LABOUR 2030 | PORTO 2019

II INTERNATIONAL CONGRESS

WORK INNOVATION, ARE WE READY?

THE FUTURE IS DIGITAL, AND IT'S ON!

Labour 2030

Papers presented at II International Congress

LAW/ACADEMY

NUNO CEREJEIRA NAMORA PEDRO MARINHO FALCÃO & ASSOCIADOS

Title: Labour 2030
Subtitle: Papers presented at II International Congress

Edited by: Nuno Cerejeira Namora, Eduardo Castro Marques and Gonçalo Cerejeira Namora

Design and layout by: Pedro Trindade e Brito

This book first published 2022

Law Academy ®

Copyright © 2022 by Law Academy, Nuno Cerejeira Namora, Eduardo Castro Marques, Gonçalo Cerejeira Namora and contributors.

All rights for this book reserved. No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of the copyright owner.

Preface
Nuno Cerejeira Namora

The opening of this collective book could not fail to start with a profound thank you to the entire organisation, partners, speakers and participants. In fact, the work presented here is the outcome of an event that already marks the future of work at an international scale.

Although it is not possible here to represent the richness of the whole experience of the event, I believe that it reflects the quality of the speakers and the topics addressed, as well as the importance of reflection on the permanent changes and challenges that labour law faces.

Consequently, it becomes evident that the future will bring great changes in the labour marked related to industry 4.0. Over the years, new technologies, population ageing in occidental societies and climate changes have assumed a very important role in the development of transformations in labour relations. As a result, it becomes of the utmost importance to rethink work in a sustainable manner in order to reach and set targets for 2030. These targets are fundamental as we are responsible for anticipating new challenges and making sure that the Law is able to cope with and provide answers for all of the forthcoming changes.

From day one, Law Academy has taken on the goal and challenge of bringing together professionals from all areas of expertise, of combining education and industry, of bringing together in the same space different generations and perspectives. Seeing this work emerge fulfils its purpose and fills me with pride. It was worth it!

I hope to see you at the next edition of Labour 2030!

A abertura desta obra coletiva não poderia deixar de começar pelo profundo agradecimento a toda a organização, parceiros do evento, oradores e participantes. De facto, a obra que aqui se apresenta é fruto de um evento que marca já o futuro do trabalho no plano internacional.

Apesar de não ser possível aqui representar a riqueza de toda a experiência do evento, acredito que reflete a qualidade dos oradores e dos temas abordados, bem como a importância de reflexão sobre as permanentes mudanças e desafios que o direito do trabalho enfrenta.

Consequentemente, torna-se evidente que o futuro trará grandes mudanças no mercado de trabalho relacionado com a indústria 4.0. Ao longo dos anos, as novas tecnologias, o envelhecimento da população nas sociedades ocidentais e as alterações climáticas têm assumido um papel muito importante no desenvolvimento das transformações nas relações laborais. Por conseguinte, é da maior importância repensar o trabalho de uma forma sustentável, a fim de atingir e estabelecer objectivos para 2030. Estas metas são fundamentais, uma vez que somos responsáveis por antecipar novos desafios e assegurar que a Lei seja capaz de enfrentar e dar respostas a todas as mudanças que se avizinham

Desde o primeiro dia que a Law Academy assumiu o objetivo e desafio de juntar profissionais de todas as áreas do saber, de aliar o ensino à indústria, de juntar num mesmo espaço diferentes gerações e perspetivas. Ver nascer esta obra cumpre o seu desígnio e enche-me de orgulho. Tudo valeu a pena!

Espero ver-vos na próxima edição do Labour 2030!

"It becomes of the utmost importance to rethink work in a sustainable manner in order to reach and set targets for 2030

Nuno Cerejeira Namora
Founder Law Academy

Index

Perspectiva Jurídica Brasileira na Construção de um Ambiente de Trabalho Saudável e Seguro para a Melhor Idade na Revolução 4.0 | Adriano Jannuzzi Moreira 07

Cambio Tecnológico y Violencia En El Trabajo: Riesgos Emergentes y Nuevas Estrategias Preventivas Ante El Ciberacoso Laboral1 | Alicia Villalba Sánchez 23

The impact of disabilities on the organisation of labour: the "reasonable accommodation" in light of Directive 2000/78/EC and the UN Convention of 2006 | Barbara de Mozzi 31

O Futuro do Procedimento Disciplinar Rescisório em Portugal e na UE: Fim ou Refundamento | Bruno Tomaz Bernardes 43

O Pilar Europeu do Direitos Sociais, a nova Diretiva sobre conciliação e o seu impacto no ordenamento jurídico português | Catarina de Oliveira Carvalho 53

El carácter restrictivo del pacto de no concurrencia como limitación del riesgo de la competencia | Esperanza Roales Paniagua 73

EL TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y EL DERECHO DEL TRABAJO | Federico Rosenbaum Carli 79

Modelo Social Europeo y Cláusulas Sociales en los Acuerdos de Libre Comercio | Francisco Javier Arrieta Idiakez 93

La importancia de las cláusulas sociales en los Tratados Comerciales Internacionales en la mejora y fortalecimiento de las Inspección Laboral: Caso del Perú. | Frank Claudio Sanabria Iparraguirre 107

Responsabilidade da Empresa frente à proteção dos dados do trabalhador no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil | Gisele Mancuso | Dayane Marciano de Oliveira Castro 141

LA NECESIDAD DE UNA TRANSICIÓN JUSTA PARA AFRONTAR LA DIGITALIZACIÓN Y EL CAMBIO CLIMÁTICO | Henar Álvarez Cuesta 151

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ENTORNOS DE TRABAJO ROBOTIZADOS: ESTÁNDARES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO | Inmaculada Sandra Fumero Dios 161

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD EN EL ÁMBITO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA | Javier Fernández-Costales Muñiz 175

A tutela dos trabalhadores das plataformas digitais à luz do Direito da União Europeia: um novo conceito de trabalhador? | Joana Nunes Vicente 193

A pós-eficácia do dever de lealdade do trabalhador: responsabilidade civil, o novo Código de Propriedade Industrial e as suas implicações jurídico-laborais (concorrência desleal e segredos de negócio) | Jorge Artur Costa | José Miguel Pinto 207

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES: VALORACIÓN DEL ACUERDO SOBRE PREVENCIÓN DE INCENDIOS Y SEGURIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN EN BANGLADESH | Josune López Rodríguez 243

LGPD e Desafios Recentes da Negociação Coletiva no Brasil | Luciane Cardoso Barzotto 255

ALCANZAR LA IGUALDAD SALARIAL. ¿UN RETO ALCANZABLE EN EL SIGLO XXI? | M. Carmen Aguilar Martín 267

Novas Tendências Para A Negociação Coletiva Transnacional - A 4a Revolução Industrial E O Impacto Das Negociações Coletivas Transacionais Nas Relações De Trabalho Multinacionais | Maria Lucia Benhame | João Alonso Carmelo 283

New Generations, Old Rules. An Everchanging Job Market Is Moving Faster Than Social Security Regulation | Maria-Cristina Degoli 295

The Impact Of Aging Populations On The Organisation Of Labour (Selected Aspects) | Miroslaw Wlodarczyk 303

Direitos sociais, trabalho e cidadania UE | Monica McBritton | Carla Spinelli 307

Human dignity, employee dignity and fairness of a workplace. | Paulina Matyjas – Łysakowska 317

Método de avaliação de aspectos de privacidade usando técnicas arquiteturais | Reginaldo Arakaki | Dayane Marciano de Oliveira Castro 327

Criámos uma "pessoa electrónica". E agora? Devemos tributá-la? | Ricardo Lourenço da Silva 345

Technology and new emerging rights. The right to disconnect in the Italian framework | Rosita Zucaro 347

UM FUTURO LABORAL COLABORATIVO COM AS PESSOAS COM INCAPACIDADE | Rui Valente | Luísa Rebelo Cima 355

Towards techno-regulatory approaches to the discipline of work in digital labour platforms | Silvia Donà | Massimo De Minicis | Nicola Lettier | Manuel Marocco 369

***Ius variandi* y valor profesional en la dimensión de la "Empresa 4.0": la perspectiva italiana** | Valentina Aniballi 377

Novas tecnologias: novas responsabilidades? | Vera Soares de Oliveira 387

EL IMPACTO DE LA ROBÓTICA EN EL MERCADO DE TRABAJO: VISIÓN INCLUSIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO Y DE LA ECONOMÍA | Yolanda Sánchez-Urán Azaña | Ignacio López Sánchez | Mª Amparo Grau Ruiz 395

Perspectiva Jurídica Brasileira na Construção de um Ambiente de Trabalho Saudável e Seguro para a Melhor Idade na Revolução 4.0

Adriano Jannuzzi Moreira[1]

Introdução	9
O mundo do trabalho nas sociedades de amanhã	10
Dispensa Discriminatória	11
Conceito de Empresa Saudável	16
Envelhecimento da População e Doenças Oncológicas	18
A 4ª Revolução Industrial	20
Conclusão	21
Bibliografia	22

[1] Graduado em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Doutorando em Direito pela Universidade Castillha de la Mancha - Espanha. Cursando o curso de Conselheiro em TrendsInnovation pela Inova Business School. Possui MBA em Gestão de Negócios pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais. Especialização Internacional na UPC Universitat Politécnica da Catalunha no curso de Gestión Integrada de Prevención, Certificação em Formas Alternativas de Solução de Conflitos pela Universidade de Valencia (Espanha) e pela Universidade de Talca (Chile). Especialização em Mediação pela Fundação Nacional de Mediação de Conflitos. Professor da Faculdade Arnaldo. Professor convidado da Pós-Graduação lato sensu PUC/MG. Advogado responsável pelo contencioso e consultoria trabalhista do Santos Moreira Advogados Associados. Controller Jurídico do Grupo Bel – Distribuidor Iconic Lubrificantes (Texaco). Membro fundador do IBGPAT – Instituto Brasileiro de Gestão de Prevenção de Acidentes de Trabalho. Consultor nas áreas de avaliação e desempenho da gestão empresarial e manejo avançado de crises. Juiz Classista junto ao TRT3 de 1996 a 2002. Mediador e Arbitro Trabalhista Autor de livros e artigos.

Abstract

O Brasil está em franco processo de envelhecimento, tendo já atravessado as etapas iniciais do processo de transição epidemiológica e mesmo (no caso de algumas áreas localizadas em regiões metropolitanas mais desenvolvidas) atingido seu estágio final. Até a década de 50 ou mesmo 60, as características demográficas do país indicavam uma população bastante jovem, com altas taxas de fertilidade e taxas de mortalidade que apenas começavam a diminuir. A partir de então, teve início um processo de redução das taxas de fertilidade que, nos últimos anos, vem se acelerando. Diante desta situação torna-se de suma importância a integração nas empresas de pessoas com forças de trabalho cada vez mais diversificadas, de todas as diferentes gerações de baby boomers, geração X, Y e Z pessoas de diferentes países, etc. Somos todos pessoas com nossas virtudes e defeitos e se permanecermos na classificação das pessoas porque elas pertencem a uma geração ou outra ou vêm de um país ou outro, generalizando, perderemos muito talento. Esta integração torna-se ponto fulcral para o desenvolvimento de um ambiente de trabalho saudável onde todos tenham a mesma oportunidade e a mesma valoração. Um ambiente de trabalho saudável é aquele em que os trabalhadores e chefes colaboram num processo de melhoria contínua para promover e proteger a saúde, a segurança e o bem-estar dos trabalhadores e a sustentabilidade do ambiente de trabalho. A felicidade não pode ser dada pela empresa, mas pode selecionar pessoas com valores, habilidades que busquem a excelência profissional, que tenham propósito e trabalhem dia a dia para consegui–lo. Como a saúde dos trabalhadores afeta a empresa a saúde mental dos trabalhadores afeta a empresa.

A legislação e a jurisprudência brasileira definem que a dispensa por motivo de doença é modalidade de discriminação realizada pelo empregador contra seu empregado. Costuma ser indireta e velada, pois o empregador não admite que o ato se deu por motivo de saúde, defendendo-se com o argumento da liberdade de demitir conferida pelo livre exercício da atividade econômica e na previsão da indenização compensatória. Ocorre que essa faculdade não permite dispensa discriminatória de nenhum tipo, por doença ou por idade, situação que torna o ato nulo. A dispensa imotivada equipara-se à dispensa arbitrária e é proibida constitucionalmente no Brasil. Além disso, constitui preceito da teoria geral do direito que a declaração de nulidade do ato deve reconstituir as coisas no estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado. Ora, se a dispensa do empregado estava proibida, a declaração de sua nulidade motiva, consequentemente, a determinação da reintegração, como forma de se retomar o status quo, demonstrando ser uma ferramenta essencial para a construção de uma ponte para a integração das diversas gerações em um ambiente de trabalho saudável.

Palavra-Chave: Envelhecimento da População; Revolução Industrial 4.0; Riscos Psicossociais; Dispensa Discriminatória

Introdução

Fala-se muito sobre a importância da integração nas empresas de pessoas com forças de trabalho cada vez mais diversificadas, existem diferentes gerações de baby boomers, geração X, Y e Z pessoas de diferentes países, etc.

Para que essa integração ocorra, temos que procurar as coisas que os unem e não aqueles que os separam. Valores como generosidade, lealdade, amor são universais, as pessoas que os praticam geram confiança que é a base da Liderança. Se essas pessoas são encorajadas a trabalhar habilidades como empatia, comunicação, habilidades auditivas, proatividade, criatividade, inovação, relacionamentos sociais e estão dispostas a aprender o que é necessário para ser atualizado, podemos ter líderes reais em nossa equipe , capaz de se adaptar às mudanças que estão ocorrendo.

Somos todos pessoas com nossas virtudes e defeitos classificam as pessoas porque elas pertencem a uma geração ou outra ou vêm de um país ou outro, nos generalizando, perderemos muito talento. A adaptação à mudança depende exclusivamente da atitude da pessoa, certamente, uma pessoa de 50 anos custa mais para lidar com uma nova aplicação móvel, mas se ele quer conseguir, mas um profissional de 30 pode ter mais dificuldade com o processo de tomada de decisão. Se coexistirem pessoas generosas que estejam dispostas a apoiar seus pares e ajudar os outros a crescer, cada um trará para a equipe aquilo que se destaca e pode funcionar perfeitamente.

As empresas querem pessoas felizes, mas a felicidade tem que encontrar a pessoa descobrindo qual é o seu propósito na vida e agindo para alcançá-la.

A felicidade não pode ser dada pela empresa, mas pode selecionar pessoas com valores, habilidades que busquem a excelência profissional, que tenham propósito e trabalhem dia a dia para consegui-lo.

O Direito do trabalho está em constante mutação em virtude dos desenvolvimentos sociais quer pelas economias, quer pelos desenvolvimentos sociais.

O Século XXI continua com as relações subordinadas determinadas pelas normas em concreto desde o século XVII/XVIII, com a formação das ligas sindicais internacionais que deu origem ao surgimento da OIT, ONU e outras com objetivo de harmonizar as relações econômicas e sociais reduzindo o nível de desigualdades buscando uma sociedade menos desigual e com mais qualidade de vida.

Novas questões surgem no mundo do trabalho e no Direito. Se anteriormente os direitos básicos conferidos aos trabalhadores sem resumiam a jornada, férias, direitos oriundos de Convenções coletivas, hodiernamente outros direitos reclamam proteção como os da personalidade d o trabalhador e o que tange a proteção da sua vida privada no local de trabalho e também fora dele diante o comportamento das pessoas com clara diminuição entre vida profissional e vida pessoal.

Vários autores apontam que um problema muito recorrente no ambiente no trabalho é a discriminação em função da idade. A discriminação baseada em idade refere-se a fazer julgamentos sobre as ações, características e desejos das pessoas com base em sua faixa etária. Além disso, esses julgamentos geralmente incluem crenças negativas, em vez de crenças positivas sobre os trabalhadores ditos idosos[2].

É preciso alterar a forma com que as pessoas percebem o trabalhador mais velho. Discriminação, preconceito e estereótipos são barreiras para esse trabalhador, que não apenas causam problemas para o indivíduo, mas impactam negativamente o desempenho produtivo das organizações como um todo[3].

É preciso criar um ambiente de trabalho onde o trabalhador idoso é valorizado[4]. Algumas soluções práticas levam em consideração fornecer novas tarefas e oportunidades de trabalho, oportunidades de aprendizado, recompensas individualizadas, criar um diálogo aberto e informal entre gerentes e funcionários, também o reconhecimento de conquistas e alto desempenho. De acordo com Armstrong-Stassen[5], o reconhecimento de suas habilidades e o respeito de outros trabalhadores na organização são fatores que influenciam a permanência por mais tempo no trabalho por parte dos trabalhadores maduros.

Uma pesquisa mostrou que, ao enfatizar as características positivas dos trabalhadores mais velhos, as organizações podem promover a autoeficácia ocupacional de funcionários com 50 anos ou mais, sem comprometer a autoconfiança dos funcionários mais jovens[6].

Outro problema existente é questão do trabalhador que contrai doença oncológica e sua posição no ambiente de trabalho. Uma pesquisa do Instituto Nacional do Câncer (INCA) que indica uma questão interessante sobre o tema:

> Foi possível observar que, enquanto aptos à atividade laborativa, os indivíduos não pareciam mensurar a dimensão do nível de exploração do trabalho, na medida em que incorporam o discurso da meritocracia, individualidade e produtividade. Após o adoecimento, mesmo não havendo completo rompimento com tais discursos, os indivíduos sentem de forma mais abrupta os efeitos da precária inserção do mundo do trabalho e, conforme experimentam os impactos financeiros, socioculturais e sociofamiliares, fazem alusão (mesmo que baseados no senso comum) às lacunas no suprimento das necessidades da população por parte do Estado.

Somado a isto, temos a chegada da denominada Indústria 4.0, conforme apontado pelo Relatório da KPMG sobre o tema[8]: a Integração digital e interconexão completa de todos os processos fabris por meio de IoT, descentralização e sistemas ciberfísicos. Customização intensa de produtos e agilidade e flexibilidade nas linhas de produção. Suporte de dados e inteligência de máquina aos trabalhadores, tudo isto, visando o aumento de produtividade e lucro dentro da menor margem de tempo possível.

Estes são os desafios para o ambiente de trabalho do futuro.

2 APPELBAUM et al., 2016.
3 Ibid.
4 Ibid.
5 2008 apud ANGELONI; BORGONOVI, 2016.
6 CHIESA ET AL. 2016.
7 TORRES; ASSIS. 2018.
8 Disponível https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2019/03/industria-4-0-mining-report.html

O mundo do trabalho nas sociedades de amanhã

A mudança perceptível na regulação das economias para uma constituída num quadro neoliberal resultou numa ênfase considerável na "libertação" das forças de mercado a nível nacional e na abertura das economias nacionais e subnacionais e mercado de trabalho às forças disciplinantes dos mercados internacionais. Trata-se de mudanças com consequências diretas em termos de riscos reforçados para a saúde e bem-estar de muitos milhões de pessoas, embora seus efeitos tenham sido experimentados em diferentes graus em várias partes do mundo. Este artigo busca explorar essas questões e levantar questões sobre as implicações a longo prazo que essas mudanças podem ter para o risco de saúde pública, especialmente nos países em desenvolvimento. Antes de examinar essas questões com mais detalhes, é necessário primeiro examinar as facetas da globalização neoliberal contemporânea que servem como força motriz por trás da geração desses riscos.

Existem inúmeras contas das sucessivas formas da divisão internacional de trabalho e mudando as formas socioespaciais da globalização[9]. Agora, como então - e apesar de afirmações em contrário sobre a globalização anunciando "o fim da geografia"[10] - a geografia da globalização contemporânea continua a ser um profundo combinado de desigual desenvolvimento. A combinação de fatores econômicos, a exportação de atividades perigosas, processos e materiais, juntamente com os espaços regulatórios irregulares dentro dos quais essas atividades são contextualizadas geram uma paisagem de risco que é moldada pelos processos de globalização contemporânea. Dentro deste contexto altamente interligado, o emprego tornou-se crescente precário e temporári[11], onde antes era seguro e de longo prazo. Além desse problema, as desigualdades espaciais que existem em termos de acesso a empregos e serviços também foram amplificadas.

A consequência efetiva da adoção de posições políticas neoliberais tem sido que, no decorrer de suas vidas diárias, muitas pessoas vivem em ambientes cada vez mais arriscados e insalubres. Além disso, também experimentam um aumento dos riscos de desemprego e de trabalho e, muitas vezes, têm de empreender formas de emprego que militam contra a boa saúde e bem-estar.

Dentro deste contexto e entendendo que este é o caminho do futuro, a Organização Internacional do Trabalho emitiu um informe tratando de formas para o trabalho de um futuro mais promisso[12], apontando todos estes novos desafios trazidos pela globalização e agora catalisados diante dos avanços tecnológicos – inteligência artificial, automação e robótica – que gerarão novos empregos, mas poderá criar uma onda de pessoas que irão perder seus empregos para estas novidades e estarão mal preparados para as novas oportunidades. As habilidades de hoje não coincidem com o trabalho de amanhã, e as habilidades recém-adquiridas podem rapidamente tornar-se obsoletas. Se deixados de forma desordenada, o trabalho em plataforma e as microtarefas recriariam práticas trabalhistas do século XIX e criariam futuras gerações de diaristas digitais[13].

É preciso cuidar da transição para um futuro de trabalho que efetivamente respeita o planeta e tenta parar a mudança climática e isto vai perturbar ainda mais os mercados de trabalho. Espera-se que a crescente população de jovens em algumas regiões supere o desemprego juvenil e as pressões migratórias. O envelhecimento da população noutras regiões colocará mais pressão nos regimes de segurança social e de cuidados. Tudo isto deve ser tratado de forma a permitir o desenvolvimento econômico e a satisfazer os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030[14].

9 HIRST, P. THOMPSON, G. 1995.
10 O'BRIEN, R. 1992.
11 BECK, U. 1992.
12 OIT. 2019.
13 MERKEL, A. 2018.
14 ONU. 2019.

Dispensa Discriminatória

A legislação brasileira, para defesa dos direitos da dignidade humana trouxe a Lei nº 9.029/95, que trata da proibição de condutas discriminatórias no âmbito do trabalho, estabelece em seu art. 4º as consequências da extinção do vínculo empregatício por parte do empregador fundamentada em ato discriminatório.

> "Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:
>
> I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
> II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais".[15]

Não restam dúvidas que a dispensa por motivo de doença é modalidade de discriminação realizada pelo empregador contra seu empregado. Costuma ser indireta e velada, pois o empregador não admite que o ato se deu por motivo de saúde, defendendo-se com o argumento da liberdade de demitir conferida pelo livre exercício da atividade econômica e na previsão da indenização compensatória. Ocorre que essa faculdade não permite dispensa discriminatória de nenhum tipo, situação que torna o ato nulo. No caso particular de doença, a perda do posto coincide com o momento em que o trabalhador é mais dependente do emprego.

A matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do contrato de trabalho.

No Brasil, embora a dispensa imotivada seja proibida pelo art. 7º, I, da Constituição da República de 1998, tal modalidade de dispensa é, largamente, utilizada em razão de uma interpretação de que tal norma não possui eficácia plena.

O Direito do Trabalho, no Brasil, é regido pelo princípio da continuidade da relação de emprego, segundo o qual é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justrabalhista poderia cumprir, satisfatoriamente, o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições - sob a ótica obreira - de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.

Referido princípio encontra-se respaldado na Constituição Federal de 1988, que prevê, entre os direitos dos trabalhadores, "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". (art. 7º, I)[16]

Considerando que o trabalho é o meio de subsistência do trabalhador e de sua família, apresenta-se como indiscutível a importância da efetividade do princípio da continuidade da relação de emprego na ordem justrabalhista.

Não obstante a elevação dessa garantia a nível constitucional, na prática, ao empregado nada resta senão aceitar apenas as reparações decorrentes da dispensa imotivada previstas em lei, como se a dignidade do trabalhador pudesse ser reduzida à pecúnia.

Considerando este extraordinário e unilateral poder do empregador fica difícil imaginar democráticas relações de trabalho na execução do contrato que une o empregado a seu empregador, uma vez que, não apenas o empregado é impedido de construir normas, juntamente com o empregador, às quais se submeterá, como os atos e decisões deste se mostram insusceptíveis de submissão a meio discursivo, democrático, portanto, tornando-se, em última análise, incontestáveis.

A conclusão que se extrai é que se tem como inócuo o contido na norma constitucional inscrita no art. 170, segundo a qual, a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Por outro lado, estamos vivendo época em que as inovações são tão radicais que podem colocar setores da economia em situação delicada. Para inovar, é necessário grande volume de pessoas com alta capacitação e tecnologia.

A Convenção de número 158[17] se deu em 1982 e já foi ratificada por 34 países-membros da Organização Internacional. Ela foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.1992[18] e, após, ratificada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, entrando em vigor, em âmbito interno, através do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996[19].

Entretanto, a Convenção foi suspensa através do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro do mesmo ano de 1996, em razão de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sendo posteriormente denunciada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, deixando, finalmente, de vigorar no Brasil em 20.11.1997[20].

Cumpre, no entanto, apontar que tal denúncia é irregular e, portanto, inválida no plano internacional, uma vez que as Convenções da OIT apenas podem ser denunciadas após 10 anos da ratificação pelo Estado-Membro.

A justificativa para a sua suspensão, e denúncia foi que seu mecanismo engessava as relações de trabalho e o Poder Judiciário a interpretava como garantia de estabilidade no emprego o que, segundo a Corte Maior, seria inconstitucional.

Argumentos contrários à sua aprovação consideram que o fenômeno social fez com que a figura do trabalhador, como parte hipossuficiente e submissa na relação de trabalho, cedesse lugar a um colaborador preparado e engajado na dinâmica empresarial, participando, muitas vezes, de seus lucros, prática utilizada por muitas empresas brasileiras.

15 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm
16 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
17 Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm
18 Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-68-16-setembro-1992-358557-publicacaooriginal-1-pl.html
19 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm
20 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm

Os trabalhadores de hoje seriam detentores de inúmeras informações, de forma que o protecionismo previsto na década de 40 teria se tornado inócuo, e, portanto, obsoleta seria uma legislação que dificultasse a evolução das relações de trabalho.

Outro argumento seria que mudanças na economia são céleres sendo necessária uma maior flexibilidade nas normas trabalhistas, para que, desta forma, as empresas consigam sobreviver e cumprir sua função social.

Nesse sentido, a Convenção nº 158, ao assegurar "a estabilidade do empregado", retiraria a competitividade das empresas neste mundo globalizado.

Por outro lado, em razão desse viés protecionista, a legislação trabalhista já possuiria suficientes garantias ao obreiro contra a dispensa imotivada, sendo que a adoção da referida Convenção ou geraria estagnação inadmissível no mercado de trabalho brasileiro ou aumentaria a informalidade das relações de emprego.

De fato, o Brasil possui, atualmente, uma das legislações trabalhistas mais avançadas do mundo sob a ótica da garantia dos direitos sociais do trabalhador, inseridos, constitucionalmente, através dos direitos sociais, sobretudo no que se refere à limitação de carga horária, férias anuais com abono de um terço do salário mensal, décimo terceiro salário dentre outros. Entretanto, na prática, os trabalhadores ainda se encontram órfãos de certa segurança no que tange à relação de emprego.

Traçado esse paralelo é que se apresenta a indagação quanto à viabilidade da aplicação da Convenção nº 158 da OIT: conceder ao trabalhador maior segurança em relação à continuidade de sua relação de emprego inviabiliza o desenvolvimento das atividades econômicas do empregador nesse mundo dinâmico da globalização?

O cerne da questão é que a convenção, em seu art. 4º, preceitua:

> "Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço."

Pelo que se deflui do art. 8º o empregado é autorizado a recorrer perante um órgão neutro seja representado por um tribunal seja por um árbitro, caso tenha interesse em rever sua dispensa e analisar sua justificativa.

Tais normas trouxeram para as mentes do empresariado as seguintes indagações: poder-se-ia afirmar, então, que o poder "de mando" do empregador estaria sendo rebaixado ao dar "satisfação" a seu subordinado? Estaria o empregador ignorando a dignidade humana do trabalhador ao demiti-lo sem nenhuma motivação? Analisemos.

De acordo com a Convenção, para que a dispensa não seja considerada arbitrária e, portanto, defesa, faz se necessária a observância dos seguintes requisitos:

a) Vinculação da dispensa à capacidade do empregado;

b) Observância da legislação nacional quando a motivação da dispensa for o comportamento do empregado. É a despedida com justa causa;

c) Encontra-se a empresa em situação de dificuldade, fazendo-se necessária a dispensa de um número de empregados.

Deflui-se, por conseguinte, que não há uma proibição de dispensar empregados que não tenham incorrido em falta grave, apenas restringe-se as hipóteses de dispensa a fato do empregado (falta de vocação ou mau comportamento) ou a fato do empregador (dificuldade de desenvolver a atividade econômica de forma lucrativa), sendo sempre obrigatório o oferecimento de motivação ao obreiro, seja esta qual for.

No âmbito do contraditório e ampla defesa no ambiente de trabalho, o art. 7º da Convenção nº 158 prescreve:

> "Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador razoavelmente, que lhe conceda essa oportunidade."[22]

Na ótica do Estado de Direito Democrático, também chamado de Estado Constitucional - Estado Pós-Modernidade, tem-se, como fundamentos do Estado, a proteção e efetivação dos direitos humanos primeiros (civis e políticos), mas também dos de segunda dimensão, direitos sociais, econômicos e culturais, assim de terceira, direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos.

Nessa construção da "era dos direitos", em que o Poder Judiciário toma importante acento, a luta não é mais pela criação de leis, mas sim pela manutenção e pela efetivação dos direitos. É, na verdade, luta por democracia em todas as relações, luta que só tem a ganhar com a reinserção da Convenção nº 158 da OIT no Ordenamento Jurídico Brasileiro, ou com a adoção de interpretação pela sua compatibilidade com o Direito vigente, uma vez que esta garante a efetivação do direito constitucional de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Esta implicação de compatibilidade/incompatibilidade com o Ordenamento Jurídico Brasileiro culminou na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625[23], em discussão desde 1997, sem de fato solucionar a questão.

Mesmo sem a vigência de referida convenção, faz-se necessário identificar quais seriam, entretanto, os parâmetros jurídicos para se considerar uma dispensa motivada, afastando a hipótese de dispensa arbitrária? Já que a legislação criou esta.

O modelo jurídico nacional já traz, há muito, definição neste sentido, entendendo-se como

22 Ibid.
23 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413

arbitrária a dispensa que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT.

Ademais, cumpre dizer que o Brasil assumiu perante a ordem internacional (Convenção nº 111 da OIT[24]) o compromisso de rechaçar toda forma de discriminação no âmbito laboral, sendo, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à tutela antidiscriminatória do trabalhador. Merece transcrição as seguintes ementas:

> "DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. NULIDADE DA RESCISÃO. O direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho, não é absoluto, encontra-se mitigado pela função social do contrato; bem como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre eles a dignidade da pessoa humana. A alegação de desconhecimento da gravidade da doença, não descaracteriza o ato discriminatório, basta o fato da doença, independentemente da gravidade, para configuração da discriminação. A conduta se torna mais reprovável diante de doença grave. Inteligência dos artigos 1º, III e 3º, IV, da CF e art. 1º da Lei 9.029/95". (TRT/SP. RO 0223200-45.2009.5.02.0070 - Acórdão 4ª turma. Rel. Des. IVANI CONTINI BRAMANTE - DOE 27/05/2011).

> DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. Modernamente, a tendência jurisprudencial é inverter o ônus da prova em favor da pessoa portadora de doença grave, transferindo para o empregador o encargo de infirmar a motivação discriminatória da dispensa, presumível em face do que ordinariamente se observa na sociedade contemporânea. Nos termos do que preceitua o art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil são os valores sociais do trabalho, que, aliado ao princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, inciso III do referido artigo constitucional, torna discriminatória a despedida imotivada de empregado portador de patologias graves. Não se olvida que de todas as formas de discriminação, a mais grave para os portadores de doenças crônicas, evolutivas e incuráveis, como o câncer, por exemplo, é a perda do emprego, porque, sem emprego não há salário, não há vínculo com a Previdência Social, tornando-se quase impossível obter nova colocação num mercado de trabalho tão competitivo e discriminatório por natureza. No caso dos autos, a discriminação está inserta no próprio fato de a reclamada dispensar o reclamante, assim que emergiu a suspeita de que o trabalhador seria portador de doença crônica, evolutiva, com consequências para o empregado, mas também para o empregador, porque isso resultaria no afastamento do empregado, com a consequente suspensão do contrato de trabalho. Nessas circunstâncias, a discriminação configura-se por uma atitude patronal que produz uma distinção injustificada, consistente no descarte do empregado doente, ignorado em sua condição de pessoa dotada de dignidade, por isso que os portadores de doenças graves (como câncer, depressão aguda, HIV, síndromes como a do pânico, por exemplo) têm requerido especial atenção da sociedade e da Justiça. Aplicação da Súmula de n. 443/TST. Precedentes do Col. TST: (TST-E-ED-RR 76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJU de 30/11/2007- (TST-RR - 112900-36.2005.5.02.0432, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 06/05/2011, TST-AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani, 3ª Turma, DEJT 03-9-2010). (TRT/MG. RO 0000407-63.2013.5.03.0059 – Acórdão 8ª turma. Rel. MARCIO RIBEIRO DO VALLE – DEJT 21/02/2014)

Cumpre transcrever trecho do acordão supracitado em que o Exmo. Des. Relator trouxe os argumentos para justificar a dispensa discriminatória, *in verbis*:

> "Diante do conjunto probatório não reconheço o caráter ocupacional da doença, mas sim, diante dos fatos, entendo possível determinar a reintegração do obreiro com vistas a superar a atitude arbitrária da reclamada que o dispensou quando ciente de seu estado de saúde. Nem mesmo providenciou a realização de exame demissional, resolvendo, de afogadilho, dispensá-lo de suas atividades, quando prestes a realizar cirurgia. Certo é que essa atitude ultrapassa a noção de arbítrio e atrai a ideia de discriminação no emprego. (...)

Apesar de conhecer o quadro clínico do reclamante preferiu dispensá-lo, sendo que, pouco tempo depois o obreiro submeteu-se a cirurgia com solicitação de benefício previdenciário. Se o diagnóstico permaneceu o mesmo, entre a entrega do atestado à ré e o afastamento previdenciário, por certo, o autor foi dispensado doente, ainda que ela não guardasse nexo causal com a atividade que ele desenvolvida."

Desta forma, diante do caráter discriminatório da dispensa da Reclamante que se deu logo após a comunicação feita à chefia imediata acerca da troca do aparelho em nova cirurgia, sem qualquer outra justificativa, em clara violação dos arts. 1º, III e IV; 3º, IV; 4º, VIII e 5º caput e incisos III, X, XLI e XLII da CF/88, bem como aos arts. 1º e 4º da Lei 9.029/95 e 8º e 9º da CLT, protesta a Reclamante pelo reconhecimento da nulidade da dispensa, fazendo jus a obreira à readmissão com ressarcimento integral de todas as verbas remuneratórias desde a extinção irregular do vínculo, que devem ser corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais, na forma do art. 4º, I da Lei nº 9.029/95.

A norma constitucional que provê a dispensa arbitrária, portanto, tem eficácia plena e sua aplicação não pode e não deve ser evitada.

Quanto aos efeitos, a declaração judicial da dispensa arbitrária dá ensejo à reintegração ao emprego ou a condenação ao pagamento de uma indenização. Costuma-se dizer que o instituto da reintegração teria sido banido de nosso sistema jurídico; já outros, mais amenos, concluíram que a reintegração somente seria possível nas hipóteses específicas de estabilidade definitiva (a decenal, em razão de direito adquirido), de estabilidades provisórias (com previsão legal) e de estabilidades decorrentes de norma convencional6. De qualquer modo, na visão desses autores, a reintegração não seria remédio jurídico para os casos de dispensa arbitrária.

Todavia, data venia, analisando-se o inciso I, do art. 7º, da CF/88, não é bem isso o que se verifica. Com efeito, dispõe essa regra constitucional uma proteção da relação de emprego, em face de dispensa arbitrária, estabelecendo o pagamento de indenização, "dentre outros direitos".

Na verdade, na dispensa arbitrária, adotando-se como parâmetro legal a regra do art. 496, da CLT, por aplicação analógica, o juiz do trabalho poder E considerando desaconselhável a reintegração, "dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio", optar pela condenação do empregador ao pagamento de uma indenização.

Os arts. 495 e 496 da CLT são normas processuais que refletem a tradição jurídica brasileira quando se

24 Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm

trata de dar efetividade às regras de estabilidade no emprego. Tais regras foram, sem a menor dúvida, recepcionadas pela nova ordem constitucional, até porque têm sido hodiernamente aplicadas nos casos de estabilidade provisória. Desde que se esteja diante de uma regra jurídica de estabilidade no emprego, a reintegração aparecer E inevitavelmente, como solução possível e até preferencial para o conflito em que se discuta a aplicação dessa norma.

Tanto isso é verdade que a própria Lei nº 9.029/95, que instituiu a proibição de dispensa por ato discriminatório, previu a "readmissão" - leia-se, reintegração - como hipótese possível para o deslinde do conflito.

Além disso, constitui preceito da teoria geral do direito que a declaração de nulidade do ato deve reconstituir as coisas no estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado. Ora, se a dispensa do empregado estava proibida, a declaração de sua nulidade motiva, consequentemente, a determinação da reintegração, como forma de se retomar o status quo. A indenização, como meio de compensação do prejuízo causado pelo ato nulo, aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos.

A reintegração ao emprego, ademais, constitui a fórmula mais eficaz de cumprir o direito a sua função social.

Diz-se, ainda, que a Constituição, ao fixar o direito ao FGTS para todos os empregados, indistintamente, tornou-se incompatível com sistemas de garantias gerais de emprego. Entretanto, o FGTS não pode ser visto como um direito que negue outra garantia maior aos trabalhadores, pois assim estipula o próprio caput do art. 7º, da CF: são diretos dos trabalhadores urbanos e rurais, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social" (grifou-se). Estabelecido, assim, o princípio da progressividade das garantias ao trabalhador. Aliás, como já vem se firmando na jurisprudência, o FGTS não é óbice à aquisição de estabilidade pelo servidor concursado, cujo regime é o da CLT.

Assim, a determinação de reintegração do empregado, arbitrariamente dispensado, é plenamente cabível, até porque se não considerada juridicamente possível restaria aos juízes apenas a hipótese de indenização, o que nem sempre se faz em favor da ordem social, já que uma reintegração, muitas vezes, pode ser menos traumática para as próprias empresas do que o pagamento de uma indenização.

Quanto à indenização, nos casos de dispensa considerada arbitrária em que a reintegração se mostre desaconselhável ou impossível, qual seria esta?

Para responder a essa indagação é necessário recordar que nenhuma regra legal precisa existir para que os juízes do trabalho, julgando os conflitos com poder de discernimento, estabeleçam o valor da indenização devida em cada caso concreto, como se faz há muito, aliás, na Justiça Comum no julgamento das causas que têm por fundamento o art. 186 do Código Civil - dispositivo que prevê a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem e que é base jurídica, diga-se de passagem, para as ações de indenização por acidente do trabalho. Tal dispositivo não estabelece o valor da indenização e ninguém nunca negou sua eficácia porque um Decreto executivo não o tivesse regulamentado. A fixação do valor é feita por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade de quem pede a reparação e da possibilidade econômica do condenado. E nem se diga que o art. 186 do Código Civil não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e que a Justiça do Trabalho não teria competência para aplica-lo. Ora, o preceito mencionado está posto no Código Civil porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito, teoria esta que se aplica, sem sombra de dúvida, em todos os ramos do direito não-penal, como é o caso do direito do trabalho.

Evidente que, adotando os parâmetros da legislação trabalhista, para casos análogos (indenização do portador de estabilidade definitiva, do portador de estabilidade provisória e dos casos de dispensa discriminatória), há parâmetros para o arbitramento desse valor, mas que, de todo modo, não impedem a avaliação das peculiaridades de cada caso em concreto.

A Lei nº 9.029/1995, que versa sobre a proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, entre outras regras, não poderá ser utilizada por analogia para reintegração de doente de Aids, pois se refere apenas a exames relativos à esterilização (art. 2º, I e II, a), a estado de gravidez (art. 2º, I) ou a controle de natalidade (art. 2º, II, b), preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º). Isso mostra que a lei é dirigida principalmente à proteção das mulheres e não a doentes. Entretanto, se a discriminação for realizada em virtude de sexo, por exemplo: do homem, preterindo-se algum direito desse por discriminação, será possível ser aplicado o art. 4º da Lei nº 9.029, que deve ser interpretado em consonância com o art. 1º da referida norma, tendo direito o empregado à faculdade prevista no art. 4º: pagamento de indenização em dobro ou readmissão.

Não havendo lacuna na lei, apenas não existindo comando legal que preveja garantia de emprego ao doente de Aids, não poderá o juiz investir-se na função de legislador e mandar reintegrar o doente de Aids no emprego, sob pena de estar desvirtuando a função do Poder Judiciário, que é julgar e não legislar, violando o princípio da separação dos poderes (art. 2º da Lei Magna).

Não há norma injusta a ser aplicada pelo juiz, para que esse atenda os fins sociais a que a lei se dirige e as exigências do bem comum (art. 5º da LICC), pois não se verifica a hipótese de serem corrigidos os rigores da lei. No momento, não há lei determinando garantia de emprego ao doente de AIDS e, por consequência, o direito de ser reintegrado em sua anterior função na empresa. Caso se entenda de modo diverso, qualquer trabalhador doente poderá se julgar no direito de ser reintegrado no emprego, mesmo não havendo suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, com o argumento de ser estável, bastando para tanto ter sido dispensado pelo empregador.

A mudança de entendimento da sociedade e do judiciário, culminaram na Súmula 443 do TST que solidificou o entendimento no sentido de ser presumível como discriminatória a dispensa do portador de HIV ou doença grave estigmatizante, como pode ser visto abaixo:

> Nº 443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO.
>
> Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Vejamos um exemplo de sua aplicação:

> 250900031535JSUMTST.443JCLT.818JCPC.333 JCPC.333.II – RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – PORTADORA DE CÂNCER, QUE TEVE SUA CAPACIDADE LABORATIVA REDUZIDA – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – ÔNUS DA PROVA – INVERSÃO – "Recurso ordinário. Dispensa discriminatória. Presunção. Portadora de câncer, que teve sua capacidade laborativa reduzida. Inversão do ônus da prova para a reclamada. É de bom alvitre destacar, de plano, que há de se presumir discriminatória a dispensa do empregado portador de doença que provoque estigma ou preconceito. Este é o entendimento da Súmula nº 443 do TST. E a posição jurisprudencial mais acertada considera o câncer – dependendo, obviamente, do grau do comprometimento da saúde do portador e, portanto, de suas habilidades laborativas – enfermidade que suscita estigma, nos termos da mencionada Súmula. Diante de tal presunção e, ainda, por ter a reclamada apontando fato modificativo do direito da obreira, pode-se concluir que recaiu sobre a ré o onus probandi de suas alegações defensórias – mercê do que dispõe o art. 818 da CLT, combinado com o art. 333, II, do CPC no sentido de que a reclamante não estava cumprindo com suas obrigações contratuais, porque permitia, indevidamente, a entrada e permanência de pessoas em seu setor, bem como, não acatava as orientações/normas da instituição, deixando de realizar o mínimo exigível do seu trabalho, sobrecarregando as demais funcionárias da instituição. Também pesou sobre a vindicada o encargo de comprovar que a reclamante estava curada de sua enfermidade, no momento da demissão, conforme alegações contestatórias. E de tal mister não se desobrigou satisfatoriamente a parte reclamada. Dos fólios, não se vislumbra qualquer elemento que possa ratificar tais argumentações de bloqueio. Aliás, na verdade, as provas dos autos delineiam situação na qual a reclamante ainda não estava, no momento da rescisão, curada da enfermidade do câncer e que a vindicada tinha conhecimento do grau da debilidade física da demandante, que comprometera as habilidades profissionais da mesma. Recurso ordinário não provido." (TRT 06ª R. – RO 0001624-62.2012.5.06.0102 – 4ª T. – Relª Nise Pedroso Lins de Sousa – DJe 30.10.2013 – p. 403)RST+296+2014+FEV+161

Esta Súmula não atenta contra os princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, tendo em vista que a legislação processual foi atualizada em 2015, sendo que o novel diploma passou a prever em seu art. 373, parágrafo primeiro, a distribuição dinâmica do ônus da prova. De acordo com esta teoria, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos da teoria estática de distribuição do ônus da prova ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso.

