura legal de la seguridad social para los trabajadores independientes se organiza en dos regímenes contributivos: el Régimen General de Autónomos y el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes - Monotributo.

El régimen general de autónomos está regulado por la Ley 24241 de 1993 que creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) e incorporó la figura del trabajador autónomo, definido como: *“aquella persona que por sí sola o conjunta o alternativamente con otras, asociadas o no, ejerce algún tipo de actividad lucrativa, siempre que esta no configure una relación de dependencia.”* Se les clasifica en 4 grupos conforme a las actividades realizadas:

“1. Dirección, administración o conducción de cualquier empresa, organización, establecimiento o explotación con fines de lucro, o sociedad comercial o civil, aunque por esas actividades no obtengan retribución, utilidad o ingreso alguno.

2. Profesión desempeñada por graduado en universidad nacional o en universidad provincial o privada autorizada para funcionar por el Poder Ejecutivo, o por quien tenga especial habilitación legal para el ejercicio de profesión universitaria reglamentada.

3. Producción o cobranza de seguros, reaseguros, capitalización, ahorro, ahorro y préstamo, o similares.

4. Cualquier otra actividad lucrativa no comprendida en los apartados precedentes.” (Casalí, Jiménez, Lépre, Ortega, & Álvarez, 2018)

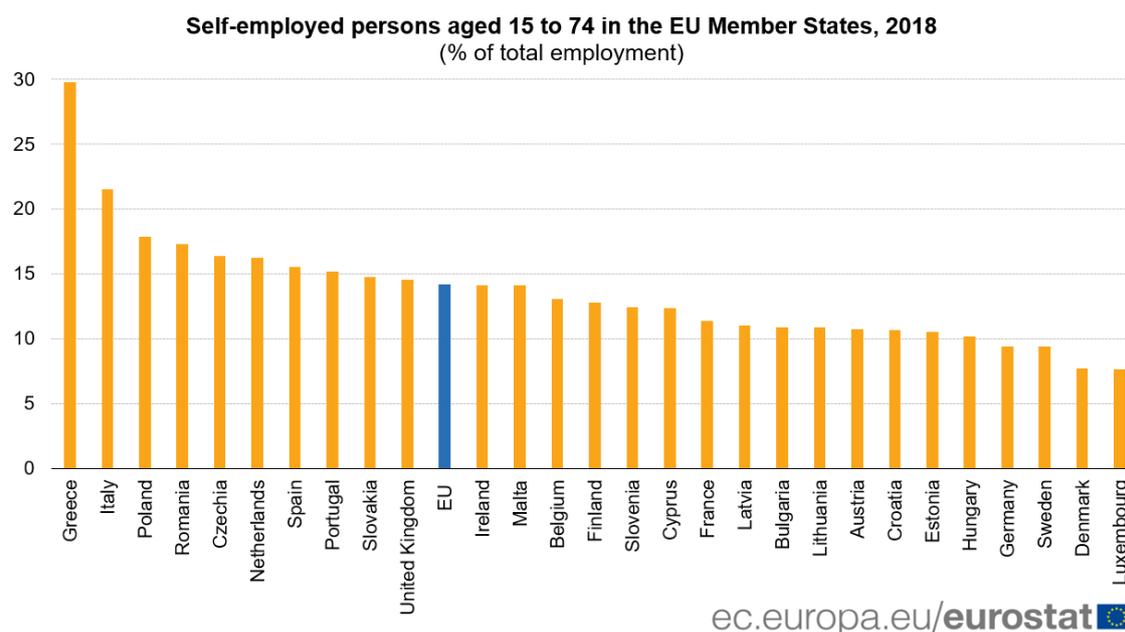
A su paso, el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo) se creó en 1998 a través de la Ley 24.977 y dentro del mismo se encuentran las personas naturales o físicas que realicen la venta de cosas muebles, locaciones y/o prestaciones de servicios, incluida la actividad primaria; los integrantes de cooperativas de trabajo, y las sucesiones indivisas que continúen la actividad de las personas físicas. También se incluye a las sociedades de hecho y comerciales irregulares que tengan un máximo de hasta tres socios. (Casalí, Jiménez, Lépre, Ortega, & Álvarez, 2018)

En cuanto a cobertura, esta incluye asistencia médica, retiro por invalidez, pensión por fallecimiento, prestación por edad avanzada y asignaciones familiares, solo para los aportantes asignados a la categoría A hasta la categoría H.

En ese contexto, las personas dentro del régimen general de autónomos acceden a las siguientes prestaciones económicas de: (i) jubilación ordinaria, cuyos requisitos de acceso a la jubilación ordinaria comprenden un mínimo de treinta años de aportes a la seguridad social y una edad mínima de 65 años para los hombres y 60 años para las mujeres; (ii) retiro por invalidez, (iii) pensión por fallecimiento, (iv) prestación por edad avanzada y (v) cobertura médico-asistencial. El haber previsional está integrado por la Prestación Básica Universal (PBU), una Prestación Compensatoria (PC) y una Prestación Adicional por Permanencia (PAP). (Casalí, Jiménez, Lépre, Ortega, & Álvarez, 2018)

Un problema que parece ser transversal en América Latina, y en Argentina y Colombia, al menos, está el acceso exclusivo de los trabajos típicos a los regímenes de protección al cesante⁹, excluyendo en consecuencia a cualquier otro tipo de trabajo, vale decirlo, dejando por fuera del amparo ante las crisis económicas a los trabajos semi típicos y a los atípicos, como expongo en el capítulo de Trabajo atípico en la pandemia.

En la Unión Europea el fenómeno es distinto, pues la participación de los trabajadores por cuenta propia en el mercado laboral es mucho menor, con 32.6 millones de personas de edades entre 15 y 14 años para 2018, lo que corresponde a un 14% en promedio del total del empleo en la Unión, de la siguiente manera:

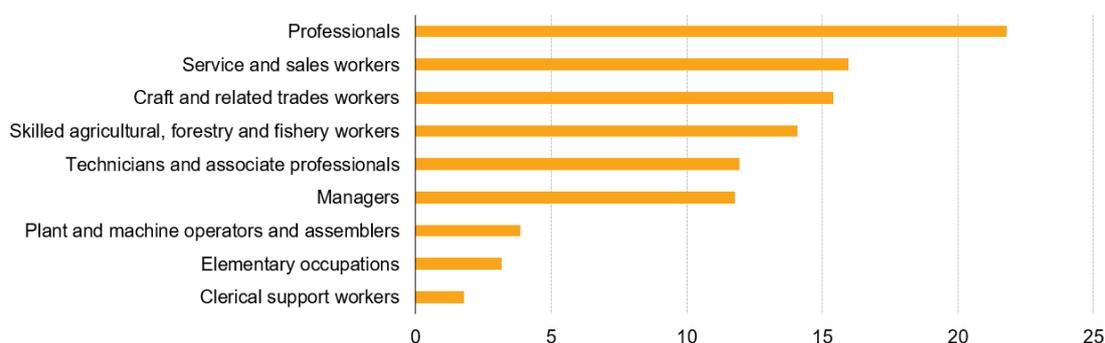


FUENTE: (Unión Europea - Eurostat, 2019)

Llama la atención el caso de Grecia, que llega a cerca del 30% de participación, seguida por Italia con el 22% y a Polonia con el 17%. Esto puede explicarse con la recomposición de un mercado laboral en las economías que no cuentan con empresas que generen empleo de calidad, entre otras razones, de tal manera que las personas deciden brindar sus servicios personales de manera independiente, distribuidos en las siguientes ocupaciones:

⁹ Ver el capítulo dedicado a los Sistemas de protección al cesante

Self-employed persons aged 15 to 74 by occupation in the EU-28, 2018
(% of total self-employed)



FUENTE: Unión Europea - Eurostat, 2019)

ec.europa.eu/eurostat 

Sumado a ello, el trabajo autónomo regido por un contrato civil donde el contratista es una persona natural que brinda servicios a un tercero, es masivamente utilizado para disfrazar verdaderas relaciones laborales, como se explicará en el capítulo de Trabajo oculto.

Puede verse entonces que el trabajo por cuenta propia se comporta distinto en los países en vía de desarrollo respecto de lo que ocurre en los países desarrollo, y que en las economías con alto trabajo por cuenta propia, también se encuentra una alta participación del trabajo informal, ya que la calidad de los trabajos por cuenta propia es generalmente mala, no solo porque recae en el mismo trabajador la asunción autofinanciada de la protección social, incluyendo la seguridad social, sino también por la inexistencia de medidas jurídicas e institucionales que brinden acceso a las garantías que los trabajadores por cuenta propia no tienen en comparación con el trabajo asalariado, insisto, dada la estructura del derecho del trabajo centrada únicamente en el contrato individual de trabajo a término indefinido.

El trabajo por cuenta propia, jurídicamente hablando, es aquel en el cual una persona con conocimiento en algún área brinda un servicio personal con autonomía técnica, administrativa y financiera a otro, a cambio del pago de unos honorarios. Pero esta definición contractual estaba inicialmente destinada a este tipo de servicios especializados, se ha ampliado de manera importante dentro del mercado laboral, para referirse genéricamente a los trabajadores que, según la Organización Internacional del Trabajo:

“trabajando por su cuenta o con uno o más socios (véase el párrafo 11), tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» (véase el párrafo 7) y no han contratado a ningún «empleado» de manera continua para que trabaje para ellos durante el período de referencia (véase el párrafo 8). Cabe notar que durante el período de referencia los miembros de este grupo pueden haber contratado «empleados», siempre y cuando lo hagan de manera no continua. (Los socios no son necesariamente miembros de la misma familia u hogar.)”
(Organización Internacional del Trabajo, 2001)

Se encuentra entonces que el trabajo por cuenta propia se deriva al trabajo independiente, que a su vez se define como:

“7. Empleos independientes: son aquellos empleos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos (en estos empleos se considera que el consumo propio forma parte de los beneficios). Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa. (En este contexto, la «empresa» se define de manera suficientemente amplia para incluir a las operaciones de una sola persona.”

De esta manera, el trabajo por cuenta propia, o trabajo independiente, se distancia del trabajo dependiente y típico en uno de sus tres elementos esenciales, la subordinación. Esta no se ejerce directamente en el ejercicio diario del trabajo, dejando de lado la regencia de las condiciones de tiempo, modo y lugar, sino enfocándose en los resultados que debe presentar el bien o servicio producido por el trabajador por cuenta propia.

Con mayor deformación de la figura, acercándose al trabajo informal especialmente en los países en desarrollo, se evidencia que los denominados trabajadores por cuenta propia son personas que adelantan actividades económicas para la subsistencia, sin que para el efecto medien contratos formales donde se identifique claramente un beneficiario del producto o servicio brindado, situación que nuevamente los pone en situación de indefensión, pues los elementos de protección social no están diseñados para estructuras contractuales donde no existe un empleador directo. Se encuentra nuevamente una precariedad en términos de garantías sociales para el trabajo.

5.1.1.2.2. Trabajo intermediado

Con el propósito de eliminar la condición de trabajador por cuenta ajena y de allí en adelante la responsabilidad a un tercero, diluyendo la capacidad tuitiva del derecho laboral, en este caso inmiscuyendo en su relación laboral a un tercero que les conecta. Esencialmente, este mecanismo busca ocultar la identidad del empleador verdadero y de esta manera defraudar al trabajador que presta sus servicios.

Esto es lo que sucede en fenómenos como las empresas de servicios temporales, que delegan la subordinación jurídica de sus trabajadores en misión para sus empresas – cliente.

Ante esta situación el derecho laboral creó la figura de “cadena de contratistas” y “beneficiario del servicio” para contener estas defraudaciones jurídicas como vías de acceso al carácter tuitivo laboral, pero eso ciertamente depende de los procesos de reclamación judicial que adelanten los trabajadores, haciendo necesario el ejercicio del derecho de acción como vía para el reconocimiento de la responsabilidad del verdadero beneficiario del servicio prestado.

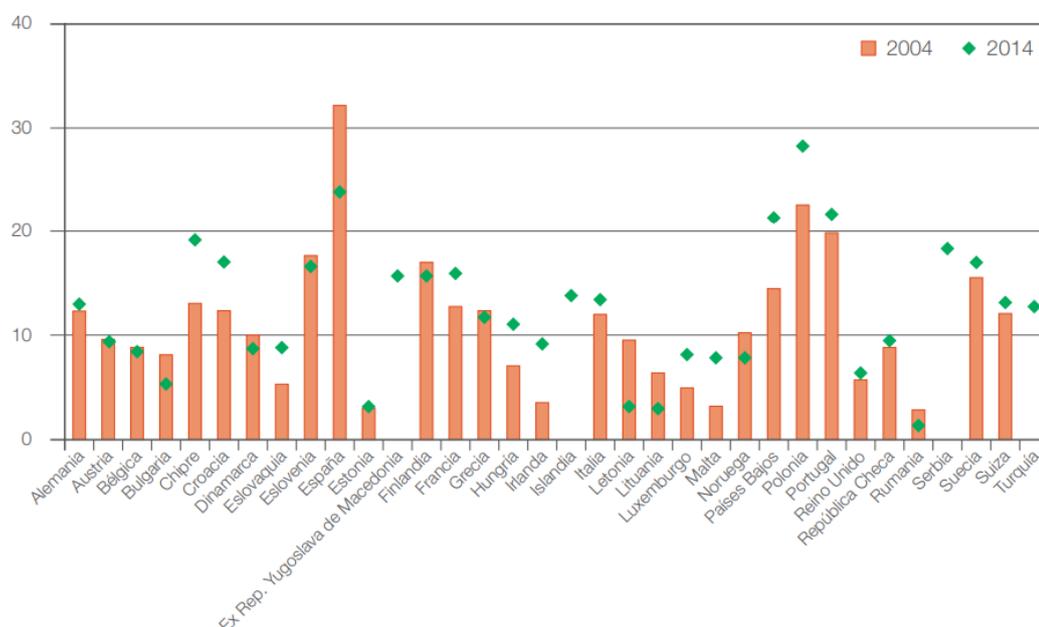
5.1.1.2.3. Trabajo temporal

Otro de los mecanismos que se utilizan frecuentemente para evadir las obligaciones y costos propios de la relación de trabajo típico, mediante el fraccionamiento en el tiempo para el desempeño de las funciones requeridas del trabajador.

Conforme a una perspectiva tuitiva de la normatividad laboral, el trabajo temporal es excepcional y de esta manera, utilizar indiscriminada y constantemente este tipo de contratos resulta violatorio de normas laborales típicas-protegidas.

En Europa, el panorama de participación del trabajo temporal respecto del trabajo protegido, es decir asalariado, entre 2004 y 2014 es la siguiente:

Gráfico 2. Empleo temporal en Europa, como proporción del empleo asalariado, 2004 y 2014



Fuente: Eurostat. (Organización Internacional del Trabajo, 2016)

Como puede verse, la regla general es el aumento del uso de esta modalidad de contratación.

El comportamiento de América Latina y el Caribe es mucho más diversa, según cifras de la Organización Internacional del Trabajo, que plantea lo siguiente:

“Mientras que en la Argentina y el Brasil el uso del empleo temporal se limita a menos del 10 por ciento, en el decenio de 1990 alcanzó en la Argentina el 20 por ciento del empleo asalariado, cuando se facilitó su uso mediante cambios en la legislación laboral que disminuyeron el costo del empleo temporal. Otros países de la región exhiben una elevada y creciente proporción de trabajo temporal, con el Ecuador y el Perú a la cabeza de la lista con más del 50 por ciento de empleados asalariados en modalidades temporales. La informalidad sigue siendo una cuestión importante tanto en América Latina como en Asia, donde muchos países

afroitan un problema de doble segmentación de los mercados de trabajo divididos entre la formalidad y la informalidad y entre los contratos temporales y los permanentes.”

Más que por el empleo temporal, en esta región se resalta la preocupación por el crecimiento sostenido del empleo informal en este territorio.

A continuación, una imagen de la incidencia del trabajo temporal en el empleo mundial, presentado por la Organización Internacional del Trabajo:

Se observa un marcado uso de esta modalidad en América Latina y el Caribe, África y Asia, vale decirlo, en las mismas regiones con alto desempleo y desigualdad.

Regresando al empleo temporal, mediante éste los trabajadores son contratados sólo por un período de tiempo específico, lo cual incluye los contratos de duración determinada, basados en proyectos o en tareas, así como el trabajo ocasional o estacional, incluido el trabajo por días, que mencioné anteriormente dentro del primer grupo del trabajo típico.

Por esta razón, el uso indiscriminado de esta modalidad de trabajo trae problemas que afectan el trabajo humano como bien jurídicamente tutelado del derecho laboral, tales como:

- (i) falta de reconocimiento de un empleador estable: los trabajadores temporales cambian constantemente de empleo y, consecuentemente, empleador, lo que afecta la posibilidad de acceder a una negociación colectiva de sus condiciones de empleo.
- (ii) dificultades de acceso a garantías laborales: como se ha resaltado insistentemente, las estructuras jurídicas tradicionales basan su composición, acceso, operación y financiamiento en contratos de trabajo indefinidos. Por esta razón, en el trabajo temporal no está adaptado para que se garantice la protección al cesante, recreación, capacitación, seguridad social sin períodos de carencia, etcétera.
- (iii) inexistencia de estabilidad laboral: este es quizá el problema más grave que afrontan los trabajadores temporales en el desarrollo de su vida productiva. La constante interrupción temporal entre uno y otro trabajo implica un muy limitado acceso a las prestaciones pensionales, indemnizaciones por terminación de contrato, cesantías, entre otros, que son elementos esenciales en el trabajo decente.
- (iv) Alta vulnerabilidad en la terminación de contratos de trabajo ante cualquier crisis: los trabajadores temporales hacen parte de los primeros grupos que son despedidos ante cualquier tipo de crisis, de manera precisa por lo mencionado anteriormente, dados los bajos costos derivados de la terminación de estos contratos.
- (v) Uso de la figura para fraude a la ley y, consecuentemente, al trabajo como bien jurídicamente tutelado. Otra de las razones por las cuales los empleadores acuden

al empleo temporal, es con el propósito de reducir sus costos relacionados al talento humano, así que acuden al mismo para ocultar relaciones laborales que deberían ser a término indefinido o acudiendo a la intermediación laboral de agencias, todo para evadir las responsabilidades propias de contar con trabajadores directos.

La situación del empleo temporal es algo cada vez más complejo en el mundo y que implica una serie de problemas a largo plazo, como ya se ha mencionado. En primer lugar, las estadísticas reportan que el trabajo temporal cobija a un grupo etario de gran importancia dentro de las políticas de empleo y, como consecuencia, para el derecho del trabajo, y son los jóvenes, quienes, en la gran mayoría de los países, mantienen altas tasas de desempleo en comparación con las medias nacionales y, como consecuencia de ello, se alejan cada vez más del trabajo típico en sus trayectorias profesionales.

Este empleo temporal puede ocurrir dada la confluencia de distintos factores, tales como la intermediación que realizan empresas de servicios temporales que precisamente se encargan de brindar servicios de personal temporal, o que permite a los jóvenes compaginar otro tipo de actividades con un trabajo formal pero temporal, entre otras, la fragmentación de actividades productivas antes desarrolladas por trabajadores típicos con contrato de trabajo a término indefinido, flexibilización de la normativa laboral que limitaba el uso de este tipo de contratos, para garantizar la baja en costos laborales como argumento para generar un alza en la cantidad del empleo, que en realidad no termina por ocurrir como lo han demostrado varias reformas laborales alrededor del mundo, tales como las ocurridas en Colombia con la Ley 50 de 1990 y otras posteriores.

En este caso y con el propósito de evitar la desmesurada proliferación de este contrato y comprobadas sus consecuencias negativas, la solución debería estar planteada en distintos frentes. El legislativo, reversando las reformas laborales que variaron las limitaciones legales que existían para el uso de este tipo de contratos bajo el argumento del aumento en el empleo, que no ocurrió. El administrativo, con un aumento en la inspección, vigilancia y control sobre el uso indiscriminado de la figura. Y judicial, mediante el fortalecimiento de los ya extendidos criterios jurisprudenciales consolidados por los jueces para evitar la burla de derechos laborales, con figuras tales como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, además de los indicios de laboralidad.

Precisamente llama la atención la reciente reforma ocurrida en España, donde se aprobó el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre, que busca la eliminación de los contratos por obra o servicio, para que exista una única modalidad de contrato temporal, restringida y con una detallada motivación para su uso como requisito. De esta manera responde el Gobierno español a las reclamaciones de la Unión Europea para tomar acciones directas sobre el uso excesivo e injustificado de este tipo de contrato. Dicta el artículo tercero, que modifica el artículo 15 del estatuto de los trabajadores, referido a la duración de los contratos de trabajo:

“Artículo 15. Duración del contrato de trabajo.

*1. El contrato de trabajo **se presume concertado por tiempo indefinido.***

El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.

2. A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1.

Entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales.

Cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses. Por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. 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.

Igualmente, las empresas podrán formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos en este párrafo. Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada. Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos.

No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores.

3. Podrán celebrarse contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. En tal supuesto, la prestación de servicios podrá iniciarse antes de

que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días.

Asimismo, el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

El contrato de sustitución podrá ser también celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

4. Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas.

También adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba.

5. Sin perjuicio de lo anterior, **las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas,** mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, **adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas.** Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

6. Las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas 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 de la persona trabajadora, esta deberá computarse según los mismos criterios para todas las personas trabajadoras, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

7. La empresa deberá informar a las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que las demás personas trabajadoras. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

Dicha información será trasladada, además, a la representación legal de las personas trabajadoras.

Las empresas habrán de notificar, asimismo a la representación legal de las personas trabajadoras los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en este artículo, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

8. Los convenios colectivos podrán establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

Asimismo, los convenios colectivos podrán establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición.

Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

9. En los supuestos previstos en los apartados 4 y 5, la empresa deberá facilitar por escrito a la persona trabajadora, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa, debiendo informar a la representación legal de los trabajadores sobre dicha circunstancia.

En todo caso, la persona trabajadora podrá solicitar, por escrito al servicio público de empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de persona trabajadora fija en la empresa.

El Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que la persona trabajadora preste sus servicios y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Dentro de las disposiciones, vale la pena resaltar los siguientes puntos:

- El contrato indefinido es la regla general. De esta manera se refuerza la vocación de largo plazo que se espera en los contratos de trabajo, para que solo bajo algunas excepciones se puedan celebrar a plazos menores que el indefinido. Y, en dos casos, se genera una presunción de derecho, es decir que no admite prueba en contrario conforme se encuentra dispuesta la redacción del artículo, conforme a la cual se entiende que “han adquirido la condición de fijas” cuando no se respetan los parámetros legales ya establecidos. También se refiere la norma a la prórroga sucesiva de contratos temporales, de tal manera que la continua renovación de contratos de trabajo temporales les convierte en contratos a término indefinido, conforme a algunos requisitos planteados por la norma. Ocurre lo propio con los contratos intermediados a través de empresas de servicios temporales.
- Se reducen a 2 las modalidades, o lo que es lo mismo, causas, para la suscripción de un contrato temporal, a: por circunstancias de producción y sustitución.

Habrá que esperar para establecer si esta reforma alcanza su cometido, pero sí es una medida que es resaltada por abordar directamente este asunto.

5.1.1.2.4. Trabajo oculto

Según la regulación que disponga cada país, se dan categorías o métodos para evadir la normatividad laboral estándar de manera total o parcial. Mediante el trabajo oculto se busca esconder por completo la existencia de una relación de trabajo típica, mediante la disposición de mecanismos formales que intentan desdibujar la realidad del trabajo ejecutado.

La manera más extendida de ocultamiento es hacer pasar el trabajo por cuenta ajena, como trabajo por cuenta propia alegando hacer uso del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Este principio de la autonomía de la voluntad de las partes como fuente de derecho es un asunto originario del derecho civil o comercial que cobra protagonismo en el marco del trabajo oculto, ya que precisamente a partir de la “autonomía de las partes” uno de los

contratantes decide, por encima de la realidad fáctica, que la relación que les une no es laboral sino comercial o civil.

Frente a las implicaciones de este principio en la normativa laboral y su alcance limitado cuando estamos ante el trabajo oculto, existen múltiples ejemplos.

Uno de ellos es el alcance de las “buenas costumbres” y su aplicación frente a la autonomía de la voluntad de las partes en celebración de contratos individuales de trabajo, o en la configuración del hecho jurídico de la relación laboral mediante el contrato realidad. En Colombia esto se dio vía jurisprudencial, apenas en el año 2010, su claridad sobre el trabajo sexual por cuenta ajena. Sucedió con una trabajadora sexual cuyo contrato de trabajo fue terminado a raíz de su estado de embarazo. En sus consideraciones para amparar los derechos fundamentales de la accionante, la Corte Constitucional precisó que si bien era cierto que “el artículo 1518 del Código Civil (C.C.), señala que el objeto sobre el que recae una obligación debe ser física y moralmente posible y agrega que “es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público” también lo es que “a la luz de la Constitución, estima la Sala que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y su reconocimiento deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos.” Concluyendo entonces que la prostitución, en tanto se desarrolle en cumplimiento de la normatividad que regula esta actividad, es una “actividad lícita, con todo y las buenas costumbres”. (Sentencia T-629 de 2010, 2010)

En otro caso sucedido en Colombia, el principio de la autonomía de las partes como fuente de derecho con capacidad de determinar la normatividad aplicable a un caso concreto, tomó relevancia el caso que se presentó por un conflicto para el reconocimiento de una relación laboral entre un sacerdote y la comunidad religiosa a la que pertenecía, que fue resuelto por los Tribunales Judiciales.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentenció la inexistencia de la relación laboral, acudiendo para ello a “establecer la real causa o motivación de los servicios del religioso”, señalando categóricamente que *“no se trata de hacer un enfrentamiento de las normas del estatuto sustantivo laboral con las del ordenamiento canónico, sino de verificar la causa, motivos y circunstancias que dieron origen al vínculo que unió a los acá contendientes (...) los dineros que percibió a lo largo de su servicio a la obra de la Universidad Santo Tomás, con independencia de la denominación que se les dio, no los recibió para incrementar su patrimonio personal o particular sino, como era lo lógico, por virtud del voto de pobreza que profesó y aún parece profesada, para beneficio de la referida comunidad.”*

Concluyendo entonces que *“su relación con la institución, obra o dependencia directa de la comunidad para la cual prestó el servicio, fue orientada fundamentalmente por la espiritualidad y gratuidad que fluyen de los votos de obediencia y pobreza profesados”* Con ello declaró que *“lo que ató al sacerdote Álvaro Galvis Ramírez, O.P., con la*

Universidad Santo Tomás no fue un contrato de trabajo sino, conforme a su opción de vida en calidad de religioso, la actividad propia de su condición de fraile de la ‘Orden de Frailes Predicadores’ de la Provincia San Luis Beltrán de Colombia, de la que es miembro y se debe, entre otras razones, por votos de pobreza y obediencia”

Esto resulta muy cercano a la aplicación de las disposiciones civiles y se intenta alejar de las normas laborales e indican que la intención del trabajador es determinante para establecer la aplicación de la regla que en derecho laboral colombiano se denomina “contrato realidad” a través del principio de primacía de la realidad sobre las formas. (Sentencia 20852 de 2004, 2004)

Posteriormente, el sacerdote acudió a la jurisdicción constitucional para que declarara la nulidad del proceso ordinario laboral por violar garantías constitucionales, vía acción de tutela, pero la Corte Constitucional determinó que sus alegaciones no prosperaron. (Sentencia de Unificación 540 de 2007, 2007)

A continuación, un análisis de la más extendida de las estrategias de ocultamiento de relaciones laborales típicas (por cuenta ajena) mediante la construcción documental de una relación semi típica (autónoma), fenómeno defraudatorio impulsado por el principio de autonomía de la voluntad de las partes y su desestimación gracias al establecimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas, el cual permite regresar al ámbito de aplicación laboral típico a aquellas actividades que por deseo del contratante/empleador fueron erróneamente clasificadas mediante acuerdos contractuales que, gracias al carácter tuitivo del derecho laboral, son nulos.

5.1.1.2.4.1. Trabajadores autónomo económicamente dependientes

Bajo la denominación de “contratistas dependientes” o “trabajador autónomo económicamente dependiente” se conoce a quienes cumplen con la descripción transcrita a continuación, a partir de los acuerdos adoptados en la última Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de la OIT:

“son trabajadores que suscriben acuerdos contractuales de índole comercial (pero no un contrato de empleo) para suministrar bienes o servicios para otra unidad económica o a través de ella. No son empleados de dicha unidad económica, pero dependen de esta para la organización y ejecución del trabajo, los ingresos, o para el acceso al mercado” (CIET, 2018, Resolución I). Es decir que se combinan aquí elementos de un típico trabajador independiente con características propias de uno asalariado y, por lo tanto, la diferenciación entre ambas categorías ocupacionales se vuelve cada vez más difusa.

En los países de la Unión Europea, alrededor del 25% de los no asalariados son, en los hechos, dependientes desde el punto de vista económico de un cliente o de un número muy reducido de ellos. Esto le imprime un carácter de subordinación a la relación laboral, pero donde, sin embargo, los derechos a los que tienen

acceso los trabajadores asalariados no necesariamente están garantizados (EUROFOUND, 2017). (Maurizio, 2019)

Estos trabajadores están demasiado cerca de las características que son propias del trabajo típico y dependiente, ya que cumplen con los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo y, por lo mismo, usualmente terminan siendo declarados sujetos de relaciones laborales disfrazadas como trabajo independiente o autónomo, esto por supuesto para aquellos que acuden a la jurisdicción para que por esta vía les sea reconocida esta calidad; situación que probatoria, jurídica y fácticamente varía en términos procesales en tanto que el empleador sea del sector privado o del sector público.

También existen casos que terminan extendiendo estas relaciones de trabajo “independientes” por décadas y así desarrollan toda su vida productiva, lo que a la postre genera unos daños graves al trabajador en términos de protección social, especialmente y como se explicará más adelante¹⁰.

¹⁰ Ver el capítulo de Pagos laborales y condiciones de trabajo

Por definición general, los trabajadores que hacen parte del trabajo típico y protegido reciben como contraprestación por los servicios brindados diferentes pagos, que varían de país en país, pero que esencialmente cubren los componentes de salario ordinario, salario por trabajo suplementario y gozan de un descanso obligatorio periódico remunerado. Junto con ello, cuentan con unos estándares de trabajo claramente establecidos que regulan las condiciones de trabajo, tales como estabilidad laboral, jornada de trabajo, recreación, seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

Todo este conjunto de pagos laborales y condiciones de empleo son completamente cercenados y únicamente se conserva el pago de un dinero por el servicio prestado, cuya modalidad generalmente es a destajo. De esta manera, cada actividad, tarea o proyecto que adelanta el trabajador le implica el pago de un monto de dinero.

Este nivel de vulnerabilidad en pagos laborales y condiciones de empleo que se niega para el trabajo semi típico y atípico, genera unas graves consecuencias:

- Inexistencia de estándares para el pago de salarios. Bajo un entendimiento general del concepto de salario, el pago que el trabajador recibe por sus servicios es único e impuesto por el empleador. Así ocurre en las plataformas colaborativas y de manera general en la *gig economy*, donde el principio de la autonomía de la voluntad privada del empresario alcanza su máxima expresión en forma de algoritmo, imponiendo de manera unilateral los pagos y eliminando la posibilidad del trabajador para reaccionar o negociar dicho pago.
- Imposibilidad y deficiencia en el acceso a la seguridad social. Como se describe en el capítulo que sigue, los trabajadores atípicos y semi típicos acceden de manera precaria a la seguridad social o esta les es negada de tajo debido a su

“inexistencia” institucional, vale decirlo, debido a que su manera de trabajar no está reconocida por el aparato estatal.

- Exclusión de la seguridad y salud en el trabajo. Los trabajadores semi típicos y atípicos son completamente invisibles en términos de protección o amparo ante las enfermedades laborales o los accidentes de trabajo. Tanto es así que el beneficiario principal de su servicio y respecto del cual son económicamente dependientes, no les brindan elementos de protección personal para el desarrollo de la labor, no los amparan en caso de accidentes, enfermedades o muerte, alegando la existencia de una modalidad que “no es trabajo”. Esta es la principal queja de los trabajadores de las plataformas colaborativas, ya que están completamente expuestos en su humanidad y desconocidos como trabajadores para el sistema.
- Negación de estabilidad laboral: tanto los trabajadores semi típicos como los típicos están completamente a la merced del deseo del contratante, beneficiario del servicio o unidad de explotación económica que se lucra sobre la explotación laboral de estas personas. Por esta razón, carecen por completo de acceso a las estructuras tradicionales de protección al paro laboral, vale decirlo, al desempleo. De país en país cambia la estructura del sistema de protección al cesante, pero permanece la dificultad enorme de involucrar en estos a los trabajadores semi típicos o atípicos.
- Problemas estructurales de financiamiento. Al ser unos trabajadores invisibles ante un sistema que solamente reconoce al trabajo típico, las estructuras tradicionales se resquebrajan ante la imposibilidad de captar a la mayoría de los trabajadores activos, aportando de esta manera al agravamiento de fenómenos como el hueco pensional; de esta manera se conoce al fenómeno que ocurre en Colombia según el cual no existe una base de cotizantes al sistema pensional de prima media con prestación definida y solidaridad, suficiente para soportar el peso de los pensionados que dependen de estos trabajadores activos para el financiamiento de sus pensiones.

Sucede lo propio con todas las demás políticas activas y pasivas de empleo que son anticíclicas y excluyentes, que durante la crisis económica en la pandemia del coronavirus COVID-19 pronunciaron las desigualdades y, en todo caso, no lograron cubrir a los trabajadores que de manera masiva quedaron sin empleo.

- Imposibilidad de acceder a normas sobre acoso laboral. Nuevamente se presenta en este caso una negación de derechos debido a categorías contractuales. En este sentido, por tratarse de trabajo semi típico o atípico, el sistema desconoce la posibilidad, por ejemplo, de que un trabajador free lance, de plataforma colaborativa o un estudiante en proceso de formación sin categoría laboral, puedan presentar quejas de acoso laboral y solo cuando la situación se agrava y del acoso

se llega al delito, es el derecho penal el que termina castigando las consecuencias de una situación que nace del entorno laboral y cuyo ocultamiento para la normativa social termina por exponer a los trabajadores a ser víctimas de sus condiciones de empleo.

- Carencia del derecho a la desconexión y privación de límites en la jornada laboral. Debido a la masificación del internet y la posibilidad de conexión 24 horas 7 días a la semana, no existe para los trabajadores por fuera del trabajo típico limitación alguna o regulación que les ampare de los riesgos del trabajo continuo y sin descanso.
- Falta de estándares transnacionales igualitarios. También sucede que las mismas plataformas colaborativas utilizan la vastedad y posibilidades que ofrece la internet para generar condiciones de empleo conforme a las cuales los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo que ofrecen las empresas multinacionales en sus operaciones, no están unificadas, sino que tienden a ser menos favorables para los trabajadores versus aquellas ofrecidas por empleadores comparables en el país anfitrión.
- No hay protección familiar. Los trabajadores típicos y semi típicos son considerados singulares y por esta razón no acceden a condiciones de empleo o pagos que correspondan a su vida familiar.
- Imposibilidad de acceso a una vivienda. El derecho de acceso a una vivienda también se encuentra altamente cimentado en las posibilidades de vigencia que se presentan en una relación de trabajo indefinida y típica, de tal manera que se niega el acceso al sistema financiero a los trabajadores semi típicos y atípicos, quienes sin estabilidad, sin salarios mínimos conforme a los estándares normativos y sin un empleador que avale la continuidad del empleo del trabajador, el acceso a una vivienda es casi imposible y depende de la capacidad de ahorro del trabajador.