A teoria dinâmica do ônus da prova consiste na possibilidade de o julgador, no caso concreto, atribuir o ônus da prova àquele que tem melhores condições de produzi-la. Nessa hipótese, em vez de se definir de forma fixa o ônus da prova e incidir o princípio do interesse (teoria estática), sua definição é feita no caso concreto (flexível), aplicando-se o princípio da aptidão para a prova[25].

Em atenção aos princípios constitucionais da motivação das decisões judiciais, contraditório e ampla defesa, a lei prevê expressamente a distribuição do ônus da prova de forma diversa da regra estática, deve fazê-lo por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Ao atualizar a legislação laboral, a CLT incluiu o parágrafo primeiro do art. 818 a previsão expressa que a decisão deverá ser fundamentada e proferida antes da fase instrutória, para que seja possível que a parte contrária possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O dispositivo acima mencionado atenta ao princípio do contraditório, evitando-se a prolação de decisão surpresa. No processo do trabalho, tendo em vista que não há o proferimento de decisão de saneamento, a distribuição do ônus de forma diversa deverá ser informada às partes em audiência, sendo que eventual redesignação da audiência de instrução poderá ser deferida a requerimento de qualquer das partes.

O que a presunção indicada na Súmula faz é inverter o ônus da prova para o Empregador demonstrar que efetivamente a dispensa não foi discriminatória, que haviam fundamentos distintos da doença para que a dispensa fosse efetivada.

25 MIESSA. p.833.

Conceito de Empresa Saudável

De acordo com as definições da OMS: "a saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença" e o ambiente de trabalho saudável é:

> "Aquel en el que los trabajadores y jefes colaboran en un proceso de mejora continua para promover y proteger la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores y la sustentabilidad del ambiente de trabajo en base a los siguientes indicadores: Salud y seguridad en el entorno físico; Salud y bienestar en el ambiente psicosocial, incluyendo la organización del trabajo y la cultura laboral; Los recursos de salud personal en el lugar de trabajo, y; La participación en la comunidad para mejorar la salud de los trabajadores, sus familiares y otros miembros de su comunidad."[26]

No ano 2007 a Assembleia Mundial da saúde da OMS lançou um plano global de ações para a saúde do trabalhador (GPA) 2008-2017.

Este plano estabelece cinco objetivos:

1. Projetar e implementar políticas para melhorar a saúde dos trabalhadores
2. Promover e proteger a saúde no local de trabalho
3. Promover a implementação e o acesso aos serviços de saúde ocupacional
4. Fornecer e comunicar evidências de ação e práticas
5. Incorporar a saúde dos trabalhadores noutras políticas[27]

Dito isto, é necessário desenvolver fundações para ambientes saudáveis pela ética empresarial, por interesse empresarial, esta é uma ação inteligente. As empresas mais bem-sucedidas e competitivas são aquelas que têm os melhores registros de saúde e segurança, e os trabalhadores mais seguros, saudáveis e mais satisfeitos.

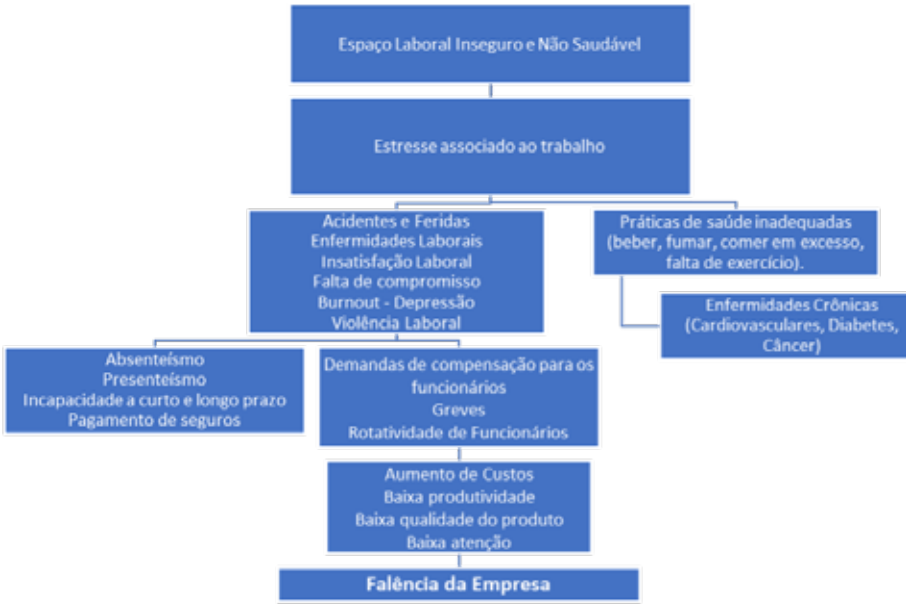


Figura 1- Mapa de Saúde da Empresa (tradução do autor)[28]

Além disso, é necessário cumprir com a lei, pelas exigências em termos de legalidade que, neste caso, variam de forma significativa de acordo com os países.

E os trabalhadores compõem quase metade da população mundial e o desenvolvimento de ambientes seguros e saudáveis é importante não só para os trabalhadores do indivíduo e suas famílias, mas também para a produtividade, competitividade e sustentabilidade da Organizações e para a economia dos países e, finalmente, para a economia global da OMS saudável.

A maioria das empresas não entendeu os benefícios de ambientes de trabalho saudáveis ou não têm o conhecimento, habilidades ou ferramentas para melhorar as coisas.

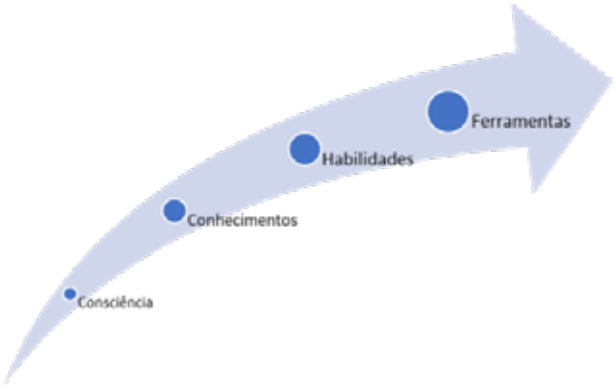


Figura 2- Como melhorar o ambiente de trabalho (tradução do autor)[29]

26 OMS. 2010.
27 Opus cit.
28 Traduzido a partir do material fornecido pela UPC no curso Empresas Saludables.
29 Ibid.

Muitos desses ambientes têm uma estrutura complexa que não leva em conta os riscos iminentes do ambiente de trabalho, tais como: perigos mecânicos; Perigos eléctricos; Falls Acidentes de trânsito; Perigos ergonômicos; Perigos químicos; Perigos biológicos.

A saúde física afeta a empresa: absenteísmo, presenteísmo, baixa produtividade, etc.

Acidentes graves e lesões afetam obviamente a empresa além de seus próprios custos econômicos diretos e indiretos com compensação, investigação de acidentes, custos legais, danos ao equipamento e muito mais.

Uma cultura organizacional inclusiva (que é aberta e aceita étnica, gênero, capacitação, etc.) gera um nível mais alto de confiança e alinhamento entre os valores corporativos e pessoais.

Variáveis como desempenho, controle, encargos e recompensa, conciliação trabalho família.

A insegurança no trabalho está relacionada a menores taxas de depressão, especialmente em casos de insegurança laboral crônica.

Além disso, há uma maneira em que o trabalho afeta a saúde dos trabalhadores, que pode ser traduzido para os chamados riscos psicossociais que também têm um efeito sobre a segurança e saúde física. Na verdade, eles podem ser associados a acidentes de forma direta e/ou indireta.

Estes riscos influenciam a saúde mental dos trabalhadores que podem sofrer de comportamentos violentos (compulsão, assédio, etc.), ou doenças ocupacionais e distúrbios musculoesqueléticos e alguns hábitos de saúde[30].

A saúde mental dos trabalhadores afeta a empresa. É evidente que um trabalhador mentalmente saudável e comprometido é muito mais produtivo do que um deprimido, estressado, ansioso ou apático[31].

As perturbações mentais relacionadas com o trabalho podem ser enumeradas como: envelhecimento da mão-de-obra; incidência de riscos psicossociais; Adaptação às mudanças; Automatização de processos; A retenção de talentos.

Mas o ponto que merece destaque é a incidência de riscos psicossociais, uma vez que é evidente que a intervenção a nível psicossocial tem de colocar o seu foco na prevenção e colocar os meios necessários para que a organização tenha em Conta com uma gestão adequada de todas as dimensões que afetam os riscos psicossociais dos aspectos organizacionais, mas além delas, encontramos as circunstâncias individuais de cada um dos membros da organização, por um lado, cada um dos Eles vão viver o que acontece em seu trabalho de uma forma diferente (exemplo) e, por outro lado, cada um enfrenta diferentes circunstâncias que ocorrem em suas vidas e em momentos diferentes.

Tudo isso nos faz pensar que a abordagem preventiva a nível psicossocial deve ser colocada em 2 focos, sendo o primeiro a nível organizacional afetando as variáveis que afetam os riscos psicossociais: reconciliação, encargos, recompensa, desempenho, igualdade, valores, etc.

E o segundo nas pessoas, oferecendo ferramentas para a prevenção que lhes permite gerir e autorregulação emocional, para lidar com a quantidade máxima de recursos para as circunstâncias que acontecem em suas vidas, tanto no ambiente de trabalho e no privado. [32]

Em meio a todos os problemas que temos o stress como um inimigo silencioso que é o resultado de um desequilíbrio entre os fatores ambientais (demandas do meio ambiente) e fatores pessoais (experiência anterior, características e habilidades).

O "tema" da separação entre a vida privada e profissional está longe da realidade, somos uma pessoa e, portanto, em maior ou menor grau, as inter-relações são evidentes, negando que o que nos acontece em uma área de nossa vida não influencia os outros é dar De volta à realidade e em muitas ocasiões em vez de nos ajudar a resolver problemas, complica-os.

É o mesmo que ocorre para as questões envolvendo o envelhecimento e doenças oncológicas, sendo grandes causadores de stress e consequentemente causando um impacto negativo no bem-estar físico e mental na saúde dos acometidos.[33]

30 AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. 2014.
31 SHAW TRUST. 2018.
32 GANDY W.M., COBERLEY C., POPE J.E., WELLS A., RULA E.Y. 2014.
33 AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. 2014.

Envelhecimento da População e Doenças Oncológicas

Segundo a ONU:

> O número global de pessoas idosas – com 60 ou mais anos de idade – está projetado para aumentar de 962 milhões em 2017 para 1,4 bilhão em 2030 e 2,1 bilhões em 2050, quando todas as regiões do mundo, exceto a África, terão quase um quarto ou mais de suas populações com 60 anos de idade ou mais. Em 2100, o número de pessoas idosas pode alcançar 3,1 bilhões.[34]

Este prognóstico apenas é alarmante caso não se tenha uma mudança da mentalidade e das condições dos meios de trabalho. A dignidade humana decorrente de um trabalho em um ambiente saudável traz retornos não apenas psicológicos, mas também financeiros.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) fez uma projeção da quantidade da população em cada faixa etária até 2060[35] onde fica demonstrado que a pirâmide irá se deslocar drasticamente para as faixas mais velhas, conforme pode ser visto abaixo:

POPULAÇÃO TOTAL (HOMENS E MULHERES) - GRUPOS ETÁRIOS

GRUPO ETÁRIO	2010	2020	2030	2060
Total	194.890.682	211.755.692	224.868.462	228.286.347
0-4	14.858.280	14.730.311	13.629.815	10.774.218
5-9	15.865.195	14.650.311	14.304.778	11.223.031
10-14	17.397.304	14.805.478	14.690.423	11.600.532
15-19	17.219.086	15.790.863	14.596.110	11.937.109
20-24	17.476.779	17.233.266	14.688.175	12.325.847
25-29	17.334.110	16.985.866	15.607.291	12.817.887
30-34	15.955.949	17.205.416	17.007.393	13.404.578
35-39	14.075.108	17.026.545	16.738.294	14.001.307
40-44	13.184.170	15.602.974	16.893.256	14.273.861
45-49	11.992.439	13.652.504	16.602.926	14.041.783
50-54	10.276.773	12.617.804	15.043.388	13.930.535
55-59	8.387.564	11.257.277	12.943.766	14.494.713
60-64	6.596.741	9.383.728	11.673.982	15.279.016
65-69	4.905.988	7.349.244	10.048.512	14.288.480
70-74	3.792.042	5.408.663	7.907.040	13.295.484
75-79	2.597.990	3.614.389	5.641.260	11.511.971
80-84	1.689.444	2.366.558	3.586.931	8.567.809
85-89	830.529	1.259.330	1.913.020	5.434.778
90+	455.191	815.165	1.352.102	5.083.408
		44,3%	48,1%	67,2%

Tabela 1 - Projeção da população do Brasil e Unidades da Federação por sexo e idade para o período 2010-2060 (adaptada)

34 Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/
35 Disponível em: www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html

Conforme exposto no item anterior, as condições para um ambiente de trabalho saudável contribuem para o desenvolvimento de todos.

Mesmo com a perda de força de trabalho e uma aparente desvantagem perante a mentalidade produtiva, é possível conciliar a experiência com as necessidades do mundo atual, até porque, o trabalho é um fato essencial para a vida do ser humano como é destacado abaixo:

> Salientamos, ainda, que a ausência do trabalho em decorrência de políticas econômicas que levam ao desemprego estrutural pode ser substancialmente responsável pela minimização da qualidade de vida dos trabalhadores que, ao envelhecer, têm o agravante de encontrar chances reduzidas ao concorrer no mercado de trabalho com pessoas mais jovens. Quando se aposentam, sua situação tende a piorar, pois os valores pagos aos aposentados não são suficientes para cobrir suas despesas; a isso se acresce a precariedade dos serviços públicos. [36]

Além do envelhecimento, é importante destacar o aumento do risco de câncer é um novo desafio para a saúde pública contemporânea, bem como um fator de risco para a oncogênese devido às alterações funcionais próprias do idoso[37].

Já em relação ao câncer, o INCA indica, no biênio 2018-2019[38], um crescimento de 66,12 casos novos a cada 100 mil homens para o câncer de próstata e 56,33 casos a cada 100 mil mulheres para o câncer de mama.

A tabela abaixo indica a projeção de todos os tipos de câncer para o Brasil no biênio[39]:

Localização Primária da Neoplasia Maligna	Estimativa dos Casos Novos											
	Homens						Mulheres					
	Estados			Capitais			Estados			Capitais		
	Casos	Taxa Bruta	Taxa Ajust.	Casos	Taxa Bruta	Taxa Ajust.	Casos	Taxa Bruta	Taxa Ajust.	Casos	Taxa Bruta	Taxa Ajust.
Próstata	68.220	66.12	66,82	15.720	70.76	66,31	-	-	-	-	-	-
Mama Feminina	-	-	-	-	-	-	59.700	56.33	51,29	19.920	80.33	63.98
Colo do Útero	-	-	-	-	-	-	16.370	15.43	17.11	4.620	18.66	17.58
Traquéia, Brônquio e Pulmão	18.740	18.16	16.97	4.520	20.33	21.05	12.530	11.81	9.22	3.710	15.06	11.44
Cólon e Reto	17.380	16.83	20.03	5.630	25.34	25.16	18.980	17.90	18.40	6.820	27.49	20.84
Estômago	13.540	13.11	14.98	3.240	14.55	10.95	7.750	7.32	5.96	2.210	8.92	5.34
Cavidade Oral	11.200	10.86	11,22	2.770	12.38	12,03	3.500	3.28	2.86	1.010	3.89	2.80
Laringe	6.390	6,17	6,31	1.540	6,86	8,44	1.280	1,20	0,96	420	1,30	0,92
Bexiga	6.690	6,43	7,79	1.920	8,59	9,20	2.790	2,63	2,21	890	3,42	2,61
Esôfago	8.240	7,99	6,73	1.450	6,46	7,04	2.550	2,38	1,67	540	1,85	1,38
Ovário	-	-	-	-	-	-	6.150	5.79	4,80	2.140	8,46	6,54
Linfoma de Hodgkin	1.480	1,43	1,14	550	2,19	1,93	1.050	0,96	0,92	400	1,33	1,19
Linfoma não Hodgkin	5.370	5,19	5,42	1.480	6,59	6,81	4.810	4,55	4,19	1.520	6,10	5,44
Glândula Tireoide	1.570	1,49	1,50	500	1,87	1,76	8.040	7,57	5,88	2.490	10,01	7,02
Sistema Nervoso Central	5.810	5,62	5,49	1.340	6,10	6,55	5.510	5,17	5,17	1.400	5,63	4,70
Leucemias	5.940	5,75	5,51	1.480	6,69	6,58	4.860	4,56	4,29	1.190	4,72	4,59
Corpo do Útero	-	-	-	-	-	-	6.600	6,22	5,44	2.370	9,46	7,46
Pele Melanoma	2.920	2,82	2,69	800	3,34	3,31	3.340	3,16	2,15	880	3,42	2,74
Outras Localizações	41.480	40,17	35,26	9.470	42,62	43,45	36.230	34,17	29,04	8.920	36,00	28,29
Todas as Neoplasias, exceto Pele não Melanoma	214.970	208,32	217,27	52.410	235,91	226,91	202.040	190,61	191,78	61.450	247,95	199,05
Pele não Melanoma	85.170	82,53	-	17.020	76,60	-	80.410	75,84	-	17.230	69,60	-
Todas as Neoplasias Malignas	300.140	290,86	-	69.430	312,52	-	282.450	266,47	-	78.680	317,47	-
Todas as Neoplasias Malignas Corrigidas para Sub-Registro	**324.580**	**314,55**	-	-	-	-	**310.300**	**292,74**	-	-	-	-

Tabela 2 - Estimativas para o ano de 2018 das taxas brutas e ajustadas a de incidência por 100 mil habitantes e do número de casos novos de câncer, segundo sexo e localização primária*

36 SOUZA; MATIAS; BRÊTAS. 2010.
37 SILVA; SILVA. 2005.
38 Disponível em: https://www.inca.gov.br/numeros-de-cancer
39 Disponível em: http://www1.inca.gov.br/estimativa/2018/casos-taxas-brasil.asp

A 4ª Revolução Industrial

Um dos temas da vez é a denominada quarta revolução industrial. Tal revolução vem associada aos avanços tecnológicos havidos nas diversas áreas do conhecimento, permitindo a criação de diversos novos ramos do conhecimento e novas aplicações de tecnologias já existentes com a fusão destas com outras.

É o que aponta Klaus Schwab em sua obre sobre o tema:

> O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitas e biológicos.[40]

As inovações trazidas com a aplicação das novas tecnologias ainda estão por surgir, mas o horizonte é infinito. A utilização da robótica com a inteligência artificial e a descoberta de novas informações através de pesquisas científicas podem trazer diversas realidades ainda não imaginadas.

Temos diversas situações advindas da nova revolução, além das citadas acima, temos: blockchain[41], veículos autônomo[42], internet das coisas[43], robô Sawyer[44], material grafeno[45], tinta vantablack[46], impressoras 3D imprimindo órgãos humanos[47], dentre outras.

As aplicações militares e industriais são tão infinitas quanto as aplicações na área da saúde, sendo possível vislumbrar cenários antes existentes apenas em filmes de ficção científica.

Relacionado à saúde o autor também aponta:

> Entre os nossos problemas de saúde intratáveis, desde as doenças cardíacas até o câncer, muitos têm um componente genético. Por causa disso, a capacidade de determinar nossa constituição genética individual de forma eficiente e econômica (por meio de máquinas utilizadas em diagnósticos rotineiros de sequenciamento) irá revolucionar os cuidados de saúde, tornando-os personalizados e eficazes. Informados pela constituição genética de um tumor, os médicos poderão decidir o melhor tratamento para o câncer de um paciente.[48]

Até a chegada desta realidade e o tratamento ser feito através de robôs utilizando técnicas de mapeamento genético e aplicações de inteligência artificial, ainda teremos que conviver com a realidade de uma população mais velha e mais doente em um mundo do trabalho que talvez não tenha espaço para todos.

40 SCHWAB. 2016.
41 https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin/
42 https://tecnoblog.net/178274/carros-autonomos-google-ruas-california/
43 https://aws.amazon.com/pt/iot/what-is-the-internet-of-things/
44 https://robots.ieee.org/robots/sawyer/
45 https://www.graphenea.com/pages/graphene
46 https://www.surreynanosystems.com/vantablack/science-of-vantablack
47 https://tecnoblog.net/191729/impressao-3d-tecidos-humanos-itop/
48 SCHWAB. Op. Cit.

Conclusão

A história nos conta que a lei trabalhista, desde a sua criação, foi destinada a regulamentar o trabalho para os outros através de um modelo protetor, pois mesmo com as condições de trabalho regulamentadas a partir de uma troca sinalagmática entre salário e prestação de serviços, mas sempre delimitada pelo critério da subordinação.

O século XX marcou o seu ritmo com as conquistas da classe operária, acompanhada pelo Hino pão e rosas, pela Fundação da organização internacional do trabalho, através de três revoluções industriais, pelas poderosas greves, e por todas as conquistas que fizeram o trabalho da pessoa o principal meio de emancipação social. O trabalho digno que faz o homem livre. De outro lado, o século XXI amanheceu desestruturando tudo o que a luta dos sindicatos e os valores do Estado social tinham construído. Os últimos vinte anos colocam em xeque os princípios básicos e garantias fundamentais das relações trabalhistas. Como por exemplo, as novas situações criadas com o conceito de heterodireção tem provocado no sistema produtivo regido por algoritmos.

O capitalismo de hoje, paradoxalmente, é mais parecido com o da primeira revolução industrial do que com o capitalismo nos últimos trinta anos do século passado. Na verdade, a intenção (antiga) de querer intensificar a concorrência entre os trabalhadores a fim de enfraquecer o poder de negociação, hoje mais do que nunca é perceptível.

Atualmente, temos discussões sobre como diminuir os riscos e aumentar as oportunidades, temas sobre o momento dos algoritmos e da inteligência artificial, que cria fase de transição e insegurança, uma crise social e política generalizada, disrupção da simetria entre produtividade e compensação, fruto da globalização, o surgimento do novo contrato social oriundo da colaboração entre sindicatos e empresas, trabalho por conta própria, falta de qualificação da mão de obra, sociedade 4.0, aumento da expectativa de vida, tendência neoliberal, e novos modelos de solidariedade.

No Brasil e América Latina ainda temos como principais preocupações a informalidade, subemprego, desemprego e trabalho escravo. Problemas oriundos de falhas estruturais que não foram superadas e que persistem em ambientes políticos complicados, com alto nível de enfrentamento, e em muitos casos, de instabilidade. Todos os modelos empresariais surgidos após as diversas Revoluções Industriais (1ª a 4ª revolução) refletiram nas relações de trabalho, sejam estáveis ou precarizadas, demandando a evolução dos direitos sociais.

A realidade atual mostra um panorama notavelmente mutável nos elementos essenciais que marcam as relações trabalho, e em particular, a situação de trabalho dentro da nossa sociedade. A estes efeitos, pelo menos a ordem de seis fenômenos variados que estão influenciando decisivamente na transformação do trabalho: Economia Globalizada; Digitalização da atividade produtiva como resultado da extensão das novas tecnologias da informação, implantação de inteligência artificial e robótica; Descentralização ou externalização da produção como forma de organização das empresas; O impacto da economia sobre o meio ambiente e a aceleração das alterações climáticas; Intensificação dos fluxos migratórios; Mudanças culturais na percepção da cidadania no mundo da Trabalho.

Com a globalização e a terceirização como palco de mercados diferenciados, adaptando-os a diferentes requisitos e modelos culturais econômicos/produtivos, onde a competitividade já não é apenas uma questão de custos reduzidos, mas adaptar-se às exigências variadas.

Grande parte das companhias estão hoje desvinculadas de uma base territorial, decidindo sua posição de acordo com os custos relativos da produção nos vários países.

Fenômenos de descentralização que no passado não eram viáveis por causa da tecnologia utilizada ou da incapacidade de agir a nível supranacional, são agora perfeitamente viáveis em consequência do jogo combinado de globalização econômica e da implementação das tecnologias da informação e das comunicações

Este novo modelo empresarial, conforme exposto acima, traz um problema social que precisa ser corrigido, trazendo a seguinte questão: Como conciliar que o trabalhador tenha uma vida digna, sem a precarização de suas condições básicas, com a dinâmica das sociedades empresariais pós-industriais, através da gestão empresarial baseada na Responsabilidade Social Empresarial (RSE) sustentável disposta na Agenda 2030 da ONU?

Este novo cenário está entrelaçado com a Agenda 2030 da ONU que visa criar um desenvolvimento sustentável para todo o planeta, o que gera a necessidade de verificar os paradigmas sobre os quais as empresas irão se pautar para desenvolver o seu crescimento.

O negócio da indústria 4.0 não é o nosso objeto neste espaço, mas o apontado acima deve ilustrar o atual contexto das relações industriais, porque esse é o espaço em que também se deve desenvolver a RSE.

A tecnologia representa desafios, mas também oportunidades para o desenvolvimento de gestão da RSE, como mecanismo para criar uma gestão de diálogo e multilaterais, proativos e de vanguarda, capazes de atender as demandas sociais e antecipando a ação do legislador, permitindo o desenvolvimento sustentável e equalizado com o trabalho digno.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

No entanto, tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo versus Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e coletivos; inexiste, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

36 SOUZA; MATIAS; BRÊTAS. 2010.
37 SILVA; SILVA. 2005.
38 Disponível em: https://www.inca.gov.br/numeros-de-cancer
39 Disponível em: http://www1.inca.gov.br/estimativa/2018/casos-taxas-brasil.asp

Bibliografia

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. Guía principal de la campaña Trabajos saludables 2014-2015: "Gestionemos el estrés". Disponível em:

https://osha.europa.eu/sites/default/files/publications/documents/healthy-workplaces-gpa-2014-2015booklet-es.pdf. Acessado em: 5 de abril de 2019.

ANGELONI, S.; BORGONOVI, E. An ageing world and the challenges for a model of sustainable social change. Journal of Management Development, v. 35, n. 4, p. 464–485, 2016.

APPELBAUM, S. H. et al. The effects of old-age stereotypes on organizational productivity (part one). Industrial and Commercial Training, v. 48, n. 4, p. 181–188, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BECK, U. Risk Society. Towards a New Modernity. London: Sage. 1992.

CHIESA, R. et al. Older workers: stereotypes and occupational self-efficacy. Journal of Managerial Psychology, v. 31, n. 7, p. 1152–1166, 2016.

DELOITTE. Tendências Globais de Capital Humano 2018, Disponível em: https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/human-capital/articles/tendencias-capital-humano.html. Acesso em: 4 de abril de 2019.

GANDY W.M., COBERLEY C., POPE J.E., WELLS A., RULA E.Y. Comparing the Contributions of WellBeing and Disease Status to Employee Productivity, 56(3), 252-7. 2014.

GUEVARA, Emeterio. El mundo del trabajo en las sociedades del mañana (Spanish Edition). 2014. Edição do Kindle.

HIRST, P. THOMPSON, G. Globalization in Question. Cambridge: Polity. 1995.

MARINHO FILHO, Luciano. O nexo técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) como elemento de defesa do trabalhador e da sociedade. Jornal Trabalhista Consulex, Brasília, v. 27, n. 1351, p.11-12, nov. 2010.

MERKEL, A. 2018. Rede von Bundeskanzlerin Merkel beim 21. Ordentlichen DGB-Bundeskongress [Discurso da Chanceler alemã Merkel no congresso federal ordinário da Confederação Alemã do sindicato (DGB)], Berlim, 15 de maio de 2018. Disponível em: www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzlerin-merkel-beim-21-ordentlichen-dgb-bundeskongress-am-15-mai-2018-in-berlin-1008658. Acessado em: 5 de abril de 2019.

MIESSA, Élisson. Manual da Reforma Trabalhista. 1ª edição. São Paulo: Juspodvm, 2018.

O'BRIEN, R. Global Financial Integration: The End of Geography. London: Pinter. 1992.

OIT. Convenção 111. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 4 de abril de 2019.

OIT. Convenção 158. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm. Acesso em: 4 de abril de 2019.

OIT. Trabajar para un futuro más prometedor. 22 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--es/index.htm. Acesso em: 4 de abril de 2019.

ONU. 17 Objetivos para Transformar Nosso Mundo. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/. Acesso em: 4 de abril de 2019.

ONU. Pessoas Idosas. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/. Acesso em: 20 de julho de 2019.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo: Edipro, 2016. Kindle.

SHAW TRUST. Mental Health at Work: Still the Last Taboo. Shaw Trust, London. 2018. Disponível em: https://www.shaw-trust.org.uk/ShawTrustMediaLibraries/ShawTrust/ShawTrust/Documents/Shaw-Trust-Mental-Health-at-Work-Report-2018-full_1.pdf. Acessado em: 5 de abril de 2019.

SILVA, Marcos Mendes da; SILVA, Valquíria Helena da. Envelhecimento: importante fator de risco para o câncer. Arq. méd. ABC;30(1):11-18, jan.-jul. 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 25, p. 47-63, jul./dez. 2004.

SOUZA, Rosangela Ferreira de; MATIAS, Hernani Aparecido; BRÊTAS, Ana Cristina Passarella. Reflexões sobre envelhecimento e trabalho. Ciência & Saúde Coletiva, Volume: 15, Número: 6, Publicado: 2010. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2010.v15n6/2835-2843/. Acesso em: 20 de julho de 2019.

STANDING, Guy. El precariado (Ensayo (pasado Presente)) (Spanish Edition). Pasado y presente. Barcelona: 2013. Edição do Kindle.

TORRES, J. P.; ASSIS, E. S. DE. Trabalho e Adoecimento: as Repercussões Sociais do Tratamento da Leucemia Linfoblástica Aguda. Revista Brasileira de Cancerologia, v. 64, n. 2, p. 149-157, 29 jun. 2018.

40 SCHWAB. 2016.
41 https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin/
42 https://tecnoblog.net/178274/carros-autonomos-google-ruas-california/
43 https://aws.amazon.com/pt/iot/what-is-the-internet-of-things/
44 https://robots.ieee.org/robots/sawyer/
45 https://www.graphenea.com/pages/graphene
46 https://www.surreynanosystems.com/vantablack/science-of-vantablack
47 https://tecnoblog.net/191729/impressao-3d-tecidos-humanos-itop/
48 SCHWAB. Op. Cit.

Cambio Tecnológico y Violencia En El Trabajo: Riesgos Emergentes y Nuevas Estrategias Preventivas Ante El Ciberacoso Laboral[1]

Alicia Villalba Sánchez

Profª Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela
alicia.villalba@usc.es

Introducción 24

El Acoso Perpetrado a Través de las Nuevas Tecnologías: Concepto, Tipología y Caracteres 25

La Prevención Contra el Acoso Perpetrado a Través de las Nuevas Tecnologías Desde el Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal 27

Conclusión 29

Bibliografía 30

1 Este trabajo es fruto del Proyecto de investigación del MINECO, titulado "Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: Aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional" (DER2016-75376-R), cuya investigadora principal es la Profª. Lourdes Mella Méndez.

Desde su destino instrumental, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han evolucionado hasta erigirse en un elemento transformador del comportamiento humano. Concebidas, a la sazón, para vehiculizar datos, han revelado su idoneidad como medio a través del cual entablar, desarrollar, e incluso poner fin a todo tipo de relaciones interpersonales. Las de índole laboral no constituyen una excepción. Habiendo sido la empresa un terreno fértil para la experimentación con tales herramientas, no ha podido sino convertirse también en un ámbito especialmente sensible a sus riesgos. Da buena cuenta de ello la proliferación de conductas violentas perpetradas e incluso propiciadas por un uso antisocial del medio tecnológico, que no puede sino justificar una nueva aproximación a las mismas, también desde el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Palabras clave: acoso, nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, derechos fundamentales, riesgos psicosociales, protección de datos de carácter personal.

Introducción

La omnipresencia de las nuevas tecnologías ha abierto nuevos cauces a través de los cuales entablar y desarrollar cualesquiera relaciones socioeconómicas. El mundo del trabajo no ha permanecido ajeno a este fenómeno. No obstante, estas vías de comunicación también han servido para perpetrar conductas violentas, algunas de las cuales pudieran ser constitutivas de acoso laboral. No es arriesgado sostener que incluso han dado pábulo a nuevas manifestaciones de aquél. Ante estas conductas emergentes, no procede sino adaptar la estrategia preventiva de la empresa.

A tal efecto, conviene esbozar un nuevo marco conceptual, adaptado a la violencia en el trabajo llevada a cabo a través de las nuevas tecnologías para, acto seguido, proponer un enfoque preventivo orientado hacia esta nueva realidad. Éste habrá de tomar en consideración, junto con los derechos fundamentales del trabajador tradicionalmente amenazados por estas conductas, el derecho a la protección de datos de carácter personal de la presunta víctima, pero también del presunto agresor. Lograr este equilibrio requiere esclarecer el alcance del poder que el ordenamiento jurídico confiere al empresario en orden a controlar la actividad del trabajador, lo que exigirá deslindar con claridad su esfera de privacidad en la empresa.

Así, una vez bosquejado el esquema conceptual del acoso perpetrado a través de las nuevas tecnologías en la empresa, procede abordar las facultades que la recién aprobada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales — en adelante, LOPDGDD — reconoce al empresario para delimitar los usos autorizados de los instrumentos de trabajo de naturaleza digital puestos a disposición del trabajador. Seguidamente, interesa indagar acerca de las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen a la empresa para detectar y controlar potenciales prácticas constitutivas de acoso, sin olvidar el marco establecido por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Por consiguiente, el objetivo de este trabajo estriba en elaborar una propuesta que permita, en primer término, la identificación de las conductas violentas como presupuesto previo a la puesta en práctica de medidas de formación y difusión entre los trabajadores de la empresa susceptibles de fomentar un buen uso de estas herramientas tecnológicas. Y, en segundo término, el diseño de un protocolo preventivo que, mediante un tratamiento respetuoso con la normativa en materia de protección de datos de carácter personal de los trabajadores, haga efectiva la prevención y actuación contra uno de los riesgos psicosociales característicos de esta nueva era.

El Acoso Perpetrado Través de las Nuevas Tecnologías: Concepto, Tipología y Caracteres

El principal escollo a salvar cuando se pretende definir el acoso moral perpetrado a través de las nuevas tecnologías trae causa de la ausencia de un concepto legal. Es de lamentar que, a día de hoy. el ordenamiento jurídico español todavía no conozca una definición del acoso en tanto género, cuando ya recoge, debido a la transposición del Derecho de la Unión Europea, diversos conceptos que dan cabida a especies pertenecientes a aquél, las cuales comparten un móvil discriminatorio.

Uno se halla reflejado en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico[2], que se detuvo en la descripción de un comportamiento "no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo".

Su transposición al Derecho español que, según la propia Directiva 2000/43/CE, no podría llevarse a cabo más allá del día el 19 de julio de 2003, se articuló, en un primer momento, a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social[3], que también sirvió como instrumento para alcanzar los objetivos impuestos al Estado español por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[4]. Ésta, en su art. 2.3, articuló otra definición de acoso discriminatorio, acudiendo a una estructura parecida a su precedente. Difiere, no obstante, en los detonantes del comportamiento descrito, que podrán derivar de la religión o convicciones de la víctima, de su discapacidad, de su edad o de su orientación sexual.

El acervo comunitario de Derecho antidiscriminatorio en materia de acoso se completó con la promulgación de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo[5]. Procede detenerse en la técnica jurídica empleada por este instrumento normativo que, a falta de un concepto de acoso basado en el sexo de la víctima como factor de discriminación, ofreció dos. El primero, al que se alude como "acoso", se concibe como aquella "situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo". El segundo tipo de acoso, adjetivado de "sexual", se describe como la "situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo" (art. 1.2).

El primero ha sido transpuesto, con matices, en el art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[6] —en adelante, LOI—. Fue así como el sexo hizo su aparición en el ordenamiento jurídico español como causa de la conducta discriminatoria articulada a través del acoso. Despejando cualquier duda que pudiera suscitarse al respeto, el legislador nacional lo tipificó bajo la denominación de "acoso por razón de sexo". Por añadidura, el art. 7.2 LOI ha evitado precisar que el comportamiento en cuestión debiera ser "no deseado". Esta adaptación sugiere la existencia de acoso siempre y cuando pueda detectarse un comportamiento objetivamente identificable bajo los signos advertidos, sin que resulte determinante la voluntad de la víctima. Admitir la posición contraria equivaldría a dar por bueno su consentimiento frente a una agresión, sin tener en cuenta el desequilibrio económico y jurídico que caracteriza a la relación laboral, y hace de aquél una mera resignación. Consideraciones adicionales, relativas al estado psicológico de la víctima[7], avalan esta postura.

También de origen discriminatorio es el segundo tipo de acoso cuyo fundamento estriba en el sexo de la víctima. Se trata del "acoso sexual", igualmente denominado por el legislador de la Unión Europea y el español. Perfilando la definición pergeñada por el Derecho de la Unión Europea, la LOI suprime también la mención a su carácter "no deseado". La gravedad de esta conducta, que se infiere claramente de un contenido que en modo alguno puede ampararse bajo un derecho u obligación inherente a la relación laboral, justifica que ya hubiera sido tipificado como infracción muy grave en el art. 8.13 de la entonces vigente Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social[8].

A modo de colofón, se añade como subespecie del acoso de origen discriminatorio el chantaje sexual, consistente en el condicionamiento "de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo" (art. 7.4 LOI).

Expuesto el marco jurídico aplicable al acoso discriminatorio, sigue sin respuesta la cuestión de la cual se partía al inicio de este trabajo, a saber: ¿qué ha de entenderse por acoso, en cuanto género? Hubo de ser la jurisprudencia, basándose en el deber de protección que atañe al empresario consagrado en el 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales[9], quien asumió la labor de trazar los caracteres de la violencia psicológica ejercida en el entorno laboral. De ella se deducen diversos elementos[10].

En primer lugar, procede aclarar el amplio contenido de las conductas constitutivas de acoso. A tal efecto, MELLA MÉNDEZ cita un amplio elenco de conductas consistentes: en "la adopción de diversas medidas organizativas", como la asignación de tareas inútiles o degradantes; en el aislamiento social, tanto de los compañeros del trabajo como

2 DOCE L 180/22, de 19 julio 2000.
3 BOE nº 313, de 31 diciembre 2003.
4 DOCE L 303, de 2 diciembre 2000.
5 DOCE L 269 de 5 octubre 2002.

de la clientela, llegándose a poner trabas al uso de instrumentos de comunicación habituales en el puesto de trabajo; en el desprestigio personal y profesional, mediante "la creación de falsos rumores sobre aspectos de la vida privada, salud física o mental o incompetencia profesional del trabajador"; o en la ridiculización de la víctima, pudiendo llegarse incluso a la violencia física[11].

Huelga precisar que todas estas formas constituyen variantes de una violencia de tipo psicológico. Ello no significa que la violencia física en el entorno de trabajo permanezca al margen de toda protección. En efecto, el art. 54.2.c) ET depara la sanción más grave, bajo la forma del despido disciplinario, para aquél que ofenda verbal o físicamente al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, así como a los familiares que convivan con ellos. Sin embargo, no cabe incluir esta conducta dentro del acoso, siendo ésta de una índole mucho más sutil, mas no por ello menos dañina. Su carácter subrepticio explica que los métodos para combatirlo sean otros, como se expondrá en el tercer epígrafe.

Estas conductas pueden provenir de un superior, supuesto en el cual se estará ante un acoso vertical, pero que también pueden proceder de compañeros de trabajo, en cuyo caso la conducta se tilda de horizontal. Son, asimismo, conductas que pueden ejercerse por acción o por omisión, siendo este método especialmente efectivo para lograr el aislamiento de la víctima[12].

En segundo lugar, se ha de constatar reiteración y sistematicidad en la conducta del agresor[13]. Célebre es la cita de LEYMANN[14], que lo concibe como un fenómeno en el cual una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente — al menos una vez por semana — y durante un tiempo prolongado — más de seis meses —, parámetros citados también por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo .

En tercer lugar, ha de identificarse su origen ocupacional, abarcando tanto a empleados públicos, como privados. Es necesario avanzar, aunque a renglón seguido se detallarán las consecuencias de esta advertencia, que ello no significa que la misma tenga que darse en la empresa, en tanto entorno físico.

En cuarto lugar, la conducta ha de merecer el calificativo de grave. Lo anterior se traduce en una violencia extrema, que procede poner en conexión con la sistematicidad en su ejercicio y los bienes jurídicos que su ejecución pone en peligro.

El quinto lugar, procede aludir al propósito del agresor de crear el consabido entorno hostil, degradante u ofensivo[16]. Es menester precisar, por una parte, que ello excluye aquellos supuestos donde sólo existe una mera percepción subjetiva por parte de la víctima. Tampoco cabe confundirlo con aquellos otros donde existe un mero conflicto, que sólo podría constituir un mero indicio de acoso[17]. Y, por otra parte, que ello no conlleva necesariamente la producción de daños en la salud la víctima, aunque a menudo esto suceda como consecuencia inevitable de un hostigamiento prolongado.

Llegados a este punto, no cabe sino preguntarse en qué medida podría afectar la irrupción de las nuevas tecnologías en la comisión y tipificación de estos comportamientos. Procede reconocer que su uso intensivo, no sólo en la empresa, sino en la sociedad en general, está lejos de ser constituir un elemento neutro en la ejecución de conductas constitutivas de acoso en la empresa.

El anonimato que parecen garantizar al agresor puede incrementar su osadía a la hora de enviar y/o publicar mensajes, comentarios y contenidos de toda clase, ya sea en abierto, ya sea a través de páginas web o redes sociales o de espacios compartidos por una pluralidad limitada de sujetos, como los grupos que permiten crear ciertas aplicaciones de mensajería instantánea. El impulso que brinda el ocultamiento y la despersonalización que rodea a estas agresiones topa con una víctima cuya vulnerabilidad es, si cabe, mayor que la que afronta un acoso perpetrado en un entorno físico. Esto obedece a la continua exposición que asume quien utiliza algún medio de comunicación digital. Y, aun dejando a un lado la obligatoriedad de utilizarlos en el entorno laboral para la adecuada ejecución de las tareas encomendadas, ¿quién concibe a día de hoy un individuo que permanezca ajeno a su uso? Evidentemente, la mayor o menor presencia de la víctima en redes sociales que permitan el contacto o la captación de información de carácter personal incrementa o reduce su vulnerabilidad, como también lo hace la pertenencia a algunas profesiones que confieren cierta notoriedad en algunos ámbitos (p. ej., profesionales de los medios de comunicación, artistas, docentes, etc.). No obstante, difícilmente cabe sustraerse a toda clase de exposición.

En definitiva, semeja que el uso laboral y social de las nuevas tecnologías no hace sino ampliar el espacio de vulnerabilidad de la posible víctima. Pero no ha de quedar en el olvido una innegable ventaja que viene pareja a los riesgos descritos: la trazabilidad de una agresión que, cuando era perpetrada en un entorno físico, resultaba difícil de probar.

El gran reto a asumir por parte del legislador actual y, en especial, de la negociación colectiva, consiste en aprender a sacar provecho de esta trazabilidad mediante la construcción de un marco jurídico que permita, en primer lugar, la pronta identificación de las conductas constitutivas de acoso cibernético y, en segundo lugar, su persecución.

6 BOE nº 71, de 23 marzo 2007.

7 VALLEJO DACOSTA, R., "Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, nº 17, 2006, p. 61.

8 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, nº 4, 2008, pp. 256 y ss.

9 BOE nº 269, de 10 noviembre 1995.

10 Véase STSJ Galicia de 12 septiembre 2002 (rec. nº 3806/2002).

11 MELLA MÉNDEZ, L., "El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4, 2013, p. 2.

12 Véase, a tal efecto, la STC 56/2019, de 6 de mayo (rec. nº 901-2018), que otorga carta de naturaleza al acoso por omisión, consistente en privar de ocupación efectiva a la víctima.

13 VIDAL LÓPEZ, P., "Diferencias entre el acoso laboral y conductas afines", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 931, 2017, consultado en la base de datos de Westlaw (documento BIB 2018\9802), p. 2.

14 Véase STSJ Galicia de 23 diciembre de 2012 (AS 2012\85).

15 Véase NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing

16 FERREIRO REGUEIRO, C. « Le harcèlement sexual. Droit italien, droit anglais, droit espagnol », *Revue de droit du travail*, nº 5, 2013, p. 363.

17 Véase STSJ Galicia de 8 de abril de 2003 (AS 2003/2893).

La Prevención Contra el Acoso Perpetrado a Través de las Nuevas Tecnologías Desde el Derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal

Al igual que sucede con el acoso moral en el trabajo, todavía se carece de norma alguna que ofrezca una definición del acoso perpetrado a través de instrumentos digitales.

Sólo en las directrices multisectoriales para abordar la violencia de terceros y el acoso relacionado con el trabajo, pactadas por los agentes sociales de la UE pertenecientes tanto al sector público como al privado (EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce and CoESS)[18]; y el Informe "La violencia y el acoso en el lugar de trabajo en Europa: alcance, repercusiones y políticas"[19], publicado por EUROFOUND, es posible encontrar alguna mención al mismo. Las primeras apuntan al *cyberbullying* como una nueva forma de violencia y acoso en el trabajo. El Segundo, lo considera un "problema emergente"[20].

Dejando de lado el término *cyberullying*, comúnmente empleado para aludir al acoso realizado entre menores de edad a través de las nuevas tecnologías, la doctrina ha preferido acudir al término "ciberacoso"[21], que de ahora en adelante tomaremos prestado para referirnos al acoso laboral perpetrado a través de las nuevas tecnologías, sea o no de tipo discriminatorio.

También ha sido la doctrina la encargada de concretar sus rasgos. Como el acoso tradicional, reviste múltiples formas, pudiendo ejercerse por acción y por omisión. Entre las acciones constitutivas de acoso, destacan aquéllas ejecutadas en ejercicio de los poderes legalmente conferidos al empleador. Es sabido que el Derecho le reconoce un haz de facultades destinadas a especificar y controlar la correcta ejecución de la prestación de servicios del trabajador, y de sancionarla, si aquélla no se ajusta a lo ordenado. Pues bien, este vínculo de subordinación que media entre empresario y trabajador se ha visto acentuado por el uso de instrumentos tecnológicos, incluso cuando el ejercicio de los poderes del empresario se adecúa a lo legalmente previsto. Además, conviene recordar la distinción que la STSJ Galicia de 23 diciembre de 2012[22] lleva a cabo entre "lo que propiamente es hostigamiento psicológico y el defectuoso ejercicio abusivo o arbitrario — de las facultades empresariales". Especifica que, en el primer supuesto, "se agreden derechos fundamentales de la persona — básicamente su dignidad e integridad moral — , en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés — mal entendido — empresarial"[23]. No cabe, sin embargo, minusvalorar el incremento del riesgo que entraña su uso en manos de un superior jerárquico que detente tal intención. La vaga regulación contenida en la LOPDGDD, sobre la cual se volverá más adelante, impide trazar con claridad los límites del correcto ejercicio de los poderes del empresario. Pero sirve también de cobertura para la comisión de conductas constitutivas de acoso derivadas, p. ej., de una intromisión ilegítima en la esfera privada del trabajador a través de la captación de datos suyos de carácter personal a través de los instrumentos de trabajo.

Además de acrecentar el riesgo de acoso a través del ejercicio de los poderes empresariales de forma activa, sin duda se incrementa también el de hacerlo por omisión, mediante el ocultamiento de información relevante de información transmitida a través de cauces digitales o del bloqueo de las comunicaciones del trabajador, impidiendo el acceso a las mismas. Este confinamiento digital del trabajador puede derivar de una orden del empresario o del superior jerárquico, pero también puede articularse en torno suyo de modo horizontal, merced a una actuación orquestada de compañeros que posean algún control sobre dichos flujos de información.

Asimismo, advierte la doctrina acerca de la conveniencia de reformular el requisito de reiteración de la conducta. Y es que la permanencia de los contenidos publicados o transferidos a través de un medio digital, unido al riesgo de difusión "viral" de los mismos, permite un impacto creciente que no requiere mayor esfuerzo por parte de un agresor que bien puede contentarse con no retirarlos[24].

Del mismo modo, resulta obligado rediseñar el ámbito geográfico/temporal en el cual se ha de desplegar una conducta que líneas atrás se describía como ocupacional, refiriéndolo no tanto al lugar donde la conducta tiene lugar, sino a su causa. En primer lugar, porque estas conductas afectan a los trabajadores presenciales, pero también a los trabajadores a distancia, así como a teletrabajadores. En ese sentido, procede entender de un modo amplio el elemento locativo, adaptando las medias de prevención a cada una de las situaciones. Así, procede distinguir entre: a) conductas perpetradas en tiempo y lugar de trabajo a través de instrumentos digitales de titularidad empresarial; b) conductas perpetradas en tiempo y lugar de trabajo a través de instrumentos digitales de titularidad del trabajador; c) y otras conductas, ejecutadas fuera del lugar y tiempo de trabajo, siempre y cuando medie una relación de causalidad entre aquéllas y el trabajo para que se estime existente[25]. Esta postura, susceptible de brindar protección a cualesquiera modalidades de acoso cibernético ejercido a manos del empresario o de un compañero de trabajo con el propósito de atentar contra la dignidad de un trabajador, encuentra apoyo en el recién aprobado texto del Convenio nº 190 de la OIT, sobre la violencia y el acoso. Con el firme propósito de articular una protección integral contra diversas formas de violencia habidas en el trabajo, con ocasión del trabajo o con repercusión

laboral, su ámbito de aplicación abarca el acoso perpetrado "en el mundo del trabajo", tanto si ocurre "durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo" (art. 3), haciendo mención expresa al llevado a cabo "en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación" [art.3.d)].

No cabe dar por finalizado el esbozo de este novedoso concepto sin añadir que, a los bienes jurídicos potencialmente lesionados por las tradicionales conductas constitutivas de acoso, como la dignidad del trabajador, su integridad física y psicológica o su derecho a no ser objeto de un trato discriminatorio, procede añadir otros, vinculados a la salvaguarda de su esfera privada. Se trata del derecho a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y, particularmente, a la protección de sus datos de carácter personal. El carácter pluriofensivo de esta conducta justifica la apertura de distintos frentes a través de los cuales desplegar una estrategia coordinada destinada a su prevención y sanción.

Cuando los instrumentos a través de los cuales se canaliza la acción pertenecen al dominio del empresario, sea un dispositivo físico, un programa informático o una aplicación, la primera medida preventiva a articular consiste en la regulación del destino de dichos medios digitales. Aunque la actual LOPDGDD reconoce el derecho a la intimidad de trabajadores y empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a renglón seguido legitima el acceso a los contenidos transmitidos a través de los mismos cuando se trate da controlar el cumplimiento y garantizar la integridad del dispositivo. Puesto que el correcto cumplimiento de la prestación del trabajador excluye cualesquiera comportamientos constitutivos de acoso, el empresario podrá investigar su comisión mediante el acceso a los contenidos transmitidos mediante dispositivos de su titularidad. No obstante, el art. 87 LOPDGDD recoge el deber de establecer criterios de utilización, en cuya elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores, de donde cabe deducir la importancia que adquirirá la negociación colectiva en la regulación de esta política preventiva.

Además, los criterios en cuestión deberán respetar el marco constitucional, legal, así como "los estándares mínimos de protección de la intimidad y usos sociales", con lo cual se emplaza a empresario y representantes de los trabajadores a negociar una intervención empresarial proporcionada, que, sin frustrar la legítima expectativa de privacidad del usuario, impida defender tras los muros del derecho a la protección de datos el acoso perpetrado a través de dichos dispositivos. Para reforzar esta legítima expectativa de privacidad, el art. 87 añade la necesidad de especificar los usos privados autorizados, jalonándolos de garantías adicionales, mediante la determinación de los períodos durante los cuales los dispositivos en cuestión puedan ser utilizado para fines privados. Sobra añadir el deber de información que atañe al empresario, que deberá transmitir a los trabajadores la pertinente información relativa a estos extremos.

Pero no toda la estrategia preventiva debe descansar sobre la elaboración de un protocolo relativo al uso de estos dispositivos. Cuando el medio a través del cual se llevan a cabo las conductas constitutivas de acoso es ajeno al dominio empresarial y, por consiguiente, permanece extramuros de sus facultades de control, resta acudir a otros instrumentos, como los protocolos relativos al uso de redes sociales en los cuales la información publicada por el trabajador pudiera comprometer la imagen de la empresa[26]. En ese caso, aunque el empresario carezca de poder para acceder a los contenidos que no tengan carácter público, por no tratarse de un espacio sometido a su control, sí puede llegar a sancionar al trabajador, incluso con el despido disciplinario.

Y, por supuesto, reviste singular relevancia la existencia de un protocolo para la prevención y defensa contra el acoso moral en el trabajo, y contra sus vertientes discriminatorias, siempre y cuando su texto permita delimitar las conductas constitutivas de ciberacoso. En ese sentido, es menester propugnar una adaptación de los textos existentes a estas nuevas manifestaciones de la violencia en el trabajo, tanto en el marco conceptual, como en las medidas a adoptar, cobrando creciente importancia aquellas destinadas a la información, formación y sensibilización de los trabajadores sobre estas prácticas.

Sólo mediante el diseño coordinado de estos instrumentos es posible articular una estrategia empresarial apta para neutralizar el riesgo de ciberacoso en el trabajo, pues su finalidad esencial estriba en impedir que dichas conductas lleguen a producirse. Únicamente cuando este fin primordial ha fracasado, procede poner en marcha el protocolo defensivo, guardando el debido respeto a la expectativa de privacidad de los trabajadores, conocedores de los usos que pudieran darles a los instrumentos de trabajo y de las conductas cuya comisión está prohibida, incluso mediante instrumentos de su propiedad, siempre y cuando recaigan sobre sus compañeros, superiores o inferiores jerárquicos.

18 Disponible en el siguiente enlace: https://www.eurocommerce.eu/media/71626/Spanish.pdf, consultado el día 20 de julio de 2019.

19 Disponible en el siguiente enlace: https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/executive-summary/2015/working-conditions/violence-and-harassment-in-european-workplaces-extent-impacts-and-policies-executive-summary, consultado el día 25 de julio de 2019.

20 Véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Caracterización jurídica del ciberacoso moral laboral", en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.) y VILLALBA SÁNCHEZ, A. (coord.) *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer (Madrid, 2018).

21 Véase DE VICENTE PACHÉS, F., "El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo", *Revista de información laboral, nº. 2, 2017*, pp. 99-120 y Ciberacoso en el Trabajo, Atelier (Barcelona, 2018), p. 35; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., ob. cit., pp.361-381; y GARCÍA GONZÁLEZ, J. (*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), p. 54, entre otros.

22 AS 2012\85.

23 Ibídem.

24 LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., ob. cit., p. 374 y URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo (Albacete, 2014), p. 174.

25 LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., ob., cit., p. 374.

26 Si el perfil fuera institucional, procedería aplicar el protocolo de prevención y control anteriormente descrito.

Conclusión

El uso intensivo de las nuevas tecnologías ha permitido la puesta en práctica de nuevas formas de organización en la empresa mediante las cuales el trabajador ha ganado en libertad, liberándose de la sujeción a un lugar y a un horario de trabajo. Como contrapartida, se constata una extensión ilimitada de su disponibilidad, cuando ni la empresa ni el propio asalariado guardan el debido respeto a los períodos de descanso. Paralelamente, la tecnología ha propiciado la irrupción en el entorno laboral de aspectos pertenecientes a la esfera privada del individuo, mediante la difusión en aquél de contenidos ajenos a su vida profesional. Se produce, en consecuencia, una confusión entre la esfera profesional y la esfera privada del trabajador, que no hace sino incrementar su ámbito de exposición a conductas constitutivas de acoso.

Ante esta realidad, desempeña un papel esencial la articulación de protocolos que permitan al empresario preestablecer el uso al que están destinados los dispositivos y espacios virtuales sometidos a su control, a fin de evitar y, de llegar el caso, controlar y sancionar cualesquiera comportamientos prohibidos. Para ello, procede diseñar, en colaboración con los representantes de los trabajadores, protocolos relativos al uso de los útiles digitales de trabajo, diseño que ha de ir acompañado de las medidas informativas, formativas y de sensibilización pertinentes para que la plantilla interiorice una nueva cultura basada en el respeto y la contención en su uso. Todo ello sin menospreciar la necesaria adaptación que han de sufrir los protocolos antiacoso, pocos de los cuales incluyen referencia alguna sobre el acoso llevado a cabo en un entorno digital.

De esta forma podrá desplegarse una política empresarial basada en la formación de los trabajadores, de cara a la prevención del acoso; y en la salvaguarda de su privacidad ante las posibles injerencias que requiera la puesta en práctica de la instrucción del procedimiento tendente determinar su comisión. De esta forma, el incremento de poder que el empresario disfruta merced al empleo de las nuevas tecnologías de la empresa podrá redundar en una mayor protección a sus trabajadores, mediante un uso responsable de las facultades que la LOPDGDD le confiere.

Bibliografía

DE VICENTE PACHÉS, F., "El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo", *Revista de información laboral*, nº. 2, 2017.

DE VICENTE PACHÉS, F., *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier (Barcelona, 2018).

FERREIRO REGUEIRO, C. "Le harcèlement sexual. Droit italien, droit anglais, droit espagnol", *Revue de droit du travail*, nº 5, 2013.

GARCÍA GONZÁLEZ, J, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, nº 4, 2008.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Caracterización jurídica del ciberacoso moral laboral", en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.) y VILLALBA SÁNCHEZ, A. (coord.) La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI, Wolters Kluwer (Madrid, 2018).

MELLA MÉNDEZ, L., "El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4, 2013.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo (Albacete, 2014).

VALLEJO DACOSTA, R., "Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, nº 17, 2006.

VIDAL LÓPEZ, P., "Diferencias entre el acoso laboral y conductas afines", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 931, 2017, consultado en la base de datos de Westlaw (documento BIB 2018\9802).

The impact of disabilities on the organisation of labour: the "reasonable accommodation" in light of Directive 2000/78/EC and the UN Convention of 2006

Barbara de Mozzi

Associate Professor
Faculty of Law Padua University
barbara.demozzi@unipd.it

Introduction 32

The concept of disability adopted by Directive 2000/78. 33

The Capabilities Approach and the UN Disability Rights Convention 35

The plurality of notions of disability in the Italian legal system 36

- Workers affected by a certain level of disability, as certified by a medical committee 36
- Workers with disabilities in a "bio-psychosocial sense" under Directive 2000/78 36
- Workers who become "unfit" to carry out contractually agreed tasks 36

The duty to provide "reasonable accomodation" for workers with disability 37

The failure to implement correctly Article 5 of Directive 2000/78 and its consequences 39

Protection of chronically ill workers 41

The effects of the judgment of the Court of Justice of 9 March 2017 in Case C-406/15 42

Keywords: workers with disabilities – directive 2000/78/EC – 2006 UN Convention – organisation of labour – reasonable accommodation - dismissal

Introduction

Our aim is to look into how European law and international conventions affect the rules governing the organisation of work for workers with disabilities and chronic illnesses.

"Disability" has been described in multiple ways by international and Community sources, based around three main models: the so-called biomedical model, the social model (mainly doctrinal) and the so-called bio-psychosocial model; the first model focuses on the individual condition of the subject, who is impaired and in need of medical care; the second (albeit variously described) identifies the disability as a condition ultimately imposed by society to persons with disabilities; the third, accepted by the World Health Organization in 2001 , is focused on the interaction between the subject's condition and the barriers of the social environment in which he or she operates.

EU law does not provide a general definition of "disability".

The issue of disability is regulated under EU law prominently from the perspective of anti-discrimination (Art. 10 and 19 of TFEU, art. 20, 21, 26 of the Fundamental Chart, directive 2000/78/EC). However, EU law «regulates matters affecting persons with disabilities in various fields, such as transport, internal market, judicial cooperation in criminal matters a and border checks, asylum and immigration» .

The notions of disability in each of these fields are not the same. See for example the definition in Regulation 1371/2007 on passengers' rights and obligations, which adopts a restrictive concept of disability, centred around the protected persons' difficulties to move. Therefore, the "anti-discrimination" notion of disability (further discussed in the paragraph below) cannot be applied to other fields, as was clarified by the Court of Justice in the context of the EU Customs Nomenclature .

1 See the *International Classification of Impairment, Disability and Handicap*, ICIDH, World Health Organization, Geneva, 1980: «in the context of health experience, a disability is any restriction or lack (resulting from an impairment) or ability to perform an activity in the manner or within the range considered normal for a human being». See R. AMUNDSON, *Against normal function, Stud. Hist. Phil. & Biomed. Sci.*, 31(1): 33-53, 2000.

2 See the *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF), adopted by theWHO in 2001. According to the ICF, disabiliy is the «outcome or result of a complex relationship between an individual's health condition and personal factors, and of the external factors that represent the circumstances in which the individual lives». See A. INNESTI, La nozione di disabilità, *La nozione di disabilità nel contesto italiano e internazionale*, in Bollettino Adapt 16 maggio 2014, in www.bollettinoadapt.it ; M. PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in Riv. dir. sic. soc., 2016, 199.

3 See L. LOURENÇO, P. POHJANKOSKI, *Breaking Down Barriers? The Judicial Interpretation of "Disability" and "Reasonable Accomodation" in EU Anti-Discrimination Law*, in U. BELAVUSAU, K. HENRARD, Eu Anti-Discrimination Law Beyond Gender, Hart Publishing, 2019, 321.

4 CJEU, 26 May 2016, C-198/15: «the words 'disabled persons' used in heading 8713 of the CN (Combined Nomenclature of the Common Customs Tariff) must have a more specific scope which follows a uniform interpretation of EU law taking account of the context of the provision and the purpose of the relevant regulations».

The concept of disability adopted by Directive 2000/78.

Directive 2000/78, which addresses disability in an anti-discriminatory perspective, does not provide a definition of "disability"[5]. Nor does the TFUE, or the Charter of Fundamental Rights.

The Court of Justice had originally adopted a restrictive concept of disability, in the Cachón Navas case.

Ms Cachón Navas had been certified as unfit to work on grounds of sickness and unable to return to work in the short-term, and was dismissed. The court ruled out that her illness could be regarded as a disability[6], having regard to the fact that Directive 2000/78 had used the concept of "disability", which differs from "sickness". According to the Court, the concept of disability in Directive 2000/78 should have been understood as any «limitation which results in particular from physical, mental or psychological impairments and which hinders the partecipation of the person concerned in professional life»[7].

However, the Court of Justice, in its judgement C-335, C-337/11 of 2013, has recently clarified that, since the European Union has ratified the 2006 UN Convention on the Rights of Persons with Disability (CRPD)[8], "disability" in directive 2000/78 is to be read to reflect article 1 of the CRPD.

The latter (art. 1, para. 2) provides a broad and inclusive concept of "persons with disabilities", which «include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others». Therefore, the bio-psychosocial model of disability is adopted, «under which disability results not from the impairment itself, but from its interaction with various systemic barriers in society»[9].

Moreover, the European Court of Justice, in the above-mentioned judgment[10], acknowledged that the concept of 'disability' includes a condition caused by an "illness", either curable or incurable (which entails a limitation that, interacting with other barriers, «may hinder the full and effective participation of the person concerned in professional life on an equal basis with other workers»), when the limitation is a long-term one.

On the one hand, the Court of Justice has clarified that not all long-term illnesses result in a disability within the meaning of Directive 2000/78, in particular, where they do not prevent the person from participating fully in working life. So, for example, in the case of Ms Z.[11], the worker could not give birth, because of a rare condition (she had no uterus) and had had a baby through a surrogacy arrangement (which was unregulated, in Ireland). While acknowledging that this was, without doubt, a long-term limitation, resulting from a physical impairment, the court ruled out the woman being a "disabled" for the purposes of Directive 2000/78: indeed, according to the Court, this inability to procreate did not constitute a hindrance to the exercise of her professional activity. In this respect, the definition in the Un Convention of 2006 is broader, since it also includes impairments that affect not only the working life of individuals, but also their participation in society on an equal basis with others[12].

Moreover, it could be argued that the need for the woman to undergo specific treatments, aimed at overcoming the difficulty of procreation, can have consequences on her participation in working life (for instance, she may need to take repeated leave from work, for the entire - potentially long - period of treatment(s)), and therefore even this kind of limitation may, in practice, depending on the circumstances, result in a disability for the purposes of Directive 2000/78.

It has also been noted that the definition of disability endorsed by the European Court of Justice is rather difficult to apply in practice, so that several questions arise: «how to define "impairment"? What is meant by "full and effective participation in professional life"?... how long is "long term"?»[13].

These are questions to which the case law of the Court of Justice will have to respond. With regard to the duration, the Court has ruled that the evidence which makes it possible to find that a limitation is 'long-term' «includes the fact that, at the time of the allegedly discriminatory act, the incapacity of the person concerned does not display a clearly defined prognosis as regards short-term progress or ... the fact that that incapacity is likely to be significantly prolonged before that person has recovered»[14].

Finally, it is worth mentioning that, according to art. 5 of directive 2000/78 reasonable accommodation for disabled persons shall be provided and, therefore, employers must take appropriate measures to enable people with disabilities to have access to, participate in, or be promoted in, a job, or receive training . In accordance with the provisions of Article 2(4) and Article 27 of the UN Convention on Disabled Persons, Article 5 of directive 2000/78 provides that «this burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned»[16]. Discrimination on the basis of disability includes all forms of discrimination, including the refusal of reasonable accommodation (see art. 2 of the UN Convention).

5 Nor does the Community charter of the fundamental social rights of workers, dated 1989. See art. 26: «All disabled persons, whatever the origin and nature of their diablement, must be entitled to additional concrete measures aimed at improving their social and professional integration. These measures must concern, in particular, according to the capacities of the beneficiaries, vocational training, ergonomics, accessibility, mobility, means of transport and housing».

6 CJEU, 11 July 2006, C- 13/05 Chacón Navas.

7 CJEU, 11 July 2006, C-13/05, Chacón Navas, para. 43.

8 See Council decision 2010/48/CE, formally adopted on 26 November 2009. The instrument of ratification was deposited on 23 December 2010. To implement the CRPD, UE adopted the European Disability Strategy 2010-2010. See the progress report (February 2017) and the evaluation process of the Strategy in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-4958882_en.

9 See L. LOURENÇO, P. POHJANKOSKI, Breaking Down Barriers?, cit., 327.

10 CJEU, 11 April 2013, C- 335, 337/11.

11 CJEU, C -363/12, para. 81-93-95.

12 In 2015 the Committee on the Rights of Persons with Disabilities asked the EU to provide the intended timescale for the adoption of the new anti-discrimination directive, with the aim of extending the existing European anti-discrimination framework, to areas outside the field of employment: «the Committee recommends that the European Union adopt its proposed horizontal Equal Treatement Directive extending protection from discrimination to persons with disablities, including by the provision of reasonable accomodation, to all areas of competence». See the replies ot the European Union to the list of issues, of 22 June 2015; and the Information received from the European Union on follow-up to the concluding observation, of 13 January 2017, in https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en.

13 See L. LOURENÇO, P. POHJANKOSKI, *Breaking Down Barriers?*, cit., 330. See CJEU, C-395/15, Daoudi. See D. FERRI, Daouidi v. Bootes Plus SL and the Concept of "Disability" in EU Anti-Discrimination Law, in *European Labour Law Journal*, 2019, vol. 10(1), 69-84. See F. HENDRICKS (ed.), Reasonable Accomodation in the Modern Workplace. Potential and Limits of the integrative Logics of Labour law, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2016, vo. 93.

14 CJEU, C-395/15, para. 56.

15 See the Concluding observations on the initial report of the European Union, of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, in https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/226/55/PDF/G1522655.pdf?OpenElement: «the Committee is concerned about the high unemployment rates for persons with disabilities (...). The Committee recommends that the European Union take effective action to measure the employment of persons with disabilities and to increase their employment rate in the open labour market, including by providing training for member States on reasonable accommodation and accessibility in the context of employment».

16 See the General Block Exemption regulation, amended in May 2014,in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0800&from=EN, which makes it easier for Member states to grant support for employment of (inter alia) persons with disabilities.

The Capabilities Approach and the UN Disability Rights Convention

It is worth mentioning that the theoretical framework of the "capabilities approach"[17] – proposed and developed by A. Sen and M. Nussbaum (who articulates her list of ten central capabilities, invoking the idea of "dignity") - and the CRPD share the same model of disability, (the bio-psychosocial model). Both claim that disabilities are the result of the interaction between a characteristic of a person and the environment; and both «aim at societal measures to empower individuals regardless of their own abilities»[18]. On the other hand, the CRPD lists a range of rights that the states should grant to persons with disabilities. From this point of view, it has been noticed that employing (Nussbaum's) capabilities approach to guide the implementation process of the CRPD leads only to limited results, because this approach is unable to set priorities among the rights claimed in the CRPD[19]

The theoretical perspective of human development adopted by the UN[20] and based on the capability approach[21] places the person at the center of the development process, so as to ensure empowerment and participation, equal opportunities, absence of discrimination[22]; it is the duty of the State to «provide the social basis for the capabilities to the same threshold for persons with impairments as well as for everyone else»[23].

According to the capability approach, social policies in favour of persons with disabilities must focus on the opportunities and potential of these people, in order to allow them to broaden their choices and enjoy their rights[24], and to make it easier for them to pursue a vocational activity. «What matters is that rights, understood as the institutional enhancement of capabilities, can be converted into effective functionings, where the functioning is represented, in this case, by the actual fulfilment of rights which are considered valuable by an individual»[25]: indeed, in the capability approach, other "instruments"(in addition to rights) are seminal in order to promote the capabilities of workers, such as – for persons with disabilities - the «efficiency of services for job seekers»[26]: in the capability approach «the legal guarantee of a job for a disabled person is a starting point, but the fact that people with disabilities can be usefully integrated into the workplace is no less decisive»[27]. Moreover, the capability approach considers also the "external capabilities" of the person, that is, those that derive from the care relationship that he or she establishes with his or her caregiver[28].

This is the same approach that underpins the 2006 Convention, which recognises that people with disabilities «require tailoring of the general rights regime to their needs»[29] and requires employers to introduce reasonable accommodation for people with disabilities.

This approach must lead to innovative policies, for the well-being of people with disabilities, their families and the community ("from cure to care")[30], aimed at expanding people's capabilities, i.e. their freedom to promote or achieve the kind of lives they have reason to value, increasing the participation and empowerment of marginalised groups: in other words, this approach must lead – and has already, partly, led - to new policies, where persons with disabilities are no longer passive recipients of services but active subjects of change[31].

See, with reference to Italy, Legislative Decree No. 151/015. According to article 1 of Legislative Decree No. 151/2015, subsequent ministerial decrees shall introduce guidelines for the targeted placement of persons with disability; shall identify specific modalities of assessment of the "bio-psychosocial disability"; shall provide for the analysis of the characteristics of the jobs to be assigned to persons with disabilities; shall introduce a "responsible for employment in the workplace", for persons with disability[32]. In addition, pursuant to Article 14 of Law No 68/99, regions are to set up a fund, which provides contributions for the reimbursement of expenses incurred for the reasonable accommodation and for the establishment of the "responsible for the employment of disabled people". It's worth noting that this sort of prior "evaluation" of possible adaptations (in a logic of preventive "proceduralisation") can certainly make it easier for the worker to demonstrate, for example, that the dismissal is based precisely on the illegitimate rejection of possible adaptations, and thus provide proof of discrimination.

17 A. K. SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999; A. K. SEN, *Rationality and Freedom*, Harvard University Press, 2002; M. C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability*, Nationality and Species Membership, Harvard University Press ,2006; M. C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, 2011.

18 C. HARNACKE, *Capability: Exploring the Usefulness of Martha Nussbaum's Capabilities Approach for the UN Disability Rights Convention*, 41 J.L. Med. & Ethics, 768, 780, 2013.

19 «This is due to an insufficient grounding of the capabilities which makes a hierarchy among the various capabilities impossible». C. HARNACKE, *Capability*, cit.

20 See the Human Developmet Reports, since 1990, in http://hdr.undp.org/en/global-reports.

21 See B. LANGILLE (ed.), *The capability approach to labour law*, Oxford University press, 2019.

22 See A. MUSCHITIELLO, *Le human capabilities per lo sviluppo umano e sociale: la prospettiva della pedagogia*, in http://revistapolis.ro/le-human-capabilities-per-lo-sviluppo-umano-e-sociale-la-prospettiva-della-pedagogia-the-human-capabilities-for-human-and-social-development-the-perspective-of-pedagogy/#_ftn5.

23 C. HARNACKE, *Capability*, cit.

24 M. BIGGERI, N. BELLANCA, *L'approccio delle capability applicato alla disabilità: dalla teoria dello sviluppo umano alla pratica*, 2011, in https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2011/07/Umanamente_Interno_Copertina_@.pdf.

25 R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability approach*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 32, no. 4, 2016: 383–406.

26 R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability approach*, cit., 399.

27 R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability approach*, cit., 399.

28 M. BIGGERI, N. BELLANCA, *L'approccio delle capability*, cit., 12.

29 C. HARNACKE, *Capability*, cit.

30 M. BIGGERI, N. BELLANCA, *L'approccio delle capability*, cit.

31 M. BIGGERI, N. BELLANCA, *L'approccio delle capability*,cit.

32 See AA.VV., *Disabilità, divieto di discriminazioni e obbligo di accomodamento ragionevole delle posizioni lavorative, in I quaderni dei diritti*, 5/2018, in https://www.consiglio.regione.fvg.it/export/sites/consiglio/pagine/garante-diritti-persona/garante/.allegati/QUADERNODIRITTI5_2018_3.pdf.

The plurality of notions of disability in the Italian legal system

Even in the legislation of some member States (such as Italy) the word "disabled" has a mixed use , with a number of different meanings.

A first distinction can be made between workers affected by a certain level of disability, as certified by a medical committee and persons with disabilities in a "bio-psychosocial sense" under Directive 2000/78, who have access to anti-discrimination protection. These individuals must be distinguished from workers who merely become "unfit" to carry out contractually agreed tasks.

Workers affected by a certain level of disability, as certified by a medical committee.

Many national legislations (including Italy) have introduced special regulations for workers affected by certain levels of disability (e.g. 45% reduced work capacity, in the case of civil disabled, 33% in the case of the industrially disabled)[33], as certified by a medical committee.

These workers benefit, for example, from special employment conditions (targeted employment, or "compulsory employment") or special protection in the event of dismissal (Law No. 68/99).

The legislation of several countries, including Italy, provide for further benefits - such as, for example, special permits (Law No. 104/1992) for workers with a certain percentage of disability, as certified by different medical committees. In Italy, these assessments are focused not so much on the reduction of working capacity as on the difficulty of integration into the labour market due to the illness.

Workers with disabilities in a "bio-psychosocial sense" under Directive 2000/78.

Only more recently, however, have many European countries, including Italy, introduced protective provisions into their legislation for workers who are "disabled" in a "bio-psychosocial" sense, considered as such regardless of a specific "certification" from medical committees.

This is European-derived legislation, introduced with the implementation of Directive 2000/78 (Framework Equality Directive, FED), which prohibits any direct or indirect discrimination based on disability, among other factors. In Italy, in particular, in order to implement Directive 2000/78, Legislative Decree No. 216/03, on persons with disabilities, was issued.

In its judgement of 4 July 2013, the Court of Justice condemned Italy for not requiring all employers to provide reasonable solutions applicable to all disabled people, in accordance with the needs of specific situations, as provided for in Article 5 of Directive 2000/78. As a result of the judgement of the Court of Justice, Article 3, paragraph 3-bis of Legislative Decree No. 216/2003, which expressly refers to "persons with disabilities", was later introduced into Italian legislation.

It can be concluded that the term "person with disabilities" is actually used in Italian law in a mixed manner: to designate workers with a certain level of reduced working capacity (eligible for targeted employment under Law No. 68/99); to designate "persons suffering from a disability or serious handicap under Law No. 104/92"; and even to designate "persons with significant difficulties in finding employment, due to the relationship between disabilities and barriers of any kind" (Legislative Decree No. 216/03), from an anti-discriminatory perspective.

A further conclusion can be drawn from this, namely, that all people with disabilities in the bio-psychosocial sense (in particular, in the case of dismissal) have the right to have those "reasonable arrangements" made to guarantee them full equality with other workers[34].

Workers who become "unfit" to carry out contractually agreed tasks.

Many Member States - in regulating dismissals - lay down special rules for workers who become unfit to perform their contractual duties. Think, for example, of a highly specialized worker, for the performance of tasks that require a particular manual skill, who loses that particular manual skill due to a physical impairment. However, these workers are not necessarily "disabled".

In essence, the anti-discrimination legislation will be applied not only to "certified disabled" individuals, but also to people with disabilities in a "bio-psychosocial sense", while it will not be applied to individuals who merely become unfit to perform their duties .

33 Article 1, para. 1, L. no. 68 of 1999, modified by Article 2, D.Lgs. no. 151 of 2015.

34 See Cass. 16 july 2019, No. 19025.

The duty to provide "reasonable accomodation" for workers with disability

In light of the foregoing, we shall investigate the concrete application of said "reasonable accommodation", which employers must provide, under national law, to disabled workers (in a bio-psychosocial manner) (such as cancer patients), and how such obligation affects the rules governing the dismissal of said workers.

It has been noticed that «reasonable accommodations are very often common sense solutions, not particularly expensive, such as the position of light strips in the windows and/or anti-slip strips in the marble steps, the use of specific hardware and/or software, ergonomic workstation, tools, arrangements for psycho social aspects»[35].

According to the twentieth recital of directive 2000/78, employers shall adopt "effective and practical measures" to adapt the workplace to the disability, for example «adapting premises and equipment[36], patterns of working time, the distribution of tasks[37] or the provision of training or integration resources». Moreover, article 5 of Directive 78/000 requires not only the adoption of organisational measures designed to enable the person with disabilities to carry out his or her work in practice, but also the promotion of organisational measures designed to affect other employees as well, such as in particular the reassignment of tasks or shifts. There is a general obligation on the employer to provide "reasonable accommodation", even when these affect the organization of the company, with the only limit given by any disproportionate burden on the company[38]. However, the Italian Court of Cassation has held that the employer is not required to introduce those organisational changes that result in the worker's colleagues being deprived of their contractual duties (or in an appreciable change on their working duties), with a "substantial alteration" of the company organization[39].

It is worth mentioning that The UK Employment Appeal Tribunal (EAT) has recently decided that even paying for a disabled employee's private psychiatric consuelling was a reasonable adjustment[40].

Even a reduction in working hours may constitute one of the "reasonable accomodation", referred to in directive n. 2000/78, unless it represents a disproportionate burden on the employer[41]. The Court clarifies that, since the list of "appropriate measures designed to adapt the workplace to the disability" in recital 20 of the preamble is not exhaustive, the reduction of working hours, even where it does not fall within the concept of "work patterns", may be regarded as an accommodation measure, referred to in Article 5 of that directive, «in a case in which reduced working hours make it possible for the worker to continue employment, in accordance with the objective of that article»[42].

A worker suffering from a long-term disability or illness, in the sense explained above, will therefore be entitled - where there is a "possible" organisational change which does not deprive the work thus offered of its productive value - to have his/her employer allow him/her to transform the employment relationship into a part-time one.

We shall then consider, for instance, if and under which circumstances will an employer be under obligation to provide access to 'teleworking' (or smart working) in order to guarantee job retention to a disabled worker.

In a recent Italian case[43], the Court ruled out that the employer was obliged to set up a telework station to ensure the preservation of the post of a disabled worker (whose health conditions had worsened, Article 10, paragraph 3, Law No. 68/99). According to the Court, such arrangement was not available within a workplace, neither was regulated under a collective bargaining agreement. This ruling is not convincing. «No organisational change is in the abstract, and as such excluded from the scope of that concept, given that the court is asked to measure the reasonableness of the effort of adaptation and cooperation required of the employer always in practice, or in relation to the specific circumstances of the case»[44].

We shall, then, look into the question as to whether an employer should, for instance, be under obligation (by way of "reasonable accommodation") to alert a worker (who is disabled or a cancer patient) of the imminent end of their protected period, to enable them to take an unpaid leave of absence, under the collective bargaining agreement, and thus avoid dismissal. This even when, in principle, the legal framework does not provide the same obligation for non-disabled workers.

According to an italian judgement on the merits[45], it is unlawful (and discriminatory) to dismiss a disabled worker on the grounds that he/she has exceeded the grace period ("comporto" art. 2110 c.c.), if he/she could have taken advantage of a

35 Cass. 26 October 2018, No. 27243.

36 See Cass. 14 July 2017, No. 17526; Trib. Ivrea 24 February 2016, in www.cortolex.it.

37 See Trib. Bologna 18 June 2013, in AA.VV., Disabilità, cit., 60.

38 App. Milano, 18 March 2019, No. 636, Trib. Milano, 21 November 2018, No. 1769, in www.dejure.it.

39 Cass. 26 October 2018, No. 27243; Cass. 7 March 2019, No. 6678. See also App. Ancona, 18 September 2017, No. 247, in www.dejure.it.

40 UKEAT/0016/11. See C. DAVIES, *Paying for a disabled employee's private consuelling was a reasonable adjustment* (*UK*), in European Employment Law Cases, May 2014, 13.

41 CJEU, C-335, 337/11.

42 CJEU, C-335/11, C- 337/11, *Ring and others*. According to the court, furthermore, «As recital 20 in the preamble to Directive 2000/78 and the second paragraph of Article 2 of the UN Convention envisage not only material but also organisational measures, and the term 'pattern' of working time must be understood as the rhythm or speed at which the work is done, it cannot be ruled out that a reduction in working hours may constitute one of the accommodation measures referred to in Article 5 of that directive». It could be argued that this argument does not seem convincing when referring to a reduction in working time.

43 Trib. Ferrara, 22 October 2008, No. 219, in Riv. it. dir. lav., 2009, 652.

44 S. GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per un'interpretazione "adeguatrice"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 289 ss. Trib. Ivrea, 24 February 2016, cit.

45 Trib. Bologna 15 April 2014, n. 452, in Redazione Giuffrè 2015

supplementary unpaid period of leave under the collective labour agreement and the employer has failed to notify him/her of the imminent expiry of such grace period.

According to the Court, the employer, on the basis of the principle of social solidarity, under Art. 2 of the Constitution should have informed the disabled worker of the imminent expiry of the grace period (to allow him/her to take advantage of the unpaid leave).

Perhaps the Court, in such a case could have specified that this obligation to notify the expiration of the grace period could be considered as a (necessary) "reasonable accommodation" in favour of the disabled person (Article 3, paragraph 3 *bis* of Legislative Decree No. 216/03).

In essence, the organisational arrangements, necessary to bridge the protection gap resulting from the handicap situation in which the worker finds himself/herself, may also consist of the obligation to provide him/her with specific information, where the same may be a useful tool to allow him/her to exercise contractual rights, otherwise potentially denied, due to the situation of reduced defence.

Indeed, a more recent judgement on the merits[46] comes to the same conclusions, by relying on the prohibition of indirect discrimination under the directive 2000/78 and under d.lgs. n. 216/03.

On the matter of "reasonable accommodation" it is worth mentioning even the *Ring* case[47].

In the *Ring* case the Court of Justice clarified[48], on the one hand, that the absences which the (disabled) worker would not have made if the employer had introduced the reasonable accommodation required by Article 5 of Directive 2000/78 (which, in the event, would have enabled him/her to continue working) must not be taken into account for the calculation of the "grace period" (comporto). In essence, the absence periods attributable to the employer are "deducted" from the "grace period", in accordance with the principles of imputability of the impossibility.

On the other hand, the Court stated that a legislation, such as the Danish one in question (Article 5(2) of the FL) under which an employer can terminate the contract with a reduced period of notice, if the worker has been absent because of illness in the period immediately preceding dismissal[49], may constitute indirect discrimination against disabled workers, who are more exposed to the risk of illnesses linked to their disability. It is for the national court to assess whether the national provision introducing such "indirect discrimination" pursues a legitimate objective and does not go beyond what is necessary to achieve that objective. For the assessment, it should also be taken into account whether the state has, if at all, introduced provisions aimed at preventing or compensating for disadvantages arising from the disability (such as, for example, the exclusion of the absences due to the disability from the calculation of the "grace period").

Indeed, in light of the aforementioned ruling, some Italian judgments have considered it necessary to provide for a differentiated duration of the "grace period" (after which an employer can dismiss the employee) with regard, respectively to disabled and non-disabled workers, arguing that national law is to be interpreted in conformity with the EU directive ("conforming interpretation") (and with the Italian Constitution). This represents a way to remedy the indirect discrimination that, otherwise, affects disabled workers.

The Italian Court[50] ruled that, in order to exclude the unlawfulness of the dismissal (once the "grace period" is over), the employer should have proved at least one of the following: that the indirect discrimination (resulting from Italian legislation, establishing an equal duration of the "grace period" for disabled and non-disabled people) was supported by legitimate objectives, and that the means were proportionate and necessary; or (the employer should have proved) that the absences were not due to illnesses linked to the worker's disability; or that the Italian legal system had taken other appropriate measures (Article 5 of Directive 2000/78) to remedy the disadvantages caused to the disabled worker (in a bio-psychosocial sense) by the national provision at hand. Solutions intended only for certified disabled people are insufficient, as they are focused only on "certified" disabled persons: these solutions are for instance described in art. 7 of the legislative decree 119 of 2011, according to which disabled with a reduction in working capacity of more than 50% are entitled to 30 days of annual leave, not included in the "grace period", for care purposes.

As to dismissal, reasonable accommodation for people with disabilities may result, for example, in a wider *repechage* obligation (where applicable). Therefore, the employer must verify whether it is possible to maintain employment of worker who becomes disabled (in a bio-psychosocial sense), assigning him/her tasks other than those agreed, possibly also introducing organizational changes, exceeding the regular "minimum measures" that may, in any case, be required of the employer in good faith. This is the case as long as such changes do not require a disproportionate economic burden (taking into account any funding provided by the State to facilitate such changes).

In essence, the analysis of what measures are to be considered "reasonable accomodations" remains a case-by case exercise. So that the task of defining the content of the «required measures falls on employers and public authorities, and ultimately on judicial decision-makers»[51].

We shall then look into discrimination by association. In Italy workers who look after family members suffering from a disability or serious handicap under Law No. 104/92 (certified disabled persons) are entitled to special permission and leaves.

However this raises the question of whether family members of workers with disabilities "in the bio-psychosocial sense" are also entitled to reasonable accommodation (art. 5 of directive 2000/78), for example, with reference to adaptations of working hours, teleworking or smartworking methods.

On the one hand, in the Coleman case[52], the Court clarified that the prohibition of discrimination laid down by directive 2000/78 is not limited only to people who are, themselves, disabled: in fact, directive 2000/78 protects also employees who are treated less favourably on the ground of their association with a disabled person[53].