En fin, la lista de derechos frente a los cuales se excluye al trabajo semi típico o típico es tan extensa como derechos se preservan a los trabajadores típicos y de los cuales están relegados los primeros. La consecuencia de esta situación es la inexistencia completa de acceso a derechos sociales basados en el trabajo y, consecuentemente, una falla central en la estructuración del bienestar social. Las personas que están por fuera de los esquemas de protección social tradicionales dependen completamente de los recursos propios para resolver las contingencias derivadas del trabajo, del estado de salud, de la familia, de la vivienda, etcétera. Y quienes carecen de la capacidad de ahorro y un patrimonio suficiente para afrontar las dificultades mencionadas, dependen de redes de apoyo familiar o de programas sociales que apenas si cubren alguna parte de lo que requieren las personas.

Esto es tan claro, que la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, que es una Agencia Tripartita de la Unión Europea dedicada a asesorar y asistir en el desarrollo de mejores políticas públicas sociales y de empleo, los describe de la siguiente manera:

“trabajadores que son autónomos formalmente pero que dependen de un solo empleador para sus ingresos

(...)

*El concepto de “trabajadores económicamente dependientes” se refiere a aquellos trabajadores que no corresponden a la definición tradicional de “empleado” - **esencialmente porque no tienen un contrato de trabajo** como empleado dependiente - pero que dependen económicamente de un solo empleador para su trabajo, es decir, una sola fuente de ingreso. El debate se centra en los acuerdos laborales emergentes que se encuentran “a medio camino” entre el trabajo por cuenta propia y el empleo dependiente. Los “trabajadores económicamente dependientes” tienen algunas características de ambos en que: (1) son **formalmente** autónomos (por lo general tienen una especie de “contrato de servicios” con el empleador); y (2) dependen de un solo empleador para sus ingresos (o gran parte de ellos). En algunos casos, los trabajadores económicamente dependientes también pueden ser similares a los empleados desde otros puntos de vista:*

- (1) Falta de una separación organizativa clara, es decir, trabajan en las instalaciones del empleador y / o utilizan el equipo del empleador;*
- (2) No hay una distinción clara de tareas, es decir, realizan las mismas tareas que algunos de los empleados existentes, o tareas que anteriormente eran realizadas por empleados y luego subcontratadas a "colaboradores"; y,*
- (3) El “servicio” que venden individualmente a los empleadores queda fuera del alcance tradicional de los “servicios profesionales”, es decir, las tareas son simples, no requieren habilidades específicas y no se necesitan conocimientos o competencias profesionales.” (Pedersini, 2002)*

Resultó necesario disponer de un mecanismo de protección, tiene un alcance global, debido a la identificación de este problema a nivel mundial. En la sesión de marzo de 2001 de la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional de Trabajo, se discutió sobre las proporciones de esta situación. Se le denominó “relaciones de trabajo ambiguas: un fenómeno mundial”

El comité del contrato de trabajo de la Conferencia Internacional del Trabajo discutió este asunto entre 1997 y 1998, para señalar la necesidad de contar con una norma internacional que proteja a los trabajadores que cumplan las siguientes condiciones: “quien preste un servicio personal a una persona natural o jurídica, bajo condiciones de subordinación o dependencia a una empresa usuaria y bajo condiciones similares a los que caracterizan

una relación laboral típica según la legislación nacional y la práctica, pero donde la persona que realiza este trabajo no tiene un reconocida relación laboral, (nuevamente agregaría “típica/subordinada”) con la empresa usuaria”¹¹. La expresión “trabajo por contrato” fue así abandonada y la citada resolución se refería provisionalmente a “los trabajadores de situaciones que necesitan protección”.

Sobre la realidad de este fenómeno en todo el globo, la Organización Internacional del Trabajo reportó:

“En junio de 2000, un informe oficial en los Estados Unidos reveló la existencia de millones de trabajadores que, más a menudo que otros, tenían ingresos familiares bajos o incluso los ingresos por debajo del umbral de pobreza federal y carecían de salud, pensión y beneficios por desempleo y no estaban cubiertos por leyes clave diseñadas para proteger a los trabajadores; un proyecto de ley se presentó en julio de 2000 con el objetivo de garantizar que los empleados no fueran excluidos indebidamente de las prestaciones de jubilación y asistencia social debido a una calificación falsa de su situación laboral.

En agosto de 2000, la Junta Nacional de Relaciones Laborales de ese país tomó una importante decisión, al establecer que muchos de los trabajadores cubiertos por el citado informe, tendrían derecho a representación en la Ley Nacional de Relaciones Laborales¹²” (International Labour Office, 2001, págs. 12, 13)

Al otro lado del Atlántico, para el 19 de diciembre del 2000 en Francia se trató un caso sobre relaciones de trabajo ambiguas y operaciones de *outsourcing*, y en ese caso la sala laboral de la Corte de Casación de ese país sentenció que un conductor que suscribió un contrato de arrendamiento de vehículo equipado como taxi era, en realidad, un trabajador dependiente, subordinado, asalariado. (International Labour Office, 2001, pág. 13)

En Australia, septiembre del mismo año 2000, la Corte Federal del Estado de Victoria, ordenó el reintegro de 70 trabajadores públicos que habían sido despedidos porque sus trabajos habían sido subcontratados ilegalmente.

A su paso, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución en la Comisión de Comunicación sobre trabajo no declarado (COM (1998) 219 - C4-0566/1998 - 1998/2082(COS) que, entre otros asuntos, analizó la responsabilidad en casos de subcontratación de trabajadores independientes ficticios¹³.

Es así como para diciembre de 2000, en Italia se firmó el primer convenio nacional para trabajadores no subordinados que abarcó a cerca de 7000 trabajadores, estableciendo las bases para futuros contratos individuales. (International Labour Office, 2001, pág. 15)

¹¹ Cfr. *Record of Proceedings* Vol. I, International Labour Conference, 86th Session, 1998, Report of the Committee on Contract Labour, p. 16/56, para. 167.

¹² Cfr. NLRB Slip Opinión No. 331-173, M.B. Sturgis, Inc., Caso No. 14-RC-11572, disponible en http://www.kentlaw.edu/faculty/mmalin/classes/oldmaterial/laborlaw/sup_mat/331-173.pdf

¹³ Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P5-TA-2000-0403&type=TA&language=EN&redirect>

Las características del fenómeno corresponden a los presupuestos jurídicos contruidos para proteger al trabajador del ocultamiento de una verdadera relación laboral, del fraude a la ley detrás de una mera formalidad contractual, bien sea porque no se les reconoce como trabajadores dependientes de la empresa que se beneficia de sus servicios o por no reconocer quién es su empleador, de tal manera que se adoptaron medidas jurídicas, relativas a la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas y el concepto de beneficiario de la obra o labor contratada en el caso de la cadena de contratistas, vale decirlo, subcontratación de trabajadores independientes ficticios.

Bajo esta alternativa se unen al derecho del trabajo típico y logran completa protección, claramente esto ocurre siempre y cuando acudan a la jurisdicción por una declaración judicial sobre su real condición.

Por lo demás, los trabajadores que permanecen en este tipo de contrataciones padecen varias afectaciones, especialmente en términos de seguridad social. A continuación, un análisis del caso colombiano.

Los trabajadores autónomos económicamente dependientes en Colombia son contratados mediante los denominados “contratos de prestación de servicios profesionales” tanto en el sector privado como en el sector público, y son contratos “civiles” sobre los cuales aplican las siguientes condiciones básicas:

- Independencia técnica y administrativa para el cumplimiento del objeto contratado y, sin embargo, generalmente estos contratos son su única fuente de ingresos.
- Para realizar el pago de sus honorarios, las personas que prestan servicios mediante estos contratos deben realizar cotizaciones a Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, sobre el 40% del valor mensualizado del contrato. Esto significa que los trabajadores están realizando aportes al sistema muy por debajo de su ingreso global mensual y, en consecuencia, la cobertura de las prestaciones económicas está lejos de corresponder a los ingresos que recibe por el ejercicio de su actividad laboral. Esto en términos de pago de las prestaciones tales como incapacidades, licencias y pensiones resultará altamente perjudicial para el trabajador, ya que, por ejemplo, la pensión de vejez corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los que cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez, y el monto mensual de la pensión de vejez estará entre el 65% y el 80% del ingreso base de liquidación según las semanas cotizadas.

De esta manera y en el mejor de los casos, al trabajador que realizó toda su vida productiva mediante contratos de prestación de servicios profesionales y en consecuencia realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones por este medio, tendrá una pensión equivalente al 32% de los ingresos que por concepto de honorarios recibía.

- No acceden a ningún tipo de protección cuando están cesantes, ya que no acceden a políticas activas o pasivas de empleo. Vale decirlo, no reciben indemnización por terminación del contrato, no acceden al mecanismo de protección al cesante, no tienen ahorro de cesantías, no acceden a la ruta de empleabilidad, no reciben capacitación para la inserción y reinserción laboral. Están completamente desprotegidos en términos de desempleo.

Específicamente en cuando a la naturaleza de este contrato semi típico y sus límites fronterizos con las protecciones reservadas al trabajo típico, se ha presentado en Colombia una especial línea jurisprudencial en los temas de: estabilidad ocupacional reforzada por maternidad y discapacidad.

Este contrato tiene una especial regulación y ejecución en el sector público, de tal manera que es en este sector que existe mayor cúmulo de casos analizados.

En primer momento, la Corte Constitucional se refirió a la naturaleza de este contrato de la siguiente manera:

*“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que **la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados**, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. **La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico**, constituye el elemento esencial de este contrato. c. **La vigencia del contrato es temporal** y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, **no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral**, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.” (Negrilla y subraya fuera del texto original) (Sentencia C-154, 1997)*

Así las cosas, la primera revisión que se realiza en estrados judiciales en este tipo de reclamaciones, es la existencia de una verdadera relación laboral. Pero con el paso de los años y viendo la necesidad de proteger el trabajo en todas sus formas, a la estabilidad ocupacional reforzada se la ha dado el estatus de derecho fundamental, respecto al cual se ha ampliado progresivamente las medidas que comprende, y los escenarios y el contexto en el que opera.

Precisamente mediante la sentencia SU-049 de 2017 la Corte Constitucional de Colombia desarrolló el concepto de estabilidad ocupacional reforzada. Todo ello a través del reconocimiento de que “*el derecho al trabajo del año 1996 es diferente al concepto que hoy está vigente en la jurisprudencia constitucional*”.

Es así como, mediante la jurisprudencia constitucional se presenta una línea jurisprudencial conforme a la cual ha ido creciendo el espectro de los escenarios constitucionales en los que se ha aplicado el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, sin que el vínculo contractual utilizado para formalizar la prestación de servicios sea un elemento que considerar para limitar el acceso a las garantías derivadas de la maternidad, así:

1. **Contratos de trabajo con mujer en estado de embarazo:** sobre este asunto no existe mayor controversia, ya que, tratándose de una modalidad de trabajo protegido, en los contratos de trabajo existe norma expresa contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo en cuyo tenor literal se contempla:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa¹⁴.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo. (...)”

2. **Contratos de prestación de servicios con mujer en estado de embarazo:** sobre el punto de la aplicación del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada en los contratos de prestación de servicios, mediante la sentencia arquimédica de unificación SU-049 de 2017 la Corte Constitucional expresó como *ratio decidendi*: “*La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad.*” De esta manera, a pesar de que efectivamente se trate de contratos no regidos por los estándares del trabajo típico, sí acceden a este derecho

¹⁴ Numeral condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-005-17 de 18 de enero de 2017, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, “en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)”.

fundamental, extendido jurisprudencialmente. En cuya consecuencia, ordenan a compañía contratante a renovar el contrato de prestación de servicios respectivo, cancelar las remuneraciones que se dejaron de pagar y la indemnización. En este caso aplicaron esta disposición para una persona con discapacidad y la indemnización es equivalente a 180 días de honorarios, pero está claro y reiterado que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada aplica sin importar el vínculo contractual, para evitar la discriminación por motivo de discapacidad o maternidad.

3. **Contratos de obra o labor:** mediante sentencia T-395 de 2018 la Corte Constitucional analizó varios casos, dentro de ellos el relativo a una mujer en embarazo, cuyo contrato de trabajo fue finalizado alegando la terminación de la obra para la cual se celebró este, señalando que se “suspende” la relación laboral sin autorización de la policía administrativa del trabajo en Colombia, que es el Ministerio del Trabajo. Para la procedencia del amparo representado en el fuero de maternidad, los presupuestos esenciales que ha determinado la Corte son: “(i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios; y que (ii) en vigencia de la citada relación laboral o de prestación, se encuentre en embarazo o dentro de los tres (03) meses siguientes al parto”¹⁵

A ello agrega la Corte que “*el alcance de esta prerrogativa se debe determinar a partir de: (i) el conocimiento del empleador*¹⁶; y (ii) *la alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.*” Sobre este último elemento, la Corte precisó que:

*“Frente a la alternativa laboral, la referida SU-070 de 2013 precisó que la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes, se aplica de manera autónoma a la modalidad del vínculo contractual que exista entre las partes*¹⁷, de ahí que para prodigar la protección constitucional por maternidad sea indistinto que se trate de un contrato laboral a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada, o incluso, un contrato de prestación de servicios. En consecuencia, de cara al desarrollo de los casos objeto de estudio, la Sala Octava de Revisión únicamente hará alusión a las reglas respecto a las alternativas laborales que interesan para la presente sentencia, por lo cual, no resumirá la totalidad de los parámetros establecidos por la decisión.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

¹⁵ Ver sentencias T-092 de 2016 y T-102 de 2013

¹⁶ Sobre este elemento, dice la Corte en sentencia T-395 de 2018: “*En cuanto al conocimiento por parte del empleador en la SU-070 de 2013 se enunciaron los eventos en los cuales se presenta esta situación, a saber: (i) cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido; (ii) cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; y (iii) cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo.*”

En la referida sentencia unificadora se advirtió que el conocimiento del empleador del estado de gestación de la trabajadora, tenía incidencia únicamente para determinar el grado de protección, mas no como presupuesto para establecer la procedencia del fuero de maternidad.”

¹⁷ Cfr. Sentencia T-583 de 2017.

La Corte fue más allá en cuanto a la indiferencia sobre el vínculo contractual que une las partes como requisito para la aplicación de la protección a la maternidad, ya que en múltiples ocasiones amparó este derecho a estudiantes que realizaban sus prácticas formativas en el marco de contratos de aprendizaje, contrato que como se analiza en el aparte dedicado al Trabajo en formación, no es un contrato de trabajo en Colombia, para la muestra las sentencias enlistadas en el numeral 6.

4. Contratos con empresas de servicios temporales: algunas de las providencias donde reiteró la aplicación del fuero de maternidad en casos donde se presenta intermediación laboral de una empresa de servicios temporales, son las siguientes: T-308/02, T-862/03, T-889/05, T-550/06, T-069/07, T-1008/07, T-1030/07, T-824/08, T-649/09, T-667/10, T-876/10, T-056/12, T-184/12 y T-662/12, entre otras.
5. Contrato realidad. Como ya se expuso en la introducción a este capítulo sobre trabajo oculto, una de las vías de protección dispuestas para evitar el escape al derecho del trabajo, es el principio de realidad sobre las formas y el nacimiento a la vida jurídica de la relación laboral termina ocurriendo mediante la vía del hecho jurídico, es decir el contrato realidad, ya que ocurre la primacía de la realidad sobre las formas que pudieron ser utilizadas para esconder la relación laboral.
6. Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada, aplicable a todas las trabajadoras sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato: entre otras, las sentencias T-1138 de 2003, T-176 de 2005, T-619 de 2006, T-1003 de 2006, T-661 de 2007, T-761 de 2007, T-440 de 2008, T-513 de 2008, T-1245 de 2008, T-471 de 2009, T-621 de 2009, T-649 de 2009, SU-070 de 2013, T-715 de 2013, T-148 de 2014, T-312 de 2014, T-092 de 2016, T-350 de 2016, T-222 de 2017, T-564 de 2017, T-583 de 2017, y T-610A de 2017.

A pesar de lo anterior, esta “semiprotección” carece en varios puntos, como se describe en el capítulo dedicado a estudiar las Principales asimetrías ius laborales. Las afectaciones a la dignidad humana por centralismo en las formas típicas de trabajo.

5.1.1.2.5. Trabajo en formación

Los contratos de aprendizaje tienen una dualidad de representaciones jurídicas en el mundo. En algunos casos se les considera trabajadores dependientes, en otros se les considera una “figura especial” que no es laboral subordinada y para efectos de este documento consideraré esta última situación como trabajo semi típico, pues no se les considera trabajadores dependientes, pero sí acceden a algunos estándares básicos.

A continuación, un estudio de los aspectos atípicos en los contratos de aprendizaje en Turquía, Egipto, India, Indonesia y Colombia, ya que en estas naciones los contratos de aprendizaje se consideran no laborales.

En Turquía, el sistema de formación mediante contratos de aprendizaje se enfoca mayoritariamente en la formación para el trabajo y su pago es obligatorio, aunque no constituye salario. (Smith & Brennan Kemmis, 2013).

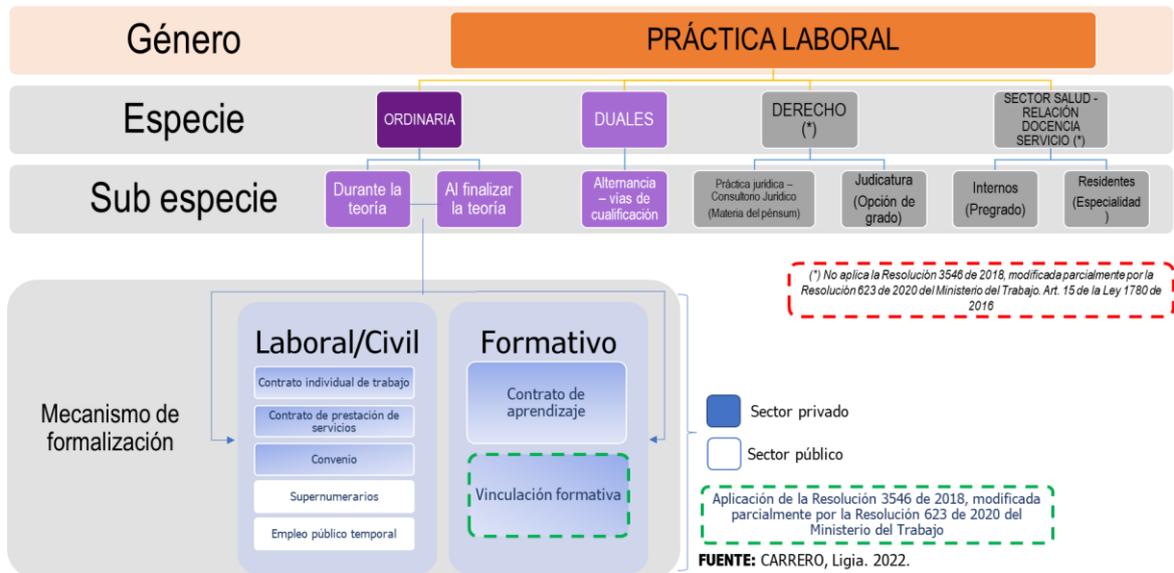
En India existen cuatro categorías de aprendices: 1. Aprendices de Comercio, 2. Aprendices graduados, 3. Aprendices Técnicos y 4. Aprendices de Técnicos (Vocacionales). A los estudiantes se les paga un estipendio, que se establece mediante regulaciones del estado y es aumentado cada dos años, basándose para ellos en el índice de precios al consumidor, esto varía según la categoría de aprendizaje que corresponda. (Smith & Brennan Kemmis, 2013).

El contrato de aprendizaje en Indonesia se encuentra regulado y esta normatividad contempla que los aprendices tienen derecho a una asignación monetaria o dinero para transporte, protección en seguridad y salud en el trabajo, seguros, una unidad de formación que comprende las instalaciones e infraestructura necesarias para la formación, así como un capacitador calificado, respecto al cual, si la empresa no puede proporcionarlo, entonces el aprendiz puede entrenar en un BLK, y finalmente, el estudiante recibe un certificado de aprendizaje al completar con éxito el programa (Ferland, 2011).

En Colombia, existe una característica especial, ya que el ordenamiento jurídico presenta como sustento para brindar el carácter especial y no subordinado típico a este contrato, que en este conjunto de actividades formativas existen tres sujetos que intervienen en su desarrollo: (i) el estudiante, (ii) la entidad donde se realiza la práctica, y (iii) la institución educativa. Así las cosas, existen tres relaciones jurídicas diversas y conexas en las prácticas laborales que implican una regulación especial.

Sumado a ello, se trata del ejercicio de actividades que implica un proceso de aprendizaje y, por lo tanto, la facultad subordinante propia de un contrato de trabajo típico no existe, habida cuenta que el estudiante carece de la cualificación que le permita ejercer la ocupación cuyo título persigue precisamente a través de su proceso formativo. Esto, por ejemplo, tiene consecuencias importantes en términos del régimen disciplinario aplicable al estudiante, ya que no pueden ser aplicadas las mismas disposiciones que a un trabajador típico.

Para regir el ejercicio de la relación jurídica que surge entre la entidad donde se desarrolla la práctica laboral y el estudiante, se han establecido diferentes modalidades contractuales, dentro de las cuales se destaca el contrato de aprendizaje, como modalidad contractual para adelantar las prácticas laborales. El siguiente cuadro presenta este conjunto de mecanismos:



FUENTE: Elaboración propia.

Especial relevancia tiene en el ordenamiento jurídico colombiano se revela en el tratamiento que jurisprudencialmente se les ha dado a las actividades formativas propias del contrato de aprendizaje, ya que, a través del lente constitucional, se le ha brindado acceso a garantías sociales reservadas para los trabajadores formales, tales como la estabilidad en sus vínculos, denominándole “estabilidad ocupacional reforzada”

Esto resulta muy llamativo, ya que se reconoce el carácter no laboral del vínculo, y se le considera adecuado a la constitución, pero para sucesos cuando la población estudiantil se encuentra en alguna condición de vulnerabilidad, se le aplican principios y garantías solamente reservados para los contratos de trabajo típicos.

En primer lugar, mediante la sentencia C-038 de 2004, se analizó la procedencia constitucional de este “contrato especial”, atípico, para los efectos de esta tesis, y al respecto se dijo:

“Entra la Corte por último a examinar el problema del contrato de aprendizaje, frente al cual el actor plantea dos objeciones básicas, fuera del cargo ya analizado de que ésta implica un retroceso en la protección de los derechos sociales. De un lado, considera que esta regulación desconoce el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (CP art 53) pues permite encubrir relaciones de trabajo bajo la apariencia de contratos de aprendizaje, a los cuales el artículo 30 acusado les elimina la naturaleza de contrato de trabajo. De otro lado, según su parecer, el inciso sexto de ese artículo vulnera el derecho a la negociación colectiva pues excluye de ésta cualquier discusión sobre la remuneración o cuota de sostenimiento a los aprendices, que es un asunto propio de las negociaciones colectivas.

46- La Corte no comparte ninguna de las dos objeciones señaladas por el actor. Así, el contrato de aprendizaje tiene múltiples especificidades frente a un contrato

de trabajo ordinario, puesto que su finalidad no es exclusivamente que el aprendiz preste un servicio personal al empleador, como sucede en la relación de trabajo ordinaria, ya que tiene otros elementos que le son característicos: así, estos contratos de aprendizaje buscan ante todo capacitar al aprendiz en un oficio determinado y facilitar su inserción en el mundo del trabajo. Estas finalidades del contrato de aprendizaje tienen claro sustento constitucional, pues no sólo es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, sino que además el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (CP art. 54). Por consiguiente, debido a esas finalidades, el contrato de aprendizaje no sólo tiene sustento constitucional, sino que además puede ser distinguido de un contrato de trabajo ordinario, que carece de esos propósitos.

Este punto ya había sido clarificado por esta Corte, quien, incluso durante la vigencia de la anterior regulación, distinguió el contrato de aprendizaje del contrato de trabajo ordinario, en los siguientes términos:

“Bajo estos supuestos, resulta evidente que para el legislador, el contrato de aprendizaje en su regulación actual no queda sujeto al ejercicio de la plena libertad contractual que rige para otras materias distintas de las laborales, ni ha sido una gracia o favor del capital al recurso humano que deba dejarse al libre desarrollo de la tensión de las fuerzas productivas y del acuerdo de voluntades entre dos partes desiguales; tampoco es el producto de la total y libre iniciativa privada, ni se trata de un contrato que pueda equipararse al contrato laboral ordinario. Todo lo contrario, se trata de una modalidad concreta de los vínculos jurídicos que pueden establecerse entre patronos y trabajadores, que por la importancia para la economía y para los derechos de los aprendices, se ha querido mantener bajo unas especiales reglas de carácter legal y administrativo, para dar pleno empleo a los recursos humanos, y para proteger, como lo advertía la anterior Constitución, a las clases proletarias, y a las de menores ingresos, en particular, como lo indica la nueva Constitución”” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

(...)

El anterior análisis es suficiente para concluir que no desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades jurídicas (CP art. 53) que la norma acusada define el contrato de aprendizaje como una forma específica dentro del derecho laboral, que es distinta al contrato de trabajo, y que por ende no se rige exactamente por las mismas reglas que el contrato de trabajo, por la sencilla razón de que en la realidad, las relaciones de aprendizaje tienen especificidades frente a la relación laboral, que justifican un trato distinto. Otra cosa es que, en la práctica, eventualmente alguna empresa busque encubrir una relación de trabajo bajo la forma de un contrato de aprendizaje, con el fin de privar al trabajador de ciertas garantías. Es obvio que esa práctica sería contraria a la Constitución y a la ley, y los funcionarios judiciales correspondientes, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las

formalidades (CP art. 53), deberán declarar la existencia del contrato de trabajo. Sin embargo, esa eventualidad, en manera alguna implica la inexecutable de una definición legal del contrato de aprendizaje que se ajusta a la Carta, pues una cosa es la inconstitucionalidad del contenido de una norma y otra su indebida e inconstitucional aplicación.

(...)

47- La Corte tampoco considera que vulnere el derecho de negociación colectiva el mandato según el cual, frente a los contratos de aprendizaje, “en ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.” Y la razón es la siguiente. Como esta Corte lo ha señalado, el derecho a la negociación colectiva no es absoluto, por lo cual puede ser limitado¹⁸, siempre y cuando esas restricciones sean proporcionadas. Ahora bien, el contrato de aprendizaje hace parte de una política general de fomento a la capacitación de la fuerza de trabajo, especialmente aquella integrada por jóvenes, así como de vinculación de esas personas al mundo del trabajo. Esas políticas prácticamente conforman un sistema de capacitación de la fuerza de trabajo, con una muy importante participación de entidades como el SENA. (Sentencia C-551, MP Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 290, 2003)

Bien puede señalarse, como varios estudios lo han señalado, que esta medida de deslaborización del contrato de aprendizaje no ha presentado los resultados que pretendió y, por lo tanto, habría de regresarse al estándar laboral original. Lastimosamente, en atención a la crisis económica actual, esto se presenta muy complejo para ser aceptado.

A su paso, precisamente teniendo en cuenta que se considera un contrato no laboral, en este caso se evidencia un paso importante en términos de apertura normativa hacia el entendimiento que, sin importar la modalidad contractual a través de la cual se preste personalmente un servicio personal en beneficio de un tercero, se debería tener acceso a un conjunto de garantías mínimas por el simple hecho de ser una persona.

Es así como, en el caso del contrato de aprendizaje, se establezca el acceso a garantías tales como la estabilidad ocupacional reforzada, término que vino a ser acuñado en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional número SU-049 de 2017¹⁹ pero que con sentencias como la T-1210 de 2008, la T-310 de 2015 y la T-040 de 2016, esa Alta Corte sostuvo que:

“La jurisprudencia constitucional ha usado de forma dominante la expresión “estabilidad laboral reforzada” para hacer alusión al derecho fundamental antes caracterizado. En nuestro medio jurídico, la locución ‘laboral’ se asocia legislativamente a las relaciones de trabajo dependiente, caracterizadas por la

¹⁸ Ver, entre otras, la sentencia C-551 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 290.

¹⁹ Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su049-17.htm>

prestación de servicios personales bajo subordinación jerárquica. No obstante, esta Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas por ejemplo en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje.” (Sentencia SU-049, 2017)

Sobre este asunto, vale la pena resaltar los siguientes apartes jurisprudenciales:

- *“(…) en lo atinente al ámbito material de protección, la Corporación ha señalado de manera reiterada y uniforme que la estabilidad no depende de la denominación del vínculo por el cual la persona logra ejercer una alternativa productiva. (…)”²⁰*
- *“Los aprendices que pierden su capacidad laboral, o un porcentaje de ella, durante la fase práctica del contrato de aprendizaje tienen derecho a que se les aplique en forma analógica el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores, consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En este punto, es preciso reiterar que la modificación a la naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje establecida en el artículo 30 de la Ley 789 de 2002 fue declarada exequible por la Sala Plena de esta Corporación por medio de la sentencia C-038 de 2004²¹, con base en los argumentos explicados en el numeral 5 de las consideraciones de la presente sentencia. Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que se sostiene es la aplicación analógica de la Ley 361 de 1997 al contrato de aprendizaje suscrito por el actor, y con el fin de resaltar las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de aprendizaje, en esta sentencia se hará referencia al derecho a la estabilidad ocupacional reforzada y no al derecho a la estabilidad laboral reforzada.*

6.3. Ahora bien, el argumento de la aplicación analógica de la Ley 361 de 1997 puede considerarse insuficiente, teniendo en cuenta que la consecuencia de esta decisión es la imposición de una carga a la empresa patrocinadora que no está expresamente establecida en la ley, situación que, puede pensarse, afecta su derecho a la libertad de empresa²² y el principio de la autonomía de la voluntad

²⁰ Ver sentencia de la Corte Constitucional número T-988 de 2012, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-988-12.htm>

²¹ Sentencia C-038 de 2004 (Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett. SV. y AV. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño. SPV. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández)

²² Constitución Política de Colombia, artículo 333. *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos no requisitos, sin autorización de la ley. // La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. // La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. // El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. // La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”*

que rige las relaciones privadas²³. Por lo tanto, es necesario establecer si el argumento planteado es acorde con otros derechos y principios constitucionales que puedan ser ponderados con el derecho a la libertad de empresa y al principio de la autonomía de la voluntad, y así establecer si la decisión de reconocerle al señor Guerrero Rueda su derecho a la estabilidad ocupacional reforzada resulta proporcionada.

Con este fin, la Sala encuentra que la decisión de reconocerle al señor Guerrero Rueda el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada, es acorde con la protección especial para las personas con discapacidad derivada de los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, en los que se consagra el deber del Estado de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, de sancionar los abusos que contra ellas se cometan²⁴, y de promover la integración social de estas personas²⁵. Asimismo, esa decisión constituiría una forma de cumplir con la obligación del Estado y de los empleadores de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, con el deber del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud²⁶, así como con su obligación especial de ofrecer educación a las personas con limitaciones físicas o mentales²⁷.

Adicionalmente, una decisión en ese sentido sería armónica con los instrumentos internacionales suscritos con el propósito de garantizar a las personas con discapacidad el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, entre los que se encuentran la Observación

²³ Código Civil, artículo 1602. “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

²⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 13. “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*”

²⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 47. “*El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.*”

²⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 54. “*Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.*”

²⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 68. “[...] La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones excepcionales del Estado.”

General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁹.

Finalmente, el reconocimiento del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada al señor Guerrero Rueda, le garantizaría el derecho al mínimo vital a una persona con discapacidad que manifiesta que no cuenta con los recursos para subsistir, derecho reconocido expresamente en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se consagra el derecho “a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida”³⁰.³¹

Sumado a lo descrito anteriormente, en Colombia existe otro mecanismo de formalización para la realización de prácticas laborales, fenómeno que al menos en el marco de lo estudiado en este documento, no se identifica en ningún otro país.

Dicho mecanismo de formalización comparte con el contrato de aprendizaje un elemento distintivo, y es su carácter atípico en el derecho laboral; vale decirlo, también es un mecanismo para la prestación personal de servicios que no está dentro de la regulación del trabajo subordinado típico, sino que el legislador le ha brindado un carácter especial con algún conjunto de garantías mínimo que permitan un adecuado ejercicio de la actividad formativa. A este mecanismo se le denomina “vinculación formativa”.

²⁸ “El Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad. Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza ‘el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna’ basada en determinados motivos especificados ‘o cualquier otra condición social’ se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.”

²⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1°. “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. // Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 1316 de 2009, “[p]or medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”

³⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 28. “Nivel de vida adecuado y protección social. 1. Los Estados Parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.”

³¹ Ver sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número T-881 de 2012, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-881-12.htm>

Fue mediante los artículos 13 y 16 de la Ley 1780 de 2016 que se creó la figura, tanto para el sector público como para el sector privado, aplicable a las relaciones formativas en escenarios laborales para estudiantes que requirieran desarrollar prácticas laborales en toda la educación post media, es decir, toda la oferta de educación formal superior, educación para el trabajo y desarrollo humano y la formación profesional integral ofertada por el Servicio Nacional de Aprendizaje.

Al respecto, es importante precisar un “colombianismo”. Frente a las denominaciones internacionales, en Colombia la formación profesional se encuentra extendida en programas de educación superior formal, bajo las denominaciones de técnico profesional y tecnólogos, pero también se entiende que dentro de esta misma se encuentran los programas de educación para el trabajo y desarrollo humano (técnico laboral) y la formación profesional integral del SENA (técnicos).

De esta manera, en lo que se refiera a la regulación de las actividades formativas en entornos laborales, sí existe una unificación de estándares mínimos en su ejecución, así:

- En el sector público:

“ARTÍCULO 13. PROMOCIÓN DE ESCENARIOS DE PRÁCTICA EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, desarrollará y reglamentará una política que incentive, fomente y coordine los programas de jóvenes talentos, orientados a que jóvenes sin experiencia puedan realizar prácticas laborales, judicatura y relación docencia de servicio en el área de la salud, en las entidades públicas, las cuales contarán como experiencia para el acceso al servicio público.

*PARÁGRAFO 1o. En caso de realizar en el sector público la práctica laboral, judicatura o relación docencia de servicio en el área de la salud, las entidades públicas **podrán realizar la vinculación formativa** del practicante y no será obligatorio celebrar convenios con la Institución Educativa, salvo en los casos en que la Institución Educativa lo solicite en el marco de la autonomía universitaria.*

PARÁGRAFO 2o. Para el proceso de desarrollo y reglamentación se contará con un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la expedición de la presente ley. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

- En el sector privado:

“ARTÍCULO 16. CONDICIONES MÍNIMAS DE LA PRÁCTICA LABORAL. Las prácticas laborales, deberán cumplir con las siguientes condiciones mínimas:

a) Edad: En concordancia con lo establecido por el Código de la Infancia y la Adolescencia, las prácticas laborales no podrán ser realizadas por personas menores de quince (15) años de edad. En todo caso, los adolescentes entre los

quince (15) y diecisiete (17) años de edad, requieren la respectiva autorización para tal fin, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

b) *Horario de la práctica: El horario de la práctica laboral deberá permitir que el estudiante asista a las actividades formativas que la Institución de Educación disponga. En todo caso, el horario de la práctica laboral no podrá ser igual o superior a la jornada ordinaria y en todo caso a la máxima legal vigente.*

c) Vinculación: Las prácticas laborales hacen parte de un proceso formativo en un entorno laboral real y en ellas participan tres sujetos: el estudiante, el escenario de práctica y la institución educativa.