46 Trib. S. Maria Capua Vetere, 11 August 2019, in www.dejure.it.

47 CJEU, C-335/11.

48 CJEU, C- 335/11.

49 For a total period of 120 days during any period of 12 consecutive months.

50 Trib. Milano 28 October 2016, in www.dejure.it

51 See L. LOURENÇO, P. POHJANKOSKI, *Breaking Down Barriers?*, cit., 322.

52 CJEU, C-303/06, Coleman.

53 See AV.VV., *Disabilità*, cit., 71.

However, the question remains open, since in the Coleman case the Court states that other provisions - such as Article 5 and Article 7(1)(b) of the directive – aim to facilitate and promote «the integration of disabled people into the working environment and, for that reason, can only relate to disabled people and to the obligations incumbent on their employers...»[54].

This statement does not seem entirely convincing: even a measure in favour of the caregiver can be seminal for the integration of disabled people into the working environment.

Italian Court of Cassation has ruled on the matter. The Court of Cassation ruled the illegitimacy of the transfer of a worker who looked after her "disabled" mother (albeit not a certified disabled, under Law No. 104/92)[55], given that the employer had not sought to introduce the "reasonable accommodation" referred to in article 5 of the directive (and in the UN Convention on Disability)[56].

The failure to implement correctly Article 5 of Directive 2000/78 and its consequences

The rule that disabled workers have the right to have their employer make reasonable accommodation for them (article 5 of Directive 2000/78) is of great practical importance.

According to article 2, para 2, ii) of the directive 2000/78, indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision would put disabled people at a particular disadvantage, unless national legislation obliges the employer to take appropriate measures (reasonable accomodation) in order to eliminate those disadvantages. This rule is seminal, in order to ensure effective protection for disabled workers. The Court of Justice of the EU has repeatedly stated that the principle of non-discrimination, for the factors (including those other than gender) referred to in Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights (including disability) can be directly applicable in relationships between private parties «permitting to set aside Member State legislation not in conformity with such principle»[57], when the national legislation falls within the scope of the EU law. In essence, «the FED gives concrete expression to the general principle of non-discrimination as it exists in international instruments, the constitutional traditions common to the Member States and the Charter»[58].

This is one of the most debated aspects, as evidenced by the numerous national and European rulings that are taking place in this area[59]. «The ECJ seemed initially to acknowledge

54 Such provisions «relate specifically to disabled persons either because they are provisions concerning positive discrimination measures in favour of disabled persons themselves or because they are specific measures which would be rendered meaningless or could prove to be disproportionate if they were not limited to disabled persons only». CJEU, C-303/06, para. 41.

55 Cass. 3 November 2015, No. 22421; see also Cass. 12 December 2016, No. 25379.

56 See also Trib. Bari, 26 June 2018, Trib. Bari 29 May 2018, in www.dejure.it.

a sort of "derivative" horizontal direct effect to some provisions of the Charter, mediated by the directives which give them concrete effect, and anchored to the general principles of EU law or to the constitutional traditions common to the Member States»[60]. This, however, had generated some ambiguity as to the relationship between the rights contained in the Charter and the directives defining its content[61], which was later clarified by the subsequent pronunciation "Association de mediation sociale"[62]. In this pronunciation it was, in essence, specified that it is only the provision of primary law and not the directive that gives it concrete expression to have direct horizontal effect, where it has the necessary characteristics (missing in the case at hand)[63].

In the Cresco investigation case, like in the previous Egenberger, the Court reaffirms that the prohibition of any discrimination (on grounds of religion or belief) in Article 21 of the Charter is in itself sufficient to confer on individuals a right capable of being relied upon as such in a dispute between individuals in a field covered by EU law (and thus falling within the scope of the Charter), with the consequent non-application of any differing national provisions[64] .

Article 21 of the Charter is unconditional and mandatory. That is to say, on the one hand, it is "self-sufficient" (since it does not need to be given concrete expression by EU or national law) and, on the other hand, it not only does not allow for derogations, but is also characterised by clarity and precision. Article 51 of the Charter[65] can't be interpreted as meaning that it would preclude any horizontal direct effect of the Charter, since it cannot be ruled out that private individuals are, where appropriate, directly required to comply with certain provisions of the Charter[66]. Moreover, it cannot be ruled out that Member States may introduce limitations on the exercise of the rights recognised by the Charter, provided that the essential content of the Charter is respected. In this case, a balance will have to be struck between conflicting individual rights[67].

Nowadays, Italy has implemented Directive 78/000 by requiring employers to provide "reasonable accommodation" for persons with disabilities (Decree No. 216/03, Article 3. 3 *bis*). However, according to Italian case law, this obligation (to provide "reasonable accommodation") also applies (by virtue of the principle of interpretation conforming to European law) to cases not subject, *ratione temporis*, to Legislative Decree No. 216/03, Article 3, paragraph. 3 *bis*.

Consequently, Italian courts (relying on the principle of "conforming interpretation") have, for example, considered illegitimate the dismissal of a worker (not subject, *ratione temporis*, to the application of Decree No. 216/03, Article 3, para. 3 *bis*) that could have been maintained in service, if the employer had adopted "reasonable accommodations"[68].

This solution could perhaps have been better argued (for cases not subject *ratione temporis* to the legislative decree No. 216/03 Article 3, para. 3 *bis*, and for national systems which have not yet correctly implemented Article 5 of Directive 78/2000) by relying on the horizontal direct effect of Article 21 of the Charter, having regard to Article 2(2)(ii) of the Directive 2000/78: indeed, indirect discrimination shall be taken to occur when an apparently neutral provision would put persons having a particular disability at a particular disadvantage compared with other persons, unless the employer «is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice».

In essence, if a member State has failed to implement correctly Article 5 of the Directive, by requiring employers to make reasonable accommodation, an apparently neutral provision which, however, puts the disabled worker at a particular disadvantage (if that practice is not objectively justified by a legitimate aim, and if the means employed are not appropriate and necessary), indirectly discriminates against the disabled person: and workers may seek protection against this indirect dicrimination, under Article 21 of the Charter, even in horizontal relationships.

This leads, for example, to the unlawfulness of the dismissal, ordered by an employer who has failed to introduce reasonable accommodation (meant to avoid such a dismissal), thus breaching the principle of non-discrimination (even if the Member State has not correctly implemented Article 5 of the directive).

57 See L. LOURENÇO, P. POHJANKOSKI, Breaking Down Barriers?, cit., 325.

58 L. LOURENÇO, P. POHJANKOSKI, Breaking Down Barriers?, cit., 326.

59 See L. S. ROSSI, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/the-relationship-between-eu-charter-of.html and in https://www.federalismi.it/. See also G. BRONZINI, Il *"Trittico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, G. MAMMONE, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie: un nuovo corso per la disapplicazione?*, V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile "crossroad" fra le Corti*, S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, all in www.federalismi.it, 22 May 2019.

60 L. S. ROSSI, The relationship, cit.; CJEU, C-144/04, Mangold, CJEU, C-555/07, Kücükdeveci, CJEU, 19 April 2016, C-441/14, Dansk Industri.

61 L. S. ROSSI, *The relationship*, cit. points out the risk that the judgment could be interpreted as «to directives giving concrete expression to a general principle codified by the Charter the capacity to be invoked in disputes between private parties».

62 CJEU, 15 January 2014, C- 176/12.

63 L. S. ROSSI, *The relationship*, cit.

64 See also CJEU, 11 September 2018, C-68/17, IR; CJEU, C- 385/17, Hein.

65 «1. The provisions of this Charter are addressed to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers. 2. This Charter does not establish any new power or task for the Community or the Union, or modify powers and tasks defined by the Treaties».

66 CJEU, 6 November 2018, Max-Planck, C-684/16, para. 76; CJEU, 6 November 2018, Bauer e Willmeroth, C- 569/16, C-570/16.

67 See L. S. ROSSI, *The relationship*, cit.

68 Cass. 21 May 2019, No. 13649, Cass. 19 March 2018, No. 6798.

Protection of chronically ill workers

We shall then address the question as to which rules should apply to withdrawal, in the event of chronic illness (such as cancer), particularly in Italy.

The case of a worker suffering from a chronic progressive disease, which permanently precludes him/her from working, or a worker suffering from a disease with a prognosis of repetition, is controversial[69].

In fact, workers in Italy often apply the protection referred to in Article 2110 of the Italian Civil Code and benefit from the grace period ("comporto"), to be then dismissed for exceeding this period.

Strictly speaking, in the Italian legal system, protection in the case of illness (art. 2110 of the Italian Civil Code) operates against illnesses of a merely transitory nature. When the worker is affected by a lasting impairment, the legislation on "unfitness to work" which does not provide for a grace period, should instead be applied[70].

In the past, various rulings have taken up this position[71].

However, collective labour agreements often provide for a prolongation of the grace period for workers suffering from a serious illness, or for the granting of a period of unpaid leave at the end of the grace period.

These are "more favourable" clauses[72] which, where applicable, prevent the dismissal of such workers before the end of the grace period (and until the end of the supplementary unpaid leave).

In the absence of a collective agreement a chronically-ill worker who has obtained a certificate of invalidity, in the percentages set out in Article 1 of Law No. 68/99, may be dismissed only if equivalent or inferior tasks are not available, not even by making "reasonable" changes to the company's organisation (Article 4, paragraph 4, of Law No. 68/99).

It's worth noting that this is a solution now imposed (even without the certification of a medical committee) by Directive No 78/00[73] also with regard to workers with disabilities in a bio-psycosocial sense.

This is a protection that workers can also invoke against private employers, in "horizontal" relations. «It is by means of the same directives that the specific legal situation falls within the scope of application of EU law and therefore enters into the orbit of the Charter»[74].

69 Cass. 23 February 2012, No. 2720.

70 See art. 4, para. 4 l. No. 68/1999.

71 Cass. 20 May 1993, No. 5713; Cass. 14 December 1999, No. 14065.

72 See art. 12 l. No. 604/66.

73 As regards italian legislation, see art. 42 d.lgs. No. 81/2008; art. 3, co. 3 *bis* d.lgs. No. 216/03.

The effects of the judgment of the Court of Justice of 9 March 2017 in Case C-406/15

As regards the protection of workers with disabilities, the Court of Justice also recently issued a ruling.

The Court questioned the lawfulness or unlawfulness of a differentiated regime for the protection of disabled workers in the private and public sectors[75].

The problem, raised by a disabled worker in the public sector, arose from the fact that Bulgarian law provides for a prior authorisation procedure for the "economic" dismissal (for staff reduction) of disabled workers in the private sector, but not in the public sector.

Directive 2000/78 in itself does not repress discrimination between the private and public sectors. However, the Court considers the special regime for the protection of disabled workers in the private sector as a 'positive action' in favour of disabled people.

According to the Court, the State may introduce such "positive actions", but in compliance with the general principles of the Union, including the principle of equal treatment[76] (without prejudice to differences based on objective and reasonable criteria).

It is therefore necessary to assess whether the provision of differentiated protection (positive action) for certain categories of persons (therefore, disabled workers in the private sector) and not for others (therefore, disabled workers in the public sector) is justified in the light of reasonable differences in fact between the two categories of persons.

In this way, the Court of Justice "attracts" to its own knowledge the assessment of the legitimacy of unreasonable differences in the protection of disabled people, compared to other categories of disabled people.

The judgement raises some significant questions, and not least for our own country.

It is therefore necessary to assess, in the light of the above judgement, whether the differentiated protection provided for, for example by Italian law in the event of dismissal, is justified for "certified" 'disabled' workers (hired through the compulsory placement system) whose conditions get worse, compared to other workers (whose conditions get worse), in cases where they too are disabled by the percentages referred to in Law No. 68/99, but not recruited through the circuit of compulsory placement (e.g. a worker who is severely disabled, for example from a movement point of view, but whose skills are particularly sought after, who has found a sedentary job in the company, without resorting to the targeted placement service).

Only the former (disabled hired through the compulsory placement system) have, by express legal provision, the right to have the legitimacy of the dismissal examined in advance by a special medical committee (art. 10, para. 3, Law No. 68/99), with a "procedure" of dismissal. Whereas in the latter case not.

However, in the light of the judgement of the Court of Justice, this difference in treatment does not appear to be justified.

As a result of the worsening of health conditions, the original "capacity to work" which had enabled the "disabled person" to find employment outside the compulsory employment channels is at risk and, therefore, the same "social" protection requirements which Article 10(3) of Law No 68/99 seeks to guarantee are at stake. Such protection seems directly actionable, in horizontal relationships, by the worker. As already mentioned, it would appear that the principle of non-discrimination on grounds of disability and the principle of equal treatment, laid down in Articles 20 and 21 of the Nice Charter, can be invoked, even horizontally, in the context of situations which fall within the "shadow cone" of the European Union[77].

74 L. S. ROSSI, *The relationship between the EU Charter*, cit.

75 See CJEU, 9 March 2017, C-406/15. See E. PASQUALETTO, *I limiti al licenziamento per ragioni oggettive dei disabili in funzione di un'effettiva parità di trattamento nel lavoro*, in Arg. dir. lav., 2017, 1100.

76 See CJEU, 9 March 2017, C-406/15, para. 52-55.

77 See v. E. ALES, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre* (*con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento*), in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 129/2016.

O Futuro do Procedimento Disciplinar Rescisório em Portugal e na UE: Fim ou Refundamento

Bruno Tomaz Bernardes

ADVOGADO/LAWYER
btb@bga.pt

A quarta revolução industrial 45
O poder disciplinar laboral 46
A justa causa de despedimento 47
O procedimento disciplinar rescisório 48
Fim ou refundamento do procedimento disciplinar 50
Conclusões 52

Resumo

Em Portugal o despedimento individual de um trabalhador por justa causa deve ser obrigatoriamente precedido de procedimento disciplinar, sob pena de o mesmo ser declarado ilícito.

O procedimento disciplinar consubstancia-se num verdadeiro processo informal, gerido e tramitado no seio da empresa. Tem um carater formalista e fases obrigatórias, sendo que a duração do mesmo é geralmente elevada, dependendo do exercício mais ou menos cabal do contraditório por parte do trabalhador, o que acarreta custos para o empregador e desgaste para o trabalhador.

No caso de impugnação judicial do despedimento, o procedimento disciplinar é reavaliado em tribunal, bem como é efetuada uma repetição da prova aí produzida. O que se pode traduzir, grosso modo, no arrastar de meses ou anos de uma situação com relevância disciplinar rescisória. Ora, isto não se compadece com a velocidade e celeridade promovidas pela revolução tecnológica em curso à escala global e às quais o direito laboral não pode ficar indiferente.

Propomo-nos, por isso, efetuar uma reflexão da acerca da natureza e estrutura do procedimento disciplinar rescisório Português, comparando-o com outras ordens jurídicas Europeias e efetuar um juízo acerca da necessidade da sua manutenção ou reformulação, à luz do novo contexto tecnológico internacional".

A Quarta Revolução Industrial

Nos dias de hoje está muito em voga a expressão "*Quarta Revolução Industrial*".

Mas o que significa concretamente? O que nos trouxe de novo? E mais importante, em que medida vai alterar a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos nos diferentes contextos que compõem a nossa vida quotidiana?

Ora, para compreendermos este conceito, temos que fazer um exercício retrospetivo e, *prima facie*, realizarmos em que é que consistiram as 3 revoluções anteriores.

Assim, *grosso modo*, a Primeira Revolução Industrial mecanizou a produção, utilizando para o efeito a força da água e do vapor. Já a Segunda Revolução Industrial criou a produção em massa mediante a utilização e potencialização da energia elétrica; a Terceira automatizou a produção recorrendo à eletrónica e à tecnologia de informação.

E, finalmente, eis que está em marcha uma Quarta Revolução Industrial. De com Klaus Schwab[1], autor de "*A Quarta Revolução Industrial*", fundador do World Economic Forum e criador da famosa cimeira de Davos, "*a 4ª Revolução Industrial consiste na revolução da digitalização massiva, da Internet of Things, da aprendizagem automática (machine learning) e da robotização, mas também da nanotecnologia e dos novos materiais, e da biotecnologia. Por outras palavras, tecnologias que fundem os mundos físico, digital e biológico*".
Esta revolução digital de fusão de tecnologias acelera o tempo em que vivemos, imediatiza as interações pessoais e profissionais.

Dá-nos TEMPO...e tempo, mais do que dinheiro, é VIDA...Esta interconexão global em que vivemos nos dias de hoje, propiciada pela irradiação da internet, faz com que tudo aquilo que o ser humano necessita, esteja à distância de um clique, de um deslizar de ecrã, em suma, de segundos.

Ora, no mundo laboral e dos negócios a esta Quarta Revolução já galopa de forma fulgurante e disruptiva. O acesso ao conhecimento e à informação democratizou-se mediante o recurso a plataformas digitais globais de pesquisa e os desafios que se colocam são colossais, tendo que haver necessariamente uma adaptação e mutação constantes. O importante será a inovação, qualidade, a rapidez e eficácia. Em 2016, a consultora McKinsey[2] estimou que 45% dos empregos disponíveis poderiam ser automatizados, especialmente aqueles que não são geradores de novas ideias, produtos e serviços, ou que não exigem comunicação complexa e profundidade de pensamento.

Verifica-se assim que esta Quarta Revolução Industrial vai alterar o paradigma laboral, tanto ao nível de oferta de empregos, como ao nível do próprio desenvolvimento da relação laboral.

As palavras de ordem serão celeridade e flexibilidade. Ao nível dos horários, das funções, da retribuição e também da cessação dos próprios contratos de trabalho.

A proliferação de novas tecnologias fará com que a presença no local de trabalho e a existência inclusivamente de um horário se torne obsoleta. Um trabalhador, recorrendo às plataformas digitais, pode efetuar o seu trabalho em qualquer lado, a qualquer hora mesmo as reuniões presenciais serão gradualmente substituídas pela vídeo-conferência ou vídeo chamada.

Para o empregador a oferta de emprego será global e muito do trabalho será feito por robôs e computadores, os quais irão competir cada vez mais com as pessoas.

Neste contexto, trabalhadores e empresas, para poderem ser apelativos mutuamente neste mercado de trabalho global, terão que desenvolver novas valências.

E assim acontece com a ordem jurídica, que é, nada mais, nada menos, que produto da sociedade em que se integra, reflexo do tempo ou era em que vive.

A legislação laboral terá que necessariamente acompanhar os ventos de mudança que já sopram furiosamente e fustigam as relações laborais. E deste ponto de vista, terão que ser paulatinamente reformados alguns dogmas e paradigmas, que à luz deste admirável mundo novo se tornarão obsoletos.

Entre os paradigmas que poderíamos analisar, atenderemos apenas num, que nos parece premente de ser reformado e que diz respeito à rutura da relação laboral por via disciplinar.

Em face desta nova era de revolução tecnológica que nos dá TEMPO e em que a velocidade e celeridade à escala global são doutrina, fará sentido manter na ordem jurídica portuguesa a estrutura do atual procedimento disciplinar rescisório?

É o desafio que nos propomos equacionar ao longo das linhas subsequentes.

1 Texto publicado na revista Foreign Affairs.

2 Estudo Mackinsey

O Poder Disciplinar Laboral

Para encaramos esta questão, teremos que nos socorrer previamente de um conjunto de conceitos. Entre o primeiro desses conceitos surge um que tem especial acolhimento na nossa ordem jurídica e que é o conceito de poder disciplinar.

O poder disciplinar é um dos poderes do empregador e enquadra-se no seu poder de direção e disciplina[3], que lhe é conferido ao empregador com a finalidade de assegurar a organização do trabalho, a promoção pessoal e profissional dos trabalhadores, bem como o incremento da produtividade com vista ao êxito organizacional.

Dispõe o art. 98.º do Código do Trabalho (doravante designado como CT), que o empregador pode no seu exercício, aplicar as sanções elencadas no art. 328.º/1 do mesmo diploma, sendo a mais grave dessas sanções o despedimento com justa causa.

Nos termos do n.º 4 do seu art. 329.º do CT "*o poder disciplinar pode ser exercido directamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele*". Haverá assim que distinguir a titularidade do poder disciplinar, um genuíno *poder punitivo privado*, nas palavras de J. Leal Amado[4], do seu efetivo exercício.

Trata-se de um direito potestativo ambivalente (*ordenatório ou prescritivo e sancionatório*[5]), com carácter gravoso nesta sua mais característica manifestação de poder punitivo, importa reconhecer que o seu exercício – conferindo embora ao seu titular uma certa margem de natural elasticidade/discricionariedade – acarreta simultaneamente uma acrescida responsabilidade ante os limites gerais decorrentes da boa fé e do abuso do direito.

É por isso que a titularidade do seu exercício está legalmente conferida ao empregador. Pode ser exercido também por superior hierárquico do trabalhador, por delegação de poderes, sempre tal exercício há-de respeitar os termos estabelecidos pelo empregador.

E ainda que num cenário mais alargado que possam funcionar mais dilatados poderes de delegação/representação, nada obsta a que o empregador outorgue poderes a outrem para o exercício do poder disciplinar, como também sustenta Romano Martinez, [6]sempre estes poderes estarão sujeitos, no seu exercício, como convimos, à conformação do legítimo titular desse direito/poder: ...'*nos termos estabelecidos por aquele*', o empregador, lembrando de novo o n.º 4 do art. 329.º do CT.

Ora, onde o poder disciplinar encontra a sua emanação máxima, é no procedimento disciplinar. Sendo que o caso que nos interessa é o procedimento disciplinar com vista ao despedimento de um trabalhador.

E a relevância do mesmo é extrema: assume um carácter obrigatório, ou seja, só se pode despedir um trabalhador com justa causa, mediante recurso ao procedimento disciplinar.

Ou seja, para aplicar validamente a um seu trabalhador esta sanção, prevista no artigo 328.º n.º 1 al. f) do CT, o empregador tem de lançar mão de um procedimento disciplinar.

E assim, entramos no segundo conceito essencial da questão sob reflexão, que é o conceito de justa causa de despedimento, que afloraremos no capítulo seguinte.

3 Pedro Sousa Macedo, Poder Disciplinar Patronal, ALMEDINA

4 J. Leal Amado, Contrato de Trabalho, 2.ª Edição, Janeiro de 2010, pág. 219

5 M. Rosário Palma Ramalho, 'Direito do Trabalho', Parte II, 3.ª Edição, 2010, pág.703.

6 Romano Martinez, Código do Trabalho, 8.ª edição, 2009, pág.881

A Justa Causa de Despedimento

Prescreve o art. 338º do CT que "*É proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos*", estatuindo o nº 1 do art. 351º do mesmo diploma que "*Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho*".

Já no nº 2 da mesma disposição legal, a título exemplificativo, o legislador concretizou alguns dos comportamentos do trabalhador que poderão constituir justa causa de despedimento.

Segundo tem sido doutrina e jurisprudência pacíficas, a existência de justa causa de despedi¬mento nos termos do citado preceito, exige a verificação cumulativa dos seguintes requisitos: 1) um, de natureza subjectiva, traduzido num comportamento culposo do trabalhador; 2) outro, de natureza objectiva, que se traduz na impossibilidade de subsistência da relação de trabalho; 3) e, ainda, a existência de nexo de causalidade entre aquele comportamento e esta impossibilidade de subsistência da relação laboral.

Assim, para que se esteja perante justa causa de despedimento torna se necessário que haja um comportamento culposo do trabalhador e que a sua gravidade seja de tal ordem que torne impossível a subsistência da relação de trabalho.

A justa causa do despedimento pressupõe uma acção ou uma omissão imputável ao trabalhador a título de culpa, e violadora dos seus deveres laborais, previstos no Art.º 121º do CT, emergentes do vínculo contratual e cuja observância é requerida pelo cumprimento da actividade a que se obrigou, pela disciplina da organização em que essa actividade se insere, ou, ainda, pela boa-fé que tem de registar-se no cumprimento do contrato.

No entanto, não basta a verificação do referido comportamento culposo do trabalhador. Sendo o despedimento a mais grave das sanções, para que o comportamento do trabalhador integre a justa causa é ainda necessário que seja grave em si mesmo e nas suas consequências, de modo a tornar impossível a subsistência da relação laboral[7].

E a gravidade do comportamento do trabalhador não pode aferir se em função do critério subjectivo do empregador, devendo atender se a cri¬térios de razoabilidade, considerando a natureza da relação laboral, o grau de lesão dos interesses da entidade empregadora, o carácter das relações entre as partes e demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes – nº 3 do art. 351º do CT.

Tanto a gravidade como a culpa são apreciadas em termos objectivos e concretos, de acordo com o entendimento de um *empregador médio*, em face do caso concreto, e segundo critérios de objectividade e razoabilidade (cfr. art. 487º/2 do Código Civil), sendo certo que o comportamento culposo do trabalhador apenas constitui justa causa de despedimento quando determine a impossibilidade prática da subsistência da relação laboral.

Existirá impossibilidade prática de subsistência da relação laboral sempre que, nas circunstâncias concretas, a permanência do contrato e das relações pessoais e patrimoniais que ele importa, sejam de forma a ferir, de modo exagerado e violento, a sensibilidade e a liberdade psicológica de uma pessoa normal, colocada na posição do empregador, ou seja, sempre que a continuidade do vínculo represente uma insuportável e injusta imposição ao empregador[8].

Deve ser tido em conta o princípio da proporcionalidade previsto no Art.º 330 n.º 1 do CT, que é comum a todo e qualquer direito punitivo que determina que a sanção disciplinar deve ser sempre proporcionada à gravidade da infracção e à culpabilidade do infractor.

Assim, encontrando-se preenchidos os pressupostos previamente referidos que consubstanciam a justa causa de despedimento, a mesma não opera por si só na cessação de um contrato de trabalho por esta via.

Sendo uma das sanções disciplinares, pressupõe a efectivação da mesma mediante emanação do poder disciplinar do empregador.

E essa emanação objetiva-se, obrigatoriamente, sob a forma de um procedimento disciplinar.

7 Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 8.ª edição, vol. I, págs. 461 e segs

8 Menezes Cordeiro, Manual de Direito do Trabalho, 1991, págs. 822; Lobo Xavier, Curso de Direito do Trabalho, 1992, págs. 488; Jorge Leite e Coutinho de Almeida, em Colectânea de Leis do Trabalho, 1985, págs. 24

O procedimento disciplinar rescisório

Ora, como já veiculado, o despedimento com justa causa constitui uma das modalidades da cessação do contrato de trabalho.

E, como já supra exposto, para aplicar validamente a um seu trabalhador esta sanção, prevista no artigo 328.º n.º 1 al. f) do CT, o empregador tem de lançar mão de um procedimento disciplinar.

Quer isto dizer, que qualquer despedimento tem que ser necessariamente precedido de procedimento disciplinar, subordinado a princípios inderrogáveis e a um formalismo estrito.

Entre os principais princípios encontra-se o princípio constitucional de proteção da segurança no emprego, o princípio do contraditório, que deve ser observado ao longo do procedimento e que implica que o trabalhador tenha o direito de manifestar a sua posição e contradizer os factos que lhe são imputados. Bem como o principio de proporcionalidade, que proíbe a aplicação de sanções arbitrárias, devendo haver uma justa adequação entre a gravidade das mesmas e sanção aplicar.

Reitera-se que o despedimento com justa causa constitui a sanção mais grave legalmente prevista e apenas poderá ser aplicada em caso de comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Em caso de despedimento com justa causa, o procedimento disciplinar a observar é complexo, estando sujeito a prazos curtos e ao cumprimento das diversas fases.

Trata-se de um verdadeiro processo interno, como se fosse um processo judicial dentro da empresa.

Deve iniciar-se no prazo de 60 dias subsequentes àquele em que o empregador, ou o superior hierárquico com competência disciplinar, teve conhecimento da infração (art. 329.º/2 CT), sendo que esta se conta a partir do conhecimento da mesma.

Grosso modo, podemos dizer que o procedimento disciplinar com vista ao despedimento com justa causa, se consubstancia em 5 fases principais, sendo que destas apenas 3 são obrigatórias.

A **primeira fase** é o **inquérito prévio** previsto no Art.º 352º do CT, que se consubstancia no conjunto de atos necessários para o apuramento de factos com eventual relevo disciplinar, ou seja, as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que os mesmos ocorreram, com vista à fundamentação da nota de culpa. Trata-se de uma fase facultativa. Se a empregadora já tem na sua posse todos os elementos necessários à elaboração da nota de culpa, esta fase é dispensável. Com o inquérito prévio, os prazos de caducidade de 60 dias e prescrição de 1 ano, são interrompidos e o empregador passa a dispor de um prazo de 30 dias entre a suspeita de factos irregulares e início do inquérito para o exercício da ação disciplinar; bem como de um prazo de 30 dias após a conclusão do inquérito para a notificação da nota de culpa ao trabalhador. Sem inquérito prévio, o empregador dispõe de 60 dias após o conhecimento dos factos para comunicar a nota de culpa ao trabalhador.

A **segunda fase** do procedimento disciplinar é a **nota de culpa**, que é nada mais nada menos que a peça rainha do procedimento disciplinar, ou seja, é ela que vai balizar os factos ou a motivação conducente ao despedimento. Isto porque na decisão final, o empregador não pode alegar factos que não constem da nota de culpa, ou da defesa escrita do trabalhador, salvo se atenuarem a sua responsabilidade (357.º n.º 4 do CT). A nota de culpa deve conter a descrição circunstanciada dos factos, de molde a que o trabalhador compreenda aquilo que lhe é imputado, e, por conseguinte, não fique diminuído nas suas garantias de defesa.

A **terceira fase** é a da **resposta à nota de culpa** prevista no Artº 355º do CT. Depois de receber a nota de culpa, o trabalhador tem 10 dias úteis para responder à mesma, período no qual tem o direito a que lhe seja facultado para consulta o procedimento disciplinar (sob pena de ilicitude do despedimento). Pode juntar documentos e requerer que sejam efectuadas diligências probatórias, que têm que ser obrigatoriamente realizadas pelo empregador nos termos do Art.º 356º do CT (ou então fundamentar o seu indeferimento de forma satisfatória).

Seguidamente, inicia-se a **quarta fase**, denominada de **instrução** do procedimento disciplinar, previstas no Artº 356º do CT, que consiste na realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador ou aquelas que entenda realizar por sua iniciativa (sendo que neste ultimo caso será uma fase facultativa). Entre essas diligências probatórias contam-se a inquirição de testemunhas, junção de documentos e outras que se mostrem pertinentes para o esclarecimento da verdade (por exemplo, exames periciais, acareações etc).

Neste âmbito, cabe ao trabalhador assegurar a comparência das testemunhas, bem como as condições necessárias para a efetivação das restantes diligências requeridas e as declarações das testemunhas devem ser reduzidas a escrito[9].

Por último, chegamos à **quinta fase**, da **decisão** que deve ser tomada 30 dias depois da conclusão das diligências probatórias. Na decisão deverão ser ponderadas as circunstâncias do caso, a adequação do despedimento à culpabilidade do trabalhador e não podem ser invocados factos não constantes da nota de culpa ou da resposta ao trabalhador, salvo se atenuarem a responsabilidade deste.

Uma vez chegada ao conhecimento do trabalhador a referida decisão de despedimento com justa causa, o contrato de trabalho considera-se cessado.

Aqui chegados, caso o trabalhador discorde da decisão de despedimento (o que geralmente acontece), terá que obrigatoriamente interpor uma ação de impugnação de despedimento no prazo de 60 dias. E a partir daí desenrola-se um processo judicial, que pode conduzir ou não à validação da licitude do despedimento.

E a particularidade do nosso regime processual laboral, é que o tribunal vai analisar não apenas a

9 cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 24/5/2000 in www.dgsi.pt.

existência de justa causa de despedimento, mas também a regularidade formal do procedimento disciplinar.

Caso o despedimento seja lícito o contrato considera-se definitivamente cessado.

Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador, de acordo com o disposto no artigo 389.º n.º 1 al. a) do CT é condenado a indemnizar o trabalhador pelos danos patrimoniais (vencimentos intercalares previstos no artº 390º n.º 1 do CT) e não patrimoniais por este sofridos. A ilicitude do despedimento determina, ainda, a reintegrar o trabalhador nos termos do disposto na alínea b) do mesmo preceito ou a pagar uma indemnização que deve situar-se entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, contada até ao trânsito em julgado da decisão judicial e nunca inferior a três meses de retribuição e diuturnidades (artigo 391. n.ºs 1 a 3 do CT), A antiguidade é, de acordo com o disposto no n.º 2, contada desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial, sendo que qualquer dia para além do ano completo contará como ano adicional.

Fim ou Refundamento do Procedimento Disciplinar?

À luz desta nova era em que vivemos fará sentido manter este procedimento interno da empresa?

Como já aludimos abundantemente, o procedimento disciplinar rescisório é um quase processo, gerido e tramitado no seio da empregadora.

Todo este procedimento, nos moldes em que existe, leva tempo e consome meios da empresa empregadora. Um procedimento disciplinar com vista ao despedimento tem um tempo de duração mínimo de cerca de 2 meses, sendo que em casos de complexidade elevada, com requerimentos probatórios extensos, essa mesma duração pode facilmente disparar para 4, 6 ou mais meses. Nesse período temporal, ou o trabalhador está suspenso da sua prestação laboral, com retribuição, ou então vigora uma paz podre na empresa, que mantém ao seu serviço um elemento indesejado.

Em suma, trata-se de um período de tempo demasiado elevado e que pode ter consequências nefastas para a empresa, para a paz laboral e consequente produtividade.

No caso de impugnação judicial do despedimento, este período temporal é ainda mais elevado, já que uma ação judicial de impugnação de despedimento, não obstante ter caráter urgente, poderá demorar entre seis meses a um ano em primeira instância, sendo que, dependendo dos graus de recurso possíveis, pode demorar outro tanto nos Tribunais superiores. O que se pode traduzir, *grosso modo*, no arrastar de meses ou anos de uma situação com relevância disciplinar rescisória.

Ora, isto não se compadece com a velocidade e celeridade promovidas pela revolução tecnológica em curso à escala global e às quais o direito laboral não pode ficar indiferente.

Acresce que, como já vimos, no caso de impugnação judicial do despedimento, o tribunal vai analisar, não apenas a existência de justa causa de despedimento, mas também a regularidade formal do procedimento disciplinar.

E o problema é que há todo um manancial de potenciais vícios do procedimento disciplinar que podem inquinar um despedimento materialmente válido. Recorde-se que entre os fundamentos da ilicitude e irregularidade do despedimento se encontram os vícios do procedimento disciplinar, nomeadamente os exemplificados no Art.º 381º e 382º do CT:

- Se tiverem decorrido os prazos estabelecidos nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 329.º do CT ou seja, se se verificar o decurso do prazo de prescrição de um ano para exercer o poder disciplinar, ou o prazo de caducidade de 60 dias para iniciar o procedimento disciplinar;

- Caducidade do direito de aplicar a sanção (artigos 329.º n.ºs 1, 2 e 3, 357.º n.º 1 e 382.º n.º 1 do CT);

- Falta de declaração da intenção de despedimento e da Nota de Culpa ou sua deficiente formulação (353.º n.º 1 e 382.º n.º alíneas a) e b) do CT)

- Caso não exista nota de culpa ou esta não contiver a descrição circunstanciada dos factos imputados ao trabalhador ou a decisão de despedimento invoque factos não constantes da Nota de Culpa;

- Desrespeito do do direito do trabalhador consultar o processo e responder à Nota de Culpa (355.º e 382.º n.º 2 alínea c do CT);

- Ausência de solicitação do parecer à CITE nos casos em que é obrigatória, ou decisão contra este parecer (63.º e 381.º alínea d do CT);

- Falta da decisão final de despedimento ou sua deficiente formulação (357.º n.ºs 4 e 5 e 382.º n.º 2 alínea d do CT);

- Omissão das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador (389.º n.º 2 do CT);

- Falta de comunicação da intenção de despedimento e da nota de culpa às estruturas representativas dos trabalhadores (353.º n.ºs 2 e 4 do CT);

- Falta de apresentação de cópia do processo às estruturas representativas dos trabalhadores para efeitos de emissão do respetivo parecer (356.º n.º 5 e 7 do CT)

Em todas as situações supra descritas, mesmo existindo justa causa de despedimento em termos materiais, verificando-se uma irregularidade formal das supra elencadas, acarretará a ilicitude do despedimento.

Assim, fará sentido manter-se nestes moldes um procedimento que leva tanto tempo e incorpora em si uma carga formal que se constitui numa autêntica "*Espada de Dâmocles*" no pescoço do empregador?

Como vimos, o procedimento disciplinar dura no mínimo 2/3 meses, consome meios e afeta a produtividade do empregador.

Não obstante a bondade dos princípios que conformam o procedimento disciplinar (segurança no emprego, proibição dos despedimentos arbitrários, proporcionalidade e contraditório), a verdade é que há fases que são absolutamente inócuas e a sua verdadeira utilidade prática é mais do que duvidosa. Se não vejamos:

A resposta à nota de culpa é facultativa, não tem efeito cominatório. Ou seja, o trabalhador, que dispõe de um prazo de 10 dias úteis para exercer o contraditório, pode optar por não o fazer, sem que tal tenha qualquer consequência ou penalização. Dito de outra forma, o seu silêncio não equivale à admissão dos factos que lhe são imputados.

Apesar da existência de diligências de prova obrigatórias (vulgo, as pertinentes que sejam requeridas pelo trabalhador), a realidade é que, de acordo com a maior parte da jurisprudência, o empregador não está obrigado a fazer uma análise crítica das provas produzidas e a especificação dos meios de prova que foram determinantes para a sua convicção em sede de decisão.

Acresce ainda, que, em rigor, o procedimento disciplinar nada prova em termos materiais e a relevância do mesmo em sede de impugnação do despedimento é geralmente em desfavor do empregador, na medida em apenas se avaliam eventualmente os vícios do mesmo.

Ou seja, o empregador não é obrigado a demonstrar em sede de procedimento disciplinar a efetiva ocorrência dos factos imputados ao trabalhador; a prova realizada no procedimento disciplinar não inverte o ónus da prova em caso de impugnação de despedimento, não liberta o empregador da obrigação de demonstrar em tribunal os factos que justificaram o despedimento.

Isto é, mesmo que tenha produzido prova no procedimento disciplinar, o empregador terá que a repetir em sede judicial, se a sanção disciplinar for impugnada.

Contrario sensu, se não fez prova suficiente no procedimento disciplinar, também não é relevante, desde que a prova produzida em tribunal seja suficiente para o efeito, sendo que, aí, não está vinculado aos meios de prova que usou no processo disciplinar.

Aqui chegados, talvez tenha chegado a hora de reconhecer que a bondade dos princípios que estiveram na génese da obrigatoriedade do procedimento disciplinar, é facilmente subvertida pela prática e na verdade encontra-se anacrónica para ambos os interessados: para o trabalhador que não tem ónus de resposta e cujo contraditório e provas produzidas podem ser simplesmente ignorados; para o empregador, que está sujeito à levada duração do procedimento disciplinar, aos inúmeros vícios formais do mesmo e ao facto de a prova produzida em sede disciplinar ser absolutamente desvalorizada em sede judicial. Atente-se no caso clássico, de despedimento fundamentado nas declarações em sede disciplinar de uma única testemunha, que depois não comparece no julgamento, muda de versão ou tem "*lapsos de memória*". Nestes casos, os tribunais valoram única e exclusivamente a prova produzida em julgamento e não a produzida em sede disciplinar.

A Quarta Revolução Industrial é velocidade, inovação, conetividade, tecnologia de fusão, prevalência do conteúdo sobre a forma. Dá-nos TEMPO. Para trabalharmos, produzirmos, vivermos. TEMPO...

Precisamente a antítese do atual procedimento disciplinar rescisório em vigor no direito laboral Português.

Conclusões

Terá que haver necessariamente uma reformulação do procedimento disciplinar, que o torne mais célere, apelativo e contemporâneo desta nova era.

Visto do prisma atual, o procedimento disciplinar encontra-se obsoleto de necessita claramente de se adaptar aos ventos de mudança.

Não faz sentido que haja diligências de prova obrigatórias, quando depois a prova produzida possa ser absolutamente desvalorizada pelo empregador ou pelo Tribunal. Aliás, constata-se que nem sequer a resposta à nota de culpa é obrigatória, nem tem qualquer efeito cominatório.

Por outro lado, a própria jurisprudência terá que ter um papel consentâneo com a nova era em que se vive. Por exemplo, carece de sentido a orientação jurisprudencial maioritária de que as declarações das testemunhas recolhidas em sede disciplinar tenham que ser reduzidas a escrito quando já nem em tribunal, nas audiências de julgamento isso acontece. Poderiam ser gravadas, através do Skype, Whatsaap ou outras aplicações equivalentes. Pelo que urge haver também uma inversão jurisprudencial nesta matéria.

Talvez não fosse descabida a aproximação a outras ordens jurídicas, que abordam esta questão de uma perspetiva diversa.

Por exemplo, em Espanha não existe um procedimento disciplinar *stictu sensu*, como o português. O despedimento por motivos disciplinares efetiva-se mediante uma comunicação de uma carta de motivação, onde são descritos os motivos em que se funda o despedimento, bem como a data quem que o mesmo se efetiva. Depois o trabalhador tem 20 dias para contestar judicialmente o despedimento, sendo os seus direitos acautelados pela via judicial.

Já em França, o procedimento disciplinar também é bem mais ligeiro do que o previsto na legislação portuguesa, prevendo-se apenas que empregador deverá, antes de tomar a decisão de despedimento, convocar o trabalhador para uma reunião preliminar, na qual indica os motivos da decisão prevista e recolhe as explicações do trabalhador, sendo que aquando da sua audição o trabalhador pode fazer-se assistir por uma pessoa da sua escolha que pertença ao pessoal da empresa. Já a decisão do despedimento deve ser comunicada ao trabalhador por carta registada com aviso de receção, dela devendo constar a fundamentação dos motivos do despedimento, a qual não poderá ser enviada com um prazo inferior a dois dias sobre a reunião preliminar. Ou seja, em França, também não se prevê o direito de o trabalhador requerer diligências de prova, nem a obrigatoriedade do empregador as realizar.

Ora, as legislações espanhola e francesa, permitem celerizar a resolução de um foco de litígio, potencialmente nefasto para ambas as partes, ficando estas com o ónus de em sede judicial fazerem valer as suas posições, privilegiando a materialidade e o conteúdo sobre a forma.

Todavia, não nos parece que estes exemplos prevaleçam em Portugal, até porque seria necessária previamente uma reforma constitucional profunda e uma mudança de paradigma político nacional, em que a esquerda, historicamente, tem tido uma maior prevalência na democracia portuguesa.

Haverá provavelmente uma aproximação intermédia, o direito é uma ciência em constante mutação e reflexo da contemporaneidade. Certamente que em futuras reformas laborais, o procedimento disciplinar será expurgado da sua carga negativa e dilatória, celerizando o mesmo, eliminando paulatinamente a obrigatoriedade das diligencias probatórias (o que já foi ensaiado em reformas anteriores), bem como reduzindo o leque de potenciais vícios formais, conformadores de ilicitude do despedimento.

As novas tecnologias tomarão conta do mesmo, eventualmente as empresas terão aplicações e sistemas informáticos onde as partes farão inclusão e gestão das suas peças processais, notificações e/ou diligências investigatórias ou probatórias que haja que realizar.

E citando William Ford Gibson[10] "*o futuro já chegou. Só não está uniformemente distribuido.*"

10 Escritor Norte americano, NPR interview

O Pilar Europeu do Direitos Sociais, a nova Diretiva sobre conciliação e o seu impacto no ordenamento jurídico português

The European Pillar of Social Rights, the new Directive on work-life balance and its impact on the Portuguese legal system

Catarina de Oliveira Carvalho

O papel do direito da União Europeia na defesa dos direitos sociais fundamentais em contexto de crise 55

A Carta Social Europeia e o Comité Europeu dos Direitos Sociais 58

O Pilar Europeu dos Direitos Sociais 60

A Diretiva 2019/1158 relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores: uma Diretiva abrangente e promotora da igualdade de género 62

O potencial impacto da Diretiva 2019/1158 no ordenamento jurídico português 64

Conclusões 69

Bibliografia 70

Resumo

Abstract

O papel da UE na defesa dos direitos sociais em tempo de crise mostrou-se dececionante, tendo sido tal proteção assumida, no âmbito do Conselho da Europa, pela Carta Social Europeia e pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais. A procura de convergência em matéria social ocorreu com a aprovação do Pilar Europeu de Direitos Sociais. Apesar do ceticismo com que o Pilar foi encarado, acabou por conduzir, com surpreendente brevidade, à aprovação de duas Diretivas. Um desses diplomas foi a Diretiva 2019/1158 relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, que tem o mérito de formalizar de modo inequívoco a ligação entre a conciliação e a igualdade de género no âmbito laboral. Neste texto, iremos destacar alguns dos aspetos mais relevantes da Diretiva e o seu impacto no ordenamento jurídico português.

PALAVRAS CHAVE: Pilar Europeu dos Direitos Sociais; Carta Social Europeia; conciliação entre a vida profissional e a vida familiar; licença de paternidade; licença parental complementar; regimes de trabalho flexíveis; teletrabalho; igualdade de género.

The role of EU law in defending fundamental social rights in the context of the financial crisis was clearly disappointing. This protection was taken on by the European Social Charter and the European Committee of Social Rights (Council of Europe). The pursuit for social convergence came about with the approval of the European Pillar of Social Rights. Despite the initial scepticism regarding the Pillar, it ended up leading, with surprising brevity, to the approval of two Directives. One was Directive (EU) 2019/1158 on work-life balance for parents and carers, which has the merit of unequivocally formalizing the link between work-life balance and gender equality in the workplace. In this paper, we will highlight some of the most relevant topics of the Directive and its impact on the Portuguese legal system.

KEYWORDS: European Pillar of Social Rights; European Social Charter; work-life balance; paternity leave; parental leave; carers' leave; flexible working arrangements; telework; gender equality.

1 Professora Associada, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Centro de Estudos e Investigação em Direito, Portugal. Vice-coordenadora-geral da *Academic Network on the European Social Charter and Social Rights – ANESC.*

O papel do direito da União Europeia na defesa dos direitos sociais fundamentais em contexto de crise

1. O papel do direito da UE[2] na defesa dos direitos sociais fundamentais no contexto da crise da dívida pública europeia foi claramente dececionante[3], incluindo-se aqui a própria atuação do TJ que se mostrou débil e impotente[4].

Com efeito, se, num primeiro momento, a perda de soberania a favor da UE permitiu garantir certos direitos fundamentais[5], num segundo momento, na sequência da crise de 2008, segue-se a perda de soberania para os destruir, designadamente através da participação de instituições da UE em programas de assistência financeira que previam, como contrapartida, profundas modificações nos regimes laborais e de segurança social internos com vista à respetiva "flexibilização"[6].

2. Neste contexto, cumpre questionar qual o papel desempenhado pela CDFUE, tendo em conta a aquisição (relativamente recente) de valor jurídico equivalente ao dos Tratados (art. 6.º do TUE) e o facto de consagrar um importante elenco de direitos sociais[7] que vinculam também as instituições europeias. Tal significa que a tensão verificada entre a "Europa social" e as "políticas de austeridade" não se reduz a uma mera dimensão política, mas assume igualmente uma dimensão legal que abre as portas a potenciais conflitos jurisdicionais[8].

Foi o que sucedeu no caso português. Recordemos as circunstâncias.

Em maio de 2011, na sequência do pedido de assistência financeira realizado pelo XVIII Governo constitucional português, foi celebrado com as organizações internacionais constitutivas da chamada "troika" (Fundo Monetário internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu) o *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*[9]. Este documento – de controversa qualificação jurídica – continha um conjunto alargado de compromissos, incluindo o de "Assegurar que o peso das despesas com pessoal no PIB diminua em 2012 e em 2013"[10]. Seguiram-se – entre outras medidas destinadas a reduzir a despesa pública – vários cortes salariais no setor público, previstos nos sucessivos Orçamentos de Estado (2011, 2012, 2013 e 2014)[11].

Estes cortes salariais foram contestados nos tribunais portugueses – conquanto o Tribunal Constitucional (TC) tenha decidido, em 21 de setembro de 2011, que a Lei do Orçamento de Estado para 2011 não violava a Constituição (Ac. 396/2011)[12] – que, por sua vez, procederam ao reenvio para o TJ, colocando as seguintes questões prejudiciais, nas quais se inclui a referência ao art. 31.º da CDFUE:

2 No âmbito do presente trabalho são utilizadas as seguintes abreviaturas: Ac. (Acórdão); al. (Alínea); APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima); AR (Assembleia da República); art. (artigo); CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia); CITE (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego); CEDS (Comité Europeu dos Direitos Sociais); CSE (Carta Social Europeia); CSER (Carta Social Europeia Revista); coord. (coordenação/coordenado); CRP (Constituição da República Portuguesa); Dir. (Direção/dirigido); IRCT (instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho); RDES (*Revista de Direito e de Estudos Sociais*); proc. (processo); TC (Tribunal Constitucional); TJ (Tribunal de Justiça); TUE (Tratado da União Europeia); UE (União Europeia); ver (vd.).

3 Neste sentido, O'CINNEIDE refere-se a uma desconexão substancial entre a retórica e a prática europeia em matéria social. Cf. COLM O'CINNEIDE, "Austerity and the faded dream of a 'social Europe?'", in *Economic and social rights after the global financial crisis*, ed. A. Nolan (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 187.

4 Com esta convicção, GIOVANNI ORLANDINI, "Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho Social* 69 (2015): 58.

5 O TJ assumiu uma importância decisiva na introdução dos direitos fundamentais no Direito da UE, relevância que foi crescendo desde o início titubeante no caso STAUDER – Ac. de 12/11/1969 (proc. 29/69) – onde proclamou que os direitos fundamentais integravam os princípios gerais de direito comunitário, a garantir pelo TJ (*v.g.*, ponto 7). Cfr. J. M. MIRANDA BOTO, "El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 102 (2013): 23 ss. Na feliz expressão deste Autor (ibidem, p. 21), o método interpretativo do TJ produz um "efeito borboleta" passível de gerar um "autêntico *tsunami* legislativo" nos vários Estados-membros a partir de um litígio entre particulares num modesto órgão jurisdicional. Este papel polémico (sobretudo no domínio do reenvio prejudicial) foi decisivo para o alargamento da proteção dos direitos sociais a nível europeu, apesar do conjunto de acórdãos que ficou conhecido como "a trilogia negra" do TJ (casos Vicking, Laval e Rüffert).

6 Cf. NICOLA COUNTOURIS e MARK FREEDLAND, "Epilogue: resocialising Europe – looking back and thinking forward", in *Resocialising Europe in a time of crisis*, eds. N. Countouris e M. Freedland (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 495-496; SANTOS M. RUESGA BENITO, "Crisis económica y reformas laborales", in *Reformas laborales en la gran recesión*, coord. Santos M. Ruesga Benito *et al.* (Valência: Tirant lo Blanch, 2016), 42. Sobre esta intervenção e respetivas consequências, *vd.* SIMON DEAKIN e ARISTEA KOUKIADAKI, "The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe", in *Resocialising Europe in a time of crisis*, eds. N. Countouris, M. Freedland (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 175 ss.

7 Muitos destes direitos têm a sua origem na CSE, como refere O'CINNEIDE, *op. cit.*, 201.

8 Nestes termos, O'CINNEIDE, *op. cit.*, 188.

9 Este Memorando estava sujeito a um regime trimestral de revisão, tendo sido, por isso, objeto de doze revisões. Cf. versões originais e traduzidas em http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/os-temas/memorandos/memorandos.aspx.

10 Medida 1.9 da versão inicial do Memorando de maio de 2011.

11 Note-se, contudo, que as primeiras reduções ocorreram com o Orçamento de Estado de 2011, logo antes da conclusão formal do Memorando de Entendimento. Para mais desenvolvimentos sobre estas reduções salariais, *vd.* BÁRBARA B. CAIADO, "As alterações ao Código do Trabalho de 2009 e outros impactos em matéria de remuneração", *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* 8 (2014): 5498 ss.; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "El impacto de la crisis en la situación laboral portuguesa", in *El impacto de la gran crisis mundial sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social. Su incidencia em España, Europa y Brasil, 2008-2014*, coord. J. I. García Ninet e P. B. Rodríguez-Diosdado (Barcelona: Atelier, 2014), 895 ss.; JOÃO LEAL AMADO, "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores en Portugal: tópicos sobre el caso de las reducciones salariales en el sector público", *Revista de Derecho Social* 69 (2015): 171 ss.

12 As decisões do TC português podem ser consultadas em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

"1) *O princípio de tratamento igualitário do qual decorre a proibição de discriminação deve ser interpretado no sentido de ser aplicável a trabalhadores do setor público?*

2) *A imposição estatal de redução de salários através da referida Lei do Orçamento de Estado para 2011, aplicada apenas a trabalhadores que exercem as suas funções no setor estatal ou empresarial público, é contrária ao princípio da proibição da discriminação, configurando uma discriminação em razão da natureza pública do vínculo laboral?*

3) *O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta* [...] *deve ser interpretado no sentido de que é proibida a diminuição da retribuição, sem o acordo do trabalhador, no caso do contrato se manter inalterado?*

4) *O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta* [...] *deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao direito a uma remuneração justa que assegure aos trabalhadores e respetiva família um nível de vida satisfatório?*

5) *A redução do salário, não constituindo a única medida possível, necessária e fundamental para o esforço de consolidação das finanças públicas numa situação de grave crise económico-financeira do país, é contrária ao direito previsto no art. 31.º, n.º 1, da Carta* [...] *por colocar em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos trabalhadores e respetiva família, antes dessa redução?*

6) *A redução dos salários imposta desta forma pelo Estado Português, por não ser previsível nem expectável pelos trabalhadores, é contrária ao direito a condições de trabalho dignas?*"

O TJ recusou-se a responder às questões suscitadas, invocando ser "manifestamente incompetente para conhecer do pedido de decisão prejudicial".

Apesar de ser "jurisprudência assente que as exigências que decorrem da proteção dos direitos fundamentais vinculam os Estados-Membros sempre que estes sejam chamados a aplicar o direito da União", o TJ começou por recordar os limites à aplicação da CDFUE previstos no respetivo art. 51.º, n.º 1, e no art. 6.º, n.º 1, do TUE: as disposições da Carta têm por destinatários "os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União" e a "Carta não cria nenhuma competência nova para a União e não altera as competências desta". Acrescenta que, "não obstante as dúvidas expressas pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto à conformidade da Lei do Orçamento de Estado para 2011 com os princípios e os objetivos consagrados pelos Tratados, a decisão de reenvio não contém nenhum elemento concreto que permita considerar que a referida lei se destina a aplicar o direito da União", pelo que declara a respetiva incompetência para responder ao pedido de decisão prejudicial.

A ideia principal é a de que o Memorando de Entendimento corresponde a um acordo entre Portugal e os respetivos credores, sem qualquer conexão com o direito da UE. Todavia, este raciocínio não é isento de dúvidas e pode ser questionado[13].

Como explica CATHERINE BARNARD[14], o TJ poderia ter entendido que a atuação de Portugal seria subsumível ao âmbito do direito da UE, por força da ligação existente entre o Regulamento do Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, o Memorando de Entendimento, a Decisão do Conselho 2011/344/UE e a Lei do Orçamento de Estado e, consequentemente, a CDFUE seria aplicável. Assim, continua a Autora, se o TJ quisesse pronunciar-se sobre este processo, poderia ter seguido a jurisprudência do caso *Akerberg Fransson*[15], onde afirmou que:

> "*Uma vez que os direitos fundamentais garantidos pela Carta devem, por conseguinte, ser respeitados quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União, não podem existir situações que estejam abrangidas pelo direito da União em que os referidos direitos fundamentais não sejam aplicados. A aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta*".

Pode, é certo, questionar-se se a decisão do TJ seria diferente caso o tribunal português tivesse fundamentado melhor o seu pedido, estabelecendo de forma direta a ligação entre a legislação nacional e o direito da UE[16]. Todavia, como refere MOIZARD[17], o TJ teria ainda margem de manobra para considerar que a Comissão Europeia, embora tivesse imposto objetivos de redução da despesa pública, não tinha determinado especificamente cortes salariais para os trabalhadores em causa.

A relutância do TJ em pronunciar-se sobre estes casos pode ser compreendida, por um lado, à luz dos potenciais riscos que poderiam advir para a União Económica e Monetária (tal como a conhecemos) se este órgão jurisdicional considerasse haver uma violação da CDFUE; por outro, derivada do facto de estarem em causa regimes laborais nacionais cuja competência regulatória foi originalmente atribuída pelo Tratado de Roma aos Estados-membros[18].

3. Num outro plano, a avaliação negativa da atuação da UE em matéria de direitos sociais resulta de uma total paralisação da atividade legislativa em matéria de política social[19], mesmo quando os parceiros sociais representativos dos trabalhadores e dos empregadores a nível europeu estavam de acordo quanto à necessidade de regulação europeia e quanto ao respetivo conteúdo, como sucedeu com a designada "Diretiva Coiffure"[20] – paradigma desta inércia deliberada. Trata-se de um acordo-quadro referente à segurança e saúde no setor dos cabeleireiros, celebrado pelos parceiros sociais europeus em abril de 2012[21], tendo estes solicitado à Comissão Europeia que o apresentasse ao Conselho para que o mesmo pudesse adquirir força vinculativa, nos termos dos atuais arts. 154.º e 155.º do TFUE. Apesar do teor limitado deste acordo-quadro, ele tornou-se "um campo de batalha

13 Com esta convicção, NICOLAS MOIZARD, "The risks of invoking fundamental social rights", *European Labour Law Journal*, 3 (2014): 328; CATHERINE BARNARD, "The silence of the Charter: social rights and the Court of Justice", in *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument – Five years old and growing*, eds. S. De Vries, U. Bernitz, S. Weatherill (Oxford: Hart Publishing, 2015), 175.

14 CATHERINE BARNARD, *op. cit.*, 177-178.

15 Ac. do TJ de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-617/10 (*Åklagaren* v. *Hans Åkerberg Fransson*), n.º 21.

16 Assim, MOIZARD, *op. cit.*, 328; CATHERINE BARNARD, *op. cit.*, 178.

17 *Idem, ibidem.*

18 Estes argumentos são referidos por CATHERINE BARNARD, *op. cit.*, 175.

19 Cf. ALAIN BOGG e RUTH DUKE, "The European social dialogue: from autonomy to here", in *Resocialising Europe in a time of crisis*, eds. N. Countouris e M. Freedland (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 483; O'CINNEIDE, *op. cit.*, 187.

20 Cfr. https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/commission-rejects-proposed-agreement-in-hairdressing-sector

21 "European Framework Agreement on the protection of occupational health and safety in the hairdressing sector", o qual foi objeto de revisão em junho de 2016 (texto disponível em http://www.uni-europa.org/wp-content/uploads/2016/06/EFA_OHS_HairdressingSector_signed_20160623.pdf) com vista a atender a algumas preocupações demonstradas pela Comissão Europeia.

fortemente politizado do diálogo social europeu", tendo a Comissão Europeia tomado a decisão, sem precedentes, de bloquear a proposta de Diretiva, desvalorizando o diálogo social europeu[22].

Como se poderia antever, da flexigurança[23] ficou somente a "flexi"... Com efeito, já se mencionava nas "Conclusões do Conselho para a definição de princípios comuns de flexissegurança" (5 de dezembro de 2007) que esta última "requer uma boa relação eficácia-custo na afectação de recursos e deverá manter-se plenamente compatível com a solidez e a sustentabilidade financeira dos orçamentos públicos". Ora, em tempo de grave crise da dívida soberana, a flexigurança foi equivocamente invocada para justificar a diminuição do nível de tutela laboral sem nada dar em troca, ou seja, sem "um adequado *trade-off* entre flexibilidade e segurança"[24].

22 KRZYSZTOF BANDASZ, "A framework agreement in the hairdressing sector: the European social dialogue at a crossroads", *Transfer – European Review of Labour and Research* 20/4 (2014): 505 ss. O acordo "coiffure" foi revisto em 2016, conquanto sem sucesso. A Comissão Europeia invocou o programa "Legislar melhor" para justificar a necessidade de estudar o impacto de tal acordo, antes de apresentar ao Conselho uma proposta de diretiva (o que mereceu a objeção dos parceiros sociais, numa carta aberta dirigida ao Presidente da Comissão, Jean-Claude Juncker) e, finalmente (já em 2018), informou os parceiros sociais europeus que não daria seguimento ao mesmo. Veja-se a Carta dirigida pelos parceiros sociais à Comissão Europeia em novembro de 2016 – http://www.uiltucs.it/wp-content/uploads/2016/12/Accordo_europeo_parti_sociali_parrucchieri.pdf – e a acusação da UNI Europa que avalia o "Programa de Trabalho da Comissão para 2017 – Realizar uma Europa que protege, capacita e defende" (SWD(2016) 400 final) como dececionante por continuar a tratar as questões laborais como «"pequenas" coisas secundárias» – http://www.uni-europa.org/2016/10/26/commission-2017-work-plan-little-social-progress-no-mentioning-hairdressing-agreement-health-safety/

23 *Vd.* Livro Verde "Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI" – COM (2006) 708 final.

24 JOÃO LEAL AMADO, "Dinâmica das relações de trabalho nas situações de crise (em torno da flexibilização das regras juslaborais)", *Revista do Ministério Público* 120 (2009): 97. Aliás, o Autor questiona mesmo se "a flexigurança não representará, afinal, mais uma vã tentativa de quadratura do círculo". Em sentido próximo, pronunciam-se SYLVAINE LAULOM e CHRISTOPHE TEISSIER, "Which securities for workers in times of crisis? An introduction", *European Labour Law Journal* 3 (2014): 207 e 210; e PIERA LOI, "Risk: a new paradigm to face market challenges", *European Labour Law Journal*, 3 (2014): 390 ss. Esta última autora propõe a substituição do binómio "flexibilidade e segurança" pelo binómio "risco e segurança", assumindo os direitos fundamentais e os laborais a função de proteger os trabalhadores dos riscos inerentes ao funcionamento dos mercados. Como explana VALDÉS DAL-RÉ, a flexigurança não é um mecanismo de redução de direitos dos trabalhadores ou dos custos do trabalho com o escopo de melhorar a competitividade das empresas europeias. Trata-se antes de uma "complexa estratégia de conciliação da segurança no trabalho e do rendimento das pessoas com um quadro flexível do mercado e da organização do trabalho, cujo objetivo final é garantir a decência e dignidade do trabalho". Cf. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, "Il dibattito sulla flessicurezza all'interno dell'Unione Europea", in *Diritto del lavoro e crisi económica*, dir. G. Loy (Roma: Ediesse, 2011), 51. Referindo-se à reforma portuguesa do Código do Trabalho, operada pela Lei 23/2012, JÚLIO GOMES ("Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 15 de Junho", *Revista da Ordem dos Advogados*, 72 - II/III (2012): 577 ss.) comenta que "esta alteração legislativa, nada tem que ver, genuinamente, com a flexisegurança. Mesmo quem entenda, como é o nosso caso, que a flexisegurança é um produto cultural dos países do norte da Europa que, aliás, conhecem diferentes modelos de flexisegurança, tem que reconhecer que a flexisegurança não é isto, não se reduz a diminuir a tutela do posto de trabalho sem nada dar em troca e sem reforçar significativamente a empregabilidade e a segurança dos trabalhadores nos períodos em que se encontrem entre empregos ou até entre carreiras. Muito mais (ou muito menos) do que flexisegurança o que o legislador nos brindou foi com uma espécie de caricatura da mesma, uma 'flexiflexi'".

A Carta Social Europeia e o Comité Europeu dos Direitos Sociais

1. Em contexto de crise económico-financeira, assumiu centralidade um instrumento internacional regional aprovado no âmbito do Conselho da Europa: a Carta Social Europeia (CSE) ou a Carta Social Europeia Revista (CSER)[25], que passa a ser entendida como a "Constituição social Europeia"[26].

Em 2014, o Secretário-geral do Conselho da Europa, Thorbjorn Jagland, afirmou que uma das sete prioridades para o mandato relativo ao período 2014-2019 seria o fortalecimento do sistema normativo da CSE. Algumas semanas mais tarde, o "Processo de Turim" é lançado na Conferência de Alto Nível referente à CSE (realizada em Turim a 17 e 18 de outubro de 2014), em cooperação com as autoridades italianas (presidência italiana da União Europeia e município de Turim). Os principais objetivos consistem na reafirmação da relevância dos direitos sociais – eliminando as disparidades entre os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, por outro – em especial em tempos de crise, e na respetiva implementação através do fomento do diálogo e coordenação entre a CSE e o direito da UE.

Com efeito, na Conferência reconheceu-se que o período atual é marcado pela "perda de confiança no projeto europeu, que conduz a uma fuga para o nacionalismo e, em alguns casos, gera a convicção de que direitos e valores seriam melhor protegidos a nível nacional do que a nível europeu. Esta tendência é ainda mais pronunciada no campo social, uma vez que se propugna em vários domínios que a dimensão social representa uma mera variável de ajustamento económico. A conclusão foi a de que os direitos sociais ficam assim duplamente comprometidos: em primeiro lugar, devido ao desequilíbrio legal e institucional entre os sistemas de monitorização do respeito pelos direitos fundamentais na Europa e, em segundo lugar, devido ao impacto da crise, que levou à restrição de certos direitos ou ao desmantelamento das políticas destinadas à sua implementação"[27].

Seguiu-se a Conferência sobre o Futuro da Proteção dos Direitos Sociais na Europa, organizada em Bruxelas, nos dias 12 e 13 de fevereiro de 2015, sob a presidência Belga do Comité de Ministros do Conselho da Europa e a apresentação do "Documento de Bruxelas"[28], elaborado por um grupo de académicos sob a coordenação do Professor Jean-François Akandji-Kombé. Trata-se de um documento que sintetiza as principais propostas apresentadas e debatidas na Conferência com o objetivo de melhorar a proteção dos direitos sociais através da maior efetividade da CSE e encontra-se dividido em quatro partes, no seguimento da Conferência inicial de 2014: *i*) garantir os direitos sociais em tempos de crise; *ii*) assegurar a coerência da proteção dos direitos sociais fundamentais; *iii*) melhorar a eficácia da CSE; *iv*) maximizar as sinergias entre o Conselho da Europa e a UE em matéria de direitos sociais.

Este processo continua a desenvolver-se com a Conferência Interparlamentar sobre a CSE, organizada em Turim, em 17 de março de 2016, onde se debate o processo de ratificação da CSER e do Protocolo Adicional que prevê o sistema de reclamações coletivas, a aplicação dos direitos tutelados pela CSE ao nível nacional e os resultados da atividade do CEDS – a quem cabe interpretar e monitorizar o cumprimento da CSER[29] através do sistema de relatórios e do sistema de reclamações coletivas[30] –, com especial incidência nas políticas sociais "pós-crise".

2. A necessidade de reforçar o papel do CEDS é salientada desde o início do "Processo de Turim" com o escopo de "contribuir para colmatar a lacuna existente no Conselho da Europa em matéria de sistemas de monitorização do respeito pelos direitos fundamentais (...)"[31]. Com efeito, este órgão assumiu um papel preponderante durante a crise económico-financeira, sobretudo no âmbito do procedimento de reclamações coletivas, ao proferir várias decisões que consideraram incompatíveis com a CSE medidas nacionais "anticrise", muitas vezes impostas externamente como condições necessárias para a obtenção de ajuda financeira nos países intervencionados, como sucedeu com a Grécia[32]. Além do mais, esta jurisprudência do CEDS foi acolhida em países como Espanha para justificar

25 A CSE data de 1961, entrou em vigor em 1965, e foi objeto de uma profunda revisão em 1996. A CSER, além de incluir todos os direitos que constavam da versão original, veio ainda enriquecer este elenco com a previsão de mais direitos e a inclusão do Protocolo adicional de 1988.

26 Cf. MICHELE NICOLETTI, *High-Level Conference on the European Social Charter – General Report*, Turim, 17-18 de outubro de 2014, 4. Disponível em https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680 48acf8.

27 NICOLETTI, *op. cit.*, 3.

28 *Vd.* https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804 5ad98

29 Sobre o papel do CEDS, *vd.* JEAN MICHEL BERLOGEY, "La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation: le Comité européen des droits sociaux", *Revue de Droit Sanitaire et Social* 2 (2007): 226 ss.; JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBE, "Réflexions sur l'efficacité de la Charte Sociale Européenne à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010", *Revue de Droit du Travail* 4 (2011): 235 ss.; LUIS JIMENA QUESADA, "Profils juridictionnels et effectivité des décisions du Comité Européen des Droits Sociaux", in *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Dir. Diane Roman (Paris: Editions A. Pedone, 2012), 165 ss.; MARÍA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN, "La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales", *Trabajo y Derecho* 13 (2016):. 42 ss.

30 Sobre estes sistemas de monitorização, cfr., ainda, designadamente, JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBÉ, "L'application de la Charte Sociale Européenne: la mise en oeuvre de la procedure de reclamations collectives", *Droit Social* 9 (2000): 888 ss.; DAVID HARRIS, *The European Social Charter,* 2.ª ed. (Ardsley/Nova York: Transnational Publishers, 2001), 354 ss.; RAMÓN PRIETO SUÁREZ, "La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)", *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 11 (2008): 355 ss.; RAQUEL CARVALHO, "Os mecanismos de monitorização da CSER realizados pelo Comité Europeu de Direitos Sociais: o sistema de relatórios e o sistema de reclamações coletivas", Lex Social: Revista de los Derechos Sociales 7/1 extra (2017): 42 ss.

31 NICOLETTI, *op. cit.*, 3.

32 *V.g., Federation of Employed Pensioners of Greece* (IKA –ETAM) v. Grécia, Reclamação 76/2012, Decisão de mérito de 7/12/2012; *Panhellenic Federation of Public Service Pensioners* v. Grécia, Reclamação 77/2012, Decisão de mérito de 7/12/2012; *Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways* (I.S.A.P.) v. Grécia, Reclamação 78/2012, Decisão de mérito de 7/12/2012; *Panhellenic Federation of Pensioners of the Public Electricity Corporation* (POS-DEI.) v. Grécia, Reclamação 79/2012, Decisão de mérito de 7/12/2012; *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece* (ATE) v. Grécia Reclamação 80/2012, Decisão de mérito de 7/12/2012.

o afastamento de legislação social "de crise", apesar de este país só ter ratificado o Protocolo adicional à CSE que prevê o sistema de reclamações coletivas em 2021[33].

3. No que respeita a Portugal, a CSER foi aprovada para ratificação pela Resolução da AR 64-A/2001, de 21/09, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República 54-A/2001, referendado em 17/10. O instrumento de ratificação foi depositado em 30/05/2002 e entrou em vigor em 1/07/2002, apenas com as seguintes reservas: *i*) o art. 2.º, n.º 6, não é aplicável aos contratos cuja duração não exceda um mês ou aos que prevejam um período normal de trabalho semanal não superior a oito horas, bem como aos que tenham carácter ocasional e ou particular; *ii*) a vinculação ao art. 6.º, n.º 4, não afeta a proibição do lock out prevista no art. 57.º, n.º 4, da CRP.

Portugal aderiu igualmente ao Protocolo Adicional à CSE que regula o sistema de reclamações coletivas, tendo o mesmo sido aprovado para ratificação pela Resolução da AR 69/97, de 6/12, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República 72/97, referendado em 19/11/97. O instrumento de ratificação foi depositado em 20/03/1998 e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1/07/1998.

Surpreendentemente, o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica celebrado entre o XVIII Governo constitucional português e as organizações internacionais constitutivas da chamada "troika" (Fundo Monetário internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu), referido *supra*, ignorou a CSER. Com efeito, este documento previa, entre muitas outras medidas, um conjunto significativo de alterações legislativas em matéria de "mercado de trabalho", as quais deveriam ser realizadas "tendo em consideração as possíveis implicações constitucionais e respeitando as Directivas da UE e as normas fundamentais do trabalho (*core labour standards*)", mas não há qualquer referência à CSER...

33 Sobre esta jurisprudência espanhola, *vd.* SALCEDO BELTRÁN, "La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales", cit., 40-41, 45 e passim. A jurisprudência espanhola que aplica diretamente a CSE é também analisada por LUIS JIMENA QUESADA, "El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 29 (2014): 187 ss.

O Pilar Europeu dos Direitos Sociais

1. O contexto previamente descrito foi sofrendo alterações progressivas com a Comissão Europeia liderada por Jean-Claude Juncker que impulsionou o desenvolvimento do designado Pilar Europeu dos Direitos Sociais[34], adotado em 17 de novembro de 2017, na Cimeira Social para o Emprego Justo e o Crescimento que se realizou em Gotemburgo, com o escopo de dar um novo impulso ao desgastado "modelo social europeu"[35], superar as críticas ao défice social da UE[36] e contornar alguma da jurisprudência mais polémica do TJ[37].

O Pilar Europeu de Direitos Sociais foi aprovado através de dois documentos: a Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, de 26 de abril de 2017[38], e a subsequente Proclamação interinstitucional conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (2017/C 428/09)[39]. A Proclamação não corresponde a um ato legislativo, logo estamos perante um instrumento juridicamente não vinculativo, que corresponde antes a um compromisso político a ser concretizado através de ulteriores iniciativas legislativas[40].

2. O Pilar aparece estruturado em três capítulos (igualdade de oportunidades e acesso ao mercado de trabalho; condições de trabalho justas; proteção e inclusão sociais), que incluem cerca de vinte "princípios" fundamentais. A maioria já fazia parte do *acquis* da UE, conquanto o Pilar os desenvolva, clarificando o seu alcance em face da CDFUE[41], e acrescente pontualmente "princípios" com carácter inovador para "enfrentar os desafios decorrentes da evolução social, tecnológica e económica"[42].

Alguns destes princípios são inspirados pela CSE e permitem assegurar maior e melhor harmonização entre o direito da UE e o emanado pelo Conselho da Europa – como propôs o designado "Documento de Bruxelas" supramencionado – , em especial entre a CDFUE e a CSE[43]. Neste sentido, o Secretário-geral do Conselho da Europa advogava, em dezembro de 2016, a necessidade de se "colocar a Carta Social Europeia no centro ("au coeur") do Pilar Europeu dos Direitos Sociais" para a promoção de "um círculo virtuoso de crescimento partilhado e sustentável, evitando ao mesmo tempo o círculo vicioso do dumping social. O resultado será uma Europa não só mais próspera, mas também mais solidária e unida"[44].

Desta forma, potencia-se o desenvolvimento de uma base comum de valores e princípios partilhados a nível nacional, europeu e internacional com referência à CSE, reforçando as sinergias entre o direito social da UE e o direito social do Conselho da Europa, com as vantagens supramencionadas[45]. Concomitantemente, o facto de se proceder a uma sistematização dos princípios e direitos sociais que se integram no acervo social da UE atribui-lhes maior visibilidade e promove a sua ponderação regular no âmbito da governança económica e social da UE[46]. O Pilar apresenta, assim, condições para se tornar uma "plataforma para o desenvolvimento de uma efetiva União Social"[47].

3. Este contexto mais favorável à promoção dos direitos sociais também parecia ter influenciado a jurisprudência do TJ.

Com efeito, até 2018, a CDFUE parecia ser reduzida efetividade na proteção dos direitos laborais, por força, designadamente, da equívoca distinção entre "direitos" e "princípios" à luz do art. 52.º, n.º 5, da CDFUE[48].

Esta dicotomia permitiu ao TJ, por um lado, hesitar no reconhecimento de "obrigações positivas precisas" impostas às instituições da UE de promoção das garantias previstas na CDFUE, assim como recusar-se a avaliar a compatibilidade da legislação europeia derivada com a CDFUE[49].

34 *Vd.* Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões – COM (2016) 127 Final.

35 Vejam-se as declarações do Presidente da Comissão Europeia Juncker proferidas em 9 de setembro de 2015: "*We have to step up the work for a fair and truly pan-European labour market. (...) As part of these efforts, I will want to develop a European Pillar of Social Rights, which takes account of the changing realities of Europe's societies and the world of work. And which can serve as a compass for the renewed convergence within the euro area. The European Pillar of Social Rights should complement what we have already jointly achieved when it comes to the protection of workers in the EU. I will expect social partners to play a central role in this process. I believe we do well to start with this initiative within the euro area, while allowing other EUMember States to join in if they want to do so*".

36 ALBERTO ARUFE VARELA, "El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49 (2018): 35 ss., refere-se a este défice como o "pecado original" da UE e analisa o respetivo impacto nas sucessivas crises europeias, designadamente na crise financeira de 2008 a reboque da qual foi proferido o Pilar Europeu dos Direitos Sociais.

37 Assim, RALF ROGOWSKI, "The European employment strategy, the European Social Pillar and their impact on labour law reform in the European Union", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35 (2019): 297.

38 Publicada na série L do *Jornal Oficial da UE* em 29 de abril de 2017.

39 Publicado na série C do *Jornal Oficial da UE* em 13 de dezembro de 2017. O contraste entre a solenidade declarada do documento e a respetiva publicação na série C do Jornal Oficial foi assinalada com perplexidade por ARUFE VARELA, *op. cit.*, 33-34.

40 Para mais desenvolvimentos, cf. ARUFE VARELA, *op. cit.*, 53 ss.

41 Para mais desenvolvimentos, veja-se ARUFE VARELA, *op. cit.*, 46 ss.; OLIVIER DE SCHUTTER, *The European Pillar of Social Rights and the role of the European Social Charter in the European Union legal order* (Council of Europe Publications: Estrasburgo, 2019), 35 ss.

42 Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, considerando 14.

43 Cfr. DE SCHUTTER, *op. cit.*, 39 ss.

44 *Avis du Secrétaire Général du Conseil de l'Europesur l'initiative visant la mise en place d'un Socle européen des droits sociaux par l'Union européenne*, Estrasburgo, dezembro de 2016, 4, disponível em: https://rm.coe.int/16806dd0bd. Sobre esta aproximação das "duas Europas" em matéria social, *vd.* PETRO STANGOS, "Des synergies entre le droit de l'Union Européenne et la Charte Sociale européenne, à l'heure du Socle Europeen des Droits Sociaux", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales* 9, n.º 1 (2019): 110 ss.; DE SCHUTTER, *op. cit.*, 42 ss.

45 *Vd.* DE SCHUTTER, *ibidem.*

46 Nas palavras de RALF ROGOWSKI, *op. cit.*, 303: "It has the potencial for a progressive upgrading of 'the social within the economic' in the EU".

47 A afirmação é de RALF ROGOWSKI, *op. cit.*, 303.

48 Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, "A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia", in *Estudos de Direito da União Europeia*, 4.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2017), 161-163.

49 Nestes termos, explicando esta jurisprudência, DE SCHUTTER, *op. cit.*, 12 ss.

Adicionalmente, esta "distinção discutível entre os direitos fundamentais"[50] constituiu o principal obstáculo à eficácia horizontal dos direitos sociais previstos na CDFUE, uma vez que a sua concretização é realizada quase sempre através de diretivas e estas não produzem, só por si, efeitos diretos de exclusão ou substituição nas relações entre particulares[51]. Recorde-se a controversa decisão no caso *Association de Médiation Sociale* (AMS)[52] que envolveu o art. 27.º da CDFUE, tendo o TJ deliberado que "esse artigo da Carta não pode ser invocado num litígio entre particulares" para justificar o afastamento de uma disposição nacional que transpõe uma diretiva (no caso, a Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março) de forma incompatível com o direito da UE[53].

Só em 6 de novembro de 2018 é que foram proferidos os acórdãos nos casos *Bauer e outros* (proc. C-569/70 e apensos) e *Max Planck Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* (proc. C-684/16) que reconheceram eficácia horizontal ao direito a férias anuais remuneradas, protegido pelo art. 31.º, n.º 2, da CDFUE e, em consequência, obrigaram os órgãos jurisdicionais nacionais, na impossibilidade de interpretação conforme do direito interno (designadamente com o art. 7.º da Diretiva 2003/88), a afastar a norma nacional contrária por força da aplicação direta da CDFUE[54].

4. Assinale-se, contudo, que este otimismo relativamente ao Pilar Europeu dos Direitos Sociais está longe de ser consensual. Com efeito, a insistência no conceito de "flexigurança" e a dificuldade em criar soluções de *hard law* a partir deste instrumento (por ser problemático obter maiorias suficientes em face da multiplicidade de realidades socioeconómicas dos Estados-membros) suscitaram dúvidas legítimas quanto à probabilidade de este projeto ser conduzido a bom porto, na ausência de um "compromisso firme das instituições europeias para pôr em prática a continuação das medidas tendentes à obtenção de avanços efetivos no modelo social mediante uma convergência reforçada"[55].

5. Por isso, foi com alguma surpresa que, perante a ausência de acordo entre os parceiros sociais europeus no sentido de encetar negociações sobre estas matérias, assistimos à aprovação de duas novas diretivas baseadas no Pilar Europeu dos Direitos Sociais num processo mais rápido e fácil do que seria previsível[56].

A primeira foi a Diretiva 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia.

Seguiu-se a Diretiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, cuja aprovação foi ainda mais surpreendente se tivermos em conta o recente fracasso da tentativa de revisão da Diretiva 92/85/CEE, de 19 de outubro, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho.

Este último diploma e a respetiva transposição para o ordenamento jurídico português será o objeto da segunda parte deste estudo.

50 A expressão pertence a SILVANA SCIARRA, "Association de Médiation Sociale. El controvertido papel de los princípios fundamentales de la UE y el punto de vista de la legislación laboral", *Revista de Derecho Social* 68 (2014): 138.

51 Cf. ÉRIC CARPANO e EMMANUELLE MAZUYER "La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'Union", *Revue de Droit du Travail* 5 (2014): 320.

52 Ac. de 15 de janeiro de 2014, proc. C-176/12.

53 Sobre este caso, além da doutrina já citada nas notas anteriores, veja-se ainda PETRA HERZFELD OLSSON, "Possible shielding effects of article 27 on workers' rights to information and consultation in the EU charter of fundamental rights", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32/2 (2016): 259 ss.; SOFIA OLIVEIRA PAIS, "Breves reflexões sobre a articulação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com a Convenção Europeia dos Direito do Homem e com a Carta Social Europeia", in *Estudos de Direito da União Europeia*, 4.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2017), 177 ss.

54 Esta jurisprudência foi ao encontro do que já tinha sido entendido, alguns meses antes (em 17 de abril de 2018), no caso Vera Egenberger (proc. C-414/16), em o TJ decidiu que "um órgão jurisdicional nacional ao qual tenha sido submetido um litígio que opõe dois particulares está obrigado, quando não lhe seja possível interpretar o direito nacional de maneira conforme com o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2000/78, a assegurar, no âmbito das suas competências, a proteção jurídica que decorre para os litigantes dos artigos 21.º e 47.º da Carta e a garantir o pleno efeito desses artigos, se necessário afastando a aplicação de qualquer disposição nacional contrária". Todavia, apesar de o problema também ser colocado ao nível das relações laborais – estava em causa a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional – aqui estavam em causa normas da CDFUE inseridas no Título III (Igualdade) e no Título VI (Justiça) e não no problemático Título IV (Solidariedade).

55 Cf. MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA, "El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿nos ponemos serios?, *Trabajo y Derecho* 24, (2016): 12 ss. No mesmo sentido, também KLAUS LÖRCHER e ISABELLE SCHÖMANN, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals* (Bruxelas: ETUI, 2016): 20 ss. e *passim.*

56 Outra das inovações decorrentes do Pilar consistiu na criação da Autoridade Europeia do Trabalho. Cf. RALF ROGOWSKI, *op. cit*., 297.

A Diretiva 2019/1158 relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores: uma Diretiva abrangente e promotora da igualdade de género

1. A Diretiva 2019/1158 assenta nos princípios 2 (Igualdade de género) e 9 (Equilíbrio entre vida profissional e pessoal) do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, correspondendo, igualmente, ao desenvolvimento do Compromisso Estratégico da UE para a Igualdade de Género (2016-2019).

Retomando a ideia supramencionada referente à convergência entre a CSE e o Pilar, cumpre salientar que um dos princípios do Pilar que encontrou inspiração na CSE foi precisamente o princípio 9, referente ao equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada. Com efeito, se compararmos o art. 27.º da CSER[57] com o art. 33.º, n.º 2, da CDFUE[58], verificamos que o primeiro tem um âmbito subjetivo mais amplo: abarca genericamente os trabalhadores com responsabilidades familiares enquanto o segundo se limita à proteção da parentalidade[59]. O Pilar foi ao encontro da CSE, consagrando um princípio aplicável não só aos trabalhadores com filhos a cargo, mas também com outros familiares dependentes, e nessa medida introduz um regime inovatório em relação ao direito da UE preexistente[60].

2. É certo que esta Diretiva se baseia nas regras estabelecidas na anterior Diretiva 2010/18/UE, que implementou o Acordo-Quadro revisto sobre a licença parental celebrado pelos parceiros sociais europeus (que, por sua vez, revogou a Diretiva 96/34/CE)[61], mas vai muito além dos anteriores textos cujo objetivo se restringia, principalmente, à regulamentação de uma "licença parental" estrita. Assim, o novo diploma, por um lado, amplia o leque de beneficiários dos direitos nela consagrados a favor dos cuidadores. Por outro lado, assinala a ligação óbvia existente entre igualdade de género e conciliação.

Na verdade, a Diretiva 96/34 já tinha dado início à autonomização do tema da conciliação entre a vida profissional e familiar em relação ao tema da proteção das mulheres grávidas, puérperas e lactantes. A abordagem também foi bastante diferente da adotada pela Diretiva 92/85/CEE relativa à licença de maternidade (a chamada abordagem da "exceção"[62]), "porque foi reconhecido o papel de ambos os progenitores na conciliação da vida familiar e profissional, principalmente pela construção da licença como um direito individual e, em princípio, intransferível de cada progenitor"[63]. A subsequente Diretiva 2010/18 reforçou essa perspetiva, mas foi claramente insuficiente. Por um lado, não forneceu incentivos suficientes para que os homens assumissem uma parte igual das responsabilidades de cuidado e, por outro lado, não assumiu explicitamente que uma participação equilibrada de mulheres e homens na vida profissional e familiar é uma condição material para se alcançar a igualdade de género no trabalho (a abordagem "integrada"[64]).

Portanto, a nova designação ampla da Diretiva 2019/1158 ("conciliação entre vida profissional e familiar para pais e responsáveis") deve ser elogiada, bem como a formalização explícita, no art. 1.º, do vínculo entre conciliação e igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho.

57 Sob a epígrafe "Direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares à igualdade de oportunidades e de tratamento", estabelece-se: "Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades familiares, e entre estes trabalhadores e os outros trabalhadores, as Partes comprometem-se: 1) A tomar medidas apropriadas: a) Para permitir aos trabalhadores com responsabilidades familiares entrar e permanecer na vida ativa ou regressar a ela após uma ausência devida a essas responsabilidades, incluindo medidas no domínio da orientação e da formação profissionais; b) Para ter em conta as suas necessidades no que respeita às condições de emprego e à segurança social; c) Para desenvolver ou promover serviços, públicos ou privados, em particular os serviços de guarda de crianças durante o dia e outras formas de guarda; 2) A prever a possibilidade de cada um dos pais, durante um período posterior à licença de maternidade, obter uma licença parental para acompanhamento de um filho, cuja duração e condições serão fixadas pela legislação nacional, pelas convenções coletivas ou pela prática; 3) A assegurar que as responsabilidades familiares não possam, como tais, constituir motivo válido de despedimento".

58 Sob a epígrafe "Vida familiar e vida profissional", preconiza-se: "1. É assegurada a proteção da família nos planos jurídico, económico e social. 2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção".