Para la regulación de las relaciones de estos sujetos, se deberán celebrar acuerdos de voluntades por escrito, en los cuales se especifiquen como mínimo los siguientes aspectos: obligaciones de las tres partes, derechos de las tres partes, duración de la práctica laboral, lugar de desarrollo de la práctica, supervisión de la práctica laboral.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Lo dispuesto por las normas transcrita fue regulado mediante la Resolución 3546 de 2018 del Ministerio del Trabajo, modificada por la Resolución 623 de 2020, por la cual se fijan las condiciones mínimas para la realización de prácticas laborales y el contenido de las vinculaciones formativas en ambos casos.

Como aspectos destacados se encuentran:

- No se obliga al pago³² como retribución por las actividades que el estudiante brinda en el marco de su actividad formativa, pero en caso de que voluntariamente la empresa privada o pública que sea escenario de la práctica realice el pago de un auxilio de práctica, destinado a apoyar al practicante en el desarrollo de su actividad formativa, este debe ser igual al salario mínimo mensual vigente en proporción al horario de práctica. Así las cosas, no es obligatorio el pago, pero de hacerse debe ser igual al salario mínimo mensual.
- No aplica afiliación a seguridad social integral: los estudiantes en práctica que realizan esta actividad mediante vinculación formativa, conforme a la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 055 de 2015, compilado en el Decreto 1072 de 2015, solamente cuentan con afiliación a seguridad social en riesgos laborales.

³² Dice el numeral tercero del artículo 4° de la Resolución 3546 de 2018 del Ministerio del Trabajo de Colombia, modificada por la Resolución 623 de 2020: “3. *Con auxilio o gratuitas: Los estudiantes en prácticas laborales, en caso de así pactarlo con su escenario de práctica, podrán recibir un auxilio de práctica que corresponda al menos con el cien por ciento (100%) de la cifra del salario mínimo mensual legal vigente, en caso de que la práctica se realice a tiempo completo. Para las prácticas de tiempo parcial, el auxilio de práctica deberá ser proporcional al horario de la actividad formativa y atendiendo los límites señalados por este numeral.*

El auxilio se destina a apoyar al practicante en el desarrollo de su actividad formativa y en ningún caso constituye salario.”

Es importante mencionar que, en Colombia, el Sistema de Seguridad Social Integral tiene 4 componentes importantes: salud, pensiones, riesgos laborales y servicios sociales complementarios. Los trabajadores formales, vale decirlo, típicos, acceden con sus contratos de trabajo al sistema de seguridad social integral, con todos sus componentes y con acceso a prestaciones asistenciales y económicas para darle cobertura a las contingencias de invalidez, vejez, enfermedad y muerte según el origen que las cause.

Pero los estudiantes que inician su vida laboral a través de las prácticas laborales en el marco de sus procesos de aprendizaje, en la vinculación formativa solamente cuentan con afiliación a riesgos laborales, que es apenas uno de los componentes del sistema de seguridad social. Frente a los demás componentes de la seguridad social, la situación es la que sigue.

La afiliación a seguridad social en salud es universal en Colombia, de tal manera que una persona siempre tiene, teórica y jurídicamente desde el momento de su nacimiento, acceso a las prestaciones asistenciales en salud, pero no a las económicas. Esto quiere decir, que para poder acceder a prestaciones económicas en salud se debe tener la calidad de cotizante, conforme a las reglas del régimen general, especial o exceptuado, la cual no tienen los estudiantes a partir de su vinculación formativa, de tal manera que no accederían al pago de incapacidades y licencias cuando son de origen común. Solo accederían a prestaciones económicas de incapacidades y licencias en tanto sean de origen ocupacional.

La afiliación a pensiones tampoco aplica, de tal manera que, en el marco de su actividad formativa, no inician su etapa de cotización para protegerles de las incapacidades de más de 180 días o la vejez y la muerte de origen común.

- El horario de práctica debe ser menor a la jornada de trabajo del escenario de práctica y para menores entre 15 y 17 años, debe ser aún más corta.
- Se resalta el carácter tripartito de la vinculación formativa, el cual la distancia de la relación laboral típica, aunque como he mencionado antes, se trata de una actividad que se realiza con prestación personal del servicio. No con esto quiero decir que debería tratarse de una relación laboral típica, sino que toda prestación personal de servicios debería tener acceso a unos elementos básicos de protección social sin importar la modalidad contractual que los regule, ya que estos deberían ser los estándares básicos del mercado laboral, no del trabajo subordinado.
- La vigencia de la vinculación formativa depende exclusivamente del tiempo dispuesto por la Institución Educativa como mínimo para alcanzar las metas de aprendizaje necesarias. En ese sentido, no es la voluntad de las partes o la necesidad empresarial la que dicta esta duración, sino que lo hace la Institución Educativa.

- El régimen disciplinario aplicable al estudiante es el establecido en los reglamentos y normatividad de la Institución Educativa a la cual pertenezca. Teniendo esto todo el sentido, ya que disciplinariamente se trata al estudiante como quien es, una persona que está aprendiendo.

Por todo lo descrito, se reitera entonces que la vinculación formativa y el contrato de aprendizaje, cuando no se le considera un contrato laboral típico en las legislaciones del país respectivo, corresponden a la categoría de trabajo atípico, teniendo en cuenta que implican una prestación personal del servicio que, si bien es cierto implica un proceso de formación, también lo es que en muchas ocasiones representa un mecanismo de reemplazo de personas que deberían estar contratados mediante una relación de trabajo típica. Ello implica que los contratos de aprendizaje o la vinculación formativa cuentan con una justificación constitucional destinada a la adecuada inserción laboral de los jóvenes, basada en la reducción de los costos laborales y derivada de la eliminación de garantías laborales, conforme a la cual son un acceso a mano de obra más barata.

La población más joven, la más vulnerable y más afectada por el desempleo, es la que necesita acceso a empleos de calidad y su entrada al mercado laboral generalmente se condiciona con las actividades formativas que adelanta en el marco de sus prácticas, de tal manera que el aprendizaje necesita ser de calidad, de tal manera que las condiciones para su ejecución impliquen unas garantías mínimas fundamentales, como la seguridad social completa.

Finalmente, es importante mencionar que recientemente en España se ha emitido el Real Decreto Legislativo 32/2021 de 28 de diciembre, mencionado anteriormente en el capítulo sobre empleo temporal, en el cual se genera una reforma relativa a dos tipos de contratos formativos, el de alternancia que le apunta a la ampliación y adecuada implementación de la modalidad dual en el país enfocada a la formación profesional, y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, que le apunta a las prácticas tradicionales propias de la vía de cualificación académica, que buscan el cumplimiento de un requisito para que los estudiantes accedan a un título académico.

5.1.1.3. Trabajo atípico

En este último grupo se encuentran los trabajos que carecen casi por completo de cualquier tipo de protección jurídica para el ejercicio de esta actividad. Unos por inexistencia de reglas que permitan adaptar su situación a la protección laboral y otros por imposibilidad de identificar un sujeto responsable de las obligaciones que la estructura laboral típica requiere para funcionar.

Esta espiral de inadaptaciones jurídicas, de desconocimiento de su estructura, desarrollo, crecimiento y crecimiento en el mercado laboral, lleva a continuas negaciones a las garantías mínimas para el trabajo y sus nuevas formas de ejecución, derivando en un desconocimiento total de derechos. Por eso en esta clasificación se encuentra el trabajo atípico y desprotegido.

Aquí se encuentran el trabajo digital y el trabajo informal y paso a explicarlos.

5.1.1.3.1. Trabajadores digitales

En este grupo se encuentran aquellas labores en las cuales el lugar de trabajo es el internet sin que medie un contrato de trabajo típico, donde la conexión a este resulta estrictamente necesaria para conectar oferta y demanda de trabajo con la intermediación de un administrador de dicha plataforma. Se niega la existencia de una relación laboral típica por los elementos de tecnología que permanecen inadaptados limitando la identificación de los factores subordinantes usualmente conocidos, tales como un lugar de trabajo, un horario de trabajo, una subordinación jurídica, un régimen disciplinario, la indicación de órdenes en el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, etc. También se niega la existencia de relación laboral debido a la “dificultad” de identificar al empleador, para el caso del trabajo protegido, o del contratante, en el caso del trabajo semi protegido.

Paso a elaborar esta clasificación.

5.1.1.3.1.1. Plataformas de ubicación

Es el tipo de trabajo atípico más conocido y que está llevando a mayor debate a medida que se vuelve más notorio en las grandes urbes. Se trata del trabajo digital basado en la ubicación, dentro del cual se ubican todas aquellas plataformas³³ que otorgan porciones de un trabajo según la ubicación del trabajador, vale decirlo, las plataformas colaborativas tales como Rappi, Glovo, Uber, etcétera.

Este tipo de trabajo se ha presentado como uno resultante de la innovación de algunos pioneros que vieron en la tecnología un elemento para mejorar la vida de algunas personas, a costa de la explotación de otras tantas, resaltando la profunda desigualdad que este proceso puede derivar si no se le usa bajo estándares de trabajo humano decente, olvidando que la categoría jurídica elegida por los propietarios de la plataforma respectiva no es más que una manera de esconder una verdadera relación laboral, típica y subordinada con nuevas formas para ejercerla.

Al analizar las relaciones jurídicas que se surgen entre las partes que interactúan en todo el proceso productivo, se encuentra una plataforma digital – empleador, que da la orden a través de un algoritmo para que un trabajador se dirija desde el punto 1 al punto 2 para entregar un producto del cliente A y que recibe el cliente B. De esta manera, la relación que surge entre el *rider*, el restaurante y el cliente, es la que ocurre entre un trabajador y los clientes de su empleador. Ya que precisamente la conexión entre el trabajador y los clientes surge como consecuencia directa de la relación comercial establecida entre la plataforma y los establecimientos de comercio.

Hay un empleador: la plataforma digital que a través de un algoritmo brinda órdenes sobre el tiempo, modo y lugar en la ejecución del servicio. Se descarta como argumento para negar su existencia de la relación laboral a la “libertad” del trabajador de aceptar las ordenes de trabajo que recibe a través de la aplicación, ya que de esta libertad depende la

³³ Ver el capítulo sobre Plataformas colaborativas.

existencia de un pago, así las cosas, no resulta relevante la no aceptación de pedidos por parte del trabajador, sino que es jurídicamente relevante el momento en que acepta alguna orden y la ejecuta, pues en ese instante se configura la existencia de una relación laboral. Se trata entonces de un contrato de trabajo se activa y desactiva constantemente, donde la voluntad del empleador y el trabajador se unen cuando este último acepta un trabajo aceptado por el algoritmo diseñado por el empleador, lo que de ninguna manera puede derivar en la inexistencia global del mismo.

Hay un trabajador, el repartidor o conductor que ejecuta el trabajo de manera personal y conforme a las órdenes brindadas por el empleador.

Hay un beneficiario del servicio: el restaurante que se lucra por la actividad desarrollada por el trabajador.

Hay un cliente: que es quien recibe el producto respectivo.

Así las cosas, el trabajo en plataformas basadas en ubicación es una nueva manera de trabajo típico y subordinado que, con el paso de los años se irá ubicando por la fuerza de los acontecimientos, dentro de la normatividad típica laboral. En este proceso es absolutamente vital la agremiación sindical de estos trabajadores, como fuerza que movilice su regulación. Actualmente estos sindicatos no solicitan mucho más que protección social, pero en los tribunales judiciales seguramente sus alegaciones bien fundamentadas terminen resultando amparadas y la jurisprudencia como fuente de derecho resulte, como en muchos otros casos, la solución para la desprotección laboral que enfrentan día a día.

Teniendo en cuenta lo que sucede en España³⁴, Gran Bretaña, Francia, Italia, Alemania, el fenómeno de la regulación del trabajo en plataformas digitales está en progreso y por incipiente que parezca su regulación, es posible que estos trabajadores empiecen a acceder a ciertas garantías mínimas, especialmente de seguridad social, y gradualmente acceso a las prerrogativas propias del trabajo típico a través del contrato realidad del trabajo digital.

5.1.1.3.1.2. Plataformas basadas en la web

El trabajo digital basado en la web es mucho más difícil de encuadrar dentro del trabajo típico como vía de protección de derechos. En este caso el trabajador se encuentra mucho más aislado de las estructuras de empleador, cliente y subordinación.

La asignación de micro tareas es realizada por un algoritmo, recibida por el trabajador con una tarea específica a realizar.

La revisión de la labor adelantada por el trabajador es realizada por un algoritmo que, según la programación realizada por la plataforma-empleador, establece la calidad de la

³⁴ Se describió anteriormente cómo desde las inspecciones del trabajo en Barcelona se empezó a reconocer la existencia de formas modernas de subordinación ejercidas mediante plataformas digitales, cómo en otras naciones empezó a suceder lo mismo. Se espera que la tendencia continúe de esta manera alrededor del mundo. Ver Impacto jurídico de las plataformas colaborativas.

actividad llevada a cabo para que corresponda con los estándares de la plataforma-empleador y de cliente-beneficiario del servicio. Esto significa que existe una subordinación compleja y detalladamente establecida por la plataforma-empleador, que acude a las nuevas formas tecnológicas para ser ejercida.

Como resultado de esta situación, el poderío económico del empleador-plataforma está en capacidad de imponer las condiciones de empleo al trabajador digital, atrayéndolo con horarios de trabajo flexibles y trabajo desde casa, a costa de inexistencia de derechos laborales, inestabilidad laboral, imposibilidad de diálogo con el empleador para resolver cualquier tipo de situación ocasionada por el actuar de algoritmos. En ese sentido el trabajador carece por completo de desigualdades jurídicas a su favor que le protejan de la imposición unilateral de condiciones para el ejercicio de su labor.

Junto a este conjunto de circunstancias, se suma un asunto aún más complejo que imposibilita, conforme a las normas actuales, la efectividad de las normas nacionales que pudieran aplicarse a esta circunstancia, y ello es la territorialidad de la ley aplicada a la vastedad del internet.

Con la multiplicidad de transacciones, procesos y relaciones que se presentan a través de la internet, la inmediatez en cualquier parte del mundo es la regla. La territorialidad como elemento para determinar la ley aplicable a una circunstancia específica ha perdido toda relevancia de cara a la internet. En el caso de los trabajadores digitales a través de plataformas basadas en la web, el servicio prestado carece de toda posibilidad de lograr un criterio normativo estable para brindarle normas aplicables al caso concreto y, en consecuencia, se carece de la justiciabilidad de derechos laborales.

Un trabajador de plataforma digital presta los servicios desde su casa, sin jornada laboral específica, la plataforma realiza una intermediación de la tarea que este trabajador realiza, tanto así que el trabajador muchas veces ni siquiera conoce el nombre del cliente beneficiario de su servicio, la empresa a la cual presta sus servicios se encuentra ubicada muy lejos del sitio desde el cual el trabajador presta sus servicios, generando una dificultad insalvable en términos de acceso a normas que regulen su actividad, ya que además de existir una alta dificultad para establecer la norma aplicable al caso concreto, también sucede que no existe claridad en cuanto a la regulación de las actividades realizadas mediante internet, no hay unidad de criterio internacional al respecto, lo que hace del internet un espacio para cualquier cosa.

Por lo descrito, los trabajadores digitales de plataforma están a la merced de un algoritmo, lo que implica que el empleador, en este caso la plataforma basada en la web delega el ejercicio de esta a un robot, por instrucciones directas del empleador mismo. Es una nueva forma en la que el empleador despliega el ejercicio de su poder subordinante en las condiciones de tiempo, modo y lugar para el desarrollo de la labor del trabajador y respecto del cual asume todas las consecuencias.

5.1.1.3.2. Trabajo informal

Una compleja situación que enfrentan los trabajadores por cuenta propia es que adelantan actividades con una alta informalidad, lo que implica que no acceden a ningún tipo de protección social. Por las mismas razones, sufren de una alta inestabilidad, pobreza y son invisibles para el estado.

Sobre el trabajo informal la Organización Internacional del Trabajo se pronunció por primera vez en 1972 y lo denominó “sector no estructurado”³⁵. Utilizó el término para referirse a las actividades que adelantaban los trabajadores pobres en Kenia que no eran reconocidas, registradas, protegidas o reguladas por autoridades estatales.

Solo hasta 1991 en la 78 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se analizó la situación del “sector no estructurado”. En ese momento, se consideró promover este tipo de empleo, siempre y cuando al mismo se extendiera reglamentación y protección social, esperando en todo caso que este tipo de trabajo no se extendiera y se buscara *“erradicar paulatinamente las peores formas de explotación y de trabajo infrahumanas que se observan en ese sector”* (Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo , 1991, pág. 67)

En su momento, se resaltó la importancia de “atacar a las raíces del mal y no sólo a los síntomas» mediante «una estrategia global y diversificada», ello lastimosamente no se implementó y en la actualidad el problema creció y se hizo aún más complejo, abarcando todas las economías del mundo, incluso las industrializadas.

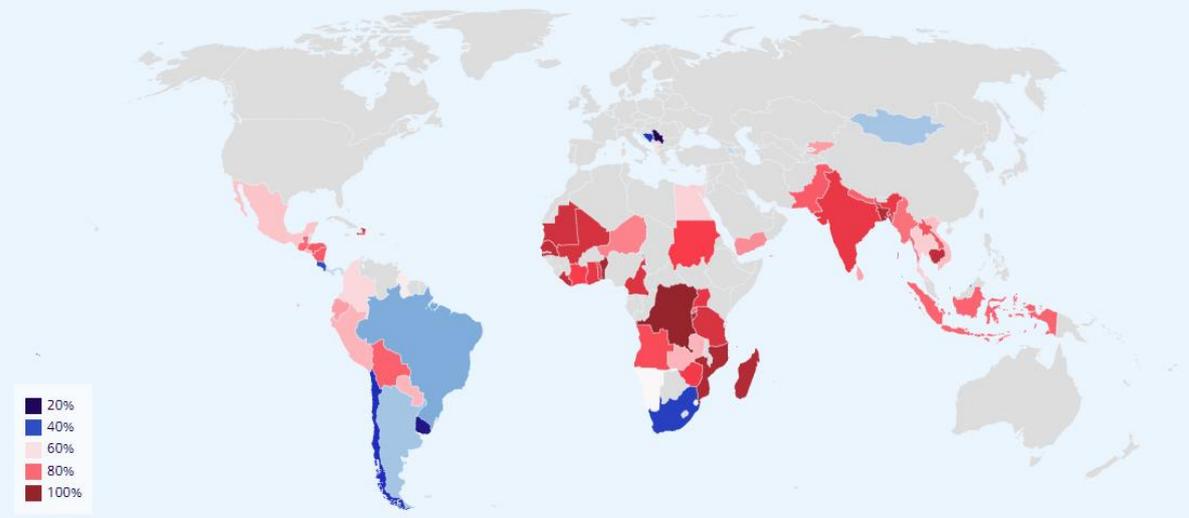
Dentro del trabajo informal se encuentran mayoritariamente las personas que no logran ubicarse en un empleo formal o que no logran emprender una actividad económica empresarial formal estable. (Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, 2002)

Las cifras de la economía informal son abrumadoras y golpean de manera a las naciones en vía de desarrollo. Como lo reporta el siguiente mapa de la Organización Internacional del Trabajo, la proporción de empleo informal por país (en porcentaje) durante el 2020,

³⁵ Lo hizo en la publicación: *OIT: Employment, incomes and equality: A strategy for increasing productive employment in Kenya (Ginebra, 1972)*.

► High shares of informality in developing countries

Share of informal employment by country (in percent), latest year



FUENTE: (Organización Internacional del Trabajo, 2021)

África es el continente más afectado y, en este sentido, tiene sentido que el trabajo digital de aplicaciones basadas en la web, especialmente aquellas que se dedican al *crowd working*, resulta una mejor opción para esta población de cara a un mercado laboral con unas condiciones tan difíciles, así:

- En la República Democrática del Congo, el trabajo informal es el 98,6% del empleo según cifras de 2005
- En Benín, el trabajo informal es el 96,8% del empleo según cifras de 2011
- En Madagascar, el trabajo informal es el 95,2% del empleo según cifras de 2005
- En Mozambique, el trabajo informal es el 95,7% del empleo según cifras de 2005
- En Mauritania, el trabajo informal es el 91,7% del empleo según cifras de 2017
- En Mali, el trabajo informal es el 91,1% del empleo según cifras de 2018
- En Liberia, el trabajo informal es el 93,4% del empleo según cifras de 2014

Según un análisis presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, como insumo para la 90 reunión en 2002, se informó que, en África, entre 1992 y 2002 el trabajo informal representó casi el 80 por ciento del empleo no agrícola, más del 60 por ciento del empleo urbano y más del 90 por ciento de los nuevos puestos de trabajo (Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, 2002). Pero, como lo muestra el gráfico anterior, la cifra ha ido en aumento y se acerca al 90 por ciento en todo el continente, donde la única excepción es Suráfrica, que según reportes del 2019 el trabajo informal llega al 35,2% del empleo total del país.

Sobre la situación de vulnerabilidad de los trabajadores informales en el mundo, simplemente habría que decir que, como la agrupación que propongo lo indica, no tienen ninguna protección. Así lo reconoce la Organización Internacional del Trabajo cuando describía su nefasto panorama en 2002:

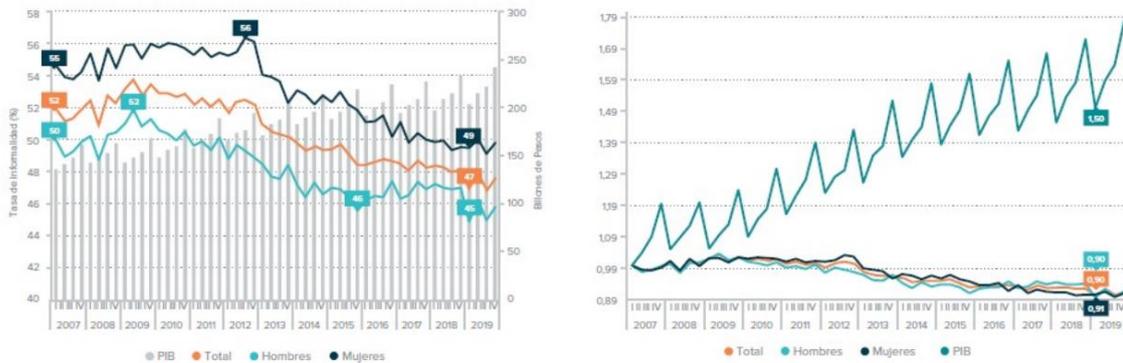
“No están reconocidos por la ley y, por consiguiente, reciben poca o ninguna protección jurídica o social, no pueden establecer contratos ni tienen asegurados sus derechos de propiedad. Es raro que puedan organizar una representación eficaz o hacer oír su voz para que se reconozca y proteja su trabajo. Su acceso a la infraestructura y a las subvenciones públicas es limitado o inexistente. Tienen que confiar como pueden en acuerdos institucionales informales, con frecuencia explotadores, para obtener información, acceso a los mercados, créditos, formación o seguridad social. Dependen en gran medida de las actitudes de las autoridades públicas, así como de las estrategias de las grandes empresas formales, su empleo es generalmente muy inestable y sus ingresos muy bajos e irregulares. Están en desventaja competitiva porque no tienen el tipo de influencia como la que pueden ejercer quienes se encuentran en la economía formal, influencia que viola algunas veces una característica esencial de toda economía de mercado como es el acceso libre y equitativo a los mercados sobre la base de la eficacia más que de la influencia. No existe una relación directa entre el trabajo informal y la pobreza, o entre el trabajo formal y escapar de la pobreza. Sin embargo, es innegable que el porcentaje de pobres que trabajan en el sector informal es mucho más alto que el de los que trabajan en la economía formal, y es aún más innegable que la proporción de mujeres pobres que trabajan en la economía informal es superior a la de los hombres pobres.

Dado que las actividades informales se desarrollan en un ámbito de vacío jurídico, las autoridades públicas las confunden algunas veces con actividades delictivas y, por consiguiente, las someten a acoso, sin excluir el soborno y la extorsión, y las reprimen.

No cabe duda de que en la economía informal hay actividades delictivas, como el tráfico de drogas, el tráfico de personas y el blanqueo de dinero (que no se abordan dentro del presente informe). También existen otras actividades ilegales, como la evasión deliberada de impuestos. Pero la mayoría de los que se encuentran en la economía informal, aunque no están registrados o declarados, producen bienes y servicios legales.” (Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, 2002)

Colombia es un país con un trabajo informal que representa el 62.1% de su empleo y la realidad de estas personas no es nada distinta a la realidad que enfrentan en todas las demás naciones del mundo. No tienen un reconocimiento jurídico claro y acceden a ciertos amparos de seguridad social por su condición de pobreza, pero no debido a su actividad laboral. Esto demuestran las cifras recopiladas por el PNUD en el marco de la misión de empleo de Colombia:

Informalidad (urbana) y crecimiento, 2007-2019



El retorno al crecimiento en términos de reducción de la informalidad es bajo.

Fuente: DANE, GEIH 2019 y Cuentas Nacionales. Cálculos PNUD. (Alvarado, Meléndez, & Pantoja, 2021)

Su representación en el ordenamiento jurídico se encuentra específicamente limitada a algunos asuntos y la protección resulta meramente accidental o como consecuencia de la regulación de otras materias. A continuación, un análisis de estos pseudo – amparos para el caso de Colombia:

- (i) Protección del derecho al trabajo versus preservación del espacio público. En ejercicio de la acción constitucional de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, los ciudadanos acuden a la jurisdicción constitucional para que en esta se realice el control concreto de constitucionalidad, donde el órgano de cierre es la Corte Constitucional de Colombia.

Es allí a donde los trabajadores informales han acudido ante los jueces para buscar la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida y especialmente a la protección al trabajo en todas sus formas³⁶ y por este mecanismo han accedido a algún tipo de protección para regular su actividad, especialmente en temas sobre conciliación entre el uso del espacio público y el ejercicio de su actividad laboral, generalmente referida a casos de vendedores estacionarios

En cuanto al estado de vulnerabilidad de los trabajadores informales, la Corte lo reconoce completamente, al señalar:

“La jurisprudencia constitucional también ha admitido que el trabajo informal es expresión de la precariedad³⁷, que se concreta en la incertidumbre sobre la manera en la que se va a desarrollar (espacios físicos, contingencias

³⁶ Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

³⁷ Sentencia T-244 de 2012.

*de seguridad, desalojos, sanciones etc.), la ausencia de protección social, los escasos recursos que se obtienen y que impiden la movilidad social, la dificultad de organizarse colectivamente para defender sus derechos (libertad de asociación) que limitan la autodeterminación del individuo y por ello ha entendido que las personas que lo ejercen son altamente vulnerables, de allí que para resolver la tensión con el espacio público (i) el Estado tiene la obligación de crear una política de recuperación que contenga alternativas económicas adecuadas que se compadezcan con las circunstancias particulares de los afectados[29]; (ii) en ese marco debe respetar el debido proceso y el principio de confianza legítima de los trabajadores dedicados a la venta informal que pueden verse gravemente afectados con los cambios bruscos e intempestivos³⁸; (iii) cuando las autoridades estatales, en ejercicio de su obligación constitucional de velar por la protección del espacio público adoptan políticas que puedan implicar afectación en las garantías de sus ocupantes, por tratarse de personas que están en condiciones económicas precarias, deben acoger medidas complementarias y eficaces que se dirijan a contrarrestar los efectos negativos de las mismas³⁹; (iv) **bajo el amparo del derecho del trabajo la administración no puede imponer cargas desmedidas o desproporcionadas a quienes derivan su sustento de las ventas informales**⁴⁰.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

Sobre el detalle del ámbito de protección que cobija a estos trabajadores, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en estado de tutela y mediante la sentencia T-703 de 2012:

“Por su parte, frente a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta⁴¹, como son las que por su condición de pobreza acuden al trabajo informal para así obtener los mínimos medios de subsistencia dada la falta de oportunidades laborales⁴², el juez constitucional debe evaluar su condición particular para determinar la eficacia de los mecanismos ordinarios para reclamar sus derechos, los cuales, según las exigencias de sus ritualidades procesales y la conocida congestión en los despachos judiciales colombianos, pueden demorar la resolución del litigio. Conforme a lo anterior, el juez debe establecer si el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de relevancia constitucional.

(...)

³⁸ Sentencia T-481 de 2014.

³⁹ Sentencia T-607 de 2015.

⁴⁰ Sentencia T-895 de 2010.

⁴¹ El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991 señala: “(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

⁴² Ver sentencia T-772 de 2003 (Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa), en cuyas consideraciones hace un análisis constitucional sobre el contexto del desempleo y las tasas de pobreza e indigencia frente al adelantamiento de políticas públicas en un Estado Social de Derecho. Disponible en

*Al ser la recuperación del espacio público una medida que altera las condiciones económicas de los vendedores informales que ejercen su labor en tal espacio, la Corte ha sostenido frente a ello que a la Administración le asiste la obligación de diseñar e implementar las políticas tendientes a contrarrestar los efectos negativos de la recuperación del espacio público, las cuales deben obedecer a un estudio cuidadoso de conformidad a la realidad, que por supuesto incluye la situación de cada una de las personas afectadas con la ejecución del programa*⁴³;

(...)

5.4. Ahora bien, las órdenes impartidas por la Corte Constitucional encaminadas a garantizar el principio de confianza legítima de los vendedores estacionarios pueden variar de acuerdo con las circunstancias especiales del caso. En un primer grupo se encuentran las que profiere la Corte al identificar que la Administración, para recuperar el espacio público, ordena su desalojo sin que exista un estudio previo que contemple alternativas para garantizar los derechos fundamentales de los vendedores afectados con tal medida. Bajo la anterior hipótesis, la Corporación ha ordenado iniciar la verificación de la situación personal, familiar, social y económica del vendedor, para que con previo acuerdo y en un término determinado sea incluido en una política de empleo de la Administración que le permita acceder a una actividad comercial igual o mejor a la que venía desarrollando antes de ser desalojado⁴⁴. Así mismo, la Corte ha optado por ordenar la reubicación⁴⁵ de vendedores informales ante su inminente desalojo, en otros casos, ha invitado a la autoridad administrativa a que otorgue la formación necesaria para que los desalojados puedan

⁴³ A esta conclusión llegó la Corte Constitucional mediante la sentencia T-729 de 2006 (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño), tras conocer un asunto en el que a un ciudadano, que le asistía el principio de confianza legítima y se desempeñaba como vendedor estacionario de avena y buñuelos, le ofrecieron como alternativa de reubicación la asignación de un triciclo saltarín para que ejerciera el comercio de la confitería. Para la Corporación, tal alternativa obedeció a una política de recuperación del espacio público que no estaba acorde con la naturaleza de la actividad comercial del actor, por tanto, incompatible con el principio de confianza legítima y vulneradora de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital.

⁴⁴ Ver Sentencia T-895 de 2010 (Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla), en esa ocasión se estudió el caso de un ciudadano que llevaba 20 años en posesión de un inmueble de uso público, en donde tenía una “tienda de barrio” del cual se generaba su sustento económico familiar. Tras el trámite administrativo correspondiente se ordenó la restitución del inmueble de uso público por parte de la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe de Cartagena. Allí la Corte ordenó iniciar “la verificación de la situación personal, familiar, social y económica del actor, con el fin de establecer el tipo de programa oficial aplicable a su caso, para que con previo acuerdo y en un lapso no superior a veinte (20) días, sea incluido en un programa que se adelante en ese Distrito, que le permita acceder a una actividad comercial igual o similar a la que venía desarrollando en la tienda “refresquería el Keny”. La misma orden fue implementada en la sentencia T-097-11 (Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla).

⁴⁵ Ver Sentencia T-152-11 (Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). En vista de la construcción del Sistema Integrado de Transporte Masivo de Occidente-MIO, la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali, ordenó al actor desalojar el predio de uso público que ocupaba puesto que iba ser afectado con el mencionado proyecto. Allí la Corte resolvió que la Administración Municipal debía generar “un plan que contenga medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicarla en un lugar en el que pueda ejercer una actividad productiva, acorde con el ordenamiento jurídico”. La misma orden se contempla en la sentencia T-135 de 2010 (Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

*desempeñarse en otra actividad económica, el acceso a créditos blandos y a insumos productivos.*⁴⁶” (Negrilla y subraya fuera del texto original) (Sentencia T-703 , 2012)

Existe entonces una estabilidad laboral reforzada para los trabajadores informales. Por supuesto que no se trata de una medida que resulte idéntica a la consagrada para las relaciones laborales subordinadas, pero sí es una medida que persigue la misma finalidad: garantizar a las personas la continuidad de un mecanismo lícito que les permita sustentar económicamente su existencia.

La estabilidad laboral reforzada o estabilidad ocupacional reforzada de los trabajadores informales estaría compuesta, conforme a la actual línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia:

- ✓ Garantía de acceso a la administración de justicia de manera efectiva y rápida mediante la acción de tutela, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la afectación de los derechos fundamentales, debido a su estado de debilidad manifiesta. Se trata entonces del cumplimiento anticipado del requisito de subsidiariedad como procedibilidad de la acción de tutela, debido al problema jurídico a resolver.
- ✓ Garantía de diseño e implementación de políticas públicas para contrarrestar los efectos negativos de la recuperación del espacio público, con:
 - Estudio previo que contemple alternativas para garantizar los derechos fundamentales de los vendedores afectados con la recuperación del espacio público, que debe contemplar medidas pertinentes conforme a la situación y vocación productiva de cada trabajador independiente informal, en atención a sus situaciones particulares personales, familiares, sociales y económicas.
 - Las medidas deben adoptarse de común acuerdo con cada vendedor informal y dentro de un término concreto acordado.

⁴⁶ Frente a este tipo de ordenes se pueden destacar las establecidas mediante la sentencia SU-360 de 1999 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero), en donde se estudió el caso del desalojo de los vendedores ambulantes ubicados en el barrio Santa Fe y en Fontibón de la ciudad de Bogotá. En dicha ocasión la Corte ordenó a la Administración de Bogotá apoyar a los afectados con la formación necesaria para ocupar un puesto de trabajo, colaboración para el acceso a créditos blandos, a insumos productivos y aplicación de planes originales de crédito. Otra similar se dio en la Sentencia T-872 de 2009 (Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo), en donde se ordenó a la Alcaldía Municipal de Cali y a otras entidades del orden municipal, vincular al accionante a las alternativas laborales y de subsistencia que consistían en “(1) soluciones temporales de trabajo para garantizar la subsistencia, (2) soluciones de negocio para garantizar la subsistencia y (3) soluciones periféricas a la subsistencia”. Del mismo modo se instó al alcalde municipal de Cali a presentar un informe detallado a la Corte Constitucional, con el objeto de garantizar el derecho fundamental al trabajo y al mínimo vital de los recicladores que se vieron afectados por el cierre del relleno sanitario de Cali.