59 Assim, DE SCHUTTER, *op. cit.*, 39 ss.

60 Cf. Comissão Europeia, SWD(2018) 67 final, de 13 de março de 2018 (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee monitoring the implementation of the European Pillar of Social Rights), p. 45: "The principle goes beyond existing EU law by providing rights for all people in employment with caring responsibilities. It will hence also apply to people in employment who are not parents, but who may, for example, care for elderly or disabled family members".

61 Diretiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de março, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BUSINESSEUROPE, a UEAPME, o CEEP e a CES, a qual revogou a predecessora Diretiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de junho, relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES.

62 Nesta abordagem, as disposições referentes à maternidade são encaradas como uma exceção ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Para mais desenvolvimentos, *vd.* MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "Reconciling family and professional life and the gender equality principle in employment", *European Gender Equality Law Review* 2 (2009): 10 ss.

63 Assim, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "The implementation of the Parental Leave Directive 2010/18/EU, with reflections on a harmonized approach to the maternity and parental leave" (Research Paper elaborado para o Parlamento Europeu, Bruxelas, novembro de 2015), 9.

64 Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ult. op. cit.*, 29 ss.

3. No entanto, a nova Diretiva não vai tão longe a ponto de determinar que a discriminação com base na conciliação deve ser considerada discriminação em função do sexo ou do género, quando, de facto, se as responsabilidades de cuidado não forem igualmente partilhadas por ambos os progenitores, esta divisão desequilibrada potencia práticas discriminatórias, diretas e indiretas, no acesso ao emprego e no local de trabalho[65]. Apesar disso, a presente diretiva alarga o conceito de conciliação, reforça os direitos de conciliação existentes, introduz novos direitos e contribui fortemente para a construção de uma perspetiva integrada das questões da igualdade de género e do equilíbrio entre a vida profissional e a vida familiar.

65 Com este entendimento, MARIA AMPARO BALLESTER PASTOR, "La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* 38 – II (2017): 73 ss.

O potencial impacto da Diretiva 2019/1158 no ordenamento jurídico português

1. Muitos dos aspetos regulados na Diretiva 2019/1158 já encontram respaldo na legislação nacional, pelo que várias das novidades introduzidas por este diploma não carecem de implementação formal, uma vez que o enquadramento português já ultrapassa as disposições mínimas impostas pela legislação da UE.

É o que sucede com a licença de paternidade, as faltas ao trabalho por motivo de força maior[66], a proteção contra o despedimento, práticas discriminatórias e formas de tratamento ou consequências desfavoráveis[67].

Outros direitos regulados pelo diploma europeu carecem de transposição total ou parcial para a ordem jurídica portuguesa, como veremos, conquanto, em alguns aspetos, a sua regulação nacional ultrapasse, também aqui, os limiares mínimos impostos pela Diretiva. O prazo de transposição termina, para a maioria das suas disposições, em 2 de agosto de 2022[68].

Neste estudo, iremos centrar a análise nas licenças e nos regimes de trabalho flexíveis.

2. Como foi referido, a licença de paternidade (art. 4.º da Diretiva), designada, entre nós, como licença parental exclusiva do pai e regulada no art. 43.º do Código do Trabalho, está em conformidade com o disposto na Diretiva, consagrando, aliás, um nível de proteção superior ao exigido por esta.

A licença parental exclusiva do pai encontra-se dividida numa parte cujo gozo é obrigatório, correspondente a 20 dias úteis, e noutra de gozo facultativo correspondente a 5 dias úteis[69]. A parte obrigatória deve ser gozada nas seis semanas seguintes ao nascimento da criança, ou seja, no período correspondente ao gozo da licença parental exclusiva da mãe (art. 41.º do Código do Trabalho), também ela obrigatória. Acresce que cinco dos 20 dias úteis consecutivos devem ser gozados imediatamente a seguir ao nascimento da criança. A parte facultativa deve ser gozada, de forma seguida ou interpolada, em simultâneo com o gozo da licença parental inicial por parte da mãe. Por sua vez, em caso nascimentos múltiplos, acrescem dois dias por cada gémeo além do primeiro.

Estamos, portanto, perante um regime mais favorável do que a licença de paternidade de 10 dias úteis prevista na Diretiva. O caráter obrigatório de parte da licença deve ser encarado como uma medida de ação positiva destinada a promover o envolvimento do pai nas tarefas de cuidado no recém-nascido em prol de uma melhor repartição das responsabilidades familiares[70].

Também o âmbito de aplicação previsto pelo diploma europeu, ao incluir nos beneficiários da licença, "na medida em que seja reconhecido pela legislação nacional, um segundo progenitor equivalente", é assegurado pelo art. 33.º-A do Código do Trabalho. De acordo com este preceito, introduzido pela Lei 90/2019, de 4 de setembro, "[t]odas as referências feitas na presente subsecção à mãe e ao pai consideram-se efetuadas aos titulares do direito de parentalidade, salvo as que resultem da condição biológica daqueles".

O direito à licença de paternidade não se encontra sujeito a períodos de trabalho ou a um requisito de antiguidade e é atribuído independentemente do estado civil ou da situação familiar do trabalhador, em conformidade com o disposto na Diretiva, desde que não se encontre impedido ou inibido totalmente do exercício do poder paternal (art. 35.º, n.º 2, do Código do Trabalho).

No que respeita aos seus efeitos, esta licença é considerada trabalho efetivo, exceto no que respeita à retribuição (art. 65.º do Código do Trabalho), beneficiando o trabalhador, em alternativa, de uma prestação social (subsídio parental inicial exclusivo do pai) correspondente a 100 % da remuneração de referência do beneficiário (arts. 15.º e 31.º do DL 91/2009).

Esta equiparação a trabalho efetivo assegura que os direitos adquiridos ou em fase de aquisição pelos trabalhadores à data em que tem início a licença devem ser mantidos até ao termo da mesma, tal como é imposto pelo art. 10.º da Diretiva. Esclarece, ainda, o art. 65.º, n.º 3, do Código do Trabalho que a licença suspende o gozo das férias, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo (mesmo que tal se verifique no ano seguinte), não prejudica o tempo já decorrido de estágio ou ação ou curso de formação, devendo o trabalhador cumprir apenas o período em falta para o completar, e adia a prestação de prova para progressão na carreira profissional, a qual deve ter lugar após o termo da licença. Com o término da licença, o trabalhador tem direito a retomar a atividade contratada (art. 65.º, n.º 5, do Código do Trabalho). Apesar de não encontrarmos, entre nós, uma referência expressa ao direito a "beneficiar de quaisquer melhorias nas condições de trabalho a que teriam tido direito se não tivessem gozado a licença" (art. 10.º, n.º 2, da Diretiva), a referida equiparação a trabalho efetivo, realizada pelo art. 65.º do Código do Trabalho, impõe tal interpretação.

66 Cfr. Arts. 49.º, 50.º, 65.º e 252.º do Código do Trabalho, assim como a proteção social conferida pelos arts. 19.º, 21.º, 35.º e 37.º da Lei 91/2009 de 9 de abril, que consagra o regime jurídico de proteção social na parentalidade.

67 O nosso enquadramento constitucional (art. 53.º CRP) impõe a proteção dos trabalhadores nestes domínios, obstando ao despedimento e a qualquer tratamento desfavorável baseado no exercício dos direitos previstos na Diretiva, regime decorrente do conceito exigente de justa causa para despedimento disciplinar (art. 351.º do Código do Trabalho), cujo ónus da prova recai sobre o empregador nos termos gerais, acompanhado de um procedimento disciplinar detalhado (arts. 353.º e seguintes do Código do Trabalho), a par de um regime de sanções abusivas e presunção das mesmas (art. 331.º do Código do Trabalho) suscetível de tutelar estas situações. Na reforma de 2019, o art. 35.º-A do Código do Trabalho reforçou a proibição de discriminação pelo exercício dos direitos de maternidade e paternidade, proteção que deverá ser alargada a todos os cuidadores.

68 Como será oportunamente referido, o prazo de transposição do art. 8.º terminará somente em 2 de agosto de 2024.

69 A versão em vigor descrita no texto decorre da alteração operada pela Lei 90/2019, de 4 de setembro, que aumentou a parte de gozo obrigatório da licença de 15 para 20 dias úteis.

70 JÚLIO GOMES e CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, "Portugal", in *International Encyclopaedia of Laws: Labour Law and Industrial Relations*, ed. Frank Hendrickx (Netherlands: Kluwer Law International, 2011), 25; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, PETRA FOUBERT e SUSANNE BURR, *The Implementation of the Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries* (Bruxelas: Gender Equality Network of the EC — European Commission, 2015), 11.

3. A licença parental complementar regulada no art. 51.º do Código do Trabalho corresponde à licença parental prevista no art. 5.º da Diretiva 2019/1158[71].

A licença parental complementar visa a prestação de assistência a filho ou adotado com idade não superior a seis anos, ou seja, pode ser utilizada até ao dia em que o menor perfaz seis anos[72]. O legislador português optou por fixar o limiar da idade do menor abaixo do limite máximo de 8 anos permitido pela Diretiva 2010/18/UE (cláusula 2.ª) — limiar que se manteve na Diretiva 2019/1158 (art. 5.º) — , o que se afigura como uma opção de bondade discutível quando se pretende promover a proteção da parentalidade e a repartição de responsabilidades parentais.

Beneficiam deste regime não só os progenitores (pai e mãe), mas também o(s) adotante(s), o tutor, a pessoa a quem foi deferida a confiança judicial ou administrativa do menor, bem como os respetivos cônjuges ou pessoas com quem vivem em união de facto, desde que residam com o menor (art. 64.º). O trabalhador não pode, obviamente, estar impedido ou inibido de exercer o poder paternal (art. 35.º, n.º 2). A recente alteração realizada pela Lei 90/2019 introduziu um novo art. 33.º-A, mencionado *supra* a propósito da licença por paternidade, o qual clarifica que as referências feitas, na subseção do Código do Trabalho relativa à parentalidade, à mãe e ao pai "consideram-se efetuadas aos titulares do direito de parentalidade, salvo quando resultem da condição biológica daqueles", potenciando, acertadamente, a respetiva aplicação a casais do mesmo sexo. O legislador português correspondeu, assim, ao desafio lançado pela legislação da UE de "conceder o direito à licença parental a todos os trabalhadores que exerçam responsabilidades parentais de acordo com os sistemas jurídicos nacionais" (considerando 21 da Diretiva 2019/1158).

A licença parental pode assumir quatro configurações diversas: *a*) o gozo de três meses seguidos de licença (a designada licença parental alargada); *b*) ou, em alternativa, trabalho a tempo parcial durante 12 meses[73], com um período normal de trabalho igual a metade do tempo completo; *c*) ou a conjugação, de modo intercalado, das duas modalidades anteriores, desde que a soma total do período de ausência e de redução do tempo de trabalho seja igual aos períodos normais de trabalho de três meses; *d*) finalmente, por IRCT, pode ainda prever-se uma última alternativa em que a licença parental complementar se traduz em ausências interpoladas ao trabalho com a duração igual aos períodos normais de trabalho de três meses. Desta forma, o legislador nacional foi ao encontro do pretendido pelo legislador europeu que, na Diretiva 2019/1158, procura promover formas flexíveis de gozo desta licença (art. 5.º).

Todavia, o cumprimento da legislação da UE não é claro, uma vez que a modalidade de licença parental padrão (licença parental alargada) não atinge a duração de quatro meses, conforme estava já determinado na anterior Diretiva 2010/18. Alguma doutrina considera que não há incumprimento do diploma da UE, uma vez que existem na ordem jurídica portuguesa várias modalidades de licença parental ou de licença para assistência a filho (arts. 52.º e 53.º do Código do Trabalho) que podem ser gozadas sucessivamente e que, em conjunto, "excedem em muito a duração mínima da licença parental, conforme estabelecido na Diretiva"[74]. Essa visão é, em nossa opinião, discutível. Por um lado, a Diretiva (art. 5.º, n.º 6) refere-se apenas a "formas flexíveis" de gozar a licença parental como um direito reconhecido aos trabalhadores e não como uma obrigação a impor ao trabalhador. No caso português, se o trabalhador optar pela modalidade padrão de licença parental complementar, só poderá gozar três meses de licença. Por outro lado, é verdade que, ulteriormente, terão a possibilidade de gozar outra licença para assistência a filho, mas o seu regime não é tão favorável aos trabalhadores como o aplicável à licença parental complementar, desde logo porque não é equipada a trabalho efetivo com todas as consequências daí decorrentes[75].

Havendo dois titulares deste direito, eles podem, em princípio, exercê-lo simultaneamente, ou, então, de forma alternada ou sucessiva. Contudo, se tiverem o mesmo empregador e pretenderem exercê-lo em simultâneo, aquele pode adiar a licença de um deles, desde que se verifiquem "exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço" e seja fornecida, por escrito, a respetiva fundamentação (art. 51.º, n.º 3). Não é, todavia, admitida, a cumulação por um dos progenitores do direito do outro, assumindo assim o legislador nacional, em toda a sua plenitude, a configuração europeia desta licença como correspondendo a um direito pessoal e intransmissível do(a) trabalhador(a) (cf. n.º 2 do art. 51.º), com o intuito de promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres através de uma repartição mais equitativa das tarefas laborais e familiares[76]. Nestes termos, se um dos progenitores optar por não exercer este direito, o mesmo perde-se, uma vez que não pode ser acumulado pelo outro.

Quanto aos respetivos efeitos, a licença parental complementar não implica a perda de qualquer direito, sendo considerada como prestação efetiva de trabalho para todos os efeitos, exceto quanto à retribuição (art. 65.º, al. f)). A perda de retribuição poderá ser parcialmente compensada através de um subsídio suportado pela segurança social correspondente a 25% da remuneração de referência, ao qual, porém, o(a) trabalhador(a) terá apenas direito no caso de optar pela modalidade de licença parental alargada e desde que a goze imediatamente após o período de licença parental inicial (ou de adoção) ou do período de licença parental alargada do outro progenitor (arts. 16.º e 33.º do DL 91/2009).

Será neste domínio que se fará sentir o maior impacto prático da transposição da Diretiva 2019/1158, uma vez que a aplicação do n.º 3 do respetivo art. 8.º obrigará o legislador português a alargar o subsídio a todas as licenças parentais complementares, independentemente do momento em que os progenitores delas decidam usufruir. Apesar disso, o recuo verificado em relação à proposta da Diretiva — que previa o pagamento de quatro meses (agora reduzido para dois meses[77]) com um montante equivalente, no mínimo, ao valor devido em caso de doença — irá reduzir consideravelmente o seu impacto na legislação nacional. É verdade que, de acordo com a Diretiva 2019/1158, o nível de subsídio previsto para o período mínimo não transferível de licença parental deve ser fixado "de forma a facilitar o gozo da licença parental por ambos os progenitores" (art. 8.º, n.º 3), tendo em conta que "o gozo da licença

71 Como foi mencionado *supra*, esta licença foi regulamentada, inicialmente, pela Diretiva 96/34/CE, diploma substituído pela Diretiva 2010/18/UE recentemente revogada pela Diretiva em análise.

72 Este é o entendimento da CITE (cf. http://cite.gov.pt/). Na jurisprudência, no mesmo sentido, *vd.* Ac. do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 8 de abril de 2016, proc. 03156/15.4BEBRG.

73 Este período foi alargado pelo Código do Trabalho de 2003 em relação à lei anterior (art. 17.º da Lei 4/84, de 5/04) que consagrava apenas 6 meses.

74 PALMA RAMALHO, FOUBERT e BURRI, *op. cit.*, 10.

75 No que respeita aos efeitos da licença para assistência a filho, o n.º 6 do art. 65.º aplica-lhe os efeitos decorrentes da suspensão do contrato de trabalho, ou seja, suspendem-se os direitos, deveres e garantias que pressuponham a efetiva prestação de trabalho, onde naturalmente se inclui a retribuição, embora com salvaguarda dos benefícios complementares de assistência médica e medicamentosa. Diferentemente da licença parental complementar, não é considerada como prestação efetiva de trabalho para todos os efeitos (exceto quanto à retribuição), com consequências a nível do respetivo regime jurídico (*v.g.*, férias).

76 Note-se que a Diretiva 2010/18/EU estabelecia, na cláusula 2.ª, n.º 2, que a licença devia ser concedida, em princípio, numa base não transferível. Todavia, acabava por autorizar diferentes regulamentações ao nível nacional, desde que fosse assegurada a intransferibilidade de apenas um dos quatro meses de duração da licença. A Diretiva 2019/1158 aumentou o período intransferível para dois meses (art. 5.º, n.º 2), ficando aquém do objetivo avançado na proposta que pretendia alargar este regime à duração total de quatro meses.

77 O qual corresponde, como mencionado *supra*, ao período mínimo não transferível, em vez dos quatro meses previstos na proposta.

parental conduz frequentemente a uma perda de rendimento familiar e que a pessoa da família com maiores rendimentos só pode gozar a licença parental se for suficientemente bem remunerada, tendo em vista a manutenção de um nível de vida decente" (considerando 31). No entanto, a questão que permanece é se 25% do salário médio do trabalhador preenche esses critérios[78]... De qualquer forma, a norma da Diretiva que consagra este direito beneficia de um prazo de transposição alargado em relação às restantes disposições do diploma, podendo ser transposta até 2 de agosto de 2024.

A equiparação a trabalho efetivo prevista no art. 65.º, n.º 1, al. f), do Código do Trabalho assegura que os direitos adquiridos ou em fase de aquisição pelos trabalhadores à data em que tem início a licença devem ser mantidos até ao termo da mesma, tal como é imposto pelo art. 10.º da Diretiva, à semelhança do que foi referido *supra* a propósito da licença de paternidade[79]. Com o término da licença, o trabalhador tem direito a retomar a atividade contratada (art. 65.º, n.º 5, do Código do Trabalho), valendo neste contexto as considerações tecidas *supra* sobre o reconhecimento de "quaisquer melhorias nas condições de trabalho a que teriam tido direito se não tivessem gozado a licença" (art. 10.º, n.º 2, da Diretiva); ou seja, a referida equipação a trabalho efetivo, realizada pelo art. 65.º do Código do Trabalho, impõe tal interpretação.

4. O envelhecimento da população europeia, o consequente aumento de problemas de saúde relacionados com a idade e o previsível incremento das necessidades de cuidado justificaram a inclusão na Diretiva de uma nova licença de cuidador (art. 6.º), conquanto a mesma seja modesta, como veremos.

Este preceito da Diretiva deverá ter um impacto visível e positivo no ordenamento jurídico português, dado que este apenas prevê o direito a faltas justificadas para assistência "inadiável e imprescindível" a membros do agregado familiar (art. 252.º do Código do Trabalho)[80]. Na realidade, Portugal aprovou recentemente um novo regime aplicável ao cuidador informal (Estatuto do cuidador informal), mas as implicações laborais dessa função para o "cuidador informal não principal"[81] foram deixadas para regulamentação ulterior (art. 14.º da Lei 100/2019, de 6 de setembro). Entretanto — enquanto se procede à identificação das medidas legislativas necessárias para reforçar a proteção laboral dos cuidadores informais não principais e à correspondente aprovação de legislação específica — o art. 13.º da Portaria 2/2020, de 10 de janeiro, considerou temporariamente aplicável "o regime da parentalidade previsto no Código do Trabalho aos titulares dos direitos de parentalidade a quem seja reconhecido o estatuto de cuidador informal não principal". Não obstante, esta referência geral é bastante ambígua e não parece adicionar proteção suplementar[82].

5. De acordo com o art. 3.º, al. f), da Diretiva 2019/1158, por "regimes de trabalho flexível" entende-se "a faculdade de os trabalhadores adaptarem os seus ritmos de trabalho, nomeadamente pela utilização de regimes de teletrabalho, horários de trabalho flexíveis ou uma redução das horas de trabalho".

Em Portugal, os trabalhadores têm o direito legal de ajustar os seus padrões de tempo de trabalho, mediante pedido, para efeitos de conciliação, recorrendo a todos os regimes de trabalho flexível mencionados na Diretiva, embora nem todos cumpram o disposto no art. 9º do diploma europeu[83], pelos motivos que serão oportunamente referidos. Vejamos.

Em primeiro lugar, um trabalhador com um filho menor de 12 anos (ou independentemente da idade se for deficiente ou com doença crónica) tem o direito de trabalhar a tempo parcial (art. 55.º do Código do Trabalho)[84]. Esta modificação do período normal de trabalho é temporária. Pode durar até dois anos ou ser prorrogada até três anos no caso de terceiro filho ou mais, ou mesmo até quatro anos no caso de filho com deficiência ou doença crónica. O trabalho a tempo parcial é subsidiário da licença parental, visto que uma das modalidades desta, conforme referido anteriormente, é o trabalho a tempo parcial até 12 meses e o seu regime é mais favorável ao trabalhador. Além disso, o pedido só é admissível se ambos os progenitores exercerem uma atividade profissional[85]. No caso de ambos os pais serem trabalhadores e, consequentemente, igualmente habilitados a trabalhar a tempo parcial, podem decidir que apenas um deles irá beneficiar deste regime ou que que ambos irão trabalhar a tempo parcial de forma sequencial, mas nunca simultaneamente. Durante o período de trabalho a tempo parcial, o trabalhador não pode exercer atividade profissional incompatível com a sua finalidade. O trabalhador tem o direito de retomar

78 Em 2018, o salário médio mensal em Portugal correspondia EUR 970,4, de acordo com os dados do GEP/MSESS, MTSSS (PORDATA). Cf. https://www.pordata.pt/Portugal/Salário+médio+mensal+dos+trabalhadores+por+conta+de+outrem+remuneração+base+e+ganho-857

79 Menos evidente é a aplicabilidade à licença parental complementar do disposto no art. 65.º, n.º 3, do Código do Trabalho, segundo o qual a licença suspende o gozo das férias, devendo os dias remanescentes ser gozados após o seu termo, não prejudica o tempo já decorrido de estágio ou ação ou curso de formação, devendo o trabalhador cumprir apenas o período em falta para o completar, e adia a prestação de prova para progressão na carreira profissional, a qual deve ter lugar após o termo da licença. Com efeito, do confronto entre o proémio do n.º 3 e do n.º 4 parece resultar que só o último número é aplicável à licença parental complementar, referindo-se o n.º 3 apenas às modalidades de licença parental elencadas no art. 39.º. Contudo, no que respeita às férias suspensas pelo gozo de licença parental complementar, a CITE (Parecer 97/CITE/2016) entendeu, a nosso ver acertadamente, que a trabalhadora tem direito a marcar as mesmas imediatamente a seguir ao gozo da licença. Note-se, porém, que no caso em análise esta licença foi gozada de forma sequencial com a licença parental inicial. Resta saber se este entendimento se manterá nos casos em que tal não sucede.

80 "O trabalhador tem direito a faltar ao trabalho até 15 dias por ano para prestar assistência inadiável e imprescindível, em caso de doença ou acidente, a cônjuge ou pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador, parente ou afim na linha recta ascendente ou no 2.º grau da linha colateral". Adita o n.º 2 que "Ao período de ausência previsto no número anterior acrescem 15 dias por ano, no caso de prestação de assistência inadiável e imprescindível a pessoa com deficiência ou doença crónica, que seja cônjuge ou viva em união de facto com o trabalhador". Por sua vez, o n.º 3 esclarece que "No caso de assistência a parente ou afim na linha recta ascendente, não é exigível a pertença ao mesmo agregado familiar".

81 O cuidador informal principal não pode exercer atividade profissional remunerada ou outro tipo de atividade incompatível com a prestação de cuidados permanentes à pessoa cuidada (art. 5.º da Portaria n.º 2/2020).

82 Como explicou a APAV (*Estatuto do Cuidador Informal - Resumo e comentários à Lei n.º 100/2019 que aprova o estatuto do cuidador informal e portarias que o regulamentam*, 19, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatuto_Cuidador_Informal.pdf), "[e]sta disposição é desnecessária, precisamente porque aqueles que são titulares dos direitos de parentalidade beneficiavam já do regime de parentalidade". Teria sido mais benéfico alargar "este regime a outros cuidadores informais não principais que não são titulares de direitos de parentalidade, como por exemplo, cônjuges ou descendentes de pessoas idosas que carecem da prestação de cuidados. Para a APAV a falta de alteração das disposições do Código do Trabalho, que não foram levadas a cabo nem pelo Estatuto do Cuidador Informal nem pela Portaria 2/2020, impedem a efectivação dos direitos dos/as cuidadores/as. Tais alterações passando o Código a contemplar, por exemplo, licenças para apoiar ascendentes, são fundamentais para assegurar o verdadeiro equilíbrio entre a tarefa de cuidar e a vida profissional de quem cuida".

83 Nos termos do n.º 1 deste preceito: "Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os trabalhadores, com filhos até uma determinada idade, de pelo menos oito anos, e os cuidadores tenham o direito de solicitar regimes de trabalho flexíveis para poderem ocupar-se da prestação de cuidados. A duração dos regimes de trabalho flexíveis pode estar subordinada a uma limitação razoável."

84 No que respeita aos respetivos beneficiários, aplica-se aqui *ipsis verbis* o referido a propósito da licença parental complementar (art. 64.º, al. e)).

85 Ou, em alternativa, se o outro progenitor estiver impedido ou inibido totalmente do exercício do poder paternal.

o trabalho a tempo completo no final do período acordado.

Em segundo lugar, e em alternativa, os trabalhadores têm direito a um horário flexível nas mesmas condições que lhes permitem solicitar o trabalho a tempo parcial (art. 56.º do Código do Trabalho)[86]. Este regime de trabalho flexível é, no entanto, mais solicitado na prática do que o trabalho a tempo parcial, uma vez que os baixos salários portugueses não permitem que a maioria das famílias sobreviva com a retribuição correspondente ao tempo parcial[87]. As principais diferenças de regime dizem respeito à eliminação de alguns dos requisitos exigidos para a passagem a tempo parcial: não há limite máximo para a duração do regime de horário flexível para além do limite etário da criança[88]; o outro progenitor pode ter ou não uma atividade profissional; e ambos os progenitores podem beneficiar simultaneamente do regime de horário flexível.

Em ambos os casos, não é necessário nenhum período de trabalho ou antiguidade mínima. Sem prejuízo deste regime mais vantajoso do que o que é imposto pela Diretiva — uma vez que esta autoriza os Estados-Membros a condicionarem a respetiva constituição do "direito de pedir regimes de trabalho flexíveis" à "existência de períodos de trabalho ou de períodos de antiguidade não superiores a seis meses" — , a elevada proteção conferida a estes dois institutos no ordenamento jurídico nacional decorre do facto de a recusa do empregador[89] só ser lícita se tiver por fundamento razões imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou à impossibilidade de substituição do trabalhador (se este for indispensável)[90] e a CITE der um parecer prévio favorável[91]. Na hipótese de o parecer da CITE ser desfavorável, a recusa do empregador só pode operar através de decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, em paralelo com o que sucede em matéria de proteção de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador em gozo de licença parental em caso de despedimento (*vd.* art. 63.º do Código do Trabalho). Também neste ponto se define um regime que ultrapassa significativamente a proteção mínima prevista no n.º 2 do art. 9.º da Diretiva.

A idade do menor (12 anos) vai além do limite etário mínimo de oito anos previsto na Diretiva.

Porém, estas previsões do Código do Trabalho terão de abranger igualmente os cuidadores para uma adequada transposição do diploma da UE. O âmbito subjetivo do art. 9.º da Diretiva 2019/1058 não é respeitado, uma vez que as disposições de trabalho flexível reguladas no Código do Trabalho não se aplicam a todos os "cuidadores", descritos no art. 3.º, n.º 1, al. d), da Diretiva como os trabalhadores que prestam "cuidados pessoais ou apoio a um familiar ou a uma pessoa que vive no mesmo agregado familiar que o trabalhador e que necessita de cuidados ou de assistência significativos por uma razão médica grave".

Por último, é também importante referir a possibilidade de teletrabalho reconhecida pelo art. 166.º, n.º 3, do Código do Trabalho. Com efeito, em regra, a passagem para esta modalidade contratual carece do acordo das partes, podendo tal mudança operar por período determinado ou a título definitivo[92]. Esse acordo está sujeito a forma escrita (art. 166.º, n.ºs 1 e 5).

Contudo, o Código do Trabalho prevê situações em que a mudança para o regime de teletrabalho corresponde a um direito potestativo do trabalhador. Em particular, com relevância para o objeto deste estudo, quando o trabalhador tenha filho com idade até aos três anos[93] (art. 166.º, n.ºs 3 e 4)[94]. Este direito — criado pela Lei 120/2015, de 1 de setembro, que procedeu à nona alteração ao Código do Trabalho — acaba, todavia, por ver o seu potencial limitado em consequência dos requisitos restritivos que o condicionam. Vejamos.

Desde logo, em face do elemento sistemático, tal mudança parece ser exclusiva das situações subsumíveis ao conceito circunscrito de teletrabalho à luz do disposto no art. 165.º Ou seja, é necessária a verificação dos dois elementos cuja combinação caracteriza o tipo contratual "teletrabalho": nas palavras de LEAL AMADO, "o elemento *geográfico ou topográfico* (trabalho realizado à distância) e o *elemento tecnológico ou instrumental* (recurso a tecnologias de informação e comunicação)"[95]. A falta da componente nuclear tecnológica impede a subsunção a este tipo contratual[96]. Não se justificaria, todavia, a aplicação de idêntico regime a outras

86 No que respeita aos respetivos beneficiários, aplica-se também aqui *ipsis verbis* o referido a propósito da licença parental complementar (art. 64.º, al. f)).

87 Compare-se o número de pareceres solicitados à CITE num e noutro caso em http://cite.gov.pt/pt/acite/pareceres.html

88 No Código do Trabalho de 2003, o limite temporal previsto para o trabalho a tempo parcial era igualmente aplicável ao horário flexível (art. 80.º, n.º 1, a), da Lei 35/2004, de 29 de julho, que regulamentou o primeiro diploma). BERNARDO LOBO XAVIER e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, "Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)", *RDES* 1-4 (2014): 69 ss, defendem que o limite temporal máximo também se aplica, hoje, ao horário flexível, invocando um lapso na transposição do regime da Lei 35/2004 para o Código do Trabalho de 2009. Porém, como refere, acertadamente, SARA LEITÃO, "Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares", in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. VIII, coord. Pedro Romano Martinez e Luís Gonçalves da Silva (Coimbra: Almedina, 2020), 127-128, nota 28, "não parece que a alteração introduzida em 2009 permita sustentar a aplicação do limite do art. 55.º, n.º 4 (reservado agora ao trabalho a tempo parcial) ao regime da flexibilidade de horário".

89 Nos termos do art. 57.º do Código do Trabalho, o empregador dispõe de 20 dias contados a partir da receção do pedido para comunicar ao trabalhador, por escrito, a sua decisão. O não cumprimento do prazo implica a aceitação do pedido. Se o pretender recusar, o empregador tem de indicar o fundamento da intenção de recusa, podendo o trabalhador apresentar, por escrito, uma apreciação no prazo de cinco dias a partir da receção. Outros casos em que se considera que o empregador aceitou o pedido estão descritos no n.º 8 do supramencionado preceito.

90 *V.g.*, a impossibilidade de encontrar um substituto durante o aviso prévio, o carácter sazonal do trabalho, uma percentagem significativa de trabalhadores pediu licença parental ou regime flexível de trabalho ao mesmo tempo, etc.

91 Nos termos do art. 57.º do Código do Trabalho, o "trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial ou em regime de horário de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias", juntando os elementos essenciais para determinação do regime pretendido e verificação dos respetivos requisitos constitutivos.

92 Note-se, contudo, que, no caso de teletrabalho interno (ou seja, de alteração da modalidade contratual de um trabalhador já vinculado em regime de trabalho *standard*), a modificação contratual não parece poder operar a título definitivo, uma vez que o art. 167.º, n.º 1, estabelece como limite máximo o período inicial de três anos ou o prazo (superior ou inferior) estabelecido em IRCT, permitindo que o teletrabalhador retome a prestação de trabalho *standard*, caso alguma das partes assim o deseje, no termo do prazo.

93 Não é pacífico se o menor tem de ter menos de três anos ou menos de quatro anos. O primeiro entendimento é partilhado por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal – Algumas notas", in *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional de tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional*, coord. M. Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira (Lisboa: AAFDL, 2018), 116. A segunda posição é defendida por MARIA EUNICE LOPES DE ALMEIDA, "O teletrabalho e o direito a teletrabalhar", *Questões Laborais* 56 (2020): 114. Em lugares paralelos (*v.g*, licença parental complementar), como foi referido *supra*, a CITE e a jurisprudência têm defendido o primeiro entendimento.

94 A outra situação prevista reporta-se à proteção das vítimas de violência doméstica (art. 166.º, n.º 2).

95 JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho. Noções básicas*, 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2019), 132. No mesmo sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de direito do trabalho – Parte IV – Contratos e regimes especiais* (Coimbra: Almedina, 2019), 171-172, refere-se ao fator geográfico e ao fator funcional, correspondendo este último ao "recurso intensivo" a "tecnologias de informação e comunicação entre o teletrabalhador e o credor da prestação".

96 Como explica MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de direito do trabalho – Parte IV..., cit.*, 174, "exige-se sempre que a realização da actividade, em si mesma, dependa de meios informáticos ou telemáticos".

formas de trabalho à distância? Neste sentido, parece-nos assertiva a avaliação de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO quando questiona a adequação deste instrumento ao objetivo da conciliação entre a vida profissional e as responsabilidades parentais, considerando preferível "tratar o problema como uma questão de local de trabalho, concebendo-se, porventura, um direito do trabalhador a requerer temporariamente a mudança de local de trabalho para o seu domicílio, desde que tal mudança não fosse impeditiva do exercício dos poderes laborais pelo empregador"[97].

Acresce ser necessário, como é compreensível, que o teletrabalho seja compatível com a atividade desempenhada. Tal exige que a prestação laboral convencionada possa ser aproveitada integralmente pelo empregador quando realizada neste regime. Todavia, a "avaliação de compatibilidade técnica" entre a atividade laboral em causa e o recurso intensivo a tecnologias da informação e comunicação "não pode deixar de ser feita pelo empregador"[98], que dispõe aqui de alguma margem de discricionariedade.

Adicionalmente, dispõe o art. 166.º, n.º 3, que o exercício deste direito depende da circunstância de a entidade patronal dispor "de recursos e meios para o efeito", requisito que, como assinala MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, apresenta um "conteúdo tão aberto e vago que pode, na prática, inviabilizar (..) o exercício do direito, até porque estas condições de «meios» e de «recursos» são dificilmente sindicáveis"[99].

Este regime legal terá, assim, de sofrer alterações com o objetivo de assegurar a transposição da Diretiva 2019/1158, pois o teletrabalho integra-se no conceito de "regimes de trabalho flexíveis" (art. 2.º, al. f)), cuja regulação exige que os(as) trabalhadores(as), "com filhos até uma determinada idade, de pelo menos oito anos, e os cuidadores" (cuja definição foi enunciada *supra*) tenham o direito de o solicitar, para poderem ocupar-se da prestação de cuidados (art. 9.º)[100]. Veremos, igualmente, como é que o TJ vai interpretar o conceito de teletrabalho para avaliarmos da necessidade de ampliar o conceito que subjaz ao art. 166.º, n.º 3, do Código do Trabalho. Com efeito, a Diretiva parece ter um âmbito subjetivo mais amplo, aplicando-se a todo o trabalho remoto.

97 MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de direito do trabalho – Parte IV..., cit.*, 186.

98 MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de direito do trabalho – Parte IV..., cit.*, 185.

99 MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de direito do trabalho – Parte IV..., cit.*, 185-186, e da mesma Autora, "Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal", cit., 116. No mesmo sentido, MARIA EUNICE LOPES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 114-115.

100 Sobre a questão, MARIA EUNICE LOPES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 117-120, defendendo que a Diretiva não obriga os Estados-membros a atribuir aos trabalhadores um direito potestativo.

Conclusões

O papel da UE na defesa dos direitos sociais em tempo de crise mostrou-se dececionante, incluindo a própria atuação do TJ. Esse papel foi assumido, no âmbito do Conselho da Europa, pela CSE e pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais.

Este contexto foi alterado em 2017 com a aprovação do Pilar Europeu de Direitos Sociais que procurou aproximar a proteção social conferida pela UE com aquela que é atribuída pelo Conselho da Europa, promovendo uma base comum de valores e princípios partilhados a nível nacional, europeu e internacional com referência à própria CSE.

Apesar do ceticismo com que o Pilar foi encarado, perfeitamente justificado pela falta de eficácia vinculativa e pelo contexto envolvente, acabou por conduzir – na ausência de vontade dos parceiros sociais europeus para encetarem negociações sobre a matéria –, com surpreendente brevidade, à aprovação de duas Diretivas com impacto laboral, a par da criação da Autoridade Europeia do Trabalho.

Um desses diplomas foi a Diretiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, objeto de análise no presente estudo. Esta Diretiva vai muito além das congéneres que a antecederam e, apesar dos recuos verificados em relação à proposta original, consagra um regime abrangente, ao incluir os cuidadores a par dos progenitores e afins, e promove a igualdade de género ao assumir a ligação óbvia existente entre esta e a conciliação.

No que respeita ao impacto desta Diretiva no ordenamento jurídico português, verificou-se que muitos dos aspetos aqui regulados já encontram respaldo na legislação nacional, pelo que muitas das novidades introduzidas pela Diretiva 2019/1158 não carecem de implementação formal, uma vez que o enquadramento português já ultrapassa as disposições mínimas da legislação da UE (*v.g.*, licença de paternidade, proteção contra o despedimento).
No entanto, há três temas principais que deverão conduzir à alteração da legislação portuguesa e que irão certamente melhorar a conciliação entre trabalho e família.

Em primeiro lugar, o n.º 3 do art. 8.º da Diretiva obriga o legislador português a alargar o subsídio pago pela segurança social a todas as licenças parentais complementares, potenciando assim a respetiva utilização efetiva por parte dos progenitores, uma vez que a ausência ou insuficiência do subsídio atualmente atribuído, a par do baixo nível remuneratório geral, dificultam, na prática, o seu gozo.

Em segundo lugar, a Diretiva cria uma nova e modesta licença de cuidadores que terá de ser regulada.

Em terceiro lugar, o conceito de "regimes de trabalho flexíveis" previsto na Diretiva engloba não apenas horários de trabalho flexíveis ou o trabalho a tempo parcial, mas também o teletrabalho, situação que não está contemplada na lei nacional para todos os cuidadores, nem para os progenitores com filhos com idade até, pelo menos, oito anos, nos termos exigidos pelo art. 9.º. De igual forma, as modalidades de trabalho a tempo parcial e horário flexível terão de ser alargadas a todos os cuidadores.

Bibliografia

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. "L'application de la Charte Sociale Européenne: la mise en oeuvre de la procedure de reclamations collectives". *Droit Social* 9 (2000): 888-896.

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. "Réflexions sur l'éfficacité de la Charte sociale européenneà propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010". *Revue de Droit du Travail* 4 (2011): 233-240.

ALMEIDA, Maria Eunice Lopes de. "O teletrabalho e o direito a teletrabalhar". *Questões Laborais* 56 (2020): 81-123.

AMADO, João Leal. "Dinâmica das relações de trabalho nas situações de crise (em torno da flexibilização das regras juslaborais)". *Revista do Ministério Público* 120 (2009): 87-100.

AMADO, João Leal. "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores en Portugal: tópicos sobre el caso de las reducciones salariales en el sector público". *Revista de Derecho Social*, 69 (2015): 171-180.

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho. Noções básicas*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ARUFE VARELA, Alberto. "El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 49 (2018): 32-59.

BALLESTER PASTOR, Maria Amparo. "La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017". *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* 38 – II (2017): 67-92.

BANDASZ, Krzysztof. "A framework agreement in the hairdressing sector: the European social dialogue at a crossroads". *Transfer – European Review of Labour and Research* 20/4 (2014): 505-520.

BARNARD, Catherine. "The silence of the Charter: social rights and the Court of Justice". In *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument – Five years old and growing*, edited by S. De Vries, U. Bernitz, S. Weatherill, 173-188. Oxford: Hart Publishing, 2015.

BERLOGEY, Jean Michel: "La Charte Sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation: le Comité européen des droits sociaux". *Revue de Droit Sanitaire et Social* 2 (2007): 226-245.

BOGG, Alain, Ruth Dukes. "The European social dialogue: from autonomy to here". In *Resocialising Europe in a time of crisis*, edit by Nicola Countouris e Mark Freedland, 466-492. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CAIADO, Bárbara Barbizani de Carvalho de Melo Franco. "As alterações ao Código do Trabalho de 2009 e outros impactos em matéria de remuneração". *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* 8 (2014): 5497-5559.

CARPANO, Éric e Emmanuelle Mazuyer. "La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'Union". *Revue de Droit du Travail*, 5 (2014): 312-320.

CARVALHO, Raquel. "Os mecanismos de monitorização da CSER realizados pelo Comité Europeu de Direitos Sociais: o sistema de relatórios e o sistema de reclamações coletivas", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales* 7/1 extra (2017) – Ejemplar dedicado a Conferência Internacional "A crise e o impacto dos instrumentos europeus de proteção dos direitos sociais nas ordens jurídicas internas": 42-61.

COUNTOURIS, Nicola e Mark Freedland. "Epilogue: resocialising Europe – looking back and thinking forward". In *Resocialising Europe in a time of crisis*, edit by Nicola Countouris e Mark Freedland, 493-503. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DE SCHUTTER, Olivier. *The European Pillar of Social Rights and the role of the European Social Charter in the European Union legal order.* Estrasburgo: Council of Europe Publications, 2019.

DEAKIN, Simon e Aristea Koukiadaki. "The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe". In *Resocialising Europe in a time of crisis*, edit by Nicola Countouris e Mark Freedland, 163-188. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

FERNANDES, António Monteiro. "El impacto de la crisis en la situación laboral portuguesa". In *El impacto de la gran crisis mundial sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social.* Su incidencia em España, Europa y Brasil, 2008-2014, coord. por J. I. García Ninet e P. B. Rodríguez-Diosdado, 891-906. Barcelona: Atelier, 2014.

GOMES, Júlio Manuel Vieira e Catarina de Oliveira Carvalho. "Portugal", 1-166. In *International Encyclopaedia of Laws: Labour Law and Industrial Relations*, edited by Frank Hendrickx. Netherlands: Kluwer Law International, 2011. https://kluwerlawonline.com/EncyclopediaChapter/IEL+Labour+Law/IELL20190065

GOMES, Júlio. "Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n.º 23/2012 de 15 de Junho". *Revista da Ordem dos Advogados* 72 - II/III (2012): 575-617.

HARRIS, David. *The European Social Charter*, 2.ª ed. Ardsley/Nova York: Transnational Publishers, 2001.

JIMENA QUESADA, Luis. "El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 29 (2014): 171-189.

JIMENA QUESADA, Luis. "Profils juridictionnels et effectivité des décisions du Comité Européen des Droits Sociaux". In *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Dir. por Diane Roman, 165-185. Paris: Editions A. Pedone, 2012.

LAULOM, Sylvaine e Christophe Teissier. "Which securities for workers in times of crisis? An introduction". *European Labour Law Journal* 3 (2014): 206-210.

LEITÃO, Sara. "Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares". In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. VIII, coord. por Pedro Romano Martinez e Luís Gonçalves da Silva, 117-147. Coimbra: Almedina, 2020.

LOI, Piera. "Risk: a new paradigm to face market challenges". *European Labour Law Journal* 3 (2014): 390-409.

LÖRCHER, Klaus e Isabelle Schömann. *The European Pillar of Social Rights: critical legal analysis and proposals*. Bruxelas: ETUI, 2016.

MIRANDA BOTO, José Maria. "El papel del Tribunal de Justicia em la construcción del acervo social de la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102 (2013): 17-33.

MOIZARD, Nicolas: "The risks of invoking fundamental social rights". *European Labour Law Journal* 3 (2014): 322-333.