- Capacitación para la reinserción laboral, mediante una formación que les permita desempeñarse en otra actividad económica, acceder a créditos blandos y a insumos productivos.

Esta misma Corte también es competente para resolver acciones de inconstitucionalidad⁴⁷ y en 2019 analizó una demanda interpuesta en contra de una norma que prohíbe los comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público, dentro de los cuales se encuentra *“promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público en violación de las normas y jurisprudencia constitucional vigente”*⁴⁸

En esa oportunidad, la Corte empezó por recordar:

*“La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en la protección constitucional del derecho al trabajo especialmente de las personas que se dedican a las ventas informales. Tras comprender que el trabajo es un vehículo de acceso a la ciudadanía social, en tanto permite que las personas, a través del ingreso que deriva de sus labores, se provea de alimentación, vivienda, estudio, recreación, entre otros, la Corte ha señalado que, en principio, no es posible limitar su ejercicio cuando este se realiza en escenarios no formales; para ello además se ha prevalido de los principios de buena fe y de confianza legítima cuando las autoridades han permitido que se ocupen los espacios públicos en la realización de ese tipo de actividades”*⁴⁹.

Como puede verse, mediante la jurisprudencia constitucional se les reconoce como trabajadores independientes informales, pero no se les brindan las garantías reservadas para el trabajo protegido y son la población más vulnerable a cualquier tipo de fenómeno social: migración, desastres naturales, cambio climático, enfermedades, delincuencia, pobreza, desempleo, etc. Por estas mismas razones, afrontaron de manera cruel las consecuencias económicas de la pandemia⁵⁰.

Sobre el contenido y alcance de la “ciudadanía social”, en las sentencias C-076 de 2006 y C-252 de 2010, la Corte Constitucional de Colombia precisó:

⁴⁷ La acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, a través de la cual los ciudadanos pueden solicitar a la Corte Constitucional que excluya del ordenamiento jurídico las leyes que violan la Constitución Política. Al efecto el numeral 4° de la norma superior consagra: *“4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”* A esta labor se le denomina el control de constitucionalidad posterior. Junto a esta función, la Corte ejerce otro conjunto de funciones por las cuales se le conoce como la Guardiana de la Constitución.

⁴⁸ Artículo 140 de la Ley 1801 de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

⁴⁹ Para el efecto y siguiendo el desarrollo del principio de confianza legítima que realiza la sentencia C-211 de 2017 pueden consultarse las sentencias C-156 de 2013, C-157 de 2013, C-279 de 2013, C-083 de 2014, C-507 de 2014, C-880 de 2014 y la SU-880 de 2014. Todas disponibles en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

⁵⁰ Ver Derechos laborales en pandemia. Medidas para el trabajo típico y el atípico.

“Hoy no resultan extrañas las nuevas exigencias de protección jurisdiccional de los derechos sociales en el plano internacional. La globalización de la justicia social ha llevado a la propuesta de creación de un Tribunal Social Internacional. Si bien es un reclamo desde la identidad de Europa, a partir de ello se ha reconocido la “ciudadanía social”, esto es, “la integración de los ciudadanos con base en la titularidad de los derechos sociales, que viene a añadir a las otras dos vertientes ya reconocidas, el ciudadano como sujeto de derechos civiles y como sujeto de derechos políticos” (Sentencia C-252 de 2010)

“En este sentido, la Corte ha señalado que las personas que integran los grupos sensorial o físicamente desaventajados tienen derecho a una protección constitucional reforzada para lograr su plena inclusión social. Al respecto, no sobra señalar que la Corte ha recogido las demandas de estos colectivos al señalar que la protección especial de que son merecedores no se funda en una visión paternalista del Estado, sino en el reconocimiento pleno de su ciudadanía social. En este sentido no sobra recordar que tal y como lo establece el artículo 2 de la Carta, las personas con discapacidad tienen derecho a participar, directamente o a través de sus representantes, en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas y programas destinados a remover la discriminación en su contra y a garantizar su adecuada inserción en la sociedad.” (Sentencia C-076 de 2006)

La economía informal emplea a más del 60 por ciento de la población activa del mundo, según reportes de la Organización Internacional del Trabajo dados en 30 de abril de 2018. Estas cifras revelan que en África 85,8 por ciento de los empleos son informales. La proporción es de 68,2 por ciento en Asia y el Pacífico, 68,6 en los Estados Árabes, 40,0 por ciento en las Américas y 25,1 por ciento en Europa y Asia Central. Es una situación alarmante y extendida en los países emergentes y en desarrollo, que representan el 93 por ciento del empleo informal en el mundo (Organización Internacional del Trabajo, 2018).

En el año 2021, año de recuperación de la pandemia de la COVID 19, en América Latina y el Caribe, según cifras de la Organización Internacional del Trabajo, una de cada dos personas ocupadas en la región está en condiciones de informalidad y la recuperación del empleo ha estado liderada por el crecimiento del empleo informal, que estuvo entre 60 y 80% (Organización Internacional del Trabajo, 2021). Esto demuestra que el trabajo informal fue el primer afectado en la pandemia, que es el empleo más ampliamente desarrollado en la región y que una vez reactivada la economía, estos empleos informales también lo hacen.

Como puede verse, economías como la Africana y la de América Latina, donde las tasas de informalidad laboral son tan altas, las políticas de empleo y la consecuente construcción de normatividad laboral, enfrentan una disyuntiva sobre la esencia del derecho laboral: la atracción de estas actividades hacia la formalidad, que requiere toda

una reconstrucción del tejido empresarial con alto impacto regional⁵¹ o el establecimiento de medidas sobre estándares sociales que, sin importar el mecanismo utilizado para el ejercicio de una actividad laboral, sean financiados y operados desde el Estado y no sobre la estructura de un sistema que se soporta en los aportes económicos de la relación laboral típica con división⁵² de la carga económica empleador – trabajador. Precisamente dentro de las medidas para buscar recuperación económica luego de la pandemia, se brindaron incentivos a las empresas formales para la recuperación y creación de nuevos puestos de trabajo formales, y eso aportó para que se reportaran los siguientes datos:

*“En los países que han vuelto a la tasa de ocupación pre-pandemia, o están muy cercanos a ello, **la tasa de informalidad no es más elevada que en 2019**, a pesar de la tendencia creciente de este indicador luego de la abrupta contracción en el segundo trimestre de 2020.*

*En parte, ello ha estado asociado al **crecimiento del empleo asalariado formal privado, especialmente durante 2021**. Sin embargo, en alrededor de la mitad de los países con información proveniente de los registros administrativos recién en los últimos meses se estaba alcanzando el registro de inicios de 2020 o se estaba en el entorno de ese valor.”*

Es una situación que vale la pena anotar, pero que habrá que analizar en un futuro, en cuanto a la continuidad de esos trabajos formales creados, cuando los incentivos desaparezcan. Se trata de medidas de recuperación económica, pero que no son financieramente sostenibles en el tiempo, lo que, en términos de empleo y garantías laborales, implica una protección transitoria durante la recuperación económica y no durante los períodos más agudos de carencia.

La Organización Internacional del Trabajo centra sus esfuerzos en la implementación de medidas que permitan a los países transitar desde la economía informal a la formal, lo que trae de la mano precisamente el trabajo formal, mediante distintas estrategias y mandatos como los contemplados en la recomendación 204 de 2015 de transición de la economía informal hacia la economía formal. Esta visión es de más largo plazo, ya que se enfoca en la transición definitiva hacia los empleos formales que amparen durante toda la vida activa y permitan un ahorro para la vejez, como mecanismo para garantizar el bienestar conforme al contrato social.

Las garantías sociales brindadas a los trabajadores informales que no están derivadas del acceso al trabajo formal generalmente son desarrolladas como programas de gobierno relacionadas a la evaluación de condiciones de pobreza, sin que se enfoquen a una valoración del trabajo realizado. La dificultad esencial radica, además de problemas como el clientelismo, en la construcción de un esquema de financiamiento que permitan una sostenibilidad de estas estructuras y en el entendimiento de las actividades informales

⁵¹ Ya que en casos como el colombiano, existen unas marcadas diferencias territoriales en la situación del empleo, que han condenado por décadas a regiones de alta pobreza y a regiones con alta concentración de la riqueza, educación, salud, vivienda, etc.

⁵² Los pagos de la cotización a seguridad social en Colombia son realizados entre empleador y trabajador.

como un trabajo objeto de amparo por el derecho social. Considero que éste es el reto más grande en términos del derecho laboral para el mediano plazo y su solución podría estar en la destinación específica de los recursos recaudados mediante impuestos sobre el consumo y los grandes patrimonios.

5.1.2. Trabajo de máquinas

Como explicaba en el capítulo sobre La automatización, en el mundo del trabajo los robots tienen un papel predominante en términos de los cambios e impactos inmediatos que representan para el ejercicio de las actividades laborales, con asuntos como:

- Transformaciones constantes en los procesos productivos, demandando de los trabajadores una mayor capacidad de adaptación y, en consecuencia, una constante construcción de las competencias necesarias para afrontar las nuevas maneras de trabajar. Para esto los sistemas de cualificaciones robustos y con una institucionalidad definida son de enorme trascendencia.
- Destrucción de empleos que son reemplazados por máquinas, haciendo necesario que los trabajadores que pierden sus empleos por obsolescencia requieran reinsertarse en el mercado laboral, pasen por períodos de carencia en términos de ingresos económicos y protección social.
- Los procesos de reinserción al mercado laboral generalmente están enfocados en la búsqueda de un trabajo clásico, dependiente, o semi protegido. No se está estructurando una política de empleo que contemple el verdadero trabajo por cuenta propia, no al servicio de un tercero, sino enfocado hacia el emprendimiento de las personas. Teniendo en cuenta que la participación del trabajo humano típico y el semi típico en el mercado laboral mundial, es claro que están dejando de ser representativos, pero los mecanismos de protección al cesante no están reconociendo esta realidad, pasando lo propio con el derecho laboral.

Pero la integración de las máquinas al trabajo humano no es algo nuevo, viene sucediendo desde la primera revolución industrial. Desde entonces la destrucción de empleos, la creación de otros más, diferentes, y la transformación de las maneras de trabajar es algo usual. Lo cierto es que ese proceso evolutivo de las máquinas está siendo mucho más rápido de lo que los seres humanos somos capaces de soportar y, lo más evidente, es mucho más rápido de lo que las estructuras institucionales humanas pueden digerir. Quedó clara y dolorosamente comprobado durante la pandemia del coronavirus COVID-19. Las máquinas estaban listas para afrontarlo, pero los humanos no.

En atención a ello, es necesario regular las posibilidades evolutivas de las máquinas para que sea una agenda basada en los seres humanos la que gobierne el mundo del trabajo. Esto ciertamente resulta utópico en un mundo dominado por la economía de mercado, pero también el coronavirus nos demostró la necesidad de poner al ser humano como centro de la discusión y como aún el trabajo de los seres humanos es el factor principal

en la economía, sin seres humanos consumiendo al ritmo que presenta la industria, se genera una profunda crisis que las máquinas no pueden resolver.

Como expongo, junto al trabajo de los seres humanos, el papel laboral de las máquinas ha ido creciendo de manera inusitada, por lo cual reclama un espacio para ser estudiado como parte del derecho laboral. De esta manera propongo una división del trabajo de las máquinas entre las físicas y las no físicas, ya que cada una de ellas presenta un rol diferente en su impacto al mundo del trabajo, pero en ambos casos se concluye la necesidad de plantear unas reformas importantes al trabajo humano para hacerlo más armónico con las máquinas, que de manera irreversible han ido evolucionando de tal manera que hacen parte integral del trabajo humano, ya no solo como herramientas a través de las cuales se adelantan algunas tareas, sino como líderes del trabajo humano.

Las máquinas físicas generan un impacto visible y medible hacia el ser humano, dado su rol directo dentro de las áreas laborales, lo que de alguna manera hace más fácil regular su interacción con los seres humanos. Sucede distinto con las máquinas no físicas, cuya presencia digital avanza mucho más rápido y con mayor sigilo que las máquinas físicas, dificultando la adaptación de los trabajadores humanos. En las secciones siguientes extendiendo este argumento, ya que la reacción del derecho del trabajo debe ser distinta para estos dos tipos de máquinas.

5.1.2.1. Máquinas físicas

Dentro de este grupo se encuentran todas aquellas herramientas de trabajo diseñadas por el ser humano que tienen una forma física y cuya implementación genera un impacto en el escenario laboral. En este grupo se encuentran los robots industriales que generan una disrupción en la fuerza de trabajo humana y cuya relevancia jurídica en el derecho laboral se deriva de la afectación al bien jurídicamente tutelado del trabajo humano.

Así las cosas, las máquinas físicas que cumplan con este criterio disruptivo en el trabajo humano, afectando cualquier principio mínimo fundamental del trabajo humano, deberán cumplir con un conjunto de estándares de trabajo humano mínimos, tales como:

- (i) Que su implementación en el ambiente de trabajo no genere una afectación en la salud y seguridad de los trabajadores humanos.
- (ii) Creación de un fuero de estabilidad ocupacional reforzada por innovación, permitiendo que el trabajador humano cuya labor sea reemplazada por una máquina, genere para el empleador la obligación un derecho de preferencia para la colocación en alguna otra vacante dentro de su empresa conforme a las competencias de este y con garantía de reentrenamiento para asumir la nueva función y, de resultar imposible esta reubicación, acceda a una garantía de reinserción laboral responsabilidad del Estado, sin que su tipo de vinculación laboral sea un impedimento para acceder a esta garantía.
- (iii) Compensación a protección social por destrucción de empleos humanos. Cuando la automatización en una empresa implique la destrucción de empleo

humano, el empresario estará en la obligación de pagar un impuesto o monto económico que se agrupe en un fondo que permita proteger a los trabajadores afectados con esta situación, para que estos encuentren acceso a políticas activas y pasivas de empleo que les ayuden a transitar nuevamente hacia el mercado laboral, con prestaciones asistencias en seguridad social en salud, no interrupción en su ahorro pensional, subsidios económicos-renta básica en durante el período de carencia laboral y garantía de capacitación para la adaptación o adquisición de competencias que le permitan reinsertarse laboralmente.

5.1.2.2. Máquinas no físicas - algoritmos

Lo que las máquinas a vapor fueron para la primera revolución industrial, lo son los algoritmos, los datos y la internet para la cuarta revolución industrial. Estos tres factores gobiernan la realidad actual que, enfatizada en la virtualidad a causa de la fragilidad de la naturaleza humana, domina actualmente el mundo laboral y caracterizan en la actualidad las máquinas no físicas como una nueva forma de trabajo.

En ese sentido, la minería de datos, el *big data*, el comercio electrónico, la inteligencia artificial y todos los demás elementos de la fábrica algoritmo⁵³ son los factores que, por su altísimo impacto en el trabajo humano, distinto al impacto de las máquinas físicas, plantean un reto de grandes proporciones para el derecho del trabajo debido a su altísima influencia en el entorno laboral.

Sobre las máquinas no físicas es necesario adoptar otras reglas para “humanizar” su papel en el mercado laboral:

- (i) Límites al ejercicio delegado de la subordinación por las máquinas. En la actualidad es muy usual que los algoritmos realicen una supervisión del trabajo ejecutado por humanos, ya que con estos se mide la calidad, cantidad y oportunidad de estas labores en una fracción de tiempo y magnitud inusitadas, midiendo con mayor detalle, rapidez y completitud cada aspecto del trabajo humano. Si bien se argumenta que esta información recabada termine siendo insumo para la gestión del talento humano, son amplios los espectros de la subordinación que terminan delegándose en las máquinas no físicas, en temas tales como la contratación, el despido, la calificación laboral, entre otros.

La negación de un filtro humano en estos procesos ha demostrado tener nefastos resultados en las condiciones para adelantar el trabajo humano, pues precisamente se está deshumanizando un proceso que es, por definición, una relación de naturaleza humana.

Así las cosas, ocurren despidos de manera automática y sin posibilidad de descargos disciplinarios por parte del trabajador, descuentos salariales,

⁵³ Ver La Fábrica Algoritmo

imposición de sanciones disciplinarias, cambios en el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo, entre otras situaciones que no permiten al trabajador diálogo alguno con un ser humano, lo que las hace una imposición de las máquinas no físicas.

De esta manera, resulta necesaria la limitación de las decisiones que un algoritmo puede tomar de manera independiente, ya que por más sofisticado que sea este, tiene margen de error y carece del toque humano. Estos límites deberían estar enfocados a la validación humana de las decisiones delegadas en las máquinas que puedan afectar derechos fundamentales del trabajador, relacionadas con terminación de la relación laboral, pagos laborales y jornada de trabajo.

- (ii) Limitaciones a la medición biométrica del trabajo. Con la integración de sensores a las máquinas que utilizamos día a día, especialmente a causa del internet de las cosas, la exposición de los datos personales en el entorno laboral es cada vez más profunda, compleja y preocupante. En ese sentido el empleador puede llegar a conocer del embarazo antes que la trabajadora lo sepa y tomar decisiones discriminatorias en su contra. La medición del uso de los tiempos de trabajo llega a un alto nivel de detalle que permite conocer información tan personal del trabajador como cuántas veces va al baño, dónde está ubicado dentro de la empresa, sus funciones corporales básicas entre otras. Esto implica que el empresario tiene acceso a información que no tiene que ver estrictamente con el trabajo encomendado y que no tiene límites algunos.

Por esta razón es necesario contar con disposiciones que, sin importar la modalidad de contratación, protejan los datos personales de las personas que interactúan dentro de un entorno laboral concreto. Así las cosas, los límites a esta medición biométrica deben estar enfocados especialmente a la protección de los datos personales del trabajador, que están cada vez más propensos a ser accedidos por el empleador, afectando la intimidad del trabajador, como se expone en el capítulo de Seguridad de los datos personales del trabajador.

5.2. Principales asimetrías ius laborales. Las afectaciones a la dignidad humana por centralismo en las formas típicas de trabajo.

En el marco del contrato social, los ciudadanos acceden a unas condiciones de vida que corresponden concretas según el país en el que se encuentren, en tanto trabajen en el marco de las figuras establecidas de producción. En ese sentido, las condiciones de trabajo son relativas a la

Son varios los fenómenos que han ido generando una lejanía entre el resultado que persiguen de las normativas laborales y sus finalidades de cara a las realidades

Las características de la industria 4.0 demandan de la construcción de políticas públicas que funcionen en términos prospectivos, tal cual está operando la producción hoy en día. Esto resulta altamente complejo teniendo en cuenta las trabas burocráticas que dictan las gestiones estatales y que condenan al aparato estatal a actual en reacción a los acontecimientos, a contener problemas, y muy raramente a prevenir.

Por otro lado, el peso del trabajo informal, dentro de mercado laboral revela, además de la desigualdad social, un limitado acceso a garantías sociales mínimas

Derivado esto en asuntos de la política laboral, se resalta la gran importancia de la garantía de acceso a principios mínimos fundamentales del trabajo humano con total la irrelevancia de los métodos de contratación.

Esta es la asimetría ius laboral referida en este documento, aquella a la cual el derecho del trabajo está dispuesto para defender un único tipo de trabajo, que no es sino el visto a través del cristal de las formalidades contractuales tradicionales y no al trabajo como fenómeno social. En ese sentido, las reglas del derecho del trabajo

Como pasa a exponerse a continuación, existen en la actualidad graves afectaciones a la dignidad humana de los trabajadores a causa de la dictadura de las tipologías contractuales como puerta de acceso a los derechos. Estas son las principales 3 áreas de afectación, pero existen otras tantas que se derivan de ellas, como pasa a describirse.

5.3. Pagos laborales y condiciones de trabajo

Por definición general, los trabajadores que hacen parte del trabajo típico y protegido reciben como contraprestación por los servicios brindados diferentes pagos, que varían de país en país, pero que esencialmente cubren los componentes de salario ordinario, salario por trabajo suplementario y gozan de un descanso obligatorio periódico remunerado. Junto con ello, cuentan con unos estándares de trabajo claramente establecidos que regulan las condiciones de trabajo, tales como estabilidad laboral, jornada de trabajo, recreación, seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

Todo este conjunto de pagos laborales y condiciones de empleo son completamente cercenados y únicamente se conserva el pago de un dinero por el servicio prestado, cuya modalidad generalmente es a destajo. De esta manera, cada actividad, tarea o proyecto que adelanta el trabajador le implica el pago de un monto de dinero.

Este nivel de vulnerabilidad en pagos laborales y condiciones de empleo que se niega para el trabajo semi típico y atípico, genera unas graves consecuencias:

- Inexistencia de estándares para el pago de salarios. Bajo un entendimiento general del concepto de salario, el pago que el trabajador recibe por sus servicios es único e impuesto por el empleador. Así ocurre en las plataformas colaborativas y de manera general en la *gig economy*, donde el principio de la autonomía de la voluntad privada del empresario alcanza su máxima expresión en forma de algoritmo, imponiendo de manera unilateral los pagos y eliminando la posibilidad del trabajador para reaccionar o negociar dicho pago.
- Imposibilidad y deficiencia en el acceso a la seguridad social. Como se describe en el capítulo que sigue, los trabajadores atípicos y semi típicos acceden de manera precaria a la seguridad social o esta les es negada de tajo debido a su “inexistencia” institucional, vale decirlo, debido a que su manera de trabajar no está reconocida por el aparato estatal.
- Exclusión de la seguridad y salud en el trabajo. Los trabajadores semi típicos y atípicos son completamente invisibles en términos de protección o amparo ante las enfermedades laborales o los accidentes de trabajo. Tanto es así que el beneficiario principal de su servicio y respecto del cual son económicamente dependientes, no les brindan elementos de protección personal para el desarrollo de la labor, no los amparan en caso de accidentes, enfermedades o muerte, alegando la existencia de una modalidad que “no es trabajo”. Esta es la principal queja de los trabajadores de las plataformas colaborativas, ya que están completamente expuestos en su humanidad y desconocidos como trabajadores para el sistema.
- Negación de estabilidad laboral: tanto los trabajadores semi típicos como los típicos están completamente a la merced del deseo del contratante, beneficiario del servicio o unidad de explotación económica que se lucra sobre la explotación laboral de estas personas. Por esta razón, carecen por completo de acceso a las estructuras tradicionales de protección al paro laboral, vale decirlo, al desempleo. De país en país cambia la estructura del sistema de protección al cesante, pero permanece la dificultad enorme de involucrar en estos a los trabajadores semi típicos o atípicos.
- Problemas estructurales de financiamiento. Al ser unos trabajadores invisibles ante un sistema que solamente reconoce al trabajo típico, las estructuras tradicionales se resquebrajan ante la imposibilidad de captar a la mayoría de los

trabajadores activos, aportando de esta manera al agravamiento de fenómenos como el hueco pensional; de esta manera se conoce al fenómeno que ocurre en Colombia según el cual no existe una base de cotizantes al sistema pensional de prima media con prestación definida y solidaridad, suficiente para soportar el peso de los pensionados que dependen de estos trabajadores activos para el financiamiento de sus pensiones.

Sucede lo propio con todas las demás políticas activas y pasivas de empleo que son anticíclicas y excluyentes, que durante la crisis económica en la pandemia del coronavirus COVID-19 pronunciaron las desigualdades y, en todo caso, no lograron cubrir a los trabajadores que de manera masiva quedaron sin empleo.

- Imposibilidad de acceder a normas sobre acoso laboral. Nuevamente se presenta en este caso una negación de derechos debido a categorías contractuales. En este sentido, por tratarse de trabajo semi típico o atípico, el sistema desconoce la posibilidad, por ejemplo, de que un trabajador free lance, de plataforma colaborativa o un estudiante en proceso de formación sin categoría laboral, puedan presentar quejas de acoso laboral y solo cuando la situación se agrava y del acoso se llega al delito, es el derecho penal el que termina castigando las consecuencias de una situación que nace del entorno laboral y cuyo ocultamiento para la normativa social termina por exponer a los trabajadores a ser víctimas de sus condiciones de empleo.
- Carencia del derecho a la desconexión y privación de límites en la jornada laboral. Debido a la masificación del internet y la posibilidad de conexión 24 horas 7 días a la semana, no existe para los trabajadores por fuera del trabajo típico limitación alguna o regulación que les ampare de los riesgos del trabajo continuo y sin descanso.
- Falta de estándares transnacionales igualitarios. También sucede que las mismas plataformas colaborativas utilizan la vastedad y posibilidades que ofrece la internet para generar condiciones de empleo conforme a las cuales los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo que ofrecen las empresas multinacionales en sus operaciones, no están unificadas, sino que tienden a ser menos favorables para los trabajadores versus aquellas ofrecidas por empleadores comparables en el país anfitrión.
- No hay protección familiar. Los trabajadores típicos y semi típicos son considerados singulares y por esta razón no acceden a condiciones de empleo o pagos que correspondan a su vida familiar.
- Imposibilidad de acceso a una vivienda. El derecho de acceso a una vivienda también se encuentra altamente cimentado en las posibilidades de vigencia que se presentan en una relación de trabajo indefinida y típica, de tal manera que se niega el acceso al sistema financiero a los trabajadores semi típicos y atípicos, quienes sin estabilidad, sin salarios mínimos conforme a los estándares normativos y sin

un empleador que avale la continuidad del empleo del trabajador, el acceso a una vivienda es casi imposible y depende de la capacidad de ahorro del trabajador.

En fin, la lista de derechos frente a los cuales se excluye al trabajo semi típico o típico es tan extensa como derechos se preservan a los trabajadores típicos y de los cuales están relegados los primeros. La consecuencia de esta situación es la inexistencia completa de acceso a derechos sociales basados en el trabajo y, consecuentemente, una falla central en la estructuración del bienestar social. Las personas que están por fuera de los esquemas de protección social tradicionales dependen completamente de los recursos propios para resolver las contingencias derivadas del trabajo, del estado de salud, de la familia, de la vivienda, etcétera. Y quienes carecen de la capacidad de ahorro y un patrimonio suficiente para afrontar las dificultades mencionadas, dependen de redes de apoyo familiar o de programas sociales que apenas si cubren alguna parte de lo que requieren las personas.

5.4. Protección social

El concepto de protección social conjuga dos componentes importantes que resultan relevantes para el presente estudio debido a los procesos de definición de la población beneficiaria: la seguridad social y el seguro de desempleo.

Iniciaré por la seguridad social, que contiene el seguro de salud, pensiones y riesgos laborales. Esta es quizás una de las exclusiones cuya afectación que se ha hecho más evidente sobre los trabajadores semi típicos y atípicos a través de los años, y sobre la cuales alguna corrección se ha intentado realizar, especialmente en el marco del trabajo semi protegido, al punto que los sistemas de seguridad social de muchos países contemplan sistemas contributivos basados en ingresos y no en salarios y se garantiza un régimen de cobertura universal que protege a quienes carecen de ingresos. Pero esta es la excepción y no la regla.

El concepto de salario ha sido el eje principal sobre el cual se le dio estructura a los sistemas de seguridad social que brindan cobertura a las contingencias ante los eventos adversos como la enfermedad, invalidez, vejez y muerte. Por esta razón, la relación laboral típica como estándar único de empleo, elemento de acceso a la seguridad social resulta en una bajísima cobertura mundial en términos de seguridad social.

Fue así como desde la Organización Internacional del Trabajo en cierta época, se supuso que “una proporción creciente de la población activa de los países en desarrollo acabaría integrándose en empleos del sector estructurado cubiertos por la seguridad social”. Lo cual probó ser una hipótesis alejada de la realidad, pues el crecimiento del trabajo informal ha dado lugar a tasas de cobertura estancadas o en declive. Y dentro de este universo las desigualdades se enfatizan y los grupos más vulnerables, que están al margen de la población activa, son los más afectados, tales como las personas con discapacidades y las de edad avanzada que no cuentan con apoyo familiar y no han podido realizar provisiones para sus pensiones. Ver (Organización Internacional del Trabajo, 2003)

De esta manera, los sistemas de seguridad social del mundo han ido evolucionando, para alejarse de la cobertura basada en el trabajo protegido, para ofrecer acceso a seguridad social mediante calificación de ingresos, donde quienes tienen capacidad de pago integren de manera obligatoria los sistemas de seguridad social contributivos, mientras que quienes carecen de esta, accedan a regímenes subsidiados. El mecanismo para establecer la existencia o inexistencia de ingresos suficientes es otro asunto complejo.

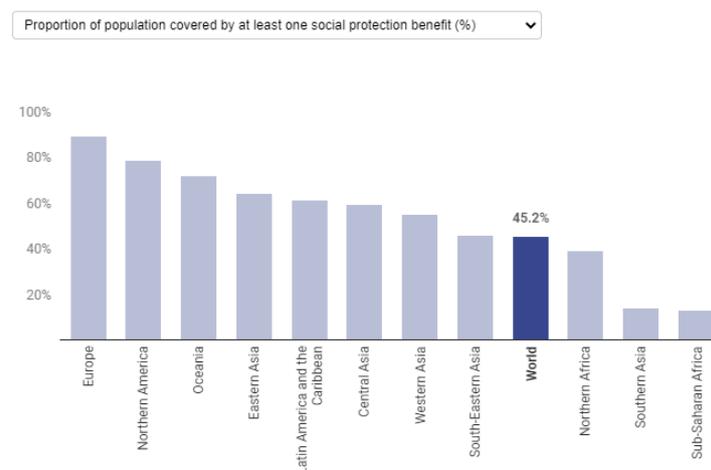
Sobre este asunto, la Organización Internacional del Trabajo expresa:

“varios países de renta media han ampliado con éxito la cobertura de sus sistemas de seguridad social en los últimos años. Por ejemplo, Costa Rica ha logrado una plena cobertura sanitaria mediante la combinación de seguros de enfermedad y el acceso gratuito a los servicios de salud públicos. El Sistema Nacional de Pensiones de Vejez de La India, financiado con cargo a recursos de la Administración central y estatal, cubre a una cuarta parte del total de personas de edad avanzada, en torno al 50% de los pensionistas que viven en condiciones de pobreza. Asimismo, en Brasil, las pensiones de asistencia social permitieron sacar a unos 14 millones de personas de una situación de extrema pobreza.

El Embajador Chung comentó que un régimen de seguridad social recién adoptado ayudó a su país, la República de Corea, a afrontar con menores dificultades la crisis financiera asiática de finales del decenio de 1990. En concreto, un programa de seguros de empleo de reciente introducción contribuyó a que el país hiciera frente con mayor eficacia a la cuadruplicación de la tasa de desempleo.” (Organización Internacional del Trabajo, 2003)

Según las más recientes estadísticas disponibles de la Organización Internacional del Trabajo, la proporción de población mundial que tiene cobertura de al menos un beneficio de protección social es el 45,2 por ciento, detallando así la realidad global:

Social protection coverage



Related SDG indicator 1.3.1: Percentage of the population covered by social protection floors/systems disaggregated by sex, and distinguishing children, unemployed, old age, people with disabilities, pregnant women/new-borns, work injury victims, poor and vulnerable
Chart: Estimates for 2016 using the Social Security Inquiry Database, Social Protection Department • Source: ILOSTAT • Get the data

FUENTE: (International Labour Organization ILOSTAT, 2021)

En este sentido, las formas de trabajo semi protegidas y el trabajo atípico⁵⁴ están muy irregularmente cobijadas en los sistemas de seguridad en salud, pensiones o riesgos laborales en la regulación nacional, lo que resulta ser un problema de enormes proporciones que lleva años cocinándose y cuyas consecuencias han sido vistas a causa del coronavirus COVID-19, ya que el acceso a la enfermedad, desempleo y vacunación nuevamente presiona con más fuerza las desigualdades de los sistemas.

La medición de calidad en el empleo y el bienestar social está inevitablemente atada al estatus de contratación en el empleo, y teniendo en cuenta la región, estadísticamente se presenta una distribución entre empleo remunerado y empleo vulnerable de la siguiente manera:



FUENTE: (International Labour Organization Statistics, 2018)

En este sentido, las realidades regionales marcan de manera muy profunda el acceso a la seguridad social de los trabajadores atípicos y esto inmediatamente se asocia a una calidad mala del empleo que en cada caso se ofrece.

Sumado a esto, la estructura de financiamiento de estos sistemas de salud, pensiones y riesgos laborales está enfrentando unos problemas de financiamiento terriblemente complejos, nuevamente relacionados con la calidad del empleo de cada región, que los hace insostenibles y cuyo estallido está siempre a la vuelta de la esquina.

Al respecto, especialmente en términos pensionales, existe un estudio muy completo realizado por el Banco Mundial, cuya vigencia se ratifica con el paso de los años. En el estudio de 1994 “Envejecimiento sin crisis” (Banco Mundial, 1994), se presenta el informe del Banco Mundial sobre políticas de desarrollo enfocadas en los ancianos y la promoción del crecimiento.

⁵⁴ En referencia a la clasificación que propongo en este documento, ver el capítulo: Una propuesta de clasificación del trabajo

En primer lugar, para esa época el estudio calculaba que para el 2030 se iba a presentar un aumento en la población mayor de 60 años por región de la siguiente manera:

- China: 29%
- Asia (excluida China): 29%
- Países de la OCDE: 14%
- Países en desarrollo y economías socialistas en transición: 28%

Esto representa, según el estudio, que para 2030 se triplicará el número de ancianos en el mundo y que la mayor concentración del fenómeno estará en los países en desarrollo.

Al revisar los datos que actualmente reporta el Banco Mundial, para 2019 el panorama mundial de distribución territorial porcentual de las personas mayores de 65 años es el siguiente:



FUENTE: (Banco Mundial, 2021)

Así las cosas, el estado negativo del mercado laboral es aún la principal piedra en el zapato para el crecimiento de las naciones y los esfuerzos que hace décadas se vienen haciendo para llevar a las personas hacia el trabajo formal no están reportando resultados importantes, de tal manera que el trabajo semi típico y el trabajo atípico se están convirtiendo en una regla que no está contemplada en los sistemas de seguridad social, lo que lleva al énfasis de la desigualdad y defraudación de un sistema moribundo.

Ahora bien, junto con la protección en salud, pensiones y riesgos laborales existe un componente de la protección social que no ha tenido el papel que merece en términos de garantía, y es el seguro al desempleo.

Los esquemas de protección social parten por demandar una clasificación del trabajador en su puerta de acceso, para desde allí contar con protección de salud, común y de origen laboral, pasando a pensiones y llegando en último lugar al seguro de desempleo. En este proceso se evidencia con mucha fuerza la importancia que el sistema otorga al tipo de contrato mediante el cual se ingresa al sistema, lo cual tiene sentido debido a la estructuración institucional tradicional, pero esto en la actualidad está implicando reformas constantes a estos mismos sistemas, anacronismo y una debilidad financiera grave que no permite dar sostenibilidad a una estructura unicolor que omite al universo multicolor del trabajo actual.

Esta situación deriva en una baja cobertura real de trabajadores con seguro de desempleo. Desde el año 2000 lo reportaba un informe de la Organización Internacional del Trabajo que señaló:

“El setenta y cinco por ciento de los 150 millones de personas desempleadas en todo el mundo carecen de la protección de un seguro de desempleo. En el informe de la OIT sobre “El trabajo en el mundo 2000. La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación”, se afirma que incluso los países más ricos de Europa y Norteamérica redujeron en la década de 1990 la protección brindada por el seguro de desempleo.

Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, España, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia y Suiza son, de entre todos los Estados Miembros de la OIT, los que cuentan con los sistemas más generosos de protección frente al desempleo, dice el informe.

(...)

Australia, Canadá, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, el Reino Unido, y los Estados Unidos aparecen caracterizados en el mismo informe como «sistemas de nivel medio». En estos países son relativamente pocos los desempleados que perciben prestaciones y la compensación que se les da es inferior a las aseguibles en el primer grupo de países.

(...)

El informe señala que los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido ocupa un bajo nivel porque «la duración de la indemnización por desempleo es corta, pues las prestaciones se abonan durante un tiempo inferior a 12 meses». Además, ni en los Estados ni en Canadá existe un segundo nivel de ayuda al desempleo aseguible cuando se agota el tiempo del primer nivel.”

Los seguros de paro tienen tres propósitos que buscan alcanzar. En primer lugar, pretenden permitir que el trabajador realice una búsqueda selectiva de empleo, que le brinde el tiempo suficiente para elegir una oferta acorde a su perfil y necesidades. En segundo lugar, brindan subsidios monetarios para suavizar la pérdida de consumo por

falta de empleo del asegurado. En tercer lugar, hace más ligera la transición ante reestructuraciones empresariales y demás variaciones el mercado laboral.

Teniendo en cuenta que este seguro de desempleo se basa precisamente en las lógicas de un contrato de seguro, dista de las condiciones, estructura y objetivos de un programa de asistencia. En este caso los empleadores o trabajadores realizan pago de las primas de seguro en proporción al salario que perciben, dinero que llega a un fondo colectivo que financia el pago de las prestaciones cuando la contingencia del desempleo ocurre.

Esta estructura presenta varios problemas principales:

- (i) El concepto de trabajador/empleador sigue la estructura del trabajo típico, excluyendo por completo al trabajo semi típico y el atípico;
- (ii) Debido a lo anterior, su financiamiento se basa en pagos periódicos adheridos al salario, compartidos entre empleador y trabajador, en algunos casos, o solo a cargo del empleador en otros. Esto, nuevamente, impide el acceso a los trabajadores semi típicos o a típicos, ya que no comparten la estructura de pagos salariales de los trabajadores típicos y sus contrapartes en los contratos que utilizan para prestar sus servicios únicamente pagan por ello un valor monetario unitario;
- (iii) Debido a que su financiamiento depende de la existencia de empleos formales que aporten al fondo común, en los eventos cuando la economía se resiente y se pierden empleos, baja la fuente de financiamiento y, como sucedió con la crisis global provocada por la pandemia del coronavirus COVID-19, el sistema colapsa en muy poco tiempo y no logra cumplir con sus propósitos. Así sucedió en Estados Unidos (Nueva Jersey⁵⁵) y Colombia.

En Colombia, el colapso fue tal que se generaron listas de espera y debieron tomarse otras medidas para mejorar el financiamiento del sistema (Noticias RCN, 2021).

- (iv) Dentro de las medidas que componen los mecanismos de protección al cesante también están los pagos de cesantías que se realizan en el marco de las relaciones laborales típicas que, nuevamente dejan por fuera a los trabajadores semi típicos y atípicos, y también colapsaron durante pandemia, debido a que generalmente esta prestación social solamente puede ser retirada debido a la ocurrencia de la contingencia del desempleo y, en muchos casos, la suspensión de los contratos de trabajo⁵⁶ trajo consigo la falta de pagos de salarios por largos períodos de tiempo, lo que para los trabajadores sin capacidad de ahorro, significó un desempleo de facto en términos de la privación de la llegada de ingresos a los hogares y la completa imposibilidad de adelantar

⁵⁵ Así lo reportaron los diarios: <https://www.telemundo47.com/historias-destacadas/record-de-solicitudes-de-seguro-de-desempleo-colapsa-el-sistema-de-nueva-jersey/2033177/>

⁵⁶ Medida adoptada de manera masiva debido a que en muchos países se prohibieron los despidos masivos.

actividades complementarias para trabajar a causa de los aislamientos generales obligatorios. Por esta razón, en muchos casos los trabajadores no pudieron acceder a subsidios de desempleo, seguro de desempleo o cesantías. Varios países tramitaron regulaciones de manera muy rápida para permitir el retiro parcial de cesantías en los casos de suspensión de los contratos de trabajo⁵⁷.

- (v) Los seguros de desempleo también cuentan con un requisito que es la fidelidad al sistema, o lo que es lo mismo, períodos de carencia o limitación en el acceso a la prestación conforme al tiempo de afiliación de la persona cobijada por el mismo. Nuevamente esta característica está apegada a una estructura jurídica en extinción, que es el contrato individual de trabajo a término indefinido, con una relación laboral estable y duradera que abarcaría la vida productiva completa del trabajador. Esta presunción del sistema desconoce los movimientos del mercado laboral en muchos países, donde existe una alta movilidad laboral de las personas en términos de cambio de empleo y, en consecuencia, impiden a los trabajadores acceder a una verdadera protección en contra de los efectos nocivos del desempleo.
- (vi) Uno de los componentes que debería ser general en los seguros de desempleo, pero cuya inclusión varía alrededor del mundo, es el *skilling*, el *upskilling* y el *reskilling*, vale decirlo, la capacitación para la inserción y reinserción laboral. La importancia de estos procesos está reclamando un espacio más directo de conexión entre las políticas laborales y educativas, esto se ha reiterado por múltiples llamados de organismos internacionales, especialmente de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁸.

Sobre el *skilling*, tendré que decir que el sistema educativo en sus diferentes facetas, la educación formal y la formación profesional principalmente, es el proceso principal mediante el cual de cualifican las personas. En ese sentido, la conexión entre las políticas educativas, laborales y productivas resultan cruciales para un país, pero generalmente son de una sincronización con altísima complejidad que, a la larga, terminan por estar descoordinadas y generar problemas de empleabilidad a largo plazo.

Sobre el *upskilling*, encuentro que, ante la dificultad para encontrar el talento humano que tenga las competencias específicas que el empresario requiere, estos últimos buscan ofrecer formación a sus empleados, directamente o a través de convenios con operadores legalmente habilitados para ello, con el propósito de optimizar su desempeño. Se trata de un elemento de gestión del talento humano que cuenta con una limitada aplicación conforme al tejido empresarial que exista en un país. Es decir, las empresas medianas o grandes,

⁵⁷ En Chile: <https://www.duplos.cl/diputados-presentaran-proyecto-para-retirar-50-de-los-fondos-del-seguro-de-cesantia/>; en España: https://www.clarin.com/economia/prorrogan-fin-mayo-cobro-prestacion-desempleo_0_m1wKljBVU.html

⁵⁸ Ver Transformación del mercado de las competencias. Habilidades híbridas *soft-hard*.

consolidadas y de cierta entidad, implementan programas constantes y actualizados de capacitación laboral, buscando por supuesto impacto en la productividad de sus trabajadores. No pasa lo mismo en empresas pequeñas, que enfocan sus políticas de talento humano a procesos administrativos de ingreso y egreso, no más que ello. Este es un reto enorme en países cuyos empresarios son mayoritariamente medianos y pequeños, ya que no cuentan con políticas de talento humano destinadas a permitir la movilidad laboral de sus trabajadores.

Finalmente, con el *reskilling*, sucede que ante la dificultad para encontrar el talento humano que tenga las competencias específicas que el empresario requiere, este mismo re-capacita a sus trabajadores para insertarlos en un nuevo puesto de trabajo. Mediante este elemento se busca acompasar el ritmo de las competencias demandadas por el mercado laboral con los procesos de formación de los trabajadores, de ahí su rol fundamental para facilitar la transición que el trabajador enfrenta en su reinserción al mercado laboral.

Nuevamente nos enfrentamos a una clara distorsión de las estructuras de la política de empleo ya que estos procesos resultan desconectados de lo demandado por el mercado laboral en los aspectos de oportunidad, calidad y pertinencia. Sumado a ello, como es claro debido a la exclusión de los trabajadores semi típicos y atípicos en la puerta de acceso al sistema, a esta política pública solamente accede el trabajo protegido.

El fenómeno general del colapso de los seguros de desempleo fue mundial y comprobó una vez más la ineficacia de un sistema que no contempla el trabajo como fenómeno social, sino como una tipología contractual excluyente que merece solo en algunos casos la protección institucional del estado.

De esta manera, los trabajadores semi típicos y los atípicos, siguen estando condenados a permanecer en el espectro de los programas sociales que desconocen su aporte productivo y los arrojan al asistencialismo en muchos aspectos evitando su movilidad social.

5.5. Asociación sindical

El diálogo social como elemento fundamental para el crecimiento económico sostenible se resquebraja cuando se contempla su nivel de cobertura en el mercado laboral. En el trabajo típico los niveles de asociación sindical son bajos y para el trabajo semi típico y el atípico son nulos. Nuevamente la delimitación contractual como filtro para acceso a los derechos laborales colectivos, relega en un segundo plano la posibilidad de agremiación sindical de los trabajadores semi típicos y atípicos. Precisamente esta situación ha sido señalada también por la Organización Internacional del Trabajo en documentos tales como “El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas” (Organización Internacional del Trabajo, 2016, pág. 6)

Por esta razón, a pesar de ser trabajadores, no se les reconoce dentro de los derechos laborales colectivos y su empleador / beneficiario de sus servicios aprovecha su posición de poder para eliminar elementos esenciales para la lucha sindical, tales como: (i) evitar contacto entre los mismos trabajadores, ya que su contacto directo es un algoritmo, (ii) evitar contacto con los clientes, esto se evidencia claramente en el caso del crowd working, ver Plataformas basadas en la web; (iii) muchas veces los trabajadores digitales no conocen a su empleador o este se encuentra radicado fuera del territorio donde están ubicados los trabajadores, etcétera.

Apenas algunos sindicatos de plataformas basadas en la ubicación están empezando a formarse y sus demandas son esencialmente centradas en acceso a la seguridad social, como se señaló en el primer elemento estudiado en esta sección.

En América Latina el primer sindicato de trabajadores de plataformas digitales fue creado en 2018 y se denomina APP (Asociación de Personal de Plataformas); nació en Argentina y que agrupa a repartidores y conductores de Rappi, Glovo y Uber⁵⁹. Le siguió Chile en 2019 presenciando la creación del Sindicato Regional de Conductores de Uber, que agrupa a los conductores de dicha empresa.

En noviembre de 2017, la Confederación de Sindicatos Europeos presentó un documento que pide la protección laboral de los trabajadores de plataforma (Resolution on tackling new digital challenges to the world of labour, in particular crowdwork 26).

España, el sindicato Riders x Derechos se define de la siguiente manera:

“Somos Riders X Derechos, un colectivo a nivel estatal que lucha por los derechos laborales y las condiciones de vida dignas de los trabajadores de reparto a domicilio, así como el futuro de la clase obrera en su totalidad, alertando y combatiendo los peligros de la “flexibilización” o “uberización” del trabajo. Hemos impulsado inspecciones y juicios, la mayoría ganados. Participamos activamente en eventos académicos, de movimientos sociales y gubernamentales en los que se debate la precariedad y el futuro del trabajo.” (Riders x derechos, 2021)

Sobre este asunto de la asociación sindical y el rango de cobertura de este a las entidades distintas al contrato tradicional de trabajo que están multiplicándose de manera masiva año tras año, la reacción de los sindicatos tradicionales ha sido encausada a la protección del trabajo típico, reconociendo únicamente a este como el medio digno para la prestación personal de servicios. Esta es una posición entendible, ya que pretende preservar las garantías que bajo un único medio de contratación con garantías sociales han luchado por décadas, pero desconoce las realidades del mercado laboral, lo que en cierto punto puede llevar a convertirlos en asociaciones sin mucho poder de presión ante el poder empresarial, lo que resulta sumamente complejo para agremiaciones que precisamente se

⁵⁹ Así lo reporta la Escuela Nacional Sindical en su página web: <https://ail.ens.org.co/entrevistas/mensajeros-de-rappi-crean-sindicato-el-primero-de-una-plataforma-tecnologica-en-latinoamerica/>

caracterizan por esa capacidad de brindar cierto equilibrio a la balanza del empleador y el trabajador. Por esta misma razón y como muchos de los sindicatos de trabajadores de plataformas defienden que las denominaciones contractuales deben ser dejadas de lado, para que, sobre el concepto general y social del trabajo, se acceda directamente al derecho de asociación sindical.

Para la supervivencia de las organizaciones sindicales en la cuarta revolución industrial, la capacidad de adaptación es imprescindible. Para ello se está apostando por los sindicatos de gremio, el impulso para la negociación por rama económica, seguimiento estricto a las nuevas normativas que afecten al contrato de trabajo como fuente de derechos laborales.

6. Protección al trabajo en todas sus formas. Reconsiderar la estructura jurídica para las formas típicas y atípicas en el derecho del trabajo

La revolución 4.0, 5.0, 6.0 y todas las que sigan llegando a través del paso de los años implican un objeto de estudio vivo, en constante transformación, conforme al cual la transformación de las nociones de trabajo, empleador y trabajador son inevitables.

Si se piensa en las denominaciones jurídicas que se han elaborado alrededor del concepto de “trabajo”, encontraremos acepciones como relación de trabajo, relación laboral, subordinación jurídica, salario, jornada, honorarios, contrato de trabajo, contrato civil de prestación de servicios, facultad disciplinaria y demás.

Todas ellas pertenecen a una tradición jurídica consolidada para la codificar las formas de trabajar y las denominaré típicas, precisamente porque son las regulaciones que existen desde hace algún tiempo y cuentan ya, desde la perspectiva de cada país o unidad de países, con una respuesta jurídica para resolver sus conflictos. Dentro de este grupo se encuentran dos grandes categorías, que son el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia.

Dentro del primer grupo se encuentran todas aquellas relaciones laborales que se realizan con prestación personal del servicio, bajo continuada subordinación y remuneradas. En el segundo grupo están aquellas que se realizan con libertad y autonomía técnica y directiva.

Tradicionalmente solo las primeras se han considerado parte del derecho del trabajo y las segundas se han categorizado en el derecho civil y comercial, pero esa clasificación está llamada a recogerse por varias razones. En primer lugar, si bien es cierto el nacimiento de esta rama del derecho, independiente de la civil, se produjo en el momento de codificarse jurídicamente el trabajo por cuenta ajena, tampoco puede olvidarse que la doctrina desde hace décadas pide recordar que el derecho del trabajo necesita trascender esa casilla y evolucionar a una comprensión más amplia, el derecho laboral, para cobijar dentro de su objeto de estudio a toda forma de trabajo.

De manera general, el derecho del trabajo como rama independiente surge para estudiar un fenómeno económico y social, que es el trabajo subordinado. Trabajo que es producto del sistema económico capitalista que le sirve de génesis, donde hay: (i) una relación laboral individual entre un trabajador y un empleador; (ii) y una relación laboral colectiva, entre un empleador y un sindicato.

Se le ha conocido por varios nombres, Derecho del trabajo, Derecho social, Derecho industrial, Derecho laboral, entre otras. Precisamente, existen múltiples opiniones de doctrinantes alrededor del mundo, que se refieren a esta disciplina jurídica de la manera como se describe a continuación.

Ernesto Krotoschin, citado en el escrito de Adolfo N. Balbín, expresa que:

“derecho del trabajo es el conjunto de los principios y normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la sociedad el que se limita al trabajo prestado por los trabajadores dependientes, comprendiendo todas las consecuencias que en la realidad social surgen de ese presupuesto básico, y cuyo contenido intencional apunta a lo jurídico” (Blabín N., 2015)

De Ferrari, también es mencionado por Blabin y dice que es “el conjunto de normas que gobiernan las relaciones jurídicas nacidas de la prestación remunerada de un servicio cumplido por una persona bajo la dirección de otra”. Agrega que: “puede decirse, acaso con mayor fundamento y precisión que esta rama del derecho en realidad está constituida por el grupo de normas que rigen el trabajo subordinado en general y, particularmente, la situación del hombre considerado como miembro de una profesión y de ciertas comunidades que integra como trabajador” (Blabín N., 2015)

No es necesario recordar más opiniones que coincidan con las anteriores, para identificar en ellas su núcleo fundamental. Todas ellas refieren que el objeto de estudio corresponde al trabajo prestado en una relación de dependencia. Para ellos, el objeto de estudio es el trabajo subordinado, donde hay un trabajador dependiente y un empleador; es este el único asunto del que se ocupa el derecho del trabajo.

En contraposición, hay otra corriente de pensamiento que considera más categorías como parte de esta rama del derecho. Ludovico Barassi, por ejemplo, incluye en ella al trabajo autónomo, en relación con la organización de la empresa en su faz externa en decir en sus vinculaciones con los terceros (adjudicación, transporte, contrato de obra, entre otros). (Barassi, 1953)

Eugenio Pérez Botija, profesor catedrático de derecho del trabajo en la Escuela Social de Madrid, desde 1947 afirmaba de manera sólida:

“Es el Derecho laboral piedra angular de la vida económica moderna. Sus normas no sólo sirven para regular la ordenación profesional de grandes masas de población, sino que, además, predeterminan las relaciones técnico-económicas entre los individuos que viven en sociedad. Sus preceptos establecen la manera por los que unos hombres colocan su actividad productora al servicio de otros, colaborando de esta manera en el bien común.” (Pérez Botija, 1947)

Junto a Pérez y Barassi, relata Américo Plá Rodríguez, reacciona Lotmar afirmando que la doctrina moderna se inclina resueltamente por una denominación común a todas las múltiples formas de trabajo retribuido, originadas en un contrato porque todas ellas pertenecen al mismo tipo de contrato.

La tendencia existe y es acertada, reitera Plá, pero Barassi la extrema ya que pretende cobijar bajo la misma denominación no sólo a lo que el Código llama arrendamiento de obra y arrendamiento de servicio, sino también a toda otra forma de trabajo siempre que sea remunerado, aunque no sea subordinado. (Plá Rodríguez, 1989)

En la actualidad, el trabajo es regulado por múltiples normas jurídicas destinadas a cualquier actividad personal para prestar servicios a un tercero. Con o sin remuneración, con o sin subordinación, con o sin contractualismo.

Por otro lado, sobre las tendencias de las formas de trabajo atípicas la OIT ha señalado (Organización Internacional del Trabajo, 2016):

- Tomando una muestra de más de 150 países, en un tercio de estos el promedio de uso de trabajadores temporales por empresas privadas, es del 11%.
- Si bien las mujeres representan menos del 40 por ciento del total del empleo remunerado, constituyen el 57 % de los asalariados a tiempo parcial. El empleo a tiempo parcial de las mujeres está asociado a la búsqueda de compatibilidad con labores domésticas y familiares.
- El empleo ocasional es una característica prominente de los mercados de trabajo en los países en desarrollo y su importancia ha aumentado en los países industrializados. En Bangladesh e India casi dos tercios del empleo asalariado es ocasional; en Malí y Zimbawe, uno de cada tres trabajadores es ocasional. En Australia, donde el trabajo ocasional es una categoría de empleo específica, uno de cada cuatro empleados es ocasional.
- En los países industrializados, la diversificación del trabajo a tiempo parcial en modalidades como los «horarios muy reducidos» o el trabajo «a pedido», incluidos los contratos de «cero horas» (sin garantía de un mínimo de horas), tiene paralelos con el trabajo ocasional en los países en desarrollo. En el Reino Unido, el 2,5 por ciento de los empleados tenía contratos de cero horas a finales de 2015. En los Estados Unidos, aproximadamente el 10 por ciento de la mano de obra tiene horarios de trabajo irregulares y a pedido, siendo los más afectados los trabajadores de menores ingresos.

Dentro de los riesgos asociados a las formas de trabajo atípicas, también la OIT ha identificado (Organización Internacional del Trabajo, 2016):

- (i) **Falta de estabilidad en el empleo.** Cuanto mayor es la incidencia del empleo temporal en el país, mayor es la probabilidad de que los trabajadores pasen del empleo temporal al desempleo, siendo menos probable la posibilidad de pasar a un empleo mejor.
- (ii) **Ingresos más bajos.** El empleo a tiempo parcial está asociado a penalizaciones salariales en Europa y los Estados Unidos, pero en América Latina los trabajadores más especializados reciben primas salariales.
- (iii) **Control limitado en los horarios.** Los trabajadores ocasionales y a pedido, tienen poco control en sus horarios, lo que afecta el balance entre el trabajo,

la vida personal y sus ingresos. Esto último porque no podrá tener un segundo empleo o es incierta su remuneración.

- (iv) **Deficiente seguridad y salud en el trabajo:** la inestabilidad en los horarios, fallas de comunicación, fallas de formación, entre otros factores, implican que estos trabajadores tengan tasas de lesiones más altas.
- (v) **Seguridad social:** existen países, en donde los trabajadores con empleos atípicos se excluyen de la seguridad social. Pero incluso en casos donde estén incluidos en la seguridad social, dadas las condiciones de inestabilidad, tienen prestaciones deficientes durante el desempleo y la vejez.
- (vi) **Formación para el trabajo:** el trabajador con empleo atípico es menos propenso a recibir formación para el trabajo
- (vii) **Libertad sindical:** los trabajadores de empleos atípicos pueden verse excluidos del derecho fundamental de libertad sindical. De esta manera su representatividad es mucho más débil.

Todos estos fenómenos ya han sido documentados a lo largo de este documento y tienden a ampliarse conforme se estudian los elementos protectores del contrato individual de trabajo y se comparan con cualquier otro mecanismo semi típico o atípico de trabajo.

Pero las consecuencias del uso indiscriminado de las formas atípicas de empleo no solamente afectan a los trabajadores. En un margen menor, las empresas se ven afectadas, ya que necesitan adaptar sus estrategias de recurso humano, lo que reduce su capacidad de responder a los retos y cambios del mercado. También se identifica que las empresas con mayor uso de empleo temporal reducen sus inversiones en formación, innovación y tecnología, dejándolas rezagadas en la competencia.

Por otra parte, si el mercado del trabajo continúa dando espacio para las formas atípicas de empleo, se generará una mayor volatilidad en el empleo, lo que implica una inestabilidad económica. (Organización Internacional del Trabajo, 2016)

Por todo lo descrito, el derecho laboral como disciplina jurídica no puede encasillar su objeto de estudio a través del lente de las maneras contractuales que se han creado a su sombra, sino que debe crecer a partir del fenómeno social que regula, y eso no es otra cosa que el trabajo en todas sus formas.

Ahora bien, si dentro de esta regulación encontramos a los principios y normas jurídicas destinadas a tutelar del trabajo humano, productivo y libre, en un mundo como el actual deberíamos empezar a pensar que regular el trabajo productivo y libre, dejando de limitar su objeto de estudio al trabajo humano, ya que las máquinas están jugando un rol fundamental en las relaciones laborales con una tendencia a dominar ciertas ocupaciones del mercado de trabajo, incluso llegando a permitirnos repensar el rol social del trabajo.

Muchas actividades productivas de base, repetitivas, desarrolladas por humanos desaparecen para dar paso a las máquinas, con quienes simplemente no podemos competir en un entorno productivo. Puede que otras tantas aparezcan para que sean desempeñadas por seres humanos, lo que genera presión en los procesos de recambio laboral, reentrenamiento de las personas y formación a lo largo de la vida. Además de ello, demandan una respuesta estatal completa de los sistemas de protección social para amparar al trabajador cesante y permitirle reingresar al mercado laboral. Planteando por supuesto muchas interrogantes de cuál es la respuesta correcta a toda esta situación y, sobre todo, cómo podremos anticipar las necesidades de talento humano al paralelo de los avances tecnológicos de la industria. Y el elemento tecnológico, si bien es cierto es el más destacado asunto que impulsa los cambios en nuestra manera de trabajar, tampoco podemos olvidar que existen otros tantos que pueden resultar determinantes para generar una nueva fuente del derecho laboral. Fenómenos como el cambio climático, las migraciones, y una pandemia, con un reciente y evidente impacto brutal en el trabajo, nos siguen empujando a pensar diferente, a demandar cambios jurídicos donde nuevamente tendremos que proponer nuevas fórmulas jurídicas destinadas a resguardar la dignidad humana frente a las demandas del sector productivo.

En este contexto cualquier ejercicio de prospectiva implica necesariamente entender la naturaleza del cambio, novedosa e imprevista de cierta manera; evidentemente las formas de trabajo típico también enfrentaron esta situación y vivieron los mismos procesos evolutivos, pero a una menor velocidad, que ahora no solo se impulsa por la tecnología, sino por fenómenos económicos, ecológicos y de salud, como el provocado por la emergencia sanitaria global generada por el coronavirus COVID-19.

Particularmente este último fenómeno ha causado una efervescencia muy grave en las naciones, con impactos diferentes conforme a las situaciones nacionales, con un efecto económico catastrófico, por supuesto erosionando el ya debilitado mercado laboral formal, condenando a los trabajadores informales al hambre, aumentando las cifras de desempleo de manera incalculable, evidenciando la debilidad del sistema que nos gobierna y acrecentando las desigualdades sociales, castigando a los más vulnerables.

También ha conllevado un impulso a la digitalización de servicios e impulsado la educación y el trabajo por medios telemáticos a niveles antes no considerados.

Es aún complejo realizar cálculos de qué tan profundamente afectará esta situación al mundo del trabajo, pero ciertamente ningún cálculo ha sido suficientemente grave y la Organización Internacional del Trabajo reporta:

“(…) Las nuevas cifras reflejan el agravamiento de la situación en numerosas regiones durante las últimas semanas, sobre todo en las economías en desarrollo. A nivel regional, la pérdida de horas de trabajo fueron: Américas (18,3 por ciento), Europa y Asia Central (13,9 por ciento), Asia y el Pacífico (13,5 por ciento), Estados Árabes (13,2 por ciento) y África (12,1 por ciento)” (Organización Internacional del Trabajo - COVID, 2020)

Si analizamos el tema desde una perspectiva histórica, encontraremos seguramente algunos elementos que nos permitan plantear algunas premisas para la visión futura.

El momento de erupción del derecho del trabajo tiene diferentes perspectivas. Para algunos es el resultado de las luchas de la clase obrera demandando mejores condiciones laborales durante la primera revolución industrial. Otros agregarán que en realidad lo que se buscó fue estandarizar el factor trabajo dentro de la ecuación productiva para facilitar el comercio internacional. Los demás precisarán que fue un conjunto de prebendas ofrecidas a las masas para evitar permitirles la tentación del modelo socialista que aparecía con los bolcheviques.

Sin embargo, todos resultan dando estructura a un elemento esencial, que es la protección del trabajo humano. Si ese es el eje sobre el cual se posa el derecho laboral, entonces debería contarse con un conjunto de herramientas jurídicas universales que propongan premisas para alcanzar ese fin. Esto ya lo ha intentado la OIT en repetidas ocasiones, pero con el problema estructural de la ONU, falta de coordinación internacional y falta de elementos coercitivos para garantizar su cumplimiento, podríamos caer en la misma dificultad y no lograr el cometido. Serán otros factores los que nos obliguen a actuar, serán la mano invisible, la madre naturaleza o el horror de la guerra los que nos obliguen a retroceder y entendernos como un todo. Al menos eso dice la historia.

En fin, al pensar en cómo podría ser el trabajo que aún no conocemos, lo cierto es que no podemos saber con certeza cómo será, así que los sistemas de protección laboral deben empezar a fortalecer las capacidades de las personas para que puedan reaccionar, adaptarse y navegar dentro de las demandas de competencias que tienen los mercados laborales. Este sería el primero de los principios mínimo fundamental para tener en cuenta dentro del trabajo atípico, el acceso al entrenamiento a lo largo de la vida.

También deberíamos pensar en los largos períodos de desempleo que sufren las personas. Para ello se propone la renta básica universal, que a causa de la pandemia del COVID-19 terminó por ser establecida en España como ingreso mínimo vital (IMV) (Deutsche Welle (DW), 2020). Es muy diferente este concepto a los subsidios de desempleo, que dependiendo del país cuentan con problemas estructurales muy graves. Particularmente en América Latina, los sistemas protección al cesante se financian con aportes del mismo trabajador formal y solamente dan cobertura a esta población, dejando por fuera a la gran mayoría de personas económicamente activas, que viven de la economía informal.

Esto se ha hecho aún más evidente y de manera catastrófica, de la mano de la pandemia generada por el COVID 19. La CEPAL (Deutsche Welle (DW). García Casas, Luis, 2020) ya ha pedido la implementación de esta medida para América Latina, pero un problema usual impide su real implementación, y es ¿cómo podría financiarse algo así? ¿es siquiera posible pensarlo en la peor crisis económica desde la gran depresión?

Dentro de todo este proceso de transición, hacia la necesaria protección del trabajo en todas sus formas, existen varios actores protagonistas, en las tres ramas del poder público en las naciones, la ejecutiva, jurisdiccional y legislativa. Dentro de la rama ejecutiva o administrativa, según la preferencia del doctrinante que las denomina, tiene un poder

especial, que es ejercer la policía administrativa para el cumplimiento de las normas laborales actualmente dispuestas y que en el futuro irán retando la interpretación y capacidad de adaptación de una normativa que ya cuenta con un núcleo muy claro, que es la protección del trabajo.

Precisamente en este sentido, las inspecciones del trabajo demostraron su gran valía en este tema, ya que fueron las primeras en atender las reclamaciones de los trabajadores en segmentos de tan rápido crecimiento y tan retadores en las formas que ocurren, como el de las plataformas de reparto o de servicio de transporte individual automotor, que ya fue descrito en el capítulo de la Visión administrativa, al referirme al mercado de trabajo que plantea la cuarta revolución industrial con las Plataformas colaborativas. Los conductores de Uber presentaron quejas ante los inspectores e inspectoras del trabajo, como sucedió en Cataluña, y estas escucharon, señalando la existencia de una relación de trabajo subordinada y típica, en la que las aplicaciones tecnológicas para el desarrollo de estas actividades no son más que una herramienta para ejercicio de subordinación jurídica, ya que dictan las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales se ejercen.

Otro de los grandes escenarios de reacción normativa, sino el que más, son los despachos judiciales. Es en estos espacios donde se realizan las más representativas innovaciones en materia normativa, pues su capacidad de ser fuente de la ley a través del precedente judicial consolidado implica una enorme responsabilidad en la guía del ejercicio de múltiples actividades laborales, brindando especial atención a las particularidades con que se desarrollan las actividades, escuchando a ambas partes, que es distinto a lo que ocurre en las otras ramas del poder público.

Es por ello son precisamente los y las jueces quienes resguardan el adecuado cumplimiento de las normas, ya que en su interpretación jurídica generalmente siguen un criterio enmarcado en la principalística laboral, con una enorme trascendencia de valorar precisamente la condición de trabajador sobre la evidencia de las actividades realizadas y no sobre las herramientas de trabajo. Esto no es uniforme, por supuesto, ya que, como toda actividad de interpretación, hay tantas variantes como personas brindando opiniones. Más allá de esto, lo que está claro, es que en muchas naciones del mundo han sido los tribunales judiciales los encargados de zanjar estas situaciones, acudiendo también al derecho comparado, lo que es notable y brinda valía a este tipo de decisiones, enroladas a la visión del derecho como un organismo vivo, nunca estático.

En esta triada también está la rama legislativa, que es generalmente la más lenta en reaccionar a las realidades sociales que requieren de regulación, por aspectos de economía política. También en este campo apenas se están presentando reacciones tendientes a regular el trabajo en las nuevas realidades que plantea la tecnología, como expuse en capítulos anteriores. Esto invita también a que esta rama, que es donde esencialmente se producen las normas, a jugar un papel mucho más activo en este tipo de situaciones de adaptación normativa. Ocurre muchas veces que las normas constitucionales ya consagran los elementos necesarios para la expedición de normas que ampliamente protejan en trabajo en los términos que propongo, con esa universalización de la protección de esta actividad humana, pero debido a los intereses que toca, debido a lo controversial que puede resultar y los costos políticos que se generarían, es un asunto que

no pasa de discursos o de normas reducidas e inconexas que no clarifican o resuelven de raíz los conflictos. En esta medida, los Congresos tienden a ser obligados por presión social a la intervención de estos temas, aún conservando el carácter de sus textos normativos al mínimo necesario para atender de la manera más superficial posible el asunto, dado el intenso lobby que también rodea estos espacios, impulsado por las empresas interesadas en que perdure el orden de las cosas que les resulte más conveniente.

De otra parte, no puedo dejar de nombrar a los espacios de conflicto laboral donde los trabajadores mismos son protagonistas, que son el ejercicio de la libertad sindical, con la asociación sindical, negociación colectiva y la huelga. Estos tres elementos han sido también vanguardistas al momento de hacerse notar precisamente como un colectivo importante conforme las ocupaciones van evolucionando y encuentran intereses en común para ser defendidos.

En los trabajos del presente, ya no tanto del futuro, se aceleró aún más la digitalización de trabajo, lo que implica un desarrollo cada vez menos presencial de la actividad laboral. Ya no solo estoy hablando de las herramientas digitales como mecanismos de negación del carácter laboral subordinado del trabajo, sino de la eliminación de un elemento clásico de la asociación sindical, que es la colectivización del trabajo, que hace parte del origen mismo del sindicalismo. Y es que el compartir el espacio de trabajo, permitía conocer las condiciones de trabajo de primera mano, el compañerismo, la solidaridad y, en ese sentido, la fuerza de lo colectivo a partir del reconocimiento de las mismas dificultades y penurias que enfrentaban en el ejercicio de sus labores. Ese elemento de la colectivización es radicalmente cambiado por la tecnología, pues la fábrica como espacio para compartir experiencias entre los trabajadores, desaparece. Pero también la tecnología ha brindado herramientas para transformar esa colectivización, ya que espacios como las redes sociales brindan todas las posibilidades necesarias para fortalecer ese compartir de las experiencias en el ejercicio del trabajo, incluyendo también la necesaria convocatoria de más trabajadores para que se unan a las luchas que se persiguen y el intercambio de las experiencias que les han resultado útiles en este proceso de adaptación normativa a las nuevas realidades sociales. Eso es lo que precisamente hacen colectivos como la Red de Asistencia Legal para Trabajadores (La Red ILAW), que se establece como es una organización de membresía para abogados y abogadas de derechos sindicales y laborales.

7. Conclusiones y propuestas finales

El estudio que he realizado ha requerido de una inmersión al tema desde el punto de vista histórico, destinado a entender las causalidades socio jurídicas que nos han llevado a las realidades que experimentamos hoy en día, y en ese sentido, me han permitido entender las perspectivas que se dibujan para los años venideros.

Tal camino me ha guiado hacia una comprobación de la hipótesis que he presentado en las primeras páginas de este escrito, conforme a la cual consideraba que existía una asimetría entre las realidades del mercado laboral y la respuesta brindada por el derecho del trabajo. En muchos de sus aspectos, pero esencialmente en la estructura misma del principio protector que rige el derecho del trabajo, conforme al cual su ámbito de aplicación se limita a las relaciones de trabajo derivadas del contrato de trabajo individual y a término indefinido, vale decirlo, el trabajo típico.