NICOLETTI, Michele. *High-Level Conference on the European Social Charter – General Report*. Turim, 17-18 de outubro de 2014. Disponível em https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680048acf8

O'CINNEIDE, Colm. "Austerity and the faded dream of a 'social Europe?'". In *Economic and social rights after the global financial crisis*, edited by A. Nolan, 169-201. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

OLSSON, Petra Herzfeld. "Possible shielding effects of article 27 on workers' rights to information and consultation in the EU charter of fundamental rights". *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 32/2 (2016): 251-274.

ORLANDINI, Giovanni. "Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Revista de Derecho Social* 69 (2015): 57-78.

PAIS, Sofia Oliveira. "A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia". In *Estudos de Direito da União Europeia*, 4.ª ed., 151-172. Coimbra: Almedina, 2017.

PAIS, Sofia Oliveira. "Breves reflexões sobre a articulação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com a Carta Social Europeia". In *Estudos de Direito da União Europeia*, 4.ª ed., 173-185. Coimbra: Almedina, 2017.

PRIETO SUÁREZ, Ramón. "La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)". *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 11 (2008): 355-365.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, Petra Foubert e Susanne Burr. *The Implementation of the Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries*. Bruxelas: Gender Equality Network of the EC – European Commission, Brussels, 2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. "Reconciling family and professional life and the gender equality principle in employment". *European Gender Equality Law Review* 2 (2009): 7-14.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. "Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal – Algumas notas". In *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional de tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional*, coord. por Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira, 101-116. Lisboa: AAFDL, 2018.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. "The implementation of the Parental Leave Directive 2010/18/EU, with reflections on a harmonized approach to the maternity and parental leave". Research Paper elaborado para o Parlamento Europeu, Bruxelas, novembro de 2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho – Parte IV – Contratos e regimes especiais*. Coimbra: Almedina, 2019.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. "El Pilar Europeo de Derechos Sociales ¿nos ponemos serios? *Trabajo y Derecho* 24 (2016): 11-14.

ROGOWSKI, Ralf. "The European employment strategy, the European Social Pillar and their impact on labour law reform in the European Union". *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35/3 (2019): 283-304.

RUESGA BENITO, Santos. M.: "Crisis económica y reformas laborales". In R*eformas laborales en la gran recesión*, coord. por Santos M. Ruesga Benito, Fernando Valdés Dal-Ré, Valeriano Gómez Sánchez, Jesús Cruz Villalón, José Ignacio Pérez Infante, Tomás Sala Franco, Inmaculada Cebrián López, 21-57. Valência: Tirant lo Blanch, 2016.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen. "La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales", *Trabajo y Derecho* 13 (2016): 27-52.

SCIARRA, Silvana. "Association de Médiation Sociale. El controvertido papel de los princípios fundamentales de la UE y el punto de vista legislación laboral". *Revista de Derecho Social* 68 (2014): 127-141.

STANGOS, Petro. "Des synergies entre le droit de l'Union Européenne et la Charte Sociale Européenne, à l'heure du Socle Europeen des Droits Sociaux". *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales* 9/1 (2019) – Ejemplar dedicado a Homenaje al profesor Manuel Terol Becerra in memoriam: 108-135.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. "Il dibattito sulla flessicurezza all'interno dell'Unione Europea". In *Diritto del lavoro e crisi económica*, dir. por Gianni Loy, 29-51. Roma: Ediesse, 2011.

XAVIER, Bernardo Lobo e António Nunes de Carvalho, "Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)". *RDES* 1-4 (2014): 33-80.

El carácter restrictivo del pacto de no concurrencia como limitación del riesgo de la competencia

Esperanza Roales Paniagua

Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA Y CONTRATO DE TRABAJO 74

COMPETENCIA DESLEAL Y EXIGENCIAS DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE TRABAJO 75

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LIMITACIÓN DEL RIESGO DE LA COMPETENCIA: EL PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL 77

RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA Y CONTRATO DE TRABAJO

El sistema económico actual viene enmarcado por el concepto de economía global en el que son elementos estructurales la alta competitividad y las nuevas tecnologías. Por otro lado, no se puede hablar de economía global sin atender, lógicamente, al fenómeno de la internacionalización que implica un crecimiento exponencial de las comunicaciones y una mayor movilidad de los recursos humanos de las empresas.

La creciente competitividad de los mercados en todos sus niveles de funcionamiento, tanto a nivel nacional como internacional, si bien es un fenómeno que empezó a producirse en la década de los años 90[1], en los últimos años ha tenido un crecimiento exponencial debido al desarrollo incesante de la industria 4.0. caracterizada por la digitalización en el empleo, en la que las empresas tienen la necesidad de alcanzar un nivel competitivo en términos digitales y de innovación suficiente para adecuar su modelo productivo y comercial a los nuevos hábitos de los consumidores[2] y para ello cuentan con personal muy cualificado que tienen acceso a informaciones y prácticas empresariales de gran relevancia.

En este contexto altamente competitivo, las empresas están interesadas en limitar al máximo el riesgo natural de la competencia y para ello, conscientes de que son sus trabajadores los que se pueden convertir en potenciales o futuros competidores, junto a la prohibición legal de concurrencia desleal vigente durante el contrato de trabajo, están utilizando con demasiada frecuencia y no siempre con rigor jurídico, el pacto no competencia postcontractual regulado en el artículo 21. 2 Real Decreto Legislativo 2/ 2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), para evitar que sus trabajadores a la finalización del contrato de trabajo concurran por cuenta propia o ajena con su actividad empresarial.

En el ámbito de las relaciones laborales las restricciones a la libre competencia presentan un carácter dual al venir establecidas por dos cauces diferentes aun cuando se establecen en el mismo precepto estatutario, en concreto en el artículo 21 LET, teniendo distinto alcance en cuanto al momento de su exigibilidad.

El artículo 21.1 LET establece la prohibición de trabajar para varios empresarios cuando se estime concurrencia desleal que supone la concreción de uno de los deberes básicos que tienen los trabajadores para con el empresario establecido en el artículo 5 letra d) del LET cual es el de no concurrir con la actividad de la empresa. Y por otro, el art. 21.2 LET establece la posibilidad de pactar la no concurrencia postcontractual, si bien sometida al cumplimiento de ciertos requisitos para no desvirtuar su validez.

Ambos casos, suponen una limitación que no exclusión a la libertad de competencia, en la que aparecen implicados los derechos constitucionales de derecho al trabajo y el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), así como el derecho a la libertad de empresa establecido en el art. 38 del mismo texto. El establecimiento legal de limitaciones al ejercicio de estos derechos constitucionales, toda vez que ningún derecho es absoluto, que puedan suponer restricciones en los mismos, no se pueden fijar sin la concurrencia de una razón plenamente justificada, y, en todo caso, garantizando el contenido esencial de los derechos[3].

Los límites que hagan compatible el interés legítimo del empresario de protegerse frente a una posible competencia del trabajador, tanto durante la vigencia del contrato de trabajo como una vez finalizado el mismo, con el ejercicio de los derechos mencionados, se aprecian claramente en el art. 21 LET al calificar de desleal la prohibición de competencia durante la vigencia del contrato -- quedando fuera de la prohibición legal la competencia que no pueda ser calificada de desleal-- y al establecer una vigencia temporal máxima del pacto de no competencia post contractual, a la vez que la exigencia de un efectivo interés industrial o comercial junto con una compensación económica adecuada para el trabajador, por abstenerse de concurrir con el empresario, al margen de que la competencia pueda resultar o no desleal[4].

1 A.PEDRAJAS MORENO Y T.SALA FRANCO, << El pacto de no concurrencia postcontractual >> Valencia 2005, pág. 11

2 E.M. SIERRA BENÍTEZ << El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico >>, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v.6 núm 1, 2018, pág. 238.

3 A. BAYLOS GRAU, << La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial>>, Temas Laborales, núm. 8, 1986, págs.. 11 y 12.

4 J.GARCÍA BLASCO y A.L. DE VAL TENA, << Libertad de trabajo y competencia>> Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 184/2016 pág. 2 y J.GARCÍA BLASCO <<Contratación laboral, autonomía de la voluntad y pactos accesorios>>, en *Las modalidades de contratación laboral*, Libro homenaje al Profesor Francisco J. Prados de Reyes, Sevilla, 2018, pág. 143.

COMPETENCIA DESLEAL Y EXIGENCIAS DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El objeto de la prohibición establecida en el art.21 LET es la competencia desleal por lo que debemos remitirnos a la Ley de Competencia Desleal[5] (en adelante LCD).

La LCD vino a suplir la precaria regulación legislativa que había sido tradicional en el sector de la competencia desleal, tan significativo dentro del Derecho Mercantil. Con ella se respondía a la necesidad de homologar nuestro ordenamiento sobre la concurrencia tanto en el plano internacional, como en el de la Unión Europea; pero por otro, se hacía necesario adecuar aquel ordenamiento a los postulados de nuestra Constitución económica, siendo sus principios básicos los de libertad de empresa y el de libertad de competencia[6]. Principios que se completan con la protección al consumidor recogido en el art. 51 de la CE- en cuanto parte más débil de las relaciones de mercado porque resultaría difícil disciplinar rigurosamente la regulación jurídica de la competencia desleal en el mercado, sin tener en cuenta la posición de los consumidores y sus intereses, puesto que, gran parte de los actos desleales, tienen repercusión en ellos directa o indirectamente[7].

La Ley lejos de quedarse en regular los conflictos entre empresarios competidores, se convierte en mecanismo de control de las conductas en el mercado protegiendo a todos los sujetos intervinientes en el mismo.

Por lo que se refiere al plano sustantivo, la LCD no establece un concepto de competencia desleal pero si determina que para que exista acto de competencia desleal[8] es necesario la acumulación de dos elementos (arts. 2 y 3 LCD): el elemento objetivo consistente en que el acto se realice en el mercado y que se lleve a cabo con fines de concurrencia, y el elemento subjetivo relativo a los sujetos - activo y pasivo- del acto de competencia desleal, no siendo necesario que los sujetos implicados sean empresarios, ni que entre ellos <<medie una relación de competencia>>. De este modo, la Ley será de aplicación a <<los empresarios y a otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado>>. Con la novedad que presenta la redacción del art. 3 en cuanto a la ampliación del ámbito subjetivo de la Ley, se demuestra la desvinculación del acto del tradicional requisito de la relación de competencia, que sólo tenía acomodo en el seno de una concepción profesional y corporativa de la disciplina como se expone en el preámbulo de la Ley.

Aun omitiéndose un concepto de competencia desleal, la LCD recurre a la cláusula general de la buena fe para determinar que se << reputará desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe>> (art. 4.1 LCD). El criterio de obrar que se toma para evaluar la deslealtad del acto es la buena fe, criterio que, sin duda, presenta un alcance general, exigible a todos los que intervienen en el mercado, siendo una muestra más del destierro que se ha querido hacer de las concepciones sectoriales, profesionales y corporativas de la competencia.

El recurso a la cláusula general de la buena fe supone el rechazo implícito de otros criterios más tradicionales como la << corrección profesional>> y los << usos honestos en materia comercial e industrial >>[9] . La exclusión de tales criterios viene a subrayar la objetivación de los comportamientos en atención a un contenido ético-social y a los valores generales de la honradez, permitiéndose la exclusión del análisis de la culpabilidad en todos los actos desleales que se tipifican en la LCD[10].

El establecimiento en el art. 4 de la LCD de la cláusula de la buena fe permite que se puedan evaluar y reprimir otros comportamientos relacionados con la competencia que puedan ir surgiendo en un campo tan cambiante como es el referido, con lo que se asegura la aplicación futura de la ley. La citada cláusula trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan expresamente en las que la Ley tipifica como tales en los arts. 6 a 17[11].

Sin embargo, la jurisprudencia laboral con abstracción del contenido de la LCD, reputa desleal, << la dedicación del trabajador a actividades laborales por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial de las que está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que la misma no hay sido consentida por su empresario y causen a éste un perjuicio real o potencial, generándose con tal actuación unos intereses contrapuestos entre las partes>>[12]. La concurrencia prohibida requiere por un lado y como presupuesto previo que, la actividad tachada de concurrente, se produzca dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal, en términos de competencia con ésta, por ir dirigida a potencial clientela idéntica, con ofrecimiento de bienes y servicios similares. De otro lado, también se exige que dicha actuación concurrente sea desleal al aprovechar los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios a la empresa principal para favorecer la actividad concurrente o desviar la clientela de aquélla en beneficio de ésta última[13].

Ha de tratarse, por tanto, de la realización de trabajos concurrentes actuales y efectivos[14], impidiéndose que se sancionen conductas porque puedan suponer una posible competencia para el futuro.

5 10 de enero de 1991

6 Cfr. Preámbulo de la Ley, apartado II.

7 Se puede apreciar como la protección al consumidor está presente de una manera directa en los arts. 8, 11, 16 y 17 LCD.

8 A.L DEL VAL TENA, *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador,* Madrid, 1996, pág. 15.

9 Preámbulo de la Ley apartado III.2.

10 STS, 20 de marzo de 1996 (RJ 2246).

11 STS, 15 de abril de 1998 (RJ 2053)

12 SSTS, 8 de junio de 1987(RJ 4138); 26 de enero de 1988 (RJ 54) y 29 de marzo de 1990 (RJ 2367).

13 STS, 22 de septiembre de 1988 (RJ 7097).

14 En este sentido. Mª.C. LÓPEZ ANIORTE, << Competencia desleal y calificación del despido >>, *Aranzadi Social*, 1997-V, pág. 368.
Encontramos pronunciamientos en los que si bien la conducta sancionada se presenta como efectiva y desleal, pierde trascendencia al tratarse de una actividad esporádica u ocasional [STSJ, La Rioja, 17 de febrero de 2000 (AS 1128)].

Aunque la concurrencia prohibida explicitada en el art. 21 es la que se efectúa por cuenta ajena, una interpretación integradora de los arts. 21.1 y 5 letra d) LET nos lleva a considerar que la competencia prohibida se refiere tanto a si se trabaja por cuenta ajena como por cuenta propia y esta ha sido la línea seguida por los tribunales[15].

Se establece así una obligación de no concurrir deslealmente con el empresario durante la vigencia del contrato por mandato expreso de la ley, considerándose ineludiblemente como una manifestación del deber de buena fe contractual[16] que se exige también sin fisuras en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo[17], en los supuestos de excedencia para el cuidado de hijos y mientras el trabajador tiene interrumpido su contrato de trabajo por el disfrute de sus vacaciones[19].

Más problemática se presenta la exigencia de prohibición de competencia como manifestación del deber de buena fe durante el periodo de excedencia voluntaria al no aparecer prevista en el artículo 45 del ET como causa de suspensión del contrato de trabajo. Ha sido precisamente esa no inclusión la que ha motivado la discusión acerca de su naturaleza jurídica. Tradicionalmente, la jurisprudencia la ha considerado como una causa de suspensión, si bien se trata de un supuesto de suspensión con unos efectos específicos, en parte distintos a los de todas las causas de suspensión del contrato de trabajo, en el que el vínculo contractual, aunque se mantiene, está claramente debilitado[20]. Y ésta debilidad proviene de que el trabajador excedente solo conserva un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría a la suya.

Lo anteriormente expuesto sirve para determinar que el trabajador, durante la excedencia voluntaria, está afectado por el deber de buena fe del art. 5 a) del Estatuto de los Trabajadores y como una manifestación del mismo la obligación de no realizar actividades concurrentes desleales con las de su empresa[21], en los términos establecidos en el artículo 21 del ET. Y ello se justifica porque no puede desconocerse que el legítimo interés del excedente voluntario en su formación profesional le será más fácil en las empresas que se dediquen a actividades similares a las de origen.

No obstante, debe considerarse que la prohibición de concurrencia desleal exigible al trabajador excedente debe ser objeto de una interpretación restrictiva dado que el art. 46.2 del ET, recoge únicamente el derecho del trabajador a situarse en excedencia voluntaria, sin ninguna limitación en cuanto a la posibilidad de realizar trabajos durante la situación de excedencia y, sobre todo, porque la excedencia voluntaria es un importante mecanismo para intentar la promoción profesional del trabajador.

Anteriormente la realización de actividades en empresa del mismo sector productivo o similar se asemejaba a una contravención de la prohibición de concurrencia[22]. Sin embargo, existe una doctrina judicial que tiende a aplicar la prohibición de concurrencia con carácter restrictivo[23], admitiendo que la competencia simple no supone en sí misma una contravención de la prohibición de concurrencia ni que todo trabajo en empresas competidoras debe asimilarse a competencia desleal, al igual que se admite que el excedente voluntario pueda trabajar en empresas de similar actividad salvo que se hubiere pactado lo contrario. Es decir, la simple competencia no supone en sí misma una transgresión de la prohibición sino que se produce cuando las actuaciones que integran la competencia tengan cierta entidad o estén cualificados por rasgos adicionales que justifiquen su calificación como comportamiento desleal y que produzca un perjuicio para el empresario[24].

En definitiva, de lo que se trata es que la prohibición se limite a las actividades que priven de sentido el restablecimiento de los plenos efectos de la relación de trabajo cuando finalice la excedencia. Y para ello es imprescindible en cada caso el análisis exhaustivo del tipo de relación de trabajo, del puesto de trabajo desempeñado, de las características del sector, etc.

Todo trabajo en empresas competidoras no debe asimilarse a competencia desleal. El trabajador excedente voluntario tiene una prohibición de concurrencia desleal con su empresa, pero puede, en principio, trabajar en empresas de similar actividad, salvo que se hubiere pactado lo contrario[25].

La Directiva(UE) 2019/1152 , de 20 de junio de 2019[26], relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, respalda el carácter restrictivo de la prohibición de concurrencia que venimos comentado, al establecer que ningún empleador debe prohibir a un trabajador aceptar trabajo de otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador, ni someter a un trabajador a un trato desfavorable por ese motivo, permitiéndose únicamente las restricciones al trabajo para otros empleadores por motivos relacionados , entre otros, con la protección de la confidencialidad empresarial. Interés empresarial que es el principalmente protegido en la prohibición de concurrencia.

Podemos afirmar que durante la vigencia del contrato de trabajo, el empresario permanece << blindado >> frente a una posible concurrencia desleal por parte de su trabajador, al ser un deber accesorio que concurre en el tiempo junto a la prestación principal de trabajar pero que adquiere cierta dimensión autónoma cuando se exige igualmente sin la concurrencia de una prestación efectiva de trabajo. De lo que no cabe duda es que la prohibición de concurrencia como manifestación del principio de buena fe tendrá el mismo contenido en uno u otro caso pero se diferenciarán en cuanto al iter de su exigibilidad.

15 Se incluyen los casos en los que familiares del trabajador tiene una empresa que participa del mismo sector de actividad de la empresa en que presta servicios, STS, 14 de julio de 1987 (RJ 5369), trabajador que participa en una empresa familiar, al haber sido constituida por su hijo que no tiene vida independiente. STS, 21 de mayo de 1986 (RJ 2597), se considera competencia desleal la participación del trabajador en una sociedad conyugal; STSJ, Cataluña, 19 de enero de 2000 (AS 854), trabajador del área de logística encargado de proponer a la dirección la contratación del transporte, contratando principalmente con la empresa subcontratista en la que tiene interés directo por tratarse de empresa familiar.

16 En este sentido, M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, << Límites a la competencia y contrato de trabajo >>,RPS nº 116, 1977, pág.7; Mª.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, << Competencia desleal: El cambio normativo y la posición de la jurisprudencia >>, RPS, nº 142 (1984), pág. 252; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo, Pamplona, 1997, pág. 142. En Derecho comparado, G.TRIONI, L'obbligo di fedaltá nel rapporto di lavoro, Milano, 1982, págs 113 y ss; Y.PICOD, Le devorir de loyauté dans l'execution du contrat, Paris, 1989., pág.144.

17 SSTSJ, Cataluña, 27 de septiembre de 2004 (AS 2004/2769), Galicia 27 de octubre de 2008 (AS 2008/2790).

18 STSJ Valencia, 7 de marzo de 2001 (AS 2001/3012).

19 STS, 11 de febrero de 1985(RJ 1985/629) y STSJ, Cantabria, 13 de julio de 1994 (AS 1994/2987).

20 En este sentido SSTSJ, Murcia 2 de octubre de 1992 (AS1992/5046) y Cataluña, 28 de febrero de 2004 (AS 1994/604).

21 SSTS, 23 de noviembre de 1989 (RJ 1989/4358), 5 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8935) y 18 de mayo de 1990 (RJ 1990/4358).

22 Vid. la jurisprudencia citada en este sentido por A.L DEL VAL TENA, *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*, cit., págs.. 17 y ss.

23 A nivel doctrinal las peculiaridades de la prohibición de concurrencia durante la excedencia voluntaria fueron puestas de manifiesto por A. BAYLOS GRAU, << La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial>>, cit., pág. 20 y N.CISCART BÈA y R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ << Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria>> Revista Doctrinal Aranzadi Social, v.V, 1998.

24 STSJ, Navarra, 28 de abril de 2000 (AS 2000/1017).

25 SSTS, 7 de mayo de 1984 (RJ 1984/2972) y 2 de diciembre de 2002 (RJ 2003/1839). En el mismo sentido, SSTSJ, Madrid, 11 de septiembre de 2001 y 1 de diciembre de 2004 (AS2004/3275) y STSJ, Andalucía, 10 de abril de 2007 (AS 2007/3264).

26 DOUE, 11 de julio de 2019

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LIMITACIÓN DEL RIESGO DE LA COMPETENCIA: EL PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL

La exigencia de no concurrir con el empresario durante el contrato de trabajo puede conectarse como hemos visto con el deber de buena fe al primar carácter dependiente o subordinado de la prestación del trabajador, que tiene como consecuencia la ampliación de la posición deudora del trabajador exigiéndosele unas obligaciones accesorias distintas de la principal.

Una vez que el contrato de trabajo finaliza desaparece la prohibición de concurrencia y el deber de buena fe que lo sustentaba y, en principio, el trabajador recupera su libertad de trabajar por cuenta propia o ajena en actividades que puedan ser concurrenciales con las de su anterior empresario.

La única posibilidad de restringir la competencia una vez finalizado el contrato de trabajo es mediante la celebración de un pacto al respecto, entre trabajador y empresario, con atención y cumplimiento de los requisitos establecidos para su validez en el art. 21.2 LET, en el que las partes establecen obligaciones para cuando el contrato haya finalizado. Entre los requisitos que condicionan la validez del pacto se encuentra el que empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial para celebrarlo y que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Los requisitos deben ser interpretados restrictivamente para proteger al trabajador centrándonos en este trabajo en los relacionados con la duración del pacto y el momento de celebración.

1.- Principio de autonomía de la voluntad y vigencia temporal del pacto de no competencia

Sin bien la duración del pacto viene acotada por la ley-- para proteger al trabajador de pactos excesivamente onerosos y para proteger el correcto funcionamiento de la institución de la competencia[27]--, no siendo superior a dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de los trabajadores, no se considera la vigencia temporal del pacto como elemento esencial del mismo que condicione su propia validez. Es admitido que la superación de la duración máxima legal permitirá un pronunciamiento judicial que lo reconduzca al límite legal establecido en el art. 21, no abocándolo a una nulidad total, sino solo a una nulidad parcial por la aplicación del art. 9.1 LET[28]: <<si resultase nulo sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 >>.

Con ello, siendo la duración un elemento accidental del pacto de no competencia << viene a consagrarse el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido de las normas de derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley e integrando -frente a la nulidad parcial conservadora- lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa>>[29]. En consecuencia, y dado que la existencia de compensación económica adecuada es requisito esencial, el órgano judicial que decrete la nulidad parcial tendrá que determinar la prestación económica a percibir o ya percibida por el trabajador de conformidad a lo establecido en el segundo párrafo del art. 9.1 LET << si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social ... hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones>>.

Sin embargo, aún cuando las partes hayan pactado una duración del pacto acorde con los limites legales del art. 21.2, el órgano jurisdiccional laboral puede entrar a valorar la adecuación de la vigencia temporal del mismo teniendo en cuenta las distintas circunstancias concurrentes como las funciones realizadas por el trabajador, el interés empresarial protegido y, más recientemente, la vigencia temporal del pacto se ha venido a poner en relación directa con la duración del contrato de trabajo que sirve de fundamento y sustento al pacto de no competencia. En el artículo 21.2 no se alude en ningún caso a la correlación entre la vigencia del pacto y el contrato de trabajo, omisión que también se aprecia en el art. 14.LET cuando se establece la duración máxima del periodo de prueba
El principio general de la buena fe y la prohibición de abuso de derecho lleva a determinar que debe existir una adecuada correlación entre ambos. Lo contrario sería exacerbar la protección del interés empresarial omitiendo la proporcionalidad o equilibrio de intereses, entre las partes, convirtiéndose en una cláusula abusiva[30].

La Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea prevé que en el caso de las relaciones laborales de duración determinada, los Estados miembros velarán para que la duración del período de prueba sea proporcional a la duración prevista del contrato y a la naturaleza del trabajo.

Proporcionalidad que también se puede aplicar a los pactos de no concurrencia en atención a la duración

27 M. NOGUEIRA GUASTAVINO, El pacto laboral de no competencia postcontractual, Madrid, 1998, pág.184.

28 A.PEDRAJAS MORENO Y T.SALA FRANCO, << El pacto de no concurrencia postcontractual >>cit., pág. 60.

29 STS, 10 de febrero de 2009 (RJ 2009/1445) fundamento jurídico segundo. Recogiendo dicha doctrina STSJ Galicia, 31 de enero de 2018 (AS 2018/636) fundamento jurídico quinto.

30 STSJ, Valencia, 4 de octubre de 2005 (AS2006/836)

del contrato y a las funciones desarrolladas por el trabajador. No será nunca ajustado a derecho un pacto de no concurrencia cuando la duración de la obligación de no concurrir es superior a la duración del contrato sobre el que se sustenta[31].

Efectivamente, es el contrato de trabajo y el principio de autonomía de la voluntad establecida en el art. 1255 del Código Civil el que sirve de fundamento para la celebración del pacto, así como el art. 3.1.c) LET que en el que se permite que las partes pueden establecer derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral con las limitaciones de que el objeto sea lícito y respetando las condiciones de trabajo dispuestas por las disposiciones legales y los convenios colectivos.

Como bien ha planteado la doctrina, la concurrencia postcontractual no es una manifestación directa del deber de buena fe exigible al trabajador[32], pero es ineludible aclarar que el principio general de buena fe (art. 7.1 CC) va a estar también presente en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones que se generen `por la celebración del pacto sirviendo de criterio modalizador para evitar que sean abusivos. Nos encontramos con una manifestación del principio de buena fe con carácter recíproco para ambas partes pero en mi opinión, debe ser exigido con mayor rigor y en mayor medida para el empresario. Y ello es así porque el principio de buena fe debe presidir la negociación del pacto toda vez que en el ámbito de las relaciones laborales individuales, como regla general, el trabajador se encuentra en una posición asimétrica y no de igualdad con el empresario.

Hay que tener en consideración el alcance no del todo coincidente de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito civil y en el social[33], pues en el ámbito más concreto de lo laboral el art.21.2 introduce límites imperativos a la libre voluntad de las partes ya que en el ámbito de las relaciones laborales individuales el trabajador se encuentra en una situación de asimetría con el empresario.

2.- Principio de autonomía de la voluntad y momento de celebración del pacto

El momento en que se celebra el pacto de no competencia va a ser crucial para hablar efectivamente de una negociación del pacto.

El art. 21.2 no ofrece ninguna limitación acerca del momento de la celebración del pacto por lo que debemos entender que, siempre que responda a un interés industrial y comercial del empresario surgido como consecuencia de la prestación del trabajador, en principio el pacto se puede acordar en distintos momentos: en la fase preliminar del contrato (precontrato de trabajo), simultáneamente a la celebración del contrato de trabajo, durante la vigencia del contrato de trabajo, en el momento de la extinción, e incluso una vez extinguido el contrato[34].

Podemos afirmar que en la mayoría de las ocasiones, no estaremos ante pactos negociados en el sentido legal del término sino ante contratos de adhesión en el que impone las condiciones es el empresario, sobre todo cuando el pacto se celebra simultáneamente con el contrato de trabajo. Ante la expectativa de suscribir un contrato de trabajo, pocas objeciones pondrá el trabajador a la celebración del pacto de no competencia y prácticamente no discutirá las condiciones impuestas por el empresario. Es en este momento en donde los requisitos legales exigidos para la validez del pacto deben ser interpretados restrictivamente para proteger los derechos de los trabajadores. Por el contrario, no cabe duda que la posición negociadora del trabajador ante un pacto de no competencia cuando el contrato se extingue o en momentos posteriores a su extinción, es radicalmente distinta, encontrándose en estos casos en una posición de igualdad frente a la otra parte estando en mejores condiciones para establecer un pacto con reciprocidad y equilibrio de intereses.

Por ello, esta inclusión prematura del pacto de no competencia sin que ni tan siquiera el trabajador haya empezado a ejecutar su prestación de trabajo y sin que haya superado el periodo de prueba lo que persigue adicionalmente es, por un lado, asegurarse de que el trabajador no se va a negar a celebrar el pacto de no competencia una vez que ha finalizado el contrato de trabajo y, por otro, alejar al trabajador de entrar en contacto con empresas competidoras. Esta premura perjudica también al empresario, pues habiéndose pactado la no competencia, si el empresario se desiste del contrato durante el periodo de prueba no puede unilateralmente renunciar al pacto alegando que ha desaparecido el interés industrial, al haber transcurrido poco tiempo desde la fecha de comienzo de la prestación de servicios[35].

Cabe cuestionarse y no es baladí, si la celebración prematura del pacto, se aparta de la finalidad del pacto en cuestión como es la de proteger interés legítimos del empresario y no se está convirtiendo en meras restricciones a la libertad de competencia. Si los requisitos de validez del pacto son exigibles en el momento de la celebración del mismo, cabe plantearse la duda si en el momento de la celebración del contrato, ya existe un interés industrial y comercial del empresario. Todo dependerá de que se considere que ese concepto jurídico indeterminado se completa necesariamente a partir de la experiencia del trabajador en la empresa .

Y es así porque la finalidad jurídica del pacto de no competencia no es impedir *per se* la libertad de trabajar del artículo 35 de la CE sino limitar temporalmente las expectativas profesionales del trabajador para satisfacer intereses jurídicamente protegibles del empresario.

31 STSJ, Cataluña, 4 de octubre de 2018 (JUR 2018/316724)

32 A. PEDRAJAS MORENO Y T. SALA FRANCO, << El pacto de no concurrencia postcontractual >>cit., pág. 24.

33 En este sentido, STS, 26 de octubre de 2016 (RJ2016/5607)

34 Vid. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, El pacto laboral de no competencia postcontractual, cit., págs.205 y ss.

35 SSTS, 6 de febrero de 2009 (RJ 2009/621)y 14 de mayo de 2009 (RJ 2009/3001).

36 En este sentido R.L. GARCÍA GONZÁLEZ Y L. PÉREZ YUSTE, << Pacto de no competencia post-contractual, periodo de prueba e interés industrial>>, Diario La Leyn° 7314, 2010.

EL TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y EL DERECHO DEL TRABAJO[1]

WORK IN THE PLATFORM ECONOMY AND LABOUR LAW

Federico Rosenbaum Carli[2]

Universidad Católica del Uruguay

Aspectos preliminares y planteo de la cuestión 81

Las nuevas formas de trabajo analizadas desde el Derecho del Trabajo: ¿un problema de calificación jurídica? 82

La naturaleza de la actividad de las plataformas digitales 84

Conclusiones 90

Bibliografía 91

1 Este trabajo forma parte de la investigación que realizó el autor en el marco de su tesis doctoral en la Universidad de Salamanca.

2 Doctor (PhD) en Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto de alta dedicación, Universidad Católica del Uruguay.

Resumen

Abstract

La incorporación de la tecnología en el ámbito del trabajo constituye un dato de la realidad que se manifiesta de manera cada vez más creciente y con intensidad. La proliferación de plataformas digitales es un fiel reflejo de la conjugación de elementos tecnológicos y prestación de actividad personal dirigida a satisfacer las necesidades de parte de la sociedad, que requieren bienes y servicios tradicionalmente ofrecidos sin el elemento tecnológico de por medio. En virtud del desarrollo del trabajo prestado bajo estas nuevas formas de trabajo, es que se han planteado dudas desde varios sectores del Derecho, a las que el operador jurídico se ve obligado de evacuar. Desde el Derecho del Trabajo, el problema se ha centrado en determinar si las categorías y herramientas clásicas, como lo es la subordinación como elemento que define la existencia de una relación de trabajo, son o no suficientes para determinar si estas nuevas formas de trabajo resultan comprendidas por el Derecho del Trabajo. Este tema requiere de un análisis profundo, del que sólo nos limitaremos a responder una interrogante previa indispensable, relacionada con la determinación de la naturaleza de la actividad prestada por parte de las empresas de plataformas digitales.

The incorporation of technology in the field of work constitutes a fact of reality that manifests itself in an increasingly growing and intense way. The expansion of digital platforms is a faithful reflection of the combination of technological elements and provision of personal activity aimed at satisfying the needs of society, which require goods and services traditionally offered without the technological resource involved. By virtue of the development of the work provided under these new forms of work, doubts have been raised from various sectors of the Law, which the legal operator is forced to evacuate. From the point of view of the Labor Law, the problem has focused on determining whether the classic categories and tools, such as subordination as an element that defines the existence of a work relationship, are sufficient or not to determine whether these new forms of work result included under the scope of Labor Law. This topic requires an in-depth analysis, of which we will only limit ourselves to answer an indispensable previous question, related to the determination of the nature of the activity provided by digital platform companies.

Aspectos preliminares y planteo de la cuestión

En la actualidad asistimos a un estadio evolutivo en donde las formas de prestación del trabajo están sujetas a profundas transformaciones, de modo que lo que constituía el paradigma normal de siglos pasados -centrado en la actividad industrial consolidada por el modelo fordista-taylorista-, se encuentra francamente alterado, y además, hasta podría sostenerse que la normalidad y predominio de dicho arquetipo, ya no resulta generalizado ni exclusivo.

Asimismo, el propio Derecho del Trabajo ha surgido en un momento histórico determinado, y muy estrechamente vinculado a un modelo económico, de producción y de organización del mercado de trabajo en particular. Así, una explicación causal del Derecho del Trabajo exige identificar que éste surge cuando la prestación de trabajo libre se configura en forma generalizada, en la sociedad liberal, y cuando dicha realidad social, por ende, se convierte en elemento de identidad del sistema. Con el surgimiento del sistema económico capitalista cambia la estructura de producción de la sociedad, y comienza a existir trabajo prestado por hombres libres y por cuenta ajena -en forma generalizada-, en sustitución de la organización productiva anterior[3].

En esa evolución se identifica una función central del Derecho del Trabajo, que se traduce en la especial protección del trabajo, que se puede descomponer en dos factores. Por un lado, concebida como una función económica; en tanto que se dirige a la articulación de las relaciones de producción -facilita e institucionaliza las relaciones de producción del capitalismo industrial-. Por otro lado, concebida como una función política; en virtud de que es esencialmente una estructura normativa de compensación de desigualdades sociales -es una regulación que, facilitando las relaciones de producción, lleva a cabo una operación política de compensación de desigualdades-.

Incluso, constituye un dato objetivo que la actividad normativa de la OIT se centró inicialmente en forma fundamental a la actividad industrial, siendo precisamente el Convenio Internacional del Trabajo Nº 1, del año 1919, dedicado a las horas de trabajo en la industria.

Empero, dicho modelo que constituyó la base de la necesaria respuesta normativa de parte de los Estados y la realidad imperante para la construcción del Derecho del Trabajo, más modernamente es alterado y sustituido en gran medida por otras actividades, como lo son el comercio y los servicios, existiendo una proliferación y mayor desarrollo de las áreas de la información, comunicación y las tecnologías.

Es por ello que se constata una creciente y cada vez mayor recurrencia a la incorporación de tecnologías al ámbito de la empresa, e incluso, aparecen nuevas formas de empleo mediante el recurso de "plataformas digitales", a las que se las ha catalogado como plataformas colaborativas, "on demand economy" o "Uber economy". Estas nuevas formas de prestación de trabajo humano, se inscriben dentro de conceptos más abarcativos, como el de la economía de las plataformas digitales o "gig economy", que se refieren a la actividad que cumplen esas plataformas en la intermediación de bienes y servicios entre particulares, o aún cuando dichas empresas no sean intermediarias, a su participación en la definición de las condiciones de uso de la plataforma y obtención de importantes beneficios económicos, prestando un servicio concreto en el mercado. Más aún; las plataformas prefieren despojarse de todo ropaje empresarial tradicional que caracteriza a cualquier emprendimiento, considerándose como "nuevas formas de negocios".

Asimismo, esta realidad asume el recurso de la digitalización y el uso de internet por parte de quien oferta los bienes o servicios, contando con una idoneidad de conectar a un potencial cliente que demanda un servicio o bien, con un conjunto de personas que asumen la tarea de prestar dicho servicio. En este contexto, las plataformas recurren a la contratación directa de personas -no empresarios-, denominados en muchas ocasiones como "colaboradores" o "socios", para que ejecuten los servicios ofertados. En definitiva, se conectan directamente con la persona que debe prestar la fuerza laborativa, para que ella satisfaga las necesidades del cliente final -en pocas palabras, con el que requiere el envío de un bien o un transporte, entre otros ejemplos-.

Por otra parte, no puede perderse de vista que estos "colaboradores" que prestan su trabajo a demanda, tienen la libertad teórica de elección del tiempo destinado a su labor, aunque en los hechos se verifica un constreñimiento a dicha libertad, en tanto que la necesidad de percibir un ingreso económico, exige una dedicación mayor para evitar la reducción de la remuneración.

Esta nueva realidad tiene una implicancia muy importante, atendiendo a que la consolidación de dicho paradigma de organización empresarial está produciendo y seguirá ampliando su impacto real y negativo respecto de las condiciones de trabajo de los prestadores de servicios, generando mayor precariedad de las mismas en comparación con lo que constituye el esquema de protección típico de la relación de trabajo dependiente.

Por ello es que se debate sobre la importancia de tomar medidas de acción, como puede llegar a ser la regulación de estos fenómenos, a los efectos de evitar que la referida precarización se extienda al resto de la economía.

Por ende, y dado que esta última modalidad es la realidad imperante, resulta justificado plantearse la siguiente pregunta: las categorías y herramientas clásicas del Derecho del Trabajo, como lo es la subordinación como elemento que define la existencia de una relación de trabajo, ¿son suficientes para determinar si estas nuevas formas de trabajo resultan comprendidas por el Derecho del Trabajo?

Una interrogante que han intentado responder en gran medida diversos tribunales de justicia en todos los continentes y, en el acierto o en el error, la respuestas son disímiles: por un lado, se entiende que dichas formas de prestación de trabajo son las propias de un trabajador independiente o autónomo -y por ende, se convalida tanto el modelo empresarial organizativo, como la inaplicabilidad de la protección del Derecho Laboral a estos prestadores-, y por otro lado, se interpreta que el trabajo prestado a través de las plataformas digitales, ingresa en la categoría que es propia del trabajador dependiente, extendiendo por ende, la tutela del Derecho del Trabajo a estos prestadores.

Por lo tanto, esta realidad implica para los operadores jurídicos, un esfuerzo de discernimiento sobre la plausible aplicación de las normas del Derecho Laboral, lo que obliga a buscar una respuesta dogmática holística, antes bien que posibles soluciones que se pudieren aportar singularmente en cada caso en concreto.

3 PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Vigesimocuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 47.

Las nuevas formas de trabajo analizadas desde el Derecho del Trabajo: ¿un problema de calificación jurídica?

Estas nuevas formas de trabajo han sido estructuradas organizativamente, en la mayoría de los casos, de manera tal de quedar formalmente alejadas del ámbito de aplicación normativo del Derecho del Trabajo. En este sentido, el diseño de los modelos empresariales están construidos sobre la base de un discurso metódico, así como de una implementación formal que se sustenta en dos ideas centrales: la primera de ellas, relacionada con la naturaleza jurídica de la actividad de dichas estructuras empresariales; y la segunda de ellas, que reposa naturalmente en la anterior, vinculada con la relación jurídica entablada entre el prestador del servicio subyacente y la propia plataforma digital.

De todos modos, debe advertirse que no todas las plataformas digitales operan de la misma forma, "ni tampoco las prestaciones de servicios que se desarrollan en el marco de este tipo de empresas son en absoluto homogéneas", aunque, sin embargo, tienen un denominador común, al utilizar internet y aplicaciones para conectar al usuario con el oferente de un bien o servicio[4]. En efecto, las plataformas digitales realmente pertenecientes a la economía colaborativa, serán en principio excluidas del alcance del Derecho del Trabajo, ya que suelen encuadrarse dentro de acciones voluntarias o trabajos amistosos y benevolentes[5]; mientras que las restantes, que se desarrollan de manera profesional, también tendrán sus características particulares que exigirán su adecuado estudio y encuadre jurídico, teniendo algunas de ellas un especial vínculo con el derecho laboral.

A pesar de esta distinción, cabe señalar que en resumidas cuentas, muchas de las empresas de plataformas digitales se consideran a si mismas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, cuya actividad se limita exclusivamente a la intermediación, entre el usuario o cliente que solicita un servicio en concreto dentro de esa plataforma, y el prestador de dicho servicio. Por ello, las plataformas se presentan formalmente como intermediarias entre oferta y demanda, sin controlar ni desarrollar el producto que se ofrece, aplicando sus energías en la creación de un simple soporte tecnológico[6]. Es por este motivo que estas empresas suelen auto etiquetarse como plataformas que se desarrollan dentro del ámbito de la economía colaborativa.

En consonancia con dicho postulado, si la empresa únicamente concentra su actividad en el desarrollo de un producto tecnológico, como lo es una aplicación o plataforma digital, y efectivamente no brinda ningún otro servicio adicional, naturalmente no será necesario que cuente con trabajadores dependientes a los efectos de la prestación de una actividad diferente que no constituye ni integra su giro. Por ello es que los prestadores del servicio subyacente ofrecido dentro de la plataforma, son considerados por estas como trabajadores por cuenta propia, o auténticos emprendedores y empresarios.

Sin embargo, incorporando un análisis de esta realidad desde el Derecho del Trabajo, se genera una problemática desde el momento en que estas premisas discursivas y formales, comienzan a distanciarse de la materialidad de los hechos. En ese sentido, el primer aspecto a considerar es si al soporte tecnológico se le agrega la oferta de un servicio subyacente, que permita comprender que el mismo se incorpora o constituye el giro habitual o principal de las plataformas digitales. Además de lo anterior, el segundo elemento para analizar se corresponde con el desarrollo del trabajo prestado por quienes son formalmente trabajadores autónomos, teniendo presente que el panorama se complejiza cuando la plataforma digital ordena, gestiona y controla al trabajador y, además, percibe una comisión por cada prestación que se lleve a cabo[7]. En tales supuestos, el modelo organizativo de dichas plataformas podría desplazarse desde la auto calificación como empresas de la economía colaborativa, hacia la economía de plataformas digitales u *on demand economy* -extremo que ha llevado a designar a estas situaciones como modelos impropios o en sentido amplio de la economía colaborativa[8]-, y asimismo, eventualmente a re-encausar a la calificación de la relación jurídica entablada con el prestador de servicios, hacia el trabajo dependiente.

La complejidad apuntada se refuerza por el hecho de que lo que surge de las formas no constituye un elemento determinante a los efectos de definir la aplicación del régimen jurídico propio del Derecho del Trabajo, sino que por el contrario, lo esencial para determinar la extensión de la normativa tuitiva laboral, se limita al análisis de lo que acontece en la realidad material de la vida. Por ello es que el Derecho del Trabajo ha tradicionalmente asentado sus bases sobre los conceptos de dependencia o subordinación y ajenidad, a los efectos de comprender subjetivamente dentro de su ámbito de aplicación a todas las relaciones jurídicas que reúnan esos elementos esenciales.

Consecuentemente, se ha afirmado que se asiste a una "dificultosa operación de encuadramiento jurídico de la prestación de trabajo y del sujeto que la lleva a cabo como consecuencia de las confusas fronteras entre la potencial condición de trabajador y la de usuario de la Red"[9].

4 SERRANO, R., "Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad", en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 25.

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

6 ALAMEDA, M., *Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo.* Disponible en www.laleydigital.laley.es, LA LEY 15181/2018 [consultado el día 29 de diciembre de 2018]

7 ALAMEDA, M., *Empleo autónomo....*

8 MIRANDA, L., "Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?", *Revista de Estudios Europeos*, Nº 70, Instituto de Estudio Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017, pp. 207 y 208.

9 TRILLO, F., "Relaciones de trabajo en la economía digitalizada". Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf [consultado el día 10 de julio de 2019].

Por tal motivo, las nuevas formas de trabajo analizadas bajo la óptica del derecho laboral encierran un problema de calificación jurídica, a partir del cual su resolución conducirá a comprender determinada situación fáctica dentro del ámbito de aplicación y protección del ordenamiento jurídico laboral, o por el contrario, en excluirlo del mismo.

Ello determina que una eventual calificación errónea, implica la puesta en juego de varios aspectos en concreto, como el salario mínimo y prestaciones laborales propias del derecho individual del trabajo, así como la tutela en otros derechos laborales fundamentales, vinculados con el derecho colectivo[10]. En ese contexto, el problema de la calificación jurídica de ese trabajo, está íntimamente relacionado con la tipología de las plataformas digitales en función del modo de prestación del servicio, y de la dilucidación de si su actividad se centra en la intermediación entre clientes y prestadores, o en la prestación efectiva de un servicio subyacente, mediante el control e influencia de la plataforma sobre el mismo[11].

10 DE STEFANO, V., "La 'gig economy' y los cambios en el empleo y la protección social", *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Nº 27, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2016, p. 161. Disponible en https://www.ccoo.es/152806c7bbdfac28c2bde95f40e00c0d000001.pdf [consultado el día 15 de junio de 2019].

11 SERRANO, R., "Nuevas formas...", p. 26.

La naturaleza de la actividad de las plataformas digitales

Tal como fue destacado precedentemente, las plataformas digitales que introducen nuevas formas de trabajo, han consolidado sus negocios sobre la base de considerarse a si mismas como empresas de tecnología, que desarrollan su actividad en el marco de la sociedad de la información y comunicación. En efecto, estas empresas se auto definen como organizaciones que desarrollan una plataforma web y/o móvil, que es administrada por las mismas, y que permite que concurran los usuarios o consumidores y los prestadores del servicio subyacente, a los que se los ha denominado de diferentes maneras, aunque con la coincidencia de entender que se tratan de trabajadores independientes o autónomos. En definitiva, bajo este panorama, las empresas de plataformas digitales solamente actuarían como meros intermediarios, en el sentido de que su actividad quedaría limitada a la creación de un espacio virtual y tecnológico, para la concurrencia de la oferta y la demanda de un bien o servicio en concreto.

Sobre este punto, deben distinguirse dos situaciones particulares que representan realidades diferentes, y por ende, su tratamiento jurídico debe ser diverso. En un primer plano, cabe destacar que algunas plataformas digitales centran su actividad en la oferta para el disfrute temporal de algún bien; y en tales casos, no se suelen plantear dificultades a nivel del derecho laboral, en tanto que los servicios personales que eventualmente se pueden verificar en los hechos, son absolutamente marginales, y "en todo caso, son fácilmente reconducibles al trabajo por cuenta ajena". Sin embargo, en un segundo plano, el problema generado desde el análisis del Derecho del Trabajo, se concentra en aquellas plataformas digitales que ofrecen servicios de manera personal y que implican la prestación de una actividad de forma directa por parte de un sujeto. En estos supuestos, dichas plataformas pueden desarrollar sus tareas como simples bases de datos o intermediarias entre clientes y prestadores del servicio, o por el contrario, pueden asumir la organización y control del servicio, brindando el mismo de manera operativa[12].

Por ello, se ha explicado que resulta insuficiente, al menos para ciertos tipos de plataformas, la respuesta que segmenta y distingue, por un lado, el rol del creador e intermediario electrónico que brinda servicios propios de la sociedad de la información, y por otro lado, los oferentes de los bienes y servicios que se corresponden con prosumidores que se convierten en aparentes autónomos. En efecto, además de las plataformas horizontales que concretamente facilitan el intercambio real de bienes y servicios entre sujetos que ofertan y demandan los mismos para su uso temporal, también existen plataformas verticales o fuertemente integradas, que distan mucho de su papel de meras creadoras de determinados mercados y simples intermediarias. En este sentido, en estos casos, las plataformas pueden ser titulares de los principales medios productivos, como lo son la plataforma y la aplicación tecnológica, que van a permitir la organización y dirección de todos los factores de producción, orientados para brindar un servicio subyacente específico, al que se le confieren características particulares a los efectos de poder competir con otros prestadores de servicios o aplicaciones, de modo tal que permitan identificar esos servicios, "no ya con el materialmente fungible prestador en cada momento del servicio físico, sino con el tipo de prestación uniformada que articula la plataforma/aplicación, y que se ofrece, por tanto, a los consumidores materialmente como una marca"[13].

Así es que CALVO se refiere a las **plataformas horizontales**, como aquellas que están abiertas al comercio de una amplia gama de productos y servicios, creando simplemente un espacio virtual en el que las partes pueden actuar de manera libre, intercambiar y negociar sus condiciones, en cuyo caso su actividad se circunscribiría a los servicios de la sociedad de la información, en tanto que fomenta la concurrencia de ofertantes y requirentes, "cuyas características personales y profesionales sí son valoradas y entran en concurso y competencia entre sí". Por otro lado, las **plataformas verticales** están profundamente integradas al mercado, y construyen una organización productiva auténtica, fijando los precios del servicio subyacente, señalan sus condiciones básicas de formas de prestación, impidiendo individualizar a los prestadores del servicio, y "cuando, en definitiva, el poder organizativo de la plataforma hace que lo que solicitemos no sea realmente el servicio de un concreto prestador, seleccionado en función de sus características específicas, sino un servicio identificado incluso por y con la misma plataforma"[14].

En una comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en relación a la economía colaborativa, se ha indicado que las plataformas ofrecen un servicio de la sociedad de la información cuando "proporcionan un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios»". Asimismo, la Comisión destaca que aún cuando las plataformas puedan ofrecer este tipo de servicios, ello no impide que se pueda considerar que brindan otros servicios adicionales, y que por ende sean proveedoras del servicio subyacente. Para dilucidar dicho aspecto, se entiende que es necesario analizar caso por caso si se reúnen varios elementos de hecho y de derecho importantes, que responden a la interrogante central de la determinación del nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios[15].

En particular, la Comisión Europea enuncia tres criterios clave, que operan como indicios evidentes de que la plataforma ejerce "una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de una servicio de la sociedad de la información)". Estos elementos son:

- Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El

12 SERRANO, R., "Nuevas formas...", pp. 25-26.

13 CALVO, F., "Uberpop como...", pp. 353-354.

14 CALVO, F., "Uberpop como...", p. 355.

15 COMISIÓN EUROPEA, Una Agenda Europea para la economía colaborativa, 2016, p. 6. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html [consultado el día 15 de julio de 2019].

hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.

- Otras condiciones contractuales clave: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)?

- Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente?[16] .

Sin perjuicio de esos tres elementos concretos, no se ha descartado la importancia al menos relativa de otros indicios, como lo son la asunción de los gastos y de los riesgos relacionados con la ejecución del servicio subyacente, o la gestión y organización de la selección de los proveedores del servicio, y de la forma en que estos deben ejecutarse, como por ejemplo, verificando la calidad del mismo[17].

Del examen anterior se desprende que "el elemento clave para diferenciar las plataformas que operan como meras intermediarias entre prestadores y clientes de las que lo hacen como auténticas prestadoras del servicio subyacente, se sitúa en el nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el servicio que se presta y, por ende, sobre las personas prestadoras de tales servicios"[18]. Incluso, se ha sostenido que no resulta necesaria la acumulación de los tres indicios referidos por la Comisión Europea, especialmente en cuanto a la titularidad de los bienes, a los efectos de que pudiera considerarse que existe el referido control e influencia. Así, se entiende que la determinación del precio y del contenido de las prestaciones subyacentes deben operar como suficientes a los efectos de considerar que no existe una actividad típica de intermeciación, sino ante una actividad centrada en la oferta de un servicio estandarizado con el que se identifica a la plataforma y no a sus colaboradores[19].

1. *Las plataformas digitales consideradas como intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información*

En el marco de pretensiones anulatorias iniciadas ante la justicia de España, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo Nº 15 y 17 de Barcelona han tenido que resolver sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la actividad prestada por la plataforma digital de Uber, dando respuesta justamente a este debate jurídico de calificación descripto precedentemente. En concreto, el contenido sustancial de dichos procedimientos se circunscribía a determinar la licitud de las sanciones impuestas hacia la empresa, por la comisión de una infracción muy grave, "en concreto la del art. 140.2 en relación con el art. 42, ambas de la Ley 16/87 de 30 de julio de ordenación del transporte terrestre".

Las partes sostuvieron posiciones contrarias, ya que por un lado, la Generalitat entendía que la empresa brindaba un servicio de transporte terrestre de personas, sin la pertinente habilitación previa, mientras que por otro lado, Uber se auto calificaba como una empresa intermediaria entre la oferta y demanda de ese servicio, y que por lo tanto, únicamente se limitaba a la confección de una aplicación tecnológica propia de los servicios de la sociedad de la información, sin brindar el servicio subyacente de transporte.

Sobre esta base, los juzgadores han entendido que la Generalitat aplicó incorrectamente la normativa, ya que los servicios prestados por Uber deben considerarse como servicios de la sociedad de la información, no siendo aplicable la normativa relativa a la ordenación del transporte terrestre[20]. En este sentido, ambas sentencias han indicado que "la normativa sancionadora a aplicar no es la LOTT, sino la Ley 34/2002 que, en su anexo, define lo que se entiende por servicios de la sociedad de la información", concluyendo que la actividad cumplida por la plataforma digital de Uber ya se entienda de mediación o intermediación, o ya se entienda de organización de un servicio a prestar contratado vía electrónica, enfocado en la temática del transporte urbano de viajeros, no constituye una de las actividades excluidas del art. 5 de la Ley 34/02 -de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico- y sin embargo, sí se incardina dentro del ámbito de aplicación del art. 1 de la referida norma. Además, dicha ley establece un catálogo propio de infracciones, e inclusive en su art. 6 determina la innecesaria autorización previa en relación a esta prestación de servicios *sui generis*.
Por otro lado, en Francia, la División Comercial Nº 4 del tribunal de primera instancia del trabajo de Paris también consideró que Uber no presta el servicio subyacente de transporte, sino que su actividad se limita a la intermediación, al poner en contacto a los operadores de vehículos de pasajeros con personas privadas a través de la aplicación móvil, surgiendo dicho extremo del contrato de servicios suscrito entre la empresa y sus choferes[21].

El mismo fundamento fue sustentado por algunos órganos de la justicia del trabajo de Belo Horizonte de Brasil, entendiendo que según lo que se infiere del contrato social de Uber, su objeto no es transportar pasajeros, sino principalmente brindar servicios de tecnología. Además, tal extremo se desprende del contrato celebrado entre los choferes y Uber, en tanto que se estipula que la empresa proporciona servicios de tecnología, y no servicios de transporte, no actuando como una empresa de transporte, ni operando como agente para el transporte de pasajeros[22]. En el mismo sentido, se ha aludido a que Uber constituye una solución de tecnología de la información que cobra al chofer y a los pasajeros que transporta, los gastos de su operación y para la generación de ganancias[23].

2. *Las plataformas digitales consideradas como prestadoras del servicio subyacente ofrecido por medios tecnológicos*

Contrariamente, el TJUE ha tenido que intervenir en

16 COMISIÓN EUROPEA, Una Agenda..., pp. 6-7.

17COMISIÓN EUROPEA, Una Agenda..., p. 7.

18 SERRANO, R., "Nuevas formas...", p. 26.

19 CALVO, F., "Uberpop como...", p. 358.

20 Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 15 de Barcelona, Sentencia Nº 179/2016, 18.07.2016, Nº de Recurso 439/2015; y Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 17 de Barcelona, Sentencia Nº 287/2016, 05.10.2016, Nº de Recurso 436/2015.

21 Conseil de Prud'Hommes, División Comercial Nº 4, "Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V", 29.01.2018.

22 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Nº 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017.

23 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso Nº 0010044-43.2017.5.03.0012, 30.05.2017.

24 TRILLO, F., "Uber, ¿sociedad de la información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017", Revista de Derecho Social, Nº 80, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 127-128.

una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona, con respecto a un procedimiento entre la Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L. El origen del conflicto estaba vinculado con una presunta práctica de competencia desleal de la empresa Uber, al evitar las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone al servicio de transporte de pasajeros no colectivo, destacándose entre ellas a la necesaria autorización previa y la concesión de licencia[24].

Precisamente, en dicha ocasión el Tribunal ha debido calificar la naturaleza jurídica del servicio prestado por Uber, analizando si este se trata de un servicio de intermediación, que conecta mediante una aplicación de teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano; o si por el contrario, crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas. La sentencia se decanta por la segunda cuestión, y concluye que "debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte"[25].

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

Asimismo, el tribunal explica que el servicio de intermediación de Uber se basa en una selección de choferes no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta empresa les proporciona una aplicación, sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados choferes. Por ello es que el TJUE expresamente sostiene que "Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores", estableciendo el precio máximo del traslado, recibiendo el pago del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo, y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar en la exclusión de éstos.
De ese modo, el TJUE sostiene que tal calificación es conteste con la jurisprudencia del tribunal, que considera como servicio en el ámbito de los transportes, no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte.

Por su parte, el abogado general del TJUE había analizado la posibilidad de atribuir una naturaleza mixta a la actividad cumplida por la empresa, es decir, si podría calificarse que en parte prestaba servicios inherentes a la sociedad de la información, y en parte servicios del transporte de pasajeros. Sin embargo, descartó dicha posibilidad, al entender que el eventual servicio de intermediación "no reporta ningún beneficio económico de forma autónoma"[26].

Por este motivo, señala que "la prestación de transporte es sin lugar a dudas la principal y la que le confiere su sentido económico. Los usuarios buscan a los conductores con un único objetivo, el transporte de un punto a otro. Por tanto, la fase de conexión tiene únicamente carácter preparatorio, a fin de permitir la realización de la prestación principal en las mejores condiciones"[27].

En apoyo a esta línea de razonamiento, se ha manifestado que empresas de este tipo, "prestan un servicio específico por más que se autodefinan como simples bases de datos. Se insertan en un sector concreto, establecen un sistema de retribución, inciden en el precio del servicio, controlan a los prestadores del servicio tanto estableciendo procesos de selección como con un sistema de retroalimentación de las opiniones de los clientes además de la fiscalización del prestador del servicio a través de las propias plataformas y de herramientas de geolocalización"[28].

En este sentido, algunos autores han señalado que "en el trabajo a demanda vía apps/internet, el trabajo de los prestadores de servicios...es central, no tangencial, para el negocio de la plataforma"[29], y que por lo tanto, "[l]legados a este punto, nos situamos ante plataformas integrales (PI) y no ante prestadoras de servicios de la sociedad de la información (PSSI)"[30].

Por su parte, las respuestas jurisprudenciales en España han sido disímiles. Así, por ejemplo, a diferencia de la intervención directa en la resolución del tema efectuada por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo Nº 15 y 17 de Barcelona, el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona[31], decidió plantear este asunto como cuestión prejudicial ante el TJUE[32].

En cambio, la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, ha indicado que en este mismo caso de la plataforma Uber, "no se trata ya de que UBER coopere en la prestación del servicio de transporte, sino que interviene directamente en dicha prestación a través de su Plataforma, con independencia de que otra sociedad filial -UBER BV- participe en la contratación con el usuario". Por este motivo, se señala que "UBER no es un mero operador tecnológico, sino que se trata de un auténtico empresario del transporte. A tal efecto tiene capacidad para seleccionar a los conductores e incluso establece las tarifas del servicio. Esto no solo sirve para excluir que el servicio prestado se corresponda con un mero operador tecnológico u operador neutral ..., sino que también excluye que se trate de un mero intermediario de transporte"[33] .

En definitiva, la resolución de la Audiencia Provincial determina que "[l]os usuarios no son

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

26 TRILLO, F., "Uber, ¿sociedad...", p. 133.

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

28 VALLECILLO GÁMEZ, M., "Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad", *Conferencia nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Volumen II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 464. Disponible en https://www.ilo.org/ [consultado el día 19 de abril de 2019].

29 SERRANO, R., "Nuevas formas...", p. 23.

30 ALAMEDA, M., *Empleo autónomo....*

31 Asunto 929/2014D2.

32 Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Auto fecha 16.07.2015, Nº de Recurso 929/2014.

33 Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigesimoctava, Auto Nº 15/2017, 23.01.2017, Rollo de apelación Nº 494/2016.

realmente clientes de los conductores sino que son clientes de UBER. Los conductores pueden ser considerados autónomos, dentro de un sistema de distribución vertical integrada de los servicios que UBER comercializa a través de UBER BV, o incluso empleados, sin que sea necesario profundizar en este aspecto".

Interviniendo en instancia de casación, la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, ha debido resolver un recurso presentado por la Generalitat que consideraba que la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 15 de Barcelona en relación a la plataforma Uber, no había sido ajustada a derecho. En efecto, en lugar de haber suspendido el procedimiento hasta tanto no recayera la resolución del TJUE, el juzgador de Barcelona resolvió sobre el fondo del asunto, en clara contradicción con lo posteriormente resuelto en forma sustancial por el tribunal comunitario.

En su lugar, el Tribunal Supremo ha trasladado por completo la doctrina del TJUE, manifestando que "la actividad que desarrolla Uber, B.V. ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE , apartado 1, y que, en consecuencia, un servicio de esa índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE , de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31". Es por este motivo que el fallo concluye que la actividad desarrollada por Uber "no es un mero servicio de intermediación sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros", quedando por ese motivo sujeta a la autorización exigida en el artículo 42.1 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres[34].

Más recientemente, el Juzgado de lo Social de Barcelona Nº 31, ha compartido el mismo criterio del TJUE, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid y del Tribunal Supremo, al analizar la actividad de otra plataforma digital dedicada al reparto de bienes y alimentos, expresando que "en modo alguno DELIVEROO se limita a prestar 'un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes' a, en este caso, el restaurante, el repartidor y el cliente… Lo que hace DELIVEROO, como hacía UBER en el caso examinado por el TS, va mucho más allá que poner una aplicación al servicio de clientes y repartidores"[35].

En los Países Bajos, la Corte de Amsterdam ha analizado el mismo supuesto, sobre la base de desentrañar si la actividad de la plataforma digital de Deliveroo encuadra o no dentro del servicio de transporte de bienes, a los efectos de determinar si se encontraba comprendida dentro del alcance del Acuerdo de Trabajo Colectivo para el transporte de mercancías por carretera y el alquiler de grúas móviles.

A tales efectos, se ha considerado que parte del negocio de la empresa es la entrega de comidas preparadas por restaurantes externos afiliados a Deliveroo, y asimismo, no consideró plausible que el volumen de negocios total no esté determinado en parte por el hecho de que la plataforma digital entrega los alimentos o comidas a domicilio. Por tal motivo, se ha resuelto afirmativamente en el sentido de que la empresa se encuentra comprendida en el Acuerdo de Trabajo Colectivo para el transporte de mercancías por carretera y el alquiler de grúas móviles[36].

En similar sentido en cuanto a la conclusión arribada por dicho tribunal, aunque sin ingresar en el análisis detallado y específico de la actividad cumplida por la plataforma digital Foodora, la Sección del Trabajo de la Corte de Apelaciones de Turín ha determinado que los *riders* tienen derecho a percibir el importe devengado en relación con la actividad efectivamente realizada a favor de Foodora, sobre la base de la retribución, directa, indirecta y diferida, establecida para los empleados del transporte logístico de mercancías de quinto nivel de la CCNL, con deducción de lo ya percibido. Por tal motivo, dicho fallo en definitiva impone la aplicación del convenio colectivo del sector transporte de mercaderías[37].

En cambio, tanto la Sección Civil especializada en materia de empresa del Tribunal de Turín[38], como el Tribunal Civil de Roma[39] han señalado que la plataforma de Uber organiza materialmente un servicio de transporte público y no constituye un mero intermediario.

Por otro lado, el Tribunal de Empleo[40], el Tribunal de Apelaciones de Empleo[41] y la División Civil de la Corte de Apelaciones del Reino Unido[42], se han pronunciado en la misma dirección, al identificar que la empresa Uber opera como un negocio de transporte. En efecto, se manifiesta que no es real considerar que Uber esté trabajando para los conductores -en el entendido de que es quien vende un servicio de tecnología a los mismos-, sino que la única interpretación razonable es que la relación se constituye de un modo contrario a lo sostenido por la empresa. De ese modo, se entiende que los conductores proporcionan la mano de obra calificada a través de la cual la organización entrega sus servicios y obtiene sus ganancias.

Asimismo, las sentencias enfatizan en el hecho de que Uber comercializa una gama de productos, y que dichos productos son una variedad de servicios de conducción. Por este motivo se enfatiza en que ni los reclamantes ofrecen esa gama de productos, ni ningún otro chofer en solitario. De ese modo, se agrega que el marketing no se realiza en beneficio de ningún conductor individual, sino que, evidentemente, se hace para promocionar el nombre de Uber y vender sus servicios de transporte.

De modo semejante, se ha señalado que en Alemania han intervenido un Tribunal de Hamburgo y la Corte Administrativa de Berlin[43], considerando que la empresa Uber no se trata de una mera intermediaria de servicios de transporte, sino que por el contrario, actúa frente a los usuarios como un auténtico contratista de transportes[44].

En Estados Unidos se desarrolló otro caso en donde se analizó el alcance de la actividad de la plataforma Uber[45]. Allí, la compañía utilizó el mismo fundamento al sostener que los choferes no le brindan ningún servicio a la empresa, y por ello,

34 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Sentencia Nº 87/2018, 25.01.2018, Nº de Recurso 313/2016.

35 Juzgado de lo Social de Barcelona Nº 31, Sentencia Nº 193/2019, 11.06.2019, Nº de Recurso 662/2017.

36 Rechtbank Amsterdam, Nº de caso 7044576 CV EXPL 18-14762, 15.01.2019.

37 Corte de Apelaciones de Turín, Sección del Trabajo, Causa Nº 468/2018, 11.01.2019.

38 Tribunal de Turín, Sección Civil, Causa Nº 20770/2056 R.G., 24.03.2017.

39 Tribunal Civil de Roma, Causa Nº 76465/2016, 07.04.2017.

40 Tribunal de Empleo del Reino Unido, Caso Nº 2202550/2015 & Others, "Uber BV & ors -v- Aslam & ors", 28.10.2016.

41 Tribunal de Apelaciones de Empleo del Reino Unido, Apelación Nº UKEAT/0056/17/DA, "Uber BV & ors -v- Aslam & ors", 10.11.2017.

42 Corte de Apelaciones del Reino Unido, División Civil, Caso Nº A2/2017/3467, "Uber BV & ors -v- Aslam & ors", 19.12.2018.

43 Corte Administrativa de Berlin, VG 11 L 353.14, 26.09.2014.

44 CALVO, F., "Uberpop como…", p. 343.

45 Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito Norte de California, No. C-13-3826 EMC, "Douglas O'Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.", 11.03.2015.

no resultaría aplicable la presunción de trabajo dependiente. La premisa central de este argumento es la afirmación de Uber de que es no se dedica al transporte de pasajeros, sino que es una empresa de tecnología que simplemente genera direcciones para sus proveedores de transporte a través de su software. Por lo tanto, Uber se considera a sí mismo como un simple intermediario tecnológico entre los clientes potenciales y los conductores potenciales.

En dicha instancia, el tribunal hace alusión a que la auto calificación de Uber como una empresa de tecnología se centra exclusivamente en la mecánica de su plataforma -es decir, el uso de teléfonos inteligentes y aplicaciones de software habilitados para Internet- en lugar de en la sustancia de lo que realmente hace -es decir, permite a los clientes reservar y tomar traslados-. Por este motivo, en dicho fallo es posible apreciar la conceptualización del elemento tecnológico representado por la plataforma, como un simple instrumento que es utilizado en el contexto del negocio más grande, aludiéndose a que Uber no vende solo un software, sino que vende traslados. Así, se ejemplifica que ni Uber ni los propios taxis son empresas de tecnología, por este solo hecho del uso de la plataforma, o el uso de radios para despachar taxis. De hecho, muy pocas empresas no serían compañías de tecnología si uno se enfocara únicamente en cómo crean o distribuyen sus productos.

Incluso el tribunal profundiza en este aspecto, detallando una serie de fundamentos. En primer lugar, afirmando que se impone dicha solución al analizar los beneficios e ingresos económicos de Uber. En este sentido, sus ganancias no dependen de la distribución de su software, sino en la generación de viajes por sus conductores; ya que paga a sus choferes el 80% de la tarifa que cobra al pasajero, mientras mantiene el 20% restante de la tarifa como su propia tarifa de servicio. Ello se deriva incluso de los términos y condiciones, que confirman que Uber genera ingresos si sus conductores realmente transportan pasajeros. En segundo lugar, el juzgador llega a esta conclusión también apreciando el margen de control sobre el monto de los ingresos que obtiene, calificándolo de significativo, en tanto que establece las tarifas que le cobra a los choferes de forma unilateral. Del mismo modo, aprecia que Uber se reclama una especie de "interés de propiedad" sobre los conductores, al prohibirles responder a las consultas de los usuarios sobre la reserva de viajes futuros fuera de la aplicación. En tercer lugar, el tribunal enfatiza en el hecho de que la plataforma digital ejerce un control sustancial sobre la calificación y selección de sus conductores.

En otro asunto sometido al mismo tribunal, en donde el análisis se limitaba a la actividad cumplida por Lyft, debatiéndose similares elementos al caso de Uber, el tribunal determinó que es incorrecto sostener que los choferes no le prestan un servicio a la empresa, y que efectivamente esta cumple un negocio destinado a proveer transporte a los pasajeros a cambio de un precio[46].

El mismo calificativo se le asignó a la actividad de Uber por parte de la Junta de Apelación del Seguro de Desempleo del Estado de Nueva York, al señalar que la empresa se encarga de todo el marketing para que los clientes utilicen sus servicios de transporte con el lema "Los conductores privados de todos". Asimismo, señala que aunque Uber sostiene que es simplemente una plataforma tecnológica que conecta a usuarios con los conductores, su negocio es similar en muchos aspectos a otras compañías de servicios de automóviles más tradicionales. Aquí, la tecnología simplemente reemplaza gran parte de los deberes de un trabajador que se dedica a organizar y enviar una solicitud de viaje al conductor más cercano que puede aceptar la asignación enviada. Además, Uber comercializa sus servicios de transporte a conductores y clientes por igual, selecciona solo choferes calificados, monitorea y supervisa el desempeño de los conductores, los premia por alto rendimiento, los disciplina de forma temporal o permanente cuando no cumplen con los estándares de Uber, establece los precios de las tarifas cobradas a los pasajeros, y establece la tarifa del conductor pagada a Uber[47].

Por otro lado, la Junta Nacional de Relaciones Laborales de Estados Unidos señaló que aunque Uber lo niegue, corresponde entender que los conductores se desempeñan como parte del negocio regular de transporte de pasajeros que desempeña la empresa. Sin embargo, aún cuando se arriba a dicha conclusión, la Junta no ha considerado que esto sea un factor fuerte o determinante a los efectos de calificar a dichos choferes como trabajadores dependientes. De hecho, se señala que existen una serie de decisiones en las cuales se consideraba que las personas eran contratistas independientes, a pesar de que sus servicios eran integrales para el negocio de la empresa que los contrataba, en virtud del alcance de la oportunidad empresarial que se les brinda; mientras que, en situaciones de mayor control de la empresa, este factor se ha citado a favor del estado de dependencia[48].

Otro cuestionamiento a la auto calificación de este tipo de plataformas digitales como meras intermediarias, fue efectuado por la Comisión de Trabajo Justo de Australia. El Tribunal señala que Uber se describe como una empresa basada en tecnología que se dedica al suministro de software y que no está asociada con la prestación de servicios de transporte en Australia. Sin embargo, entiende que la distinción que establece la empresa es en realidad, sin sentido, porque si bien puede ser correcto que no proporcione directamente servicios de transporte en Australia, la tecnología en la que se basa su negocio facilita la prestación de servicios de transporte. Además, sostiene que genera sus ingresos directamente como consecuencia de los servicios de transporte prestados por los conductores, al público que se conecta en la aplicación[49].

En el caso de Argentina, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo[50] y Tributario, dictó sentencia ante un recurso de apelación presentado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la empresa Rappi, en el marco de una acción de amparo promovida por diferentes empresas que se dedican al transporte de bienes y alimentos a domicilio. En síntesis, dichas empresas iniciaron una acción de amparo contra el Gobierno de la ciudad, con el objeto de obtener el reconocimiento de su derecho a ofertar y prestar los servicios de mensajería urbana y reparto domiciliario de sustancias alimenticias, de acuerdo con el régimen previsto en la Ley Nº 5526. En dicho marco, solicitaron el otorgamiento de la habilitación en el registro pertinente y el control de tal exigencia por parte de la autoridad de aplicación respecto de todos los que ejercen las actividades referidas.

En el inicio del procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 de la ciudad de Buenos Aires, dictó sentencia[51] haciendo lugar a una medida cautelar solicitada por los accionantes, y ordenando al Gobierno de la ciudad a que se pronuncie en relación

46 Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito Norte de California, No. C-13-cv-04065-VC, "Patrick Cotter, et al., v. Lyft, Inc.", 11.03.2015.

47 Junta de Apelación del Seguro de Desempleo del Estado de Nueva York, Nº 596722, 12.07.2018.

48 Junta Nacional de Relaciones Laborales de Estados Unidos, Casos 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

49 Comisión de Trabajo Justo de Australia, "Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.", U2017/9452, 21.12.2017.

50 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala 1, Número: INC 36976/2018-2, CUIJ: INC J-01-00060959-1/2018-2, Actuación Nro: 13299523/2019, 12.07.2019.

51 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 de la ciudad de Buenos Aires, Número: EXP 36976/2018-0, CUIJ: EXP J-01-00060959-1/2018-0, Actuación Nro: 12341078/2018, 06.12.2018.

a la pretensión de otorgamiento de habilitaciones e inscripción en el registro de las empresas demandantes, así como que luego de ello efectivice el registro, y los cursos de capacitación para los conductores de motovehículos y ciclorodados de mensajería urbana y transporte de alimentos a domicilio. Asimismo, uno de los aspectos más destacables del fallo lo fue la disposición de notificar a otras empresas como Rappi y Glovo, y a todas las personas físicas y/o jurídicas que desarrollan actividades similares a través de plataformas virtuales, para que estas soliciten la inscripción en el registro y la habilitación correspondiente que dispone la Ley Nº 5226, para operar como prestadores del servicio de mensajería urbana y/o entrega de sustancias alimenticias a domicilio.

Por su parte, habiéndose interpuesto recurso de apelación contra la disposición de dichas medidas cautelares, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó el fallo mencionado, y desestimó el mismo, aunque modificando únicamente algunos plazos para el cumplimiento de los requerimientos cautelares.

Cabe destacar que la Ley Nº 5226 incorporó al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires el apartado "13.3.2 Régimen de los Conductores destinados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias"[52]. En el recurso de apelación presentado por Rappi, se explicó que la empresa no presta el servicio al que alude la Ley Nº 5226, sino que aquel es desarrollado de manera independiente por cada repartidor, a solicitud de los usuarios, a través de su plataforma informática que sólo actúa como intermediaria -entre los comercios que buscan vender sus productos, los consumidores que quieren adquirirlos, y los repartidores independientes que reciben un pago efectuado por los consumidores-. De ese modo, consideró que el Juzgado de primera instancia se equivocó en el enfoque de la cuestión al considerar *prima facie* que Rappi se dedica a prestar los servicios alcanzados por la Ley Nº 5526, pues se trata de una *app*, es decir de una aplicación de software. En dicho carácter añadió que se limita a exhibir los productos y servicios de diferentes comercios, facilitar el encuentro entre consumidores y repartidores, y servir como medio de envío de comunicaciones entre aquellos. Asimismo, indicó que la ganancia de Rappi se centra en el cobro efectuado a los comercios y que no retiene comisión alguna, siendo el 100% del valor pagado por el consumidor en concepto de costo de envío -y la propina en caso de corresponder- percibido por el repartidor.

Tanto en la sentencia del Juzgado de primera instancia, como en la sentencia de la Cámara de Apelaciones, se ha hecho referencia expresa sobre este tema, aunque sin pronunciarse categóricamente, por la naturaleza cautelar de la cuestión. Así, se ha señalado que resulta razonable la inclusión de las personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades de delivery mediante plataformas digitales en el ámbito de aplicación de la Ley Nº 5226, así como la imposición de que soliciten la habilitación e inscripción en el registro.
En este sentido, el fallo del Juzgado de primera instancia expresa que "[s]e hará saber a Rappi SAS, Kadabra SAS (Glovo), y a todas las personas físicas y/o jurídicas que desarrollan actividades homólogas a través de plataformas virtuales, que *prima facie* no encuentra el Tribunal justificación legal para excluirlas de las previsiones de la ley 5226, por lo que se encuentran alcanzadas por la presente resolución".

Por su parte, el fallo de la Cámara indica que "debe considerarse -en términos cautelares- la finalidad perseguida por la ley...y el tenor de los derechos en juego...; así como la obligación impuesta en la regla jurídica con relación a la habilitación de quienes presten el servicio de mensajería urbana y transporte de sustancias alimenticias a domicilio como servicios complementarios a la actividad principal. Tales cuestiones permiten concluir, en este estado inicial del proceso, que la decisión cautelar -en cuanto incluyó en el decisorio a las personas humanas o jurídicas que desarrollan sus actividades homólogas mediante plataformas virtuales y les impuso que soliciten la habilitación e inscripción en el RUTRAMyC (apartado 6 de las órdenes cautelares cuestionadas)- resulta razonable".

52 Allí se dispone que: "Los Conductores destinados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias que no sean titulares de habilitación de Prestador del Servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias, deberán encontrarse en calidad de conductores en el régimen del trabajador bajo relación de dependencia del Prestador, cumpliendo con la legislación laboral y previsional vigente".

Conclusiones

El aspecto analizado en el presente trabajo, se corresponde con la actividad cumplida por la plataforma digital, o si se quiere, la determinación de la naturaleza de la prestación de la actividad ofrecida por estas empresas. Tal como se señalara, estas empresas se auto califican como desarrolladoras de una plataforma web y/o móvil, que posibilita la concurrencia de los usuarios o consumidores y los prestadores del servicio subyacente. En función de ello, las plataformas digitales actuarían exclusivamente como meras intermediarias, circunscribiendo su actividad a la generación de un espacio virtual y tecnológico, en donde concurren la oferta y la demanda de un bien o servicio en concreto, que será definitivamente ofrecido por un prestador autónomo.

Del planteamiento anterior se deriva que si las empresas de plataformas digitales son simplemente intermediarias, y en definitiva, no brindan el servicio subyacente ofrecido, naturalmente debe señalarse que el vínculo que la unirá con el prestador de servicios no puede constituir uno de carácter laboral. Consecuentemente, tal calificación como empresas meramente intermediarias que brindan servicios exclusivos de la sociedad de la información, sería incompatible con el hecho de tener trabajadores bajo dependencia que presten el servicio subyacente concreto. Por ende, si se concluyera que la plataforma digital es simplemente una mediadora entre oferta y demanda de tales servicios, no cabe otra consideración de que el prestador de servicios debe tratarse de un trabajador autónomo, fuera del alcance subjetivo de aplicación del derecho laboral.

Por el contrario, si la determinación de la naturaleza de la actividad prestada por las empresas arrojare un resultado diferente, y en su caso, se calificara que estas no se dedican a brindar un servicio de la sociedad de la información, sino que en puridad prestan, ofrecen y determinan las condiciones del servicio subyacente que utilizan los usuarios o clientes, cabría preguntarse si se impone entonces un descarte de la posibilidad de que el prestador se trate de un trabajador autónomo, y en su caso, se imponga la figura del trabajador dependiente. A modo de reformulación y reafirmación de la interrogante, la cuestión se circunscribe en determinar si el análisis de la naturaleza de la actividad cumplida por la plataforma digital constituye un camino de ida y vuelta, en tanto y cuanto si hay intermediación, necesariamente existe un trabajador autónomo, y si no la hay, necesariamente procediera calificar a tal prestador como un trabajador dependiente.

Si bien este primer aspecto es fundamental a los efectos de determinar la calificación del vínculo jurídico mantenido entre quien presta el servicio y la plataforma digital, no resulta del todo determinante en el sentido de que si se concluyera que la empresa no es intermediaria, y en su caso presta el servicio subyacente, no necesariamente conduce a considerar que debe contratar trabajadores dependientes para prestar dicho servicio. Por el contrario, en esta hipótesis las posibilidades se limitan al trabajo autónomo o dependiente, sin excluirse ninguno de los dos.

La razón es que, la identificación de que la empresa de plataforma digital provee el servicio subyacente y no se limita a ser una mera intermediaria, constituye "un requisito seguramente casi necesario para la posible calificación como laboral de tal relación entre estas dos partes", aunque no es por sí misma suficiente .

De todos modos, la importancia señalada reside en que, en este supuesto, existiría una fuerte presunción de laboralidad, dado que para no ser intermediaria y en su caso ser considerada como empresa que brinda el servicio subyacente, ello conlleva a haberse comprobado que la plataforma ejerce un control decisivo e influyente sobre el servicio y la forma de prestación del mismo, es decir, un control sobre el trabajo y los trabajadores que se refleja en la realidad de manera importante. Todo ello constituye un elemento que integra el análisis para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, incluso bajo la óptica tradicional ofrecida por el Derecho del Trabajo, que limita su examen a la existencia del elemento de la subordinación como principal cuestión demarcatoria de las fronteras del contrato de trabajo.

Bibliografía

ALAMEDA, M., *Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LA LEY 15181/2018.

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

COMISIÓN EUROPEA, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, 2016, p. 6. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html

DE STEFANO, V., "La 'gig economy' y los cambios en el empleo y la protección social", *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Nº 27, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2016, p. 161. Disponible en https://www.ccoo.es/152806c7bbdfac28c2bde95f40e00c0d000001.pdf

MIRANDA, L., "Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?", *Revista de Estudios Europeos*, Nº 70, Instituto de Estudio Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017.

PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Vigesimocuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

SERRANO, R., "Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad", en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

TRILLO, F., "Uber, ¿sociedad de la información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017", *Revista de Derecho Social*, Nº 80, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

TRILLO, F., "Relaciones de trabajo en la economía digitalizada". Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf

VALLECILLO GÁMEZ, M., "Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad", *Conferencia nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Volumen II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.

Modelo Social Europeo y Cláusulas Sociales en los Acuerdos de Libre Comercio

European Social Model and Social Clauses Within the Free Trade Agreements

Francisco Javier Arrieta Idiakez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

Introducción 93

La Carta de los Derechos Fundamentales y el acervo normativo complementario en materia de derechos laborales 94

Los acuerdos de libre comercio y su contenido laboral en contraste con el acervo normativo de la Unión en materia de derechos laborales 102

Conclusiones 105

Bibliografía 106

Resumen

Abstract

La globalización de la economía es un hecho. Pero ¿qué sucede con la vertiente social de dicha globalización? ¿Y, especialmente, respecto a los derechos laborales? Esta cuestión cobra un especial interés en el marco de los acuerdos de libre comercio que la Unión Europea está celebrando. Y ello porque cabe preguntarse por la existencia de un modelo social europeo. En efecto, ¿existe realmente dicho modelo? ¿Cómo puede identificarse? ¿Qué consecuencias podría tener respecto a los acuerdos de libre comercio? En caso de existir, realmente, dicho modelo social europeo, ¿resulta vinculante? Y si resultara que, ciertamente, fuera vinculante ¿se toma en consideración dicho modelo, y, por ende, se respeta? Precisamente, para responder a dichas cuestiones, en este trabajo, en primer lugar, se identificará el modelo social europeo a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del acervo normativo que deriva del mismo. Y, en segundo lugar, se procederá a contrastar si los acuerdos de libre comercio y su contenido laboral son acordes con el acervo normativo de la Unión en materia de derechos laborales que trae causa del modelo social europeo, tomando como referencia los acuerdos celebrados con la República de Corea, Colombia y Perú, la República Socialista de Vietnam, Canadá y Japón.

The globalization of the economy is a fact. But what about the social dimension of such globalization and, especially, regarding labour rights? This issue is of special interest in the framework of the free trade agreements that the European Union is celebrating. In this context, the question arises as to whether the European Social Model exists. Moreover, if the European Social Model exists, it is possible to ask about the way to identify it. What consequences could this model have regarding free trade agreements? If the European Social Model exists, is this model legally binding? In other words, if the European Social Model creates binding obligations for the free trade agreements it is necessary to check if these agreements really take into account and, therefore, respect the European Social Model. In order to give an answer to these questions, in this work, first of all, the European Social Model will be analyzed taking into account the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as well as, its normative acquis. Secondly, we will check if the free trade agreements and their labor content are in accordance with the Union's normative acquis in the field of labor rights that brings about the European Social Model. To this end, the free trade agreements with the Republic of Korea, Colombia and Peru, the Socialist Republic of Vietnam, Canada and Japan will be analyzed.

Introducción

A modo de introducción conviene centrar la atención en la contextualización de la principal problemática planteada en forma de hipótesis en este estudio, a saber, en la necesaria compatibilidad de los acuerdos de libre comercio con los derechos laborales regulados en la Unión Europea.

En ese sentido, de entrada, cabe recordar como en el ámbito de la Política Exterior, el Tratado de Ámsterdam introdujo la posibilidad de concluir acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales (cfr. artículo J.14). Con ello se pretendía afirmar la identidad de la Unión Europea en el ámbito internacional y reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados Miembros de la Unión (cfr. artículo 1).

Así, actualmente, el artículo 217 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que «la Unión podrá celebrar con uno o varios terceros países o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocas, con acciones comunes y procedimientos particulares». En principio, el procedimiento para la negociación y celebración de estos acuerdos se contempla en el artículo 218, pero bajo la salvaguarda de las disposiciones particulares del artículo 207. Precisamente, este último precepto, en su apartado 3, regula una importante limitación a la negociación de este tipo de acuerdos, al señalar que «corresponderá al Consejo y a la Comisión velar por que los acuerdos negociados sean compatibles con las políticas y normas internas de la Unión».

De este modo, este es el ámbito normativo de partida de los acuerdos de libre comercio celebrados entre la Unión y terceros Estados, y el que, en consecuencia, tendrá que ser tomado en consideración en el caso de que el Reino Unido abandone definitivamente la Unión Europea y opte por celebrar con esta un acuerdo de libre comercio.

Igualmente, debe prestarse atención a la política social y, más concretamente, a las normas internas de la Unión que regulan los derechos laborales, en tanto que, conforme a lo ya indicado, los mencionados acuerdos de libre comercio deben ser compatibles con los mismos.

De este modo, la política social de la Unión, como marco integrador de los derechos laborales, nos sitúa directamente ante el denominado Modelo social europeo.

La doctrina científica ha destacado que este modelo puede analizarse desde una doble perspectiva. Por una parte, desde su función como proyecto político asimilable a un conjunto de valores o creencias, paradigmáticas de la organización y funcionamiento de una sociedad, signo de identidad europea. Y, por otra parte, desde las diversas opciones de política social, sustentada por instituciones y desarrollos concretos materializados en la normativa socio-laboral en todas sus vertientes[1].

En ese sentido, se ha llegado a advertir que el Modelo social europeo como categoría ideológica o política está en declive. Y entre las variadas causas de ese