En ese sentido, existe un cúmulo de garantías socio laborales que están estrictamente atadas a un limitado espectro de población que cuenta con un trabajo típico que, por lo mismo, resulta escasa o ineficiente para responder a las necesidades del grueso de la población. Sumado a ello, he identificado un problema de adaptación del derecho laboral, ya que el abordaje a los cambios del mercado de trabajo se ha reducido a la lucha contra el fraude a la ley laboral en los casos de ocultamiento de relaciones típicas para el detrimento de derechos laborales ya reconocidos; pero también a la falla evolutiva de nuestra rama del derecho, dada su desactualización frente a las nuevas formas de trabajo que la tecnología e innovación han ido permitiendo año tras año.

Considero que existen dos problemas principales para dos escenarios generales. Los problemas son de cobertura y adaptación, que se plantean a su vez en dos escenarios, de los países desarrollados y de los países en vías de desarrollo.

En los **problemas de cobertura** están las dificultades ocasionadas por la excesiva centralización de los contratos individuales de trabajo a término indefinido como la única forma de trabajo reconocido por el estado, provocando la exclusión de distintas formas de trabajo de las garantías socio laborales que le son propias.

En los **problemas de adaptación** encuentro las estructuras jurídicas rígidas y anticuadas, dada su estrecha relación con la primera revolución industrial, las cuales son adaptadas esencialmente vía jurisprudencial, lo que significa que demoran un tiempo en adaptarse y dependen de la litigiosidad del tema, en un asunto donde los trabajadores tienen baja capacidad para acudir a los estrados judiciales.

De esta manera, debido a este problema se terminan permitiendo sistemáticas burlas de derechos laborales y de contar con una incesante incertidumbre de las reglas de juego que han de aplicarse al ejercicio del trabajo con los escenarios que plantea las tecnologías, innovación y telecomunicaciones en la 4 revolución industrial.

En este caso, las medidas iniciales se han ido orientando hacia limitar y evitar el ocultamiento de relaciones laborales, pero también está un asunto de gran importancia y

que en todas las agendas de desarrollo para el desarrollo sostenible se plantea, y es la necesidad de centrar el debate en la protección de los seres humanos en este escenario de cambio permanente, y donde las asimetrías del talento humano evidencian su enorme importancia.

De esta manera, **el conjunto de conclusiones y propuestas que me permito formular, están divididas en estos dos escenarios, cada uno con los dos problemas propuestos**, pero en todos los casos están dirigidas a brindarle un cambio de perspectiva al derecho del trabajo, para que el trabajo típico deje de ser el único nacimiento sobre el cual se considera el acceso a derechos fundamentales como el salario mínimo vital y móvil, la atención en salud, la protección en la vejez, la protección en los períodos de carencia, entre otros.

Son dos los escenarios a considerar: el de los países desarrollados y el de los países en vías de desarrollo.

Para el primer escenario he tomado como referente a los países desarrollados del continente Europea, donde nace y se estructura el estado bienestar, por ser aquellas economías con mercados laborales más saludables, vale decirlo, con mayores tasas de formalidad y más bajas tasas de desempleo.

Y en el segundo escenario me he referido a la sociedad colombiana, siendo esta última un referente de las realidades de América Latina, profundamente desiguales, con alto desempleo e informalidad.

De esta manera he llegado la **conclusión general**, conforme a la cual puedo señalar que para leer el mercado laboral y las reacciones jurídicas existentes para regularlo, de cara a las realidades y prospectivas de la nueva era, es necesario tener distintos lentes para entender y adaptar mejor las respuestas jurídicas a las realidades de cada caso, sin perder de vista la validez del derecho internacional del trabajo, como referente universal necesario para generar unas reglas de juego esenciales dirigidas a continuar estructurando al derecho al trabajo como uno de los derechos humanos de mayor trascendencia dentro de los impactos de las tecnologías de la innovación y las comunicaciones, el crecimiento verde y el desarrollo sostenible.

Para el escenario de los países desarrollados el problema de cobertura permite cerrar la brecha de manera más directa, mediante la resolución del problema de adaptación. Quiero decir con esto que un proceso de adecuación de las estructuras normativas laborales, donde se reconozcan las nuevas formas en el ejercicio de los elementos esenciales de las relaciones laborales típicas, que son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica, es necesario para cerrar las brechas de cobertura que se han ido identificando.

En estos países esos pasos ya se están dando, con leyes que han ido reconociendo elementos como los algoritmos como elementos válidos para el ejercicio de la subordinación jurídica dentro de las relaciones laborales típicas dentro de las realidades productivas de la cuarta revolución industrial, entre otro conjunto de medidas. De esta

manera, las garantías socio laborales serían garantizadas mediante la actualización de las normas laborales y el fortalecimiento de los mecanismos de inspección, vigilancia y control para castigar los fraudes a la ley social.

Y en cuanto a las asimetrías del talento humano en este primer escenario, indudablemente los sistemas de cualificaciones de las naciones del continente europeo están a la vanguardia en lo que se refiere a los procesos de absorción de información del mercado laboral para generar políticas de empleo basadas en la prospección de competencias, con estrategias como las credenciales de competencias internacionales y demás posibilidades planteadas.

Ya se está encaminando entonces el proceso de consolidación de una verdadera movilidad internacional en clave de competencias, y el reto está en la durabilidad de las estas, así como su constante evolución hacia lo que el mercado irá demandando y la tecnología irá permitiendo, estando siempre listos a captar desde la institucionalidad estos ajustes y sabiendo traducirlos mediante las vías de cualificación reconocidas.

En este punto, considero que un reto enorme es la mantener el esfuerzo ya adelantado con la integración regional que representa la Unión Europea, sobre todo en un escenario tan complicado de guerra y post pandemia, donde el reto de la migración nuevamente se pone sobre la mesa con mayor urgencia esta vez. La población ucraniana necesitará un espacio de acogida e integración a los países hacia donde está migrando, lo que incluye por supuesto su ingreso a los mercados laborales respectivos, para quienes el estatus migratorio, el reconocimiento de sus competencias y la garantía de derechos en condiciones de humanidad con igualdad son necesarios, pero plantean seguramente arreglos institucionales dentro de los países de acogida.

Distinto es el escenario de los países en vías de desarrollo. En este caso el problema de cobertura es mucho más retador, pues las economías con alta informalidad y desempleo, el problema se dirige a la calidad y la cantidad de los empleos generados, siendo estos la puerta de acceso más inmediata a las garantías socio laborales.

En este caso, discusiones como la fábrica algoritmo, el análisis predictivo, la reinención de la geografía productiva, los modelos de negocio 360 o des intermediados y la desigualdad robótica tridimensional van a llegar de manera más lenta, en comparación con las economías del primer escenario propuesto, siendo entonces un asunto de la agenda que puede establecerse en el mediano plazo dentro de las grandes transformaciones que necesita el derecho del trabajo.

Es decir, en este caso existe algún un margen de maniobra que permitiría tomar acciones necesarias en este momento para dinamizar la economía de los países, la educación y la productividad laboral, que en últimas redundan en el bienestar social.

Sin embargo, y sin intentar anular o disminuir la importancia al punto anterior, he encontrado que existe un asunto que requiere una intervención inmediata, y es la desigualdad dentro del sistema de garantías socio laborales, ya que la calidad y cantidad de los empleos generados es absolutamente insuficiente.

Dos factores son los que debo destacar. Uno es el excesivo centralismo en el contrato de trabajo a término indefinido y de tiempo completo. Diría que la mayor asimetría *iuslaboral* que he encontrado es el enfoque del trabajo subordinado y típico como llave para abrir la puerta a una cantidad de garantías sociales.

Pero esta llave, además de resultar insuficiente para quienes tienen un trabajo formal con el mínimo de garantías laborales, es anacrónica e ineficiente, dejando a una enorme porción de las personas fuera de acceso a cualquier garantía social fundamental, ya que excluye de tajo a las personas que trabajan a tiempo parcial, a las personas que se dedican al cuidado del hogar, a las personas del sector informal de la economía, a los trabajadores por cuenta propia, entre otros tantos. Por ello, los más vulnerables son los más expuestos ante la menor alteración económica.

En ese sentido, la tipicidad o la atipicidad del trabajo no es el punto de discusión principal, sino que necesitamos trasladar un conjunto de garantías sociales atadas al trabajo en todas sus formas, para que sean unas garantías sociales mínimas que no se financien con los aportes del trabajador y del empleador dentro de los contratos de trabajo a término indefinido de tiempo completo, sino que se acceda a ellas mediante una cobertura universal y sean financiadas con aportes tributarios generales atados a los ingresos y tasados dinámicamente conforme a estos conforme a las actividades lícitas que las personas adelantan.

En mi opinión, esto impactaría favorablemente en la calidad y la cantidad de los empleos generados, ya que esto implicaría un cambio radical en la manera como se da cobertura y financiamiento a contingencias como la enfermedad, la vejez, la muerte y el desempleo. Propongo que se releve de la carga impuesta a los trabajadores y empresas para el pago de estas garantías atadas a los contratos de trabajo típicos, dejando de lado la discusión sobre los costos laborales “altos” y su rol como factor que desincentiva la creación del empleo formal.

Y es que el costo laboral asociado a la seguridad social y otro conjunto de pagos laborales. se propone como argumento central de los empresarios como una barrera para la creación de empleos formales, la tercerización y la desregularización. Pero esta reducción de derechos laborales por décadas ha demostrado no incidir de ninguna manera en la creación de empleos y el sostenimiento de estos.

Elementos como la renta universal o la pensión universal ciudadana no buscan un alza en impuestos, sino una mejor estructuración, recaudación y distribución de los impuestos, que sí corresponda a las capacidades económicas de las personas y la realidad de sus ingresos sea visible a un estado que actualmente no ve a las personas fuera de la formalidad.

A esto se suma un elemento que he mencionado en el texto, que es el cambio en la noción de empresa a lo largo de los años y su transición en el marco de la 4 revolución industrial. La empresa de las anteriores revoluciones industriales era un espacio físico, conectado a nivel nacional y concentrado esencialmente en este espacio.

Pero con elementos como la globalización, la digitalización, el análisis de datos, el *big data*, el internet de las cosas y otras tantas herramientas y fenómenos que ya he abordado, existe una evidente transformación de las empresas, la manera en que estas se comportan, estructuran y expanden, generando un reto enorme especialmente en el derecho del trabajo, que sigue estructurándose dentro del paradigma de las empresas de las anteriores revoluciones industriales, que fueron dispuestas como las corresponsables de aspectos esenciales de la protección social, como un elemento de transición desde el estado bienestar hacia el estado social de derecho.

En el liberalismo se implicó que la aplicación de las leyes del mercado sería suficiente para que las personas alcanzaran la felicidad y, de esa manera, no existiera mayor limitación del estado en el ejercicio de las actividades de cada persona. Pero esto choca directamente con la extensión abusiva de las libertades y el inicio del derecho de los demás, generando entonces una noción de enorme importancia en el marco de los derechos humanos, y es el concepto y el reconocimiento como humanidad de la igualdad de todos y cada uno de nosotros.

Por lo descrito, el abuso de la libertad empresarial soslayando el derecho de los trabajadores a ser considerados como seres humanos con un conjunto de derechos mínimos laborales fue la puerta de entrada a lo que hoy, con todas sus evoluciones y transformaciones, es el derecho del trabajo. En ese sentido, siendo la empresa el lugar y centro donde existe un enfrentamiento entre la libertad del empresario y la igualdad humana de los trabajadores se encuentran, corresponde al estado a través del derecho del trabajo igualar las cargas del ejercicio de una actividad económica, donde uno brinda los medios y otro brinda la mano de obra.

Por esta razón, el derecho del trabajo se implica dentro del intercambio de actividades de dos actores, donde uno le brinda parte de su existencia, su tiempo, su trabajo, a cambio de un pago por los servicios que presta. Pero el salario no es el único pago que existe en esta relación laboral, también están los pagos no salariales, tales como la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, los descansos remunerados, las prestaciones sociales y otro conjunto de pagos.

De ello resulta que nuestras sociedades estructuraron mayoritariamente el acceso y financiamiento de un conjunto de derechos que debería ser universal a través del trabajo, de un contrato que para la época era el único concebido como tal. Asuntos como la seguridad social, la protección al desempleo, entre otros, a través de un único sistema de trabajo, que es el trabajo por cuenta ajena indefinido y a tiempo completo.

Pero resulta que esto invisibiliza a muchas otras poblaciones para el sistema, que acceden a estos derechos de manera reducida, tales como el trabajo doméstico, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo intermediado, el trabajo encubierto, el trabajo por cuenta propia, el trabajo informal, etcétera. Para algunos, como el trabajo encubierto, el derecho del trabajo ha dispuesto de un conjunto de herramientas jurídicas dispuestas para evitar el fraude a la ley, pero en todo caso estos casos requieren de la intervención judicial impulsada por el trabajador.

Sin embargo, otras tantas formas de trabajo siguen estando por fuera de la vista del Estado y resultan siendo seudo protegidas con programas de corto plazo que les brindan unos amparos recortados y determinados por políticas de gobierno, no políticas de estado. Esto, además de enfatizar el clientelismo, corrupción, profundiza la desigualdad, y nos somete como sociedades a una generación de constante deficiencia de protección social.

Considero a esta como una asimetría directa estructural del derecho del trabajo, que fragmenta el mercado laboral y solamente ampara y mide al trabajo a través de un solo lente. Y es que los tres elementos esenciales del contrato individual de trabajo indefinido y a tiempo completo se han ido transformando profundamente, como consecuencia el núcleo del derecho laboral, bien por efecto de las transiciones tecnológicas que han ido quedando fuera de la rigidez jurídica y se han ido adaptando esencialmente gracias al trabajo de los jueces, por deficiencia en los arreglos institucionales estatales necesarios de regulación, inspección, vigilancia y control.

Esta es la asimetría institucional-jurídica-estatal que ciertamente se conecta con la primera asimetría mencionada y existen varios elementos a resaltar frente al examen de las vías de contratación actuales.

A su paso, en el trabajo intermediado se encuentra que un empleador directo del trabajador envía a su trabajador para estar al servicio de la empresa/cliente por una delegación de la subordinación.

En este caso se necesita fortalecer: (i) acceso a la justicia social (ii) fortalecimiento de los indicios de laboralidad (iii) aplicación de responsabilidades a la empresa/cliente para que esta responda de manera subsidiaria ante los incumplimientos del empleador directo, ya que suelen ser empresas débiles y que no responden a las obligaciones laborales que les corresponden.

En cuanto al trabajo temporal, considero que además de castigar la prolongación injustificada de la temporalidad de vínculos que realmente deberían estar pactados a largo plazo, buscando el fraude a la ley para reducción de costos y posibilidad de terminación del contrato sin mayor limitación, se debería establecer una estructura institucional fuerte con un servicio público de empleo que le permita a las personas acceder a políticas activas y pasivas de empleo.

De tal manera que tengan un aporte obligatorio pagado por el empleador a los fondos de desempleo que les permitan desarrollar las competencias necesarias para reincorporarse laboralmente con mayor rapidez y que también les brinden prestaciones económicas suficientes y acortes al último salario percibido. Esto permitiría una navegación más suave entre empleos temporales que seguirán existiendo.

Para estos casos de fraude a la ley, se necesita de un brazo mucho fuerte del estado en el ejercicio de sus funciones como policía administrativa laboral y reforzar la justicia laboral, que cuenta con muy pocos recursos y con gran cúmulo de procesos. También se ha encontrado una alta deficiencia en las sanciones legales impuestas en muchas legislaciones por el encubrimiento de las relaciones laborales, siendo más rentable para

los empresarios el incumplimiento de sus obligaciones que el cumplimiento de tales. En este sentido se necesita encarecer el costo de oportunidad para castigar el fraude a la ley laboral.

En el caso de los trabajadores digitales de plataformas basadas en la ubicación, especialmente las de reparto, muchas veces encasillado entre el trabajo subordinado clásico oculto y el trabajo por cuenta propia, el problema jurídico está en la caracterización de la existencia o no de subordinación jurídica, donde cuando ocurra el criterio de ajenidad y de dependencia económica, deberíamos estar realmente ante un trabajo por cuenta ajena desarrollado mediante las posibilidades que actualmente permite la tecnología. Así las cosas, considero que en este caso concreto estamos en una relación laboral típica, regida por un contrato de trabajo individual y a término indefinido.

Esto no se encuentra mayoritariamente claro en países de América Latina, y en Colombia necesita de una norma que defina de una vez por toda, su carácter de trabajadores y les integre dentro de la estructura del trabajo típico con las garantías que les son propias. Por lo tanto, mi propuesta en este caso es la integración al trabajo típico de los trabajadores de las plataformas basadas en la ubicación, ya que en este caso simplemente estamos ante las nuevas formas del ejercicio de la subordinación jurídica que permite la tecnología.

Para el caso de los trabajadores digitales de plataformas basadas en la web hay un problema esencial que resulta bastante retador, y es la dificultad de la gobernanza de la internet. Debido a que todo el trabajo desarrollado se desarrolla dentro de la red virtual, la eventual reclamación y responsabilidad de un empleador puede ser compleja que impiden a los trabajadores la justiciabilidad de derechos laborales.

Pero para las situaciones donde se establecen empresas plenamente un empleador, considero que nuevamente estamos ante una relación de trabajo típica que está regida por un contrato de trabajo de la nueva generación, donde no es tan relevante el ejercicio de la subordinación jurídica con elementos como la jornada de trabajo, extensiones enormes de tierra con fábricas o interminables cubículos para que las personas adelanten su trabajo, sino de la identificación de elementos de medición biométricos y de medición de la productividad laboral.

En este sentido, el reto estaría enfocado en garantizar la justiciabilidad de los derechos laborales y del ajuste de estos sobre estas nuevas modalidades, donde elementos como los límites en la jornada de trabajo son elementales. Por lo demás, el acceso a las garantías sociales, deberían estar cubiertos por el empleador respectivo que debe estar legalmente constituido en el país y responder como tal.

El trabajo informal es quizá el más alejado a la estructura laboral típica de las modalidades de trabajo humano legalmente reconocidas. En muchas ocasiones en este trabajo no se encuentra un empleador determinable, tampoco un beneficiario de la obra o servicio contratado, de tal manera que estas personas dependen económicamente del cliente que paga por su producto o servicio.

Por ello, su acceso a garantías sociales generalmente está condicionado al éxito de las estrategias de tránsito a la formalidad laboral y económica de su actividad. Pero considero que estas medidas enfrentan una situación muy compleja de transformar, especialmente en los países en vía de desarrollo, donde la participación del empleo informal dentro de las tasas de empleo es muy superior y, en todo caso, mayoritaria a lo que ocurre con el empleo formal.

De esta manera, para este caso en particular, el acceso a las garantías sociales mínimas de la seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, protección en el desempleo, capacitación, deberían estar cubiertas con un financiamiento tributario que, con destinación específica, ampare a los trabajadores informales certificados que reporten sus ingresos, con cuidadoso control para evitar un fraude a la ley que implique destrucción de empleos formales o para el encubrimiento a verdaderas relaciones laborales.

Para afrontar los problemas de cobertura socio laboral adecuada provocados por las asimetrías, hay dos elementos a considerar: el acceso universal básico y la sostenibilidad fiscal de las garantías sociales asociadas al trabajo, evitando de esta manera un sistema completamente subsidiado. Al efecto mis propuestas son:

- (1) **Disposición de una definición del trabajo amplia:** el trabajo ha estado tradicionalmente ligado a ser una prestación de un servicio hacia un tercero, con remuneración y bajo subordinación. La evolución del concepto de trabajo en el marco de la realidad actual y futura demanda una diversificación de los elementos propios del trabajo, brindando cabida a la actividad humana como tal, mediante la cual las personas tienen acceso a los elementos mínimos de subsistencia. En este asunto, conceptos como la renta básica universal están en la baraja de posibilidades de muchos países.

Y en el entorno latinoamericano también lo están, pero para su implementación adecuada demandan de una estructura institucional muy fortalecida y blindada a la corrupción, algo de una enorme complejidad.

En ese sentido, esta noción del trabajo hacia un concepto más general que propongo iría determinada a la capacidad humana de adelantar actividades lícitas socialmente representativas, conforme a lo cual implicaría acceso a elementos como la renta básica universal, que necesita de demandar la realización de un trabajo a cambio de su obtención. Dicho elemento de actividades lícitas estaría determinado por los listados definidos en las clasificaciones de ocupaciones y sistemas de información eficientes que garanticen la verdadera transparencia en el acceso y permanencia dentro de estos.

En ese sentido, el estado brinda una renta básica sujeta a la realización de trabajos requeridos por el colectivo, reconocidos como tales, acudiendo a la noción de la América originaria donde el trabajo era realizado por todos desde sus roles, era representativo y daba acceso a los frutos de esa labor realizada por todos.

- (2) **La nueva definición de la relación laboral y del contrato de trabajo.** En articulación con la conclusión anterior y la siguiente, encuentro que se hace necesario modificar la noción general de la relación laboral y el contrato de trabajo. Por décadas hemos considerado que la relación de trabajo únicamente se refleja en un contrato de trabajo, al que se llega por la vía del hecho jurídico y del acto jurídico, pero solamente a raíz de la consideración de la existencia de los tres elementos esenciales del trabajo típico y tradicional.

Estos tres elementos han ido evolucionando tremendamente y el trabajo mismo ya no está abarcado allí. Y el contrato de trabajo definitivamente tampoco es el mismo, no se crea, ejecuta o termina igual que en la primera revolución industrial.

Por lo tanto, considero necesario que dentro del concepto de relación laboral se abarquen todas aquellas actividades productivas que realiza una persona en el marco de su vida adulta, y a partir de allí, se derivarían las modalidades de relación de trabajo existentes, que a su vez se formalizan en las modalidades contractuales aceptadas para ello, donde tendrá preeminencia el contrato de trabajo, con una evolución de los tres elementos: una subordinación jurídica que incluya las nuevas maneras de ejercerla que la tecnología permite. Una prestación personal de servicio que incluya las posibilidades de la virtualidad. Y una remuneración que muchas veces escapa de lo determinable en dinero, en especie y que puede llegar a ser virtual.

- (3) **Integración de la diversidad y capacidad de adaptación:** Si existe un acceso universal a garantías mínimas, el ascenso a cuantías y prestaciones de protección más altas, iría representándose en la capacidad de continuar creciendo dentro del mercado laboral, mediante procesos de movilidad laboral y social atados a los sistemas de cualificaciones de las naciones donde ya empiecen a jugar los distintos mecanismos contractuales de navegación en el mismo, con elementos normativos mucho más comprehensivos que los reconozcan e integren.

De esta manera, el segundo paso a dar que propongo está en la diversificación y claro reconocimiento normativo de los medios contractuales para el desarrollo del trabajo, que reconozca, pero más que nada que regularice e integre la diversidad contractual o instrumental sobre un concepto esencial, que es la capacidad de producir riqueza a través del trabajo humano.

Tradicionalmente las normas laborales han estado orientadas en la centralización de las modalidades de contratación en una sola, con la consecuente exclusión de las demás posibilidades que se van presentando. Ante esto, la primera reacción está orientada al desmonte de los mecanismos de ocultamiento del vínculo laboral estandarizado y central, y eso está muy bien, ya que con gran frecuencia se evidencian tácticas reiterativas y generalizadas para el fraude a la ley mediante la violación de derechos laborales.

Pero un segundo estado está en reconocer que este no es el único mecanismo para trabajar, y que la diversidad contractual también está desarrollada a causa de la rigidez de ese único camino para la formalidad laboral.

El proceso de apertura ha de contemplar un reconocimiento de la diversidad contractual del trabajo, conforme a la cual las estructuras institucionales actúen en consecuencia, con cambios en los procesos de determinación, financiación, acceso y sostenibilidad de derechos sociales, con instrumentos de inspección, vigilancia y control que también dejen atrás tal centralismo contractual excesivo y avancen hacia un verdadero ejercicio de la policía administrativa laboral completo, para dejar atrás casos como la exclusión de protección al trabajo de mejores de edad por el tipo de contrato utilizado y migren hacia una protección del bien jurídicamente tutelado, que es la prioridad que se le da a la educación y el bienestar para los menores de edad, evitando de esta manera una exposición a factores de riesgo ocupacional.

Que también se responda a fenómenos como el acoso que ocurre en entornos laborales, entendiendo de esta manera que lo que importa en estos casos es el trabajo que se adelanta, no el tipo contrato que los formaliza, abarcando así los casos de practicantes y/o aprendices, contratistas independientes y otros tantos “no trabajadores”, quienes no tienen protección alguna en estas situaciones dado su tipo de contratación.

Por la misma razón, del estándar sacralizado de un único tipo de trabajo, existe una grave afectación en distintos sistemas pensionales del mundo, como el colombiano, donde se centra el derecho a la pensión en dos nociones desactualizadas: la empresa y el trabajador unidos por un contrato individual de trabajo a término indefinido.

De tal manera que esta diversidad contractual debe ser tenida en cuenta para la construcción de una nueva noción de protección social, que incluya el derecho y obligación social del trabajo, entendido este en una noción amplia, que ampare a los trabajos más vulnerables con aportes estatales para sostenerlos con garantías sociales mínimas, y donde todos aportemos desde nuestro rol.

Así las cosas, no importa cómo se realice la actividad, en tanto sea legal, donde lo que sea importante es el qué; y a partir de ese reconocimiento de la diversidad del qué, se construyan los elementos institucionales respectivos para responder a ello.

Es decir, el trabajo típico tiene ya una estructura definida de financiamiento y acceso a la enorme mayoría de los elementos de protección social, pero se necesita una actualización en todas las demás modalidades de contratación laboral, ya sea en el trabajo por cuenta propia, en el trabajo de plataformas, etcétera, para que se integren al sistema y accedan a beneficios sociales basados en su trabajo con un aporte distintivo del estado para el sostenimiento de garantías mínimas según la capacidad de ahorro de cada uno.

También considero oportuno mencionar que aspectos como los pagos salariales directos deben permanecer atados a las relaciones laborales típicas y semitípicas que he antes he propuesto, ya que la prestación de los servicios sigue siendo el elemento que se remunera con el factor salarial.

Pero no todos los trabajadores, no todas las relaciones laborales y no todas las empresas están en capacidad de asumir de la misma manera el proceso de pagos asociados al trabajo que no están directamente relacionados con el salario.

- (4) **Formación a lo largo de la vida:** uno de los elementos básicos de protección social más importantes debe estar en el acceso a la educación de calidad para toda la vida, entendiendo esto como el derecho humano a acceder a todo el aprendizaje necesario, a través de la enseñanza de otros o a través de la experiencia propia, como medio para procurarse un trabajo digno en todas las etapas de la vida.

En la actualidad y con distintos matices en cada país, el derecho a la educación se encuentra limitado a la media secundaria, mientras que nos tantos la garantizan hasta el nivel superior. En países como Colombia, esto se encuentra muy limitado y no existe un concepto claro y estandarizado de dos elementos que considero cruciales: la orientación vocacional y la formación a lo largo de la vida.

La orientación vocacional es un punto de inflexión de enorme importancia en la vida de las personas, ya que a través de esta las personas deben elegir el camino último que los llevará a conectarse con el trabajo. Por ello, los estudiantes en esta etapa cuentan con muy poca información y sin apoyo para tomar una decisión de tanta importancia.

En este sentido, para el caso colombiano, mi propuesta está orientada a la creación de una estructura institucional clara, fuerte y duradera de orientación vocacional que, a partir de cifras recaudadas del mercado de trabajo, permita brindar la información que los estudiantes necesitan, para saber que existen 3 vías de cualificación distintas que les presentarán caminos hacia la vida productiva distintos.

Ahora bien, habiendo tomado este camino y como lo he presentado anteriormente, el escenario más claro dentro de los mercados laborales actuales es el constante cambio y es importantísimo contar con una alta capacidad de adaptación de los trabajadores.

Las personas están moviéndose entre empleos y actividades productivas de una manera mucho más activa que antes y, por lo tanto, necesitan de una estructura estatal que sepa entender estos cambios, que los interprete y les brinde las herramientas para adaptarse.

El mecanismo de protección al cesante actualmente vigente en Colombia, por ejemplo, parte de un negacionismo mortal en los procesos de protección al trabajo y mantiene el centralismo contractual exacerbado en el contrato individual de

trabajo de duración mayor a un año, además de no contar con una estructura de formación continua o a lo largo de la vida diseñada específicamente para atender a estos cambios en los mapas de competencias del mercado laboral.

De esta manera, los resultados están centrados en la entrega de beneficios económicos para los trabajadores cesantes, pero no en una verdadera transición laboral mediante formación con procesos estructurados de *upskilling* y *reskilling*.

Por lo tanto, mi propuesta está centrada en: (i) generar una conexión directa entre la información del mercado laboral y las vías de cualificación, especialmente en la educación formal y la formación profesional (i) cambiar las políticas de acceso a los mecanismos de protección al cesante, reconociendo todas las formas de trabajo existentes (ii) contar con una estructura de análisis del mercado laboral conectada con la plataforma de información del sistema nacional de cualificaciones, que permita realizar unos procesos de *upskilling* y *reskilling*, (iii) finalmente, basar la estructura de incentivos a los operadores del mecanismo sobre la efectiva vinculación laboral de los usuarios y no sobre el mero préstamo del servicio de gestión y colocación de empleo.

Esto permitirá generar una medición sobre resultados y no sobre obligaciones de medio que simplemente no alcanzan el fin perseguido, que no es otra que la inserción y reinserción laboral de las personas.

De esta manera, para los países en vía de desarrollo como Colombia, propongo que el amparo al derecho a la educación sea comprensivo a las tres vías de cualificación:

- (i) la **educación básica, media y científica superior**,
- (ii) la **formación profesional** vocacional con énfasis en la formación dual y,
- (iii) los mecanismos de **reconocimiento de aprendizajes previos**.

Con esta propuesta, las distintas maneras de aprender de las personas tendrían representación según las realidades de las personas y sus competencias serían reconocidas en el mercado laboral.

A partir de allí, es necesaria la integración de un sistema con:

- (iv) un **marco nacional de cualificaciones** que se comunique con los estándares internacionales para permitir una organización estructural y jerárquica de los aprendizajes, para su medición adecuada dentro del mercado laboral,
- (v) un **esquema de movilidad** entre las vías de cualificación, generando vasos comunicantes entre esos procesos de aprendizaje y su representación

en documentos que los identifican como válidos para la educación y el trabajo,

(vi) procesos de **normalización de competencias** que sepan recoger de manera rápida y fiable los cambios en las competencias, las que deben actualizarse y las que nacen nuevas, pues este conjunto de actividades necesita tener una directa participación en la construcción de las cualificaciones, y en el impacto que ello necesita tener en las políticas educativas

(vii) **plataformas de información robustas y seguras**, que recolecten de manera integrada los datos del mercado laboral, educativo y formativo de las personas, lo que permitirá generar análisis prospectivos de competencias, mecanismos de protección al cesante, así como los ajustes a las competencias que se van necesitando dentro del mercado, para permitir a las personas responder de manera adecuada a los cambios que va provocando la tecnología y demás innovaciones.

Es la única manera de intentar estar a la par de las velocidades que se presentan dentro del mercado de las competencias.

En este sentido, mi propuesta para los países en vías de desarrollo busca una verdadera disposición de una institucionalidad integrada y consecuente con sus propias realidades con la concepción de los sistemas nacionales de cualificaciones, de tal manera que permitan una clara vitalidad de las interacciones en los componentes, resultando en organismos vivos y reactivos a las demandas del mercado laboral de manera oportuna y con calidad.

Se necesita disponer de un conjunto de acciones y herramientas mucho más eficientes, oportunas y de calidad que permitan a las personas contar con una movilidad laboral funcional y geográfica eficaz para que sus competencias sean debidamente reconocidas en el mercado laboral, bien sea en los movimientos dentro de las estructuras organizacionales de las empresas e industrias en de un mismo país, o con el reconocimiento de sus cualificaciones en las demás naciones, permitiéndoles trabajar de manera consecuente con sus habilidades.

De cara a la crisis del empleo que vivimos, este elemento resulta más importante que antes y en todo caso se debe reestructurar el uso de herramientas pedagógicas antes incuestionables, tales como la presencialidad, para transformarlos mediante herramientas de simulación por medios telemáticos, en casos donde dichas posibilidades sean de calidad, siempre privilegiando la formación en entornos laborales. Y es que las personas necesitan moverse de manera vertical y horizontal en los marcos de cualificaciones, pero también deben poder moverse de un país a otro con pleno reconocimiento de sus habilidades y competencias para integrarse al mercado laboral.

Esta agenda es una de las más complejas por la lentitud con la cual muchos sistemas educativos y formativos responden y se adaptan, las restricciones de migración laboral y la lentitud con la cual los sistemas jurídicos e institucionales se estructuran a las necesidades del sector productivo.

Es un reto enorme, pero sin duda es un conjunto de adecuaciones necesarias hace décadas.

- (5) **Transición en la delimitación al acceso y determinación de aportes:** se debe migrar hacia elementos contractuales centrados en realización representación social del trabajo realizado y la capacidad de generación de riqueza con el trabajo. De esta manera, el acceso sería universal, condicionado a la demostración del desarrollo de actividades humanas lícitas que generen riqueza. En ese sentido, la recolección de información sobre la renta de las personas y los instrumentos de control mediante tecnología disponible actualmente son centrales.

Hay dos elementos sobre los cuales considero se requiere acceso universal: ingresos de subsistencia y atención en salud. Para los ingresos de subsistencia, se contaría con un primer espacio de garantía mínima estructurada fiscalmente mediante impuestos sobre el patrimonio y condicionada por el desarrollo de trabajo, en cualquiera de sus modalidades lícitas. Aquí precisamente la ilicitud sería el elemento de exclusión del ingreso.

Como puede verse, mi propuesta para resolver los temas del trabajo humano va por varias fórmulas. Una es la generación de una nueva estructura del sistema de protección socio laboral en aspectos como la salud, pensiones, riesgos laborales, protección al cesante y contingencias familiares, que genere vías de cobertura y financiamiento conforme a los ingresos percibidos por las personas en el desarrollo de una actividad lícita laboral y socialmente relevante, no en regla con las modalidades contractuales a través de las cuales se generan dichos ingresos.

Son múltiples las asimetrías ius laborales en el mundo moderno, pero serán más cada día y las adecuaciones que hemos ido disponiendo en muchos países para dar respuesta a ello se enfocan en centralizar a las modalidades contractuales tradicionales como el eje y sustento sobre el cual se erige el derecho laboral. Nada más lejano a la realidad. El derecho del trabajo es el conjunto de normas relacionadas con el trabajo como hecho social.

El trabajo como esa vía de acceso a la vida en sociedad, es la regla de oro del contrato social. Pero hemos entendido por décadas, que el trabajo es igual al contrato de trabajo y eso es desconocer lo que ocurre en el mundo actual.

La distribución de los beneficios propios de la vida en sociedad necesita actualizarse en su etapa de operación. Estos deben ser entendidos sobre la igualdad de las personas, y precisamente sobre el rol del estado como rector de las reglas de juego y garante de la justicia social habrá de entender que el sistema operativo actual no es funcional. Se requiere de un contrato social que responda verdaderamente a la realidad 4.0., que en cada nación presenta retos distintos, pero que en todas las sociedades necesita ajustes.

Por supuesto que en nuestra realidad productiva actual es muy relevante el trabajo de las máquinas. Es en este punto donde se necesita el establecimiento de una agenda fuerte de humanización del uso de las máquinas en el trabajo, no solo para efectos de protección en los riesgos ocupacionales que puedan generar dentro de los entornos laborales y la adaptación de las competencias de las personas para poder navegar con mayor facilidad en el mercado laboral ante eventual robotización de su actividad, sino para que existan cuotas de robots físicos que permitan una transición escalonada en los procesos de transición laboral.

Por otro lado, que se creen impuestos sobre las máquinas destinados precisamente a financiar esas transiciones y que el reemplazo del trabajador humano por la máquina, le permita al ser humano una protección ante la eventualidad de estar cesante en el mercado de trabajo y con unas competencias obsoletas.

Mucho más complejo y vasto es el horizonte de las máquinas no físicas, ya que estas son difusas en el panorama del trabajo humano, dada su capacidad de evolucionar mediante la inteligencia artificial. Esa autonomía y capacidad de desarrollo hacen que su evolución sea indudablemente más rápida que la nuestra y completa independencia del toque humano. Estamos ante máquinas intangibles que avanzan con completa libertad.

Para su integración con el trabajo humano, propongo la creación de filtros de humanización de estas, para que cuando en ellas se delegue la toma de decisiones que afecten derechos fundamentales de las personas, especialmente en el marco de los derechos laborales con riesgo antijurídico, se requiera de la validación humana antes de hacerlas efectivas y donde la garantía del derecho al debido proceso sea también plena.

De otra parte, la regulación de las máquinas, tanto físicas como no físicas, como sujetos de derecho dentro del derecho laboral está descartada por ahora. Unas son herramientas de trabajo y las otras son creaciones humanas intangibles que representan un gran impacto en la manera como nos relacionamos laboralmente y dentro de la sociedad de consumo. Por lo tanto, la regulación de estas debe estar encaminada a la protección de las personas por las tasas de reemplazo de seres humanos por máquinas y al alcance de las decisiones delegadas en estas por los empleadores.

Y ese es el llamado y propuestas de este escrito. El llamado a la actualización de nuestros términos y condiciones sobre el trabajo como objeto de estudio del derecho del trabajo y su relación con el trabajo como componente esencial del contrato social.

8. Bibliografía

- European Agency for Safety and Health at Work. (2018). *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated digitalisation by 2025*. Luxembourg: European Agency for Safety and Health at Work.
- Gutiérrez-Rubí, A., & Freire, J. (2013). *Manifiesto Crowd. La empresa y la inteligencia de las multitudes*. iBuksgруп.
- World Bank Data. (02 de 01 de 2020). Obtenido de World Bank: <https://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.COMM.FO.ZS>
- A. L., & J. M. (2012). *El impacto de la licencia municipal en el desempeño de las microempresas en el Cercado de Lima*. Lima: GRADE-Grupo de Analisis y Desarrollo.
- Acción de Tutela. Radicado 768924003-002-2020-00141-01. Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, Radicado 768924003-002-2020-00141-01. Decisión sobre impugnación. (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, Colombia 16 de Junio de 2020).
- Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. (19 de Marzo de 2022). *Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados*. Obtenido de Emergencias: Situación de Venezuela: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>
- Alcazar, L., Andrade, R., & Jaramillo, M. (2011). *Panel/tracer study on the impact of business facilitation processes on enterprises and identification of priorities for future Business Enabling Environment projects in Lima, Peru*.
- Alvarado, F., Meléndez, M., & Pantoja, M. (17 de Junio de 2021). *Informe Regional de Desarrollo Humano 2021 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*. Obtenido de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/poverty/mercados-laborales-fragmentados-y-sistemas-de-proteccion-social-.html>
- Álvarez Newman, D. (2012). El Toyotismo como sistema de flexibilización de la fuerza de trabajo, una mirada desde la construcción de productividad en los sujetos trabajadores de la fábrica japonesa (1994-2005). *Si Somos Americanos vol.12 no.2 Santiago*, 181-201.
- Álvaro Felipe Arredondo Montoya con Pedidos ya Chile SPA, RIT M-724 -2019. Rol N° 395-2020 (Corte de Apelación de Concepción 15 de Enero de 2021).
- Andrade, G. H., Bruhn, M., & McKenzie, D. (2013). *A Helping Hand or the Long Arm of the Law? Experimental Evidence on What Governments Can Do to Formalize Firms*. Obtenido de IZA Discussion Series: <http://ftp.iza.org/dp7402.pdf>
- Anif. (2017). *Reducción del efectivo y tamaño de la economía subterránea en Colombia*.
- Antoine (S.I.), C. (1839). *Curso de economía social. Volumen I*. Madrid: La España Moderna.
- Antón, A. (2014). The effect of payroll taxes on employment and wages under high labor informality. *IZA Journal of Labor & Development*, 3(1), 20.
- Antonmattei, P. H. (2009). *Les clauses du contrat de travail*. París: Editions Liaisons.
- Aparicio Cabrera, A. (2014). Historia Económica Mundial 1950–1990. *Economía Informa*, 70-83.

- Arango, C., & Pachón, A. (2007). *The minimum wage in Colombia 1984-2001: Favoring the middle class with a bite on the poor*. Ensayos sobre política económica.
- Arango, L. E., & Flórez, L. A. (2016). *Determinants of structural unemployment in Colombia. A search approach*. Bogotá: Borradores de Economía, No. 969, Banco de la República. .
- Arango, L. E., & Flórez, L. A. (2017). *Informalidad laboral y elementos para un salario mínimo diferencial por regiones en Colombia*. Bogotá: Banco de la República .
- Aristóteles. (1969). *Política*. México D.F.: Porrúa.
- Arnold, J. e. (2011). Tax Policy for Recovery and Growth. *Economic Journal*, Vol. 121, Issue 550, pp. 59-80.
- Artificial Intelligence*. (26 de 02 de 2020). Obtenido de European Commission: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence#Building-Trust-in-Human-Centric-Artificial-Intelligence>
- Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías. (20 de Febrero de 2021). *Cifras del sector*. Obtenido de Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías: <https://www.asofondos.org.co/estudios-y-cifras/cifras-del-sector/>
- Asociación de Personal de Plataformas (APP Sindical). (14 de julio de 2020). *Perfil de Twitter Asociación de Personal de Plataformas (APP Sindical)*. Obtenido de Twitter: https://twitter.com/AppSindical/status/1283045762398597123?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1283045762398597123%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.telam.com.ar%2Fnotas%2F202007%2F490251-la-legislatura-tratará-el-proyecto
- Ball, L. M., De Roux, N., & Hofstetter, M. (2013). *Unemployment in Latin America and the Caribbean*. Open Economies Review.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). *Reporte de ciberseguridad 2020. Ciberseguridad: riesgos, avances y camino a seguir en América Latina y el Caribe*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Banco Mundial - Organización Mundial del Comercio. (21 de Marzo de 2022). *Exportaciones de mercaderías (US\$ a precios actuales) - China, Germany, Colombia, Spain, United States, France, Italy*. Obtenido de Banco Mundial: https://datos.bancomundial.org/indicador/TX.VAL.MRCH.CD.WT?end=2020&locations=CN-DE-CO-ES-US-FR-IT&name_desc=false&start=1960&view=chart
- Banco Mundial. (1994). *Envejecimiento sin crisis*. Washington: Banco Mundial.
- Banco Mundial. (2010). *Colombia (2010): Encuesta Empresarial Banco Mundial*. Obtenido de Encuesta Empresarial Banco Mundial: <http://espanol.enterprisesurveys.org/data/exploreconomies/2010/colombia#informality>
- Banco Mundial. (2010). *Informality in Colombia: Implications for Worker Welfare and Firm Productivity*. Washington: Report No. 42698-CO.
- Banco Mundial. (2017). *Doing Business en Colombia 2017*. Washington, D.C.: Grupo del Banco Mundial.
- Banco Mundial. (2019). *Informe sobre el desarrollo mundial 2019. La naturaleza cambiante del trabajo*. Washington: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial.

- Banco Mundial. (17 de 01 de 2020). *Data World Bank*. Obtenido de Banco Mundial: <https://datos.bancomundial.org/>
- Banco Mundial. (17 de 01 de 2020). *Data. World Bank*. Obtenido de Datos. Banco Mundial: <https://data.worldbank.org/indicador/EG.FEC.RNEW.ZS?locations=Z4;>
- Banco Mundial. (17 de enero de 2021). *% total población de 65 años de edad y más*. Obtenido de Datos: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.65UP.TO.ZS?end=2019&start=1960&type=shaded&view=map>
- Banco Mundial. (16 de Diciembre de 2021). *Empresas que ofrecen capacitación formal (% de empresas)*. Obtenido de Banco Mundial: https://datos.bancomundial.org/indicador/IC.FRM.TRNG.ZS?end=2020&most_recent_value_desc=true&start=2019
- Barassi, L. (1953). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Alfa.
- Barbagelata, H.-H. (2003). *Formación y legislación del trabajo*. Montevideo: OIT Cinterfor.
- Barbagelata, H.-H. (2014). *Derecho del Trabajo vs. capitalismo*. Montevideo: Fundación Electra.
- Barlow, J. P. (8 de Febrero de 1996). Declaración de la independencia del ciberespacio.
- Basco, A. I., Beliz, G., Coatz, D., & Garneró, P. (2018). *Industria 4.0: fabricando el futuro*. Ciudad de Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Basudeb, G.-K., Kanbur, R., & Ostrom, E. (2006). *Linking the Formal and Informal Economy*. Oxford: Oxford University Press.
- Baylos, A. (1999). Massimo D'Antona: In memoriam. *Cuadernos de relaciones laborales*, 233.
- Bell, L. A. (1997). *The Impact of Minimum Wages in Mexico and Colombia*. Journal of Labor Economics .
- Bellavista Advocats, Economistes, Consultors. (15 de Febrero de 2021). *PRIMERA SENTENCIA QUE APLICA LA CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN UNA SITUACIÓN DERIVADA DE LA PANDEMIA DE COVID-19*. Obtenido de Bellavista Advocats, Economistes, Consultors. Estigues al dia de tota l'actualitat de Bellavista i del sector: <https://bellavistalegal.eu/primera-sentencia-que-aplica-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- Bengio, Y., Courville, A., & Vincen, P. (2013). Representation Learning: A Review and New Perspectives. IEEE Trans. PAMI, special issue Learning Deep Architectures.
- Benhassine, N., Mckenzie, D. J., Pouliquen, V., & Santini, M. (2016). *Can enhancing the benefits of formalization induce informal firms to become formal ? Experimental evidence from Benin* . Policy Research Working Paper.
- Berg, J., Harmon, F., Harmon, E., Rani, U., & Silberman, M. S. (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo.
- Bernadros Sáenz, J., Hernández Benítez, M., & Santamaría Lacho, M. (2014). *Historia económica*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Berry, J. V. (25 de Enero de 2021). Legal Insider: President Likely To Propose Nationwide Non-Compete Agreement Ban. *ARL Now*, págs.

- <https://www.arlnow.com/2021/01/25/legal-insider-president-likely-to-propose-nationwide-non-compete-agreement-ban/>.
- Bialostosky, S. (1982). *Panorama del derecho romano*. México D.F.: UNAM.
- BID. (2013). *More than Revenut: Taxation as a Development Tool*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- BID-FOMIN. (2017). *Trpamites del grado de formalización que aplican por actividad económica*. Cali: Cámara de Comercio de Cali.
- Blabín N., A. (01 de 01 de 2015). *El concepto de derecho del trabajo*. Obtenido de Servicio de Difusión de la Creación Intelectual del Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50671/Documento_completo.pdf?sequence=1
- BM, B. M., & Ministerio de Trabajo, E. y. (2008). *Aportes a una nueva visión de la informalidad laboral en Argentina*. Buenos Aires: Banco Mundial.
- Bogotá, J. S. (30 de marzo de 2021). *Asuntos legales*. Obtenido de Asuntos legales: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/sentencia-judicial-reconoce-vinculo-laboral-entre-domiciliario-y-plataforma-digital-3067081>
- Böhler, J., Karsten, A., & Pitschmann, A. (1 de September de 2020). *Youth work and the corona pandemic in Europe*. Obtenido de Research Youth. Policy brief 09/20: https://www.researchyouth.net/wp-content/uploads/2020/09/RAY-COR_Policy-Brief-September_20200915.pdf
- Boscatti, A. (2010). *Patto di nonconcorrenza. Art. 2125*. Turín: Giuffré Editore.
- Botha, R., & Knight, C. (2009). *The Cradle of Language*. Oxford: Oxford University Press.
- Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo . *Revista de Derecho Themis*, 13-26.
- Bracero History Archive. (15 de agosto de 2020). *Teaching*. Obtenido de The Bracero History Archive: <http://braceroarchive.org/teaching>
- Britannica. (15 de agosto de 2020). *Women's Army Corps. United States Army*. Obtenido de Britannica website: <https://www.britannica.com/topic/Womens-Army-Corps>
- Bruhn, M. (2011). *License to sell: The effect of business registration reform on enterpreneural activity in Mexico*. The Review of Economics and Statistics.
- Bruhn, M., & McKenzie, D. (2013). *Entry Regulation and Formalization of Microenterprises in Developing Countries*.
- Brunet, I., Pizzi, A., & Moral, D. (2016). *Sistemas laborales comparados. Las transformaciones de las relaciones de empleo en la era neoliberal*. Madrid: Anthropos Editorial.
- Bühler, J. (2005). *La cultura en la Edad Media: el primer renacimiento de Occidente*. Barcelona: Círculo Latino.
- Busso, M., Fazio, M. V., & Levy, S. (2012). *(In) Formal and (Un) Productive: The productivity costs of excessive informality in Mexico*. Working Paper IDB.
- Camacho, A., Conover, E., & Hoyos, A. (2009). Effects of Colombia's social protection system on worker's choive between formal and informal employment. *Documentos CEDE: Universidad de los Andes*.
- Campos, F., Goldstein, M., & McKenzie, D. (2015). *Short-term impacts of formalization assistance and a bank information session on business registration and accessto finance in Malawi*. Policy Research Working Paper, World Bank.

- Cárdenas, M., & Mejía, C. (2007). *Informalidad en Colombia: Nueva Evidencia*.
- Cárdenas, M., & Rozo, S. (2007). *La informalidad empresarial y sus consecuencias: ¿Son los CAE una solución?* Bogotá: Documentos de trabajo, Fedesarrollo.
- Cárdenas, M., & Rozo, S. (2009). *Análisis de nuevos datos sobre Informalidad en Colombia*. Bogotá: DESARROLLO Y SOCIEDAD ISSN 0120-3584.
- Cardon, D., & Casilli, A. (2015). *Qu'est-ce que le Digital Labour?* Bry-sur-Marne: INA Éditions.
- Casalí, P., Jiménez, M., Léopore, E., Ortega, L., & Álvarez, M. (2018). *Documento de Trabajo N° 19. Seguridad social para los trabajadores independientes en Argentina: diseño, cobertura y financiamiento*. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina.
- Catà, J. (10 de 07 de 2019). El TSJC suspende la norma que obliga a precontratar con una hora de antelación los servicios VTC. *El País*, pág. https://elpais.com/economia/2019/07/10/actualidad/1562767899_904801.html.
- Censo Minero Departamental, 2.-2. (2012). *Colombia Minera Desarrollo responsable*. Bogotá: Ministerio de Minas y Energía. Obtenido de <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/CensoMinero.pdf/093cec57-05e8-416b-8e0c-5e4f7c1d6820>
- Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional. (2004). De la divergencia a la convergencia. Una historia de la formación profesional en Europa. *Revista Europea de Formación Profesional*(32), 8.
- CEPAL/OIT. (2017). *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*. Santiago: Naciones Unidas .
- Chaves Palacio, J. (2004). Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial. *Revista de Historia 17. ISSN 0213-375X*.
- Chen-Wilson, L., & Argles, D. (2010). *Towards a framework of a Secure E-Qualification Certificate System. Paper for Second International Conference on Computer Modeling and Simulation*. Southampton, England: University of Southampton.
- Cía, J. F. (12 de 05 de 2015). *El ranking de las mejores soluciones de análisis predictivo para empresas*. Obtenido de BBVA API_market web site: <https://bbvaopen4u.com/es/actualidad/el-ranking-de-las-mejores-soluciones-de-analisis-predictivo-para-empresas>
- Clavijo, S., Vera, A., & Cabra, M. (2013). El mercado laboral colombiano: Desempeño reciente y agenda de reformas. *Revista Carta Financiera - ANIF*.
- Çolak, D. (15 de septiembre de 2018). *Tribunal Supremo de Dinamarca aprueba multa contra conductores de Uber*. Obtenido de www.aa.com.tr: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/tribunal-supremo-de-dinamarca-aprueba-multa-contra-conductores-de-uber/1255213>
- Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria. (2015). Informe Final Presentado al Ministro de Hacienda y Crédito Público.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Oficina para el Cono Sur de América Latina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (Mayo de 2020). *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Obtenido de CEPAL: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45557/1/S2000307_es.pdf

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2019). El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe: antiguas y nuevas formas de empleo y los desafíos para la regulación laboral. *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe N°20*, 22.
- Comisión Europea. Grupo europeo sobre ética de la ciencia y las nuevas tecnologías. (2018). Declaración sobre inteligencia artificial, robótica y sistemas "autónomos". Bruselas, Unión Europea.
- Comisión Europea. Unión Europea. (2 de junio de 2016). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. Bruselas, Región de Bruselas-Capital, Bélgica: Unión Europea.
- Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor. Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. (2018). *343º informe, Caso núm. 2432, párrafo 1027*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Computing ES. (5 de 12 de 2020). *Los 10 ciberataques más grandes de la década*. Obtenido de Computing.es: <https://www.computing.es/seguridad/noticias/1116703002501/10-ciberataques-mas-grandes-de-decada.1.html>
- Confecámaras. (2017). *Formalidad: Lecciones aprendidas de la experiencia internacional y nacional*. Confecámaras.
- Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo . (1991). *Memorias de la 78 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo*. Bruselas: Organización Internacional del Trabajo.
- Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo. (2002). *90 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo*. Bruselas: Organización Internacional del Trabajo.
- Congreso de los Diputados de España. (12 de abril de 1995). Boletín Oficial de las Cortes Generales Número 134.
- Consejo General de Abogacía Española. (15 de Febrero de 2021). *Consejo General de Abogacía Española*. Obtenido de Valencia, primera Audiencia Provincial que aplica el ‘rebus sic stantibus’ para rebajar un alquiler por el Covid-19: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/valencia-primera-audiencia-provincial-que-aplica-el-rebus-sic-stantibus-para-rebajar-un-alquiler-por-el-covid-19/>
- Consejo Privado de Competitividad. (2016). *Informe Nacional de Competitividad 2016-2017*. Bogotá.
- Consejo Privado de Competitividad. (2017). *Informalidad: Una nueva visión para Colombia*. Bogotá: Consejo Privado de Competitividad.
- Coriat, B. (1982). *El Taller y el Cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. París: Siglo XXI de España Editores, S.A.
- Corporación Andina de Fomento. (2020). *Las oportunidades de la digitalización en América Latina frente al Covid-19*. Obtenido de CEPAL:

- https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/45360/OportDigitalizaCovid-19_es.pdf
- Corte Federal del Trabajo de Alemania. (1 de diciembre de 2020). *Comunicado de prensa No. 43/20. Estatus de empleado de "trabajadores colectivos"*. Obtenido de Corte Federal del Trabajo de Alemania: https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2020&nr=24710&pos=1&anz=44&titel=Arbeitnehmereigenschaft_von_%84Crowdworkern%93
- Corte Federal del Trabajo de Alemania. Sentencia del 1 de diciembre de 2020. Referencia 9 AZR 102/20; Primera instancia: Corte Regional del Trabajo de Múnich, sentencia del 4 de diciembre de 2019, ref. 8 Sa 146/19, 9 AZR 102/20 (Corte Federal del Trabajo de Alemania 1 de diciembre de 2020).
- Council of the District of Columbia. (30 de 01 de 2021). *Ban On Non-Compete Agreements Amendment Act of 2020*. Obtenido de dccouncil.us: <https://lims.dccouncil.us/downloads/LIMS/43373/Meeting2/Enrollment/B23-0494-Enrollment1.pdf>
- Dabla-Norris, E., & Koeda, J. (2008). *Informality and Bank Credit: Evidence from Firm-Level Data*. IMF Worjng Paper.
- Dabla-Norris, E., Gradstein, M., & Inchauste, G. (2008). *What causes firms to hide output? The determinants of informality*. Journal of Development Economics.
- DANE . (2015). *Microdatos de la encuesta de micronegocios 2015*. Bogotá: DANE.
- DANE. (2009). *Metodología Encuesta de Microestablecimientos*. Bogotá <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/Microestablecimientos.pdf>: DANE.
- DANE. (2013). *Ficha Metodológica Encuesta de Encuesta de Microestablecimientos*. Bogotá: Dirección de Metodología y Producción Estadística -DIMPE.
- De Buen, N. (2008). *Derecho del Trabajo. Tomo 1*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- De Giorgi, G., & Rahman, A. (2013). SME's registration: Evidence from an RCT in Bangladesh. *Economic Letter*, Volume 120, Issue 3, Pages 573-578.
- De Mel, S., McKenzie, D., & Woodruff, C. (2013). *The Demand for, and Consequences of, Formalization among Informal Firms in Sri Lanka*. American Economic Journal: Applied Economics.
- De Soto, H. (1989). *The other path*. New York: Harper & Row Publishers, Inc.
- Dechert LLP. (28 de Enero de 2021). UK Government Launches Consultation into Potential Reform to Employee Non-compete Clauses. *Jdsupra. UK Life Sciences and Healthcare Newsletter*, págs. <https://www.jdsupra.com/legalnews/uk-life-sciences-and-healthcare-3113371/>.
- Decreto Legislativo 488. (27 de Marzo de 2020). *Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro de la emergencia económica, social y ecológica decretada mediante decreto 417 de 2020*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Departament for Business, Energy and Industrial Strategy. (4 de Diciembre de 2020). *Non-Compete Clauses. Consultation on measures to reform post-termination non-compete clauses in contracts*. Obtenido de Service.gov.uk: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/941110/non-compete-consultation-document.pdf

- Deutsche Welle (DW). (29 de mayo de 2020). *Gobierno español aprueba ingreso mínimo vital*. Obtenido de Actualidad. Deutsche Welle (DW): <https://p.dw.com/p/3cctx>
- Deutsche Welle (DW). García Casas, Luis. (23 de 05 de 2020). *¿Es factible una renta básica universal en Latinoamérica?* Obtenido de Deutsche Welle (DW): <https://p.dw.com/p/3cd0a>
- DIAN. (04 de septiembre de 2017). Comunicado de Prensa. Bogotá.
- Dinero, R. (10 de 02 de 2020). *Historia de la crisis del petróleo*. Obtenido de Revista Dinero: <https://www.dinero.com/negocios/articulo/historia-crisis-del-petroleo/28163>
- DNP. (2017). *Reporte: Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Du Pont de Nemours, P. S. (1768). *De'l originale et le progrès d'un science nouvelle*. París: Editor: Wentworth Press (25 de julio de 2018).
- Durant. (1947). *Traité du Droit de Travail* (Vol. Tomo I). París.
- Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles (2018) 4 Cal.5th 903 (Dynamex)., 4 Cal.5th 903 (Superior Court of Los Angeles 2018).
- Econometría. (2013). *Evaluación a la implemetación de la ley 1429 de 2010 y diseño e implementación de un sistema de seguimiento y evaluación*. Ministerio de Trabajo.
- Economía, O. y. (2009). *Programa de Medición del Costo Administrativo*. Paris: OCDE.
- El Universal. (11 de 11 de 2019). FMI: Venezuela será el país con la mayor tasa de desempleo para el 2020. Caracas, Caracas, Venezuela.
- Engels, F. (1972). *Die Lage der arbeitenden Klasse in England*. Berlin: Dietz Verlag.
- Enste , & Schneider. (2000).
- Eslava, M., & Haltiwanger, J. (2012). *Youg Business, Entrepreneurship and the dyanmics of employment and ourput in Colombia's manufacturing industry*. Caracas: CAF working papers No 2012/08.
- Etala, C. (2010). *Contrato de Trabajo, 6a edición (reimp.), tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- European Commission. (19 de abril de 2016). *Advancing the Internet of Things in Europe. Accompanying the document. Communication from the commission to the European parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions Digitising European Industry. Rea*. Obtenido de European Commission: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-advancing-internet-things-europe>
- Eurostat. (17 de Mayo de 2021). Obtenido de Eurostat. Your key to European statistics: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/edn-20210517-2?redirect=/eurostat/>
- Eurostat. (11 de Enero de 2021). *Statistics Explained. Employment rates of recent graduates*. Obtenido de Eurostat: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_rates_of_recent_graduates
- Fajnzylber, F. (1990). *Industrialización en América Latina: de “la caja negra” al “casillero vacío”. Comparación de patrones contemporáneos de industrialización*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Farné, S., Rodríguez, D., & Ríos, P. (2016). Impacto de los subsidios estatales sobre el mercado laboral en Colombia. *Cuadernos de Trabajo No17. Observatorio de Mercado de Trabajo y Secugidad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Farrell, D. (2004). *The Hidden Dangers of the Informal Economy*. Obtenido de <https://www.immagic.com/eLibrary/ARCHIVES/GENERAL/MCKNSYUS/M040413F.pdf>
- Fayt, C. S. (1973). *El estado liberal moderno*. Buenos Aires: Editorial Plusultra.
- Federación Internacional de Robótica. (23 de agosto de 2020). *IFR World Robotics Presentation - 18 Sept 2019*. Obtenido de World Robotics 2019 edition: <https://ifr.org/downloads/press2018/IFR%20World%20Robotics%20Presentation%20-%2018%20Sept%202019.pdf>
- Fedesarrollo, F. p. (10 de 02 de 2020). *Repositorio*. Obtenido de Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo): https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/2795/Co_Eco_Octubre_1974_Fedesarrollo.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- FEDESARROLLO; Ministerio del Trabajo de Colombia. (26 de Octubre de 2020). *Solicitudes de despidos y suspensiones en Mintrabajo suman 4.063 durante la pandemia*. Obtenido de La República: <https://www.larepublica.co/empresas/las-solicitudes-de-despidos-masivos-suman-4063-desde-marzo-hasta-septiembre-3079205>
- Fernández Mora, C. (8 de junio de 2018). Robotización y transformación del empleo. *Trabajo de fin de grado. Grado en Empresa y Tecnología*. Barcelona, Cataluña, España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Fernández, C., & Gomez, N. (2017). Borrador, Crecimiento Verde y Formalización Empresarial. Bogotá: <https://www.dnp.gov.co/Crecimiento-Verde/Paginas/Misi%C3%B3n-de-crecimiento-verde.aspx>.
- Fernandez, C., & Villar, L. (2016). Taxonomía y políticas para enfrentar la informalidad en Colombia. *Fedesarrollo*.
- Fernández, C., & Villar, L. (2017). *Taxonomía de la informalidad en América Latina*. Bogotá: Fedesarrollo, 70p Documentos de Trabajo (Working Papers). No. 75 - Octubre.
- Fernández, C., & Villar, L. (2017). The Impact of Lowering the Payroll Tax on Informality in Colombia.
- Fina, L. (1995). El problema del paro en Europa: causas y remedios. *Ekonomiaz* N° 31-32, 12-45.
- Flórez Ulloa, L. (26 de Agosto de 2020). *¿Cuál es el mejor mecanismo para proteger el algoritmo creado por mi empresa?* Obtenido de Ámbito Jurídico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/tic/cual-es-el-mejor-mecanismo-para-proteger-el-algoritmo-creado-por-mi-empresa#_ftn1
- Foley, P. P., Sutton, D. D., Potter, R., Selina, P., & Gemmell, A. (2021). *The Digital Economy and Society Index (DESI)*. Obtenido de Shaping Europe's digital future: file:///C:/Users/ligia/OneDrive%20-%20Ministerio%20del%20Trabajo/PERSONALES/TESIS/i_desi_2020_0087_final_report_CF99179F-A5B7-6ABF-2C1E8CB44E0EEFA7_72352.pdf
- Folly, M. H. (2008). *Atlas Histórico de la Segunda Guerra Mundial*. Madrid: Ediciones Akal S.A.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF. (2 de Marzo de 2021). *Las escuelas de más de 168 millones de niños del mundo llevan casi un año entero cerradas por completo debido a la COVID-19*. Obtenido de UNICEF - PAra cada

- infancia: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/escuelas-168-millones-ninos-llevan-casi-ano-entero-cerradas-debido-covid19>
- Foro Económico Mundial. (30 de 06 de 2019). *Inteligencia Estratégica*. Obtenido de Foro Económico Mundial: <https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb0000000LJQ4EAO?tab=publications>
- Foro Económico Mundial. (09 de 08 de 2019). *Inteligencia estratégica - El Futuro de la Producción*. Obtenido de World Economic Forum: <https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb000000038nzfEAA?tab=data>
- Freile, L. (2009). La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980. *Revista Internacional del Trabajo*, 128(3), 250.
- G20. (2018). *Declaración de Líderes del G20. Construyendo consenso para un desarrollo equitativo y*. Buenos Aires, Argentina: G20.
- G20 leaders. (2017). *G20 Leaders' Declaration Shaping an interconnected world*. Hamburgo: G20.
- Galiani, S., Meléndez, M., & Navajas Ahumada, C. (2017). On the effect of the costs of operating formally: New experimental evidence. *Labour Economics*, 143-157.
- García, J. M. (7 de noviembre de 2020). Neil Harbisson: “Reclamo el derecho a ser un cibernético”. *La Vanguardia*, págs. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20191005/47800763095/neil-harbisson-reclamo-derecho-ser-ciborg.html>.
- Gawer, A. (2016). *Estudio sobre plataformas en línea: percepciones contrastantes de las partes europeas interesadas: un análisis cualitativo de la consulta pública de la Comisión Europea sobre el entorno regulador de las plataformas*. European Union: European Commission DG Communications Networks, Content & Technology.
- Giacomo, D. G., Matthew, P., & Aminur, R. (2015). *Small Firms' Formalization: The Stick Treatment*. Obtenido de Federal Reserve Bank of New York Staff Reports: https://www.newyorkfed.org/medialibrary/media/research/staff_reports/sr728.pdf
- González Temprano, A., & Torres Villanueva, E. (1993). La política de bienestar social en los países de la OCDE hasta los años 90. Un balance. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 277-297. Obtenido de Universidad de Barcelona.
- Google. (10 de Enero de 2021). *Nuestro impacto*. Obtenido de Grow with Google: <https://grow.google/intl/es/impact>
- Grand View Research. (15 de Febrero de 2020). *3D Printing Market Size, Share & Trends Analysis Report By Material, By Component (Hardware, Services), By Printer Type (Desktop, Industrial), By Technology, By Software, By Application, By Vertical, And Segment Forecasts, 2020 - 2027*. Obtenido de Next Generation Technologies: <https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/3d-printing-industry-analysis#:~:text=The%20global%203D%20printing%20market,8.04%20million%20units%20by%202027>.
- Gregorovius, F. (1982). *Roma y Atenas en la edad media*. México D.F.: FCE.
- Guerrero Yoacham, C., & Guerrero Lira, C. (1998). *Breve historia de los Estados Unidos de América*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

- Habermans, J. (1969). *Studen und politik*.
- Hamilton, J. (2001). *Institutions, Competition and the Performance of Telecommunications Infrastructure in Africa*. University of Florida.: Working Paper, Department of Economics.
- Hamman, F., & Mejía, L. F. (2007). *Formalizando la informalidad empresarial en Colombia*. Bogotá: Banco de la República.
- Helg, A. (2 de mayo de 2020). *Los Estados Unidos de América, Norte y Sur, hacia 1850: inmigración y esclavitud*. Obtenido de Los Estados Unidos de América, Norte y Sur, hacia 1850: inmigración y esclavitud: https://baripedia.org/wiki/Los_Estados_Unidos_de_Am%C3%A9rica,_Norte_y_Sur,_hacia_1850:_inmigraci%C3%B3n_y_esclavitud
- Herrera Valencia, B. (2002). Globalización, reforma laboral y empleo: balance de los noventa. *Revista Ópera*, 229-248.
- Hirata, H., & Zariffian, P. (4 de Noviembre de 2007). *Revista de Trabajo*. Obtenido de Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2007n04_revistaDeTrabajo/2007n04_a02_hHirata_pZariffian.pdf
- History.com Editors. (10 de Agosto de 2020). *This day in history. FDR escapes assassination attempt in Miami*. Obtenido de history.com: <https://www.history.com/this-day-in-history/fdr-escapes-assassination-in-miami>
- Hobsbawm, E. J. (2009). *La era del Imperio, 1875-1914*. Buenos Aires: Crítica.
- Hootsuite; We Are Social. (2021). *Global Digital Report 2021*. Hootsuite; We Are Social. Obtenido de <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>
- Hossain, A., Zhumabekova, A., Suvash Chandra, P., & Jong Ryeol, K. (15 de Octubre de 2020). *A Review of 3D Printing in Construction and its Impact on the Labor Market*. Obtenido de MDPI (Instituto Multidisciplinario de Publicaciones Digitales): <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/20/8492/htm>
- Hsieh, C.-T., & Klenow, P. (2009). *Misallocation and Manufacturing TFP in China and India*. The Quarterly Journal of Economics.
- Huang, H.-L. (2012). *The Missing Girls and Women of China, Hong Kong and Taiwan: A Sociological Study of Infanticide, Forced Prostitution, Political Imprisonment, "Ghost Brides," Runaways and Thrownaways*. Jefferson, Carolina del Norte: McFarland.
- Hurtado Prieto, J. (2003). La teoría del valor de Adam Smith: la cuestión de los precios naturales y sus interpretaciones. *Cuadernos de Economía. Volúmen 22. Número 38*, 15-45.
- IBGE. (2013). *Demografia das empresas 2013*. <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=294575>: Rio de Janeiro, RJ - Brasil -ISBN 978-85-240-4352-9 .
- Ichino, P. (2005). *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella Definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro. II, p. 133*. Giustizia civile. Recuperado el 22 de Enero de 2022, de https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_87_88/marialaura_birgillito.pdf
- INEGI. (2014). *Micro, pequeña, mediana y gran empresa-Estratificación de los establecimientos-Censos Económicos 2014*.

- http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos//prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825077952.pdf: INEGI. Gobierno Federal Mexicano. México DF. Obtenido de http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos//prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825077952.pdf
- Instituto Coreano de Desarrollo. (2010). Sistema Educativo. En K. D. Institute, I. SaKong, & Y. Koh (Edits.), *The korean economy: six decades of growth and development* (I. SaKong, & Y. Koh, Trads., págs. 290 - 303). Santiago de Chile: Naciones Unidas. doi:ISBN 978-89-8063-457-6
- International Federation of Robotics. (22 de agosto de 2020). *International Federation of Robotics. IFR Press Releases* . Obtenido de Robot density rises globally: <https://ifr.org/news/robot-density-rises-globally/>
- International Labour Office. (2001). *Date, place and agenda of the 91st Session (2003) of the Conference*. Geneva: International Labour Organization.
- International Labour Organization. (2011). *Short-term employment and labour market. Outlook and key challenges in G-20 countries. a statistical update for the g-20 meeting of labour and employment ministers*. Geneva: International Labour Organization.
- International Labour Organization. (2021). *ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. Seventh edition. Updated estimates and analysis*. Geneva: International Labour Organization. Recuperado el 14 de Febrero de 2021, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf
- International Labour Organization ILOSTAT. (17 de enero de 2021). *El trabajo decente y los SDG: 11 gráficos que cuentan la historia*. Obtenido de International Labour Organization ILOSTAT: <https://ilostat.ilo.org/es/decent-work-and-the-sdgs-11-charts-that-tell-the-story/>
- International Labour Organization Statistics. (1 de Junio de 2018). *Sporlight on work statistics*. Obtenido de International Labour Organization Statistics: https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_631497.pdf
- International Lawyers Assisting Workers -ILAW- Network. (2021). *Taken for a ride: litigating the digital platform model*. Washington D.C.: International Lawyers Assisting Workers (ILAW) Network. Obtenido de <https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/03/Issue-Brief-TAKEN-FOR-A-RIDE-English.pdf>
- International Monetary Fund. (2005). *Stabilization and Reform in Latin América: a macroeconomic perspective on the experience since early 1990's*. Washington D.C.: International Monetary Fund.
- IOTA. (9 de agosto de 2020). *IOTA*. Obtenido de Explore IOTA: <https://www.iota.org/get-started/what-is-iota>
- ISO (Organización Internacional de Normalización); IEC (Comisión Electrotécnica Internacional). (2012). *ISO/IEC 17024:2012(es). Conformity assessment — General requirements for bodies operating certification of persons*. Obtenido de Online Browsing Platform (OBP) of ISO (Organización Internacional de Normalización): <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:17024:ed-2:v1:es>

- Ius Laboris. Global Human Resources Lawyers. (25 de Enero de 2021). *COVID-19: How and where to work. Guide for International Employers*. Obtenido de Ius Laboris. Global Human Resources Lawyers: <https://iuslaboris.com/wp-content/uploads/2020/10/Covid-19-How-and-where-to-work-1-9.pdf>
- Jaramillo Jassir, I. (2010). Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. *Opinión Jurídica - Universidad de Medellín*, 57-74.
- Jaramillo Jassir, I. D. (2015). *Derecho del Trabajo en el Posfordismo. El proyecto de regulación universal en la globalización económica*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Jardé, A. (1960). *La formación del pueblo griego*. México D.F.: UTHEA.
- Junguito, R. B., & Caballero, C. A. (1978). *La Otra Economía*.
- Justel Vicente, D. (2012). *Niños en la Antigüedad. Estudios sobre la infancia en el Mediterráneo antiguo*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Justel Vicente, D. (2012). *Niños en la Antigüedad. Estudios sobre la infancia en el Mediterráneo antiguo*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Juzgado de lo Social de Barcelona, sección 26, sentencia con radicado SJSO 2248/2020 y ECLI: ES: JSO:2020:2248 , Radicado SJSO 2248/2020 y ECLI: ES: JSO:2020:2248 (Juzgado de lo Social de Barcelona, sección 26 10 de Julio de 2020).
- Kaplan, D., Piedra, E., & Seira, E. (2011). *Entry regulation and business start-ups: Evidence from Mexico*. Policy Research Working Paper, World Bank.
- Katz, R. (2015). *El ecosistema y la economía digital en América Latina*. Madrid: Fundación Telefónica.
- Krein , J., & Manzano, M. (2014). *Notas sobre Formalización: Estudio de caso Brasil*. Obtenido de OIT Programa de Fortalecimiento de la Formalización en América Latian y el Caribe: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_248256.pdf
- Krotoschin, E. (1955). *Tratado práctico de derecho del trabajo* (Vol. Tomo I).
- La Porta, R., & Shleifer, A. (2008). *The Unofficial Economy and Economic Development*. NBER Workin Paper No. 1450. Obtenido de <http://www.nber.org/papers/w14520.pdf>
- La Porta, R., & Shleifer, A. (2008). *The Unofficial Economy and Economic Development*. NBER Working Paper.
- Labarca Goddard, E. (1966). *El concepto de patrón o empleador en la legislación chilena*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lacruz Mantecón, M. L. (2018). *Los robots y el Derecho*. Madrid: Reus.
- Lastra Lastra, J. M. (2009). El trabajo en la historia. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 195-224.
- Lastra Lastra, J. M. (2011). *La Tercera Revolución Industrial*. Rifkin, Jeremy. España: Paidós.
- Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (16 de julio de 2020). Ley N° 6314 de 2020. Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 17 de enero de 2021, de <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley6314.html>
- Lemus García, R. (1964). *Derecho romano*. México D.F.: Limusa.
- Lenk, K. (1971). Conferencia. *Conferencia de Kurk Lenk publicada por el instituto de ciencias políticas de la Universidad de Marburgo*. Universidad de Marburgo.

- León Steffens, A. (1969). *El aprendizaje*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Levaggi, V. (9 de agosto de 2004). *¿Qué es el trabajo decente?* Obtenido de Organización Internacional de Trabajo: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm
- Levy, S. (2010). *Buenas intenciones, malos resultados: políticas sociales, informalidad y crecimiento económico en México*. Océano.
- Li, J., Valero, A., & Ventura, G. (2020). *Trends in job-related training and policies for building future skills into the recovery*. London: CVER Discussion Paper Series - ISSN 2398-7553. Recuperado el 9 de Febrero de 2021, de <https://cver.lse.ac.uk/textonly/cver/pubs/cverdp033.pdf>
- Lindahl, B. (02 de junio de 2020). *Nordic Labour Journal*. Obtenido de When Uber met the Nordics: <http://www.nordiclbourjournal.org/nyheter/news-2020/article.2020-06-02.8567702645>
- Loayza, N. (1997). The economics of the informal sector: a simple model and some empirical evidence from Latin America. Washington, DC: Policy, Research working paper; no. WPS 1727, World Bank.
- Loayza, N., Oviedo, A. M., & Servén, L. (2005). *The impact of regulation on Growth and Informality: Cross country evidence*.
- Logicalis. (16 de abril de 2019). *Análisis predictivo y recursos humanos: el talento de la organización*. Obtenido de Logicalis web site: <https://blog.es.logicalis.com/analytics/analisis-predictivo-y-recursos-humanos-el-talento-de-la-organizacion>
- López del Paso, R. (2015). Evolución del número de usuarios de las redes sociales. *eXtoikos*(16), 71-71.
- López Michelsen, A. (1950). IV centenario del establecimiento de la Real Audiencia del Nuevo Reino de Granada. Bogotá.
- Maddison, W. (1992). *Analysis of phylogeny and character evolution*. MacClade.
- Maloney, W., & Nuñez, J. (2004). *Measuring the impact of minimum wages. Evidence from Latin America. In Law and employment: lessons from Latin America and the Caribbean*. University of Chicago Press.
- Marín, A. L. (1981). *Sociología de la empresa*. Madrid: Iberico Europea de Ediciones. Obtenido de <https://books.google.com.co/books?id=M33f5QDoS0UC>
- Marx, K. (1867). *El Capital*.
- Marzo Carpio, M. (01 de 02 de 2020). *Informes. El desplome 2014-2015 de los precios del crudo: causas y previsiones a corto plazo*. Obtenido de FUNSEAM - Fundación para la sostenibilidad energética y ambiental: http://www.funseam.com/phocadownload/Informes/Informe_Funseam_Febrero2015-Desplome_2014-2015_de_los_precios_del_crudo.pdf
- Maurizio, R. (2019). *Rotación ocupacional e informalidad laboral: El caso de los trabajadores independientes en América Latina*. Santiago, Chile: Organización Internacional del Trabajo.
- McGoogan, C. (9 de agosto de 2017). *The Telegraph*. Obtenido de South Korea introduces world's first 'robot tax': <https://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/09/south-korea-introduces-worlds-first-robot-tax/>
- McKenzie, D., & Sakho, Y. (2010). *Does it pay firms to register for taxes? The impact of formality on firm profitability*. Journal of Development Economics.

- McKinsey Global Institute. (2017). *Jobs lost, jobs gained: What the future of work will mean for jobs, skills, and wages*. (2017) McKinsey Global Institute's. Obtenido de McKinsey Global Institute: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-organizations-and-work/jobs-lost-jobs-gained-what-the-future-of-work-will-mean-for-jobs-skills-and-wages> –
- McKinsey Global Institute. (22 de agosto de 2020). *International Automation. Data as of January 2017*. Obtenido de Tableau Public: <https://public.tableau.com/profile/mckinsey.analytics#!/vizhome/InternationalAutomation/WhereMachinesCanReplaceHumans>
- Media Lab MIT. (13 de Febrero de 2021). *Skillscape*. Obtenido de Media Lab MIT: <http://www.pitt.edu/~mrfrank/skillscape/#/landing>
- Mel, S., McKenzie, D., & Wood, C. (2012). *The Demand for, and Consequences of, Formalization among Informal Firms in Sri Lanka*. Policy Research Working Papers .
- Meléndez, C. (2013). *Internacionalización de las PYMES*. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (BID-INTAL).
- Mercader Uguina, J. R., & Muñoz Ruiz, A. B. (2019). Robotics and Health and Safety at Work. *International Journal of Swarm Intelligence and Evolutionary Computation*, 1-7.
- Merkel, A. (15 de 05 de 2018). *Rede von Bundeskanzlerin Merkel beim 21. Ordentlichen DGB Bundeskongress [Discurso de la Canciller alemana Merkel en el Congreso Federal Ordinario de la Confederación Alemana de Sindicatos (DGB)]*, Berlín, 15 de mayo. Obtenido de Noticias: <https://www.bundesregierung.de/bregde/aktuelles/rede-von-bundeskanzlerin-merkel-beim-21-ordentlichen-dgb-bundeskongress-am-15-mai-2018-in-berlin-1008658>
- Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. (2019). *Inserción laboral de egresados universitarios. Curso 2013-14 (análisis hsata 2018)*. Madrid: Gobierno de España. Obtenido de https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Universidades/Ficheros/Estadisticas/INFORME_INSERTION_2013_14.pdf
- Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania. (1 de Julio de 2017). *Digitalización y el Futuro del Trabajo. Sinopsis del estudio “Trabajar 4.0”*. Obtenido de Friedrich Ebert Stiftung: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/argentinien/13617.pdf>
- Ministry of Labour and National Service and Ministry of Production . (1943). Making the best of part-time-practical suggestions in the light of experience . *Production and Engineering Bulletin*, vol. II, num. 11, oct.
- Mondragón, C., Peña, X., & Wills, D. (2010). *Labor Market Rigidities and Informality in Colombia*.
- Monfort, F., & Sudrià , C. (2014). *Introducción a la historia económica mundial*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Montenegro González, A. (1984). *Historia de América*. Bogotá D.C.: Editorial Norma.
- Montenegro González, A. (2002). *Historia del antiguo continente*. Bogotá D.C.: Norma.
- Mozilla Org. (13 de Febrero de 2021). *¿Qué es el proyecto Open Badges de Mozilla?* Obtenido de Mozilla Org.: <https://support.mozilla.org/es/kb/que-es-el-proyecto-open-badges-de-mozilla>

- Mullainathan, S., & Schnabl, P. (2010). *Does Less Market Entry Regulation Generate More Entrepreneurs? Evidence from a Regulatory Reform in Peru*. University of Chicago Press.
- Munck, R. (2008). *Globalización y trabajo*. Madrid: El viejo topo.
- Munich Regional Labour Court, 4 Dec 2019 – 8 Sa 146/19., 8 Sa 146/19 (Munich Regional Labour Court 4 de diciembre de 2019).
- Negri, A. (1978). *La classe ouvrière contre l'Etat*. Paris: Galilée.
- Neumark, D., & Wascher, W. (2008). *Minimum Wages*. MIT Press.
- Nguimkeu, P. (2017). *An Estimated Model of Informality and Entrepreneurship*. Obtenido de WIDER Development Conference - Public economics for development:
<https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/Events/PDF/Papers/PubEconConf2017-Nguimkeu.pdf>
- Nieto Diez, J. (2002). *Hacia un modelo comprensivo de prácticas de enseñanza en la formación inicial del maestro*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Noticias RCN. (2021). *Noticias RCN*. Obtenido de Noticias RCN:
<https://www.noticiasrcn.com/economia/empleo-en-colombia-como-solicitar-mecanismo-de-proteccion-al-cesante-377155>
- Occupational Safety and Health Administration. (29 de agosto de 2020). *Occupational Safety and Health Administration*. Obtenido de Accident Search Results:
https://www.osha.gov/pls/imis/accidentsearch.search?sic=&sicgroup=&naics=&acc_description=&acc_abstract=&acc_keyword=%22Robot%22&inspr=&fatal=&officetype=&office=&startmonth=&startday=&startyear=&endmonth=&endday=&endyear=&keyword_list=on&p_start=&p_fini
- OECD. (2015). *OECD Economic Surveys: Colombia 2015*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2017). *OECD Economic Surveys: Colombia 2017*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2018). *Towards the implementation of the G20 roadmap for digitalization: skills, business dynamics and competition*. OECD.
- OECD/IDB/CIAT. (2016). *Taxing Wages in Latin America and the Caribbean 2016*. OECD Publishing: OECD/IDB/CIAT.
- Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo .
- OIT. (2013). *Manual Estadístico del Sector Trabajo CIET*. Ginebra: 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo CIET.
- OIT. (2015). *Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas en América Latina. Experiencias, avances y desafíos*. Linda Deelen, Editora.
- OIT. (2016). *Desarrollo productivo, formalización laboral y normas del trabajo: áreas prioritarias de trabajo de la OIT en América Latina y el Caribe*. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Oliver, B. (2016). *Better 21C Credentials. Evaluating the promise, perils and disruptive potential of digital credentials*. Victoria: Deakin University.
- Olmo, G. (28 de Enero de 2021). *Vacunas contra el coronavirus: a qué se debe el secretismo que rodea los contratos entre los gobiernos y las farmacéuticas*. Obtenido de BBC News. Mundo: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567>

- Ontiveros, E., & López Sabater, V. (2017). *Economía de los datos. Riqueza 4.0*. Fundación Telefónica. Madrid: Editorial Ariel.
- Organización de las Naciones Unidas. (2002). *Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de CNUMAD. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: <https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Agenda 2030. *Objetivos de desarrollo sostenible*.
- Organización de las Naciones Unidas. (15 de Marzo de 2022). *Noticias de la Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de Organización de las Naciones Unidas: <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505632>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). (25 de Enero de 2021). *La UNESCO revela una pérdida aproximada de dos tercios de un año académico en todo el mundo debido a los cierres de la COVID-19*. Obtenido de UNESCO: <https://es.unesco.org/news/unesco-revela-perdida-aproximada-dos-tercios-ano-academico-todo-mundo-debido-cierres-covid-19>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (Sin fecha de Sin fecha de 2019). *Marcos de cualificaciones de la EFTP*. Obtenido de UNESCO: <https://es.unesco.org/themes/competencias-trabajo-y-vida/cualificaciones>
- Organización Internacional del Trabajo - COVID. (30 de junio de 2020). *COVID-19: Estimular la economía y el empleo*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo - COVID 19: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749401/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (1919). *Constitución de la OIT*. París - Versalles.
- Organización Internacional del Trabajo. (1919). *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*. Versalles, Francia.
- Organización Internacional del Trabajo. (1986). *Factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (18 de junio de 1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (23 de julio de 2001). *Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE)*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: <https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/class/icse.htm#:~:text=Trabajadores%20por%20cuenta%20propia%3A%20son,trabaje%20para%20ellos%20durante%20el>
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). Un reto universal: seguridad social para el mundo. *Trabajo*, 11-13.
- Organización Internacional del Trabajo. (2004). Recomendación 195. *Desarrollo de los recursos humanos: educación, formación y aprendizaje permanente*.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Tendencias mundiales del empleo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

- Organización Internacional del Trabajo. (2012). *La crisis del empleo juvenil: Un llamado a la acción*. Obtenido de Resolución y conclusiones de la 101.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_187080.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Descripción general de los sistemas de aprendizaje y sus problemas*.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas. (P. d. empresas, Ed.) *Notas sobre políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas*, 12.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas en Chile. *Notas sobre políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas*, 16.
- Organización Internacional del Trabajo. (06 de agosto de 2015). *Mejorar los sistemas de aprendizaje informal. Competencias para el empleo. Orientaciones de política*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_180572.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (1 de Abril de 2015). *Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2015*. Obtenido de El desempleo mundial juvenil, 1995–2015: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_412441/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *El empleo atípico en el mundo. Conclusiones y recomendaciones*. Ginebra: Servicio de Producción, Impresión y Distribución de Documentos y Publicaciones (PRODOC) de la OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (14 de Noviembre de 2016). *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *El empleo atípico en el mundo: retos y perspectivas*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2017). *Tendencias mundiales de empleo juvenil*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (04 de 01 de 2018). *Historia de la OIT*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (30 de Abril de 2018). *La economía informal emplea más de 60 por ciento de la población activa en el mundo, según la OIT*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (06 de 02 de 2020). *¿Qué es el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido?* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_536965/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (03 de 02 de 2020). *¿Qué es un empleo temporal?* . Obtenido de Organización Internacional del Trabajo:

- https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_536960/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (06 de 02 de 2020). *¿Qué es una relación de empleo multipartita?* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_536963/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (01 de 02 de 2020). *Comisión de empleo y política social. La crisis financiera y económica: una respuesta basada en el trabajo decente.* Obtenido de Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103509.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella – Guía práctica.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (06 de 02 de 2020). *Empleo encubierto/Empleo por cuenta propia económicamente dependiente.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_536964/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo. (16 de Septiembre de 2020). *Foco en la protección social.* Obtenido de Protección contra el desempleo en la crisis del COVID-19: respuestas de los países y consideraciones de política: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_755457.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (01 de 02 de 2020). *Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la promoción del diálogo social y las buenas relaciones laborales desde la prospección y producción hasta la distribución de petróleo y gas.* Obtenido de Oficina Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_177164.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (6 de Marzo de 2021). *Estadísticas sobre la economía informal.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo - ILOSTAT: <https://ilostat.ilo.org/es/topics/informality/>
- Organización Internacional del Trabajo. (28 de Febrero de 2021). *Formas atípicas de empleo.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: <https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/lang--es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo. (27 de Octubre de 2021). *Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Octava edición. Estimaciones actualizadas y análisis.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_824097.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Panorama Laboral 2021 América Latina y el Caribe.* Lima, Perú: Oficina Regional de la Organización Internacional del Trabajo para América Latina y el Caribe.
- Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Bruselas: Organización Internacional del Trabajo.

- Organización Internacional del Trabajo. (22 de Enero de 2022). *Economía informal*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: <https://www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/informal-economy/lang--es/index.htm>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2007). *Sistemas de Cualificaciones. Puentes para el aprendizaje a lo largo de la vida*. Madrid: Instituto Nacional de las Cualificaciones. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Publicado por acuerdo con la OCDE, París.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2019). *Estrategia de competencias de la OCDE de 2019: competencias para construir un futuro mejor*. Madrid: Fundación Santillana para la edición en español.
- Organization of the Petroleum Exporting Countries. (29 de Septiembre de 2021). *OPEC Reference Basket (ORB)*. Obtenido de Organization of the Petroleum Exporting Countries: https://www.opec.org/opec_web/en/data_graphs/40.htm
- Palanyi, K. (1989). *La gran transformación*. Madrid: Ediciones de La Piqueta.
- Parlamento Europeo. (16 de febrero de 2017). *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))*. Obtenido de Parlamento Europeo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html#title1
- Parlamento Europeo. (22 de agosto de 2019). *La crisis migratoria en Europa*. Obtenido de Noticias. Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20170629STO78631/la-crisis-migratoria-en-europa>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (18 de Abril de 2018). *Decisión (UE) 2018/646*. Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018D0646&from=ES>
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Grupo de Protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. (2014). *Directiva 95/46/CE. Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*. Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Recuperado el 29 de Diciembre de 2021, de <https://www.informatica-juridica.com/anexos/documento-de-trabajo-relativo-a-la-vigilancia-de-las-comunicaciones-electronicas-en-el-lugar-de-trabajo/>
- Patiño, A., & Poveda, L. y. (s.f.).
- Patiño, A., Poveda, L., & Rojas, F. (2021). *Datos y hechos sobre la transformación digital*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Pecharroman Gil, J., Carreras, J. J., Salom, J., Vives, P. A., Florensa, S., Moreno, J., & Viñas, Á. (1983). *La guerra fría. La OTAN frente al pacto de Varsovia. Siglo XX. Historia Universal 21*. Madrid: Historia 16.
- Pedersini, R. (13 de Junio de 2002). *'Economically dependent workers', employment law and industrial relations*. Obtenido de European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2002/economically-dependent-workers-employment-law-and-industrial->

- República de Costa Rica. (20 de marzo de 2020). Decreto 42248 de 2020. *Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo*. San José, Costa Rica.
- Resolución F16/11460. Conseil de Prud'hommes de Paris, F16/11460. Florian Ménard vs. SAS Uber France (Tribunal de Apelaciones de Paris 29 de enero de 2018).
- Richter, J. (2012). El trabajo en el derecho del trabajo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 179-215.
- Rico Carrillo, M. (15 de Septiembre de 2012). El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión. *FRONESIS - Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 19(3), 331-349. Recuperado el 21 de Diciembre de 2021, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32923.pdf>
- Riders x derechos. (22 de Febrero de 2021). *Home. Riders x derechos*. Obtenido de Riders x derechos: <https://www.ridersxderechos.org/>
- Rifkin, J. (2011). *La Tercera Revolución Industrial: Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*. Barcelona: Paidós. Espasa Libros.
- Rogers, J. E. (1888). *Ensayo sobre el sentido económico de la historia de Inglaterra*. Madrid: La España Moderna.
- Romagnoli, U. (1997). *El derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Roser, C. (01 de 08 de 2019). AllAboutLean.com.
- S. F., & E. D. (2002). *Ocultándose de las sombras, El crecimiento de la economía subterránea*. International Monetary Fund.
- Saavedra, J., & Medina, C. (2012). *Formación para el trabajo en Colombia*. Obtenido de Banco de la República de Colombia: http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/be_740.pdf
- Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia, 17 de febrero de 2004, No. 01-45.889, No. 01-45.889 (Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia 17 de Febrero de 2004).
- Sala de lo Social del Tribunal de Casación, 2 de octubre, No. 99-42.727, 99-42.727 (Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia 2 de Octubre de 2001).
- Salazar, N., Mesa, C. A., & Navarrete, N. (2017). *La estructura de las tarifas de registro en las Cámaras de Comercio y beneficios de sus servicios: impacto sobre la competitividad y la formalidad empresarial*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Salgado Miranda, J. I. (2006). *La cláusula de confidencialidad en el contrato individual de trabajo. Tesis doctoral*. Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK.
- Sánchez-Castañeda, A. (2006). Las transformaciones del derecho del trabajo. En A. Sánchez-Castañeda, *Historicidad del derecho del trabajo* (pág. 186 pp.). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Saunders, A. (2017). La era de la Perplejidad: Repensar el mundo que conocíamos. El impacto de la tecnología en el crecimiento y el empleo. *BBVA. Open Mind*, 1-21.
- Schijman, A., Valenti, P., Pimenta, C., Cubo Contretas, A., & Rodrigues Bastos, F. (28 de 12 de 2020). *Banco Interamericano de Desarrollo*. Obtenido de Computación en la nube. Contribución al desarrollo de ecosistemas digitales en países del cono sur: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Computacion-en-la-nube-Contribucion-al-desarrollo-de-ecosistemas-digitales-en-paises-del-Cono-Sur.pdf>

Schneider, F. (2006). *Shadow Economies and Corruption All Over the World: What Do We Really Know?* Discusion Paper No. 2315, IZA .

Schuman, M. (9 de enero de 2019). *South Korea Raised Taxes in Bid for Growth. So Far, It's Not Working.* Obtenido de The New York Times: <https://www.nytimes.com/2019/01/09/business/south-korea-economy.html>

Sentencia 16/12875 Tribunal de Apelación de París, 16/12875 (Tribunal de Apelación de París 9 de noviembre de 2017).

Sentencia 17/00511. Tribunal de Apelación de París, 17/00511 (Tribunal de Apelación de París 20 de Abril de 2017).

Sentencia 17/03088. Tribunal de Apelación de París, Pôle 6 - chambre 2., 17/03088 (Tribunal de Apelación de París 12 de octubre de 2017).

Sentencia, 05001- 22-03-000-2007-00230-01 (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia 2007).

Sentencia 20605/92, 20605/92 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 de junio de 1997). Recuperado el 21 de Diciembre de 2021, de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sjgH3K1FdMkJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-163998%26filename%3DCASE%2520OF%2520HALFORD%2520v.%2520THE%2520UNITED%2520KINGDOM%2520-%2520%25Bspanish%2520Translati>

Sentencia 20852 de 2004, 20852 (República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Magistrada Ponente: Dra. Isaura Vargas Díaz 4 de noviembre de 2004).

Sentencia 3598/2018, 41091340012018103671 (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 13 de diciembre de 2018).

Sentencia 4086/2015, 28079140012015100568 (Sala de lo Social. Tribunal Supremo. Ponente Luis Fernando de Castro Fernández 21 de septiembre de 2015).

Sentencia 489, ECLI: ES:TS:2018:3754 (Sala Segunda de lo Penal. Tribunal Supremo de Justicia. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia 23 de Octubre de 2018).

Sentencia C-094, Expediente: D-11902 (Corte Constitucional de la República de Colombia 03 de Marzo de 2020).

Sentencia C-154, Expediente D-1430 (Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara 19 de Marzo de 1997).

Sentencia C-434/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-434/15 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 20 de 12 de 2017).

Sentencia C-473/19, Expediente D-13063 (Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez 9 de Octubre de 2019).

Sentencia C-551, MP Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 290, C-551 (Corte Constitucional de Colombia 2003).

Sentencia Corte Suprema de Justicia - Sala Plena, Aprobada según acta número 27 de 28 de junio de 1973. (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena 18 de julio de 1973). Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_18-07_1973.html#1

Sentencia de Unificación 049 (Corte Constitucional de Colombia 2017). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU049-17.htm>

Sentencia de Unificación 540 de 2007, Expediente T-1265528 (República de Colombia. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Álvaro Tafúr Gálvis 17 de julio de 2007).

Sentencia del Juzgado de lo Social N° 3 de Sabadell, Radicado SJSO 2237/2020 y ID Cendoj 08187440032020100001 (Juzgado de lo Social N° 3 de Sabadell, España 6 de Julio de 2020).

Sentencia N° 74/2018, ECLI:ES:JSO:2018:835 (Juzgado de lo Social N° 2 de Palma de Mallorca 28 de Febrero de 2018).

Sentencia Sala Plena C-282, Expediente PE-049 (Corte Constitucional - Magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo 25 de agosto de 2021).

Sentencia SL12447, Radicado 43278 (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia 15 de Septiembre de 2015).

Sentencia SU-049, SU-049/17 (Corte Constitucional de Colombia 2017).

Sentencia T-405, T-405 (Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño 24 de mayo de 2007).

Sentencia T-574, T-574/17 (Corte Constitucional. Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo. 2017).

Sentencia T-622/16, Expediente T-5.016.242 (Corte Constitucional de la República de Colombia 10 de Noviembre de 2016). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Sentencia T-629 de 2010, Expediente T-2384611 (Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. 13 de agosto de 2010).

Sentencia T-703 , T-703 (Corte Constitucional de Colombia 2012).

Sentencia T-768, T-1865118 (Corte Constitucional de la República de Colombia 31 de julio de 2008).

Sentencia T-795, T-795 de 2008 (Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto 2008).

Sentencia Unificación de Doctrina 4746/2019, 28079149912020100027 (Sala de lo Social del Tribunal Supremo 25 de Septiembre de 2020).

Sierra Benítez, E. M. (2015). 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*, 3(4), 3-28.

Sierra Herrero, A. (2014). La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo. *Ius et Praxis*. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200004

Singer, J. (20 de Agosto de 2013). *Shop Rights: What are they and can they be assigned?* Obtenido de IP Spotlight: <https://ipspotlight.com/2013/08/20/shop-rights-what-are-they-and-can-they-be-assigned/>

Sinzheimer, H. (1930). *Introducción a la ciencia del derecho*. Madrid: Madrid.

Smith, E., & Brennan Kemmis, R. (2013). *Towards a model apprenticeship framework: a comparative analysis of national apprenticeship systems*. New Delhi: International Labour Office; ILO DWT for South Asia and ILO Country Office for India; The World Bank - New Delhi: IL.

- Software & Information Industry Association. (2013). *Data-Driven Innovation. A guide for Policymakers: Understanding and Enabling the Economic and Social Value of Data*. Public Policy Division, Software & Information Industry Association.
- Stiglitz, J. (11 de Febrero de 2020). *Joseph Stiglitz: "El experimento del neoliberalismo resultó ser un fracaso abismal"*. Obtenido de France 24 Español: <https://www.youtube.com/watch?v=FjKhU78VAnc>
- Stiglitz, J. E. (1998). *More instruments and Broader Goals: moving toward the post-Washington Consensus*. Helsinki: World Institute for Development Economics Research.
- Suescún Monroy, A. (1998). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Taymaz, E. (2009). *Informality and Productivity: Productivity differentials between formal and informal firms in Turkey*. Country Economic Memorandum (CEM) – Informality: Causes, Consequences, Policies.
- Techedge Group. (01 de 02 de 2019). *Analítica predictiva: tendencias en 2019*. Obtenido de Techedge Group web site: <https://www.techedgegroup.com/es/blog/analitica-predictiva-tendencias-2019>
- Tejero García, L. H. (1985). Las asociaciones profesionales en Derecho Romano. *MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Romano.
- The Women's Memorial. (15 de agosto de 2020). *World War II (1941-1945):.* Obtenido de The Women's Memorial.org: <https://www.womensmemorial.org/timeline>
- Thorp, R. (2004). *La perspectiva histórica y el pensamiento contemporáneo sobre el desarrollo: Una reflexión desde América Latina*. En Ocampo, J.A. (Comp.), *El desarrollo económico en los del siglo xxi*, Colombia: CEPAL y Alfaomega. Pp. 3-27.
- Torices Viña, N. (28 de Junio de 2017). La locatio-conductio en Roma y su régimen actual. *La locatio-conductio en Roma y su régimen actual*. Valladolid, España: Universidad de Valladolid. Obtenido de https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/27859/TFG-D_0530.pdf?sequence=1
- Tribunal Superior do Trabalho. (5 de Febrero de 2020). *Processo: RR - 1000123-89.2017.5.02.0038 - Fase Atual: Ag-E-ED (Lei 13.467/2017 - Conector PJe-JT - eSIJ - Julgado com análise de transcendência - PJe-JT - Marcadores automatizados - Tramitação Eletrônica)*. Obtenido de Pesquisa Processual / Detalhes do processo: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>
- Ubieto, G. (23 de septiembre de 2019). Inspección de Trabajo requiere a Glovo 3,8 millones de euros por emplear a falsos autónomos en BCN. *El Periódico*, págs. <https://www.elperiodico.com/es/economia/20190923/inspeccion-de-trabajo-multa-a-glovo-38-millones-por-falsos-autonomos-barcelona-7648109>.
- UNESCO. (2015). Recomendación relativa a la Enseñanza y Formación Técnica y Profesional (EFTP). *Recomendación*.

- UNI Global Union. (1 de Octubre de 2019). *El Derecho a Desconectarse. Buenas Prácticas*. Obtenido de UNI Global Union. Professional and managers: <https://www.uniglobalunion.org/es/groups/professionals-managers/right-disconnect>
- Unión Europea - Eurostat. (30 de Abril de 2019). *Eurostat - Self-employed persons*. Obtenido de European Commission: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/edn-20190430-1>
- Unión Europea. (2021). *Propuesta de reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial*. Bruselas: Unión Europea.
- Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT) Cantabria. (2020). *Robotización y riesgos psicosociales. Medidas preventivas*. Santander, Cantabria, España: Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT) Cantabria. Obtenido de <https://www.sesst.org/wp-content/uploads/2020/01/manual-robotizacion1.pdf>
- Universidad de Barcelona. (2021). *Universitat de Barcelona*. Obtenido de Unidad 4.1. La economía Europea: características generales y evolución: <http://www.ub.edu/medame/TEMA4-1.pdf>
- Universidad de Oxford. (23 de Febrero de 2021). *Coronavirus (COVID-19) Vaccinations*. Obtenido de Our World in Data: <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>
- Universidad del Rosario. (03 de 08 de 2017). *Apertura al capital extranjero*. Obtenido de Universidad del Rosario: http://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-I---2006/Fasciculo-11/ur/Apertura-al-capital--extranjero/#.WbQpAj6g_IV
- Uribe, J. D. (2016). Informalidad Laboral: ¿Qué hemos aprendido y que falta? *Revista del Banco de la República*, 5-24. Obtenido de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/rbr_1060.pdf
- Vargas Zúñiga, F. (5 de Marzo de 2018). El futuro del trabajo y la nueva formación profesional. Ciudad de Guatemala, Guatemala, Guatemala.
- Vázquez Maggio, M. (2017). Revisión del modelo de sustitución de importaciones: vigencia y algunas reconsideraciones. *Economía Informa*, 4-17. Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185084917300233#>
- Velásquez Pinto, M. (2021). *La protección social de los trabajadores informales ante los impactos del COVID-19*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Ventura, G. (2020). *The future of apprenticeships is in the balance*. Londres: LSE's Centre for Economic Performance's Centre for Vocational Education Research.
- Verdera, F. (2014). *Do limits exist to informality growth in South America? A preliminary exploration*. New York: The Informal Economy in Developing Countries.
- Vidaurreta Campillo, M. (1978). Madurez industrial, guerra y condición femenina. *REIS*, 147-170.
- Vivas Benítez, A., Farne, S., & Urbano, D. (1998). Estimaciones de las funciones de demanda de trabajo dinámicas para la economía colombiana, 1980 - 1996. *Archivos de macroeconomía*, Documento 092.
- Weber, M. (2012). *Historia económica general*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- WEF. (2017). *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Ginebra: World Economic Forum.

- Weitzenboeck, E. (2014). Hybrid net: the regulatory framework of ICANN and the DNS. *International Journal of Law and Information Technology*, 22(1) 49, 68.
- Weller, J. (2007). *La flexibilidad del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe. Aspectos del debate, alguna evidencia y políticas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Santiago de Chile.
- World Bank. (1995). *World Development Report 1995 : Workers in an Integrating World*. New York: Oxford University Press.
- World Bank. (2017). *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. Washington, DC: World Bank.
- World Bank. (2017). *Doing Business 2018: reforming Create Jobs*. Washington DC: World Bank.
- World Bank. (11 de 02 de 2020). *World Bank Content*. Obtenido de World Bank: https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/GEP/GEP2015a/pdfs/GEP15a_web_full.pdf
- World Bank Data*. (02 de 01 de 2020). Obtenido de World Bank: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS>
- World Economic Forum. (2020). *The future of jobs report*. Cologny: World Economic Forum. Obtenido de World Economic Forum.
- World Trade Organization. (2017). *World Trade Report 2017. Trade, technology and jobs*. Geneva: World Trade Organization.
- Worster, D. (1979). *Dust Bowl: The Southern Plains in the 1930s*. Nueva York: Oxford University Press.
- Ydrovo, C. (2010). *Informalidad Empresarial en Colombia: Un Obstáculo a la Destrucción Creativa*. Universidad de los Andes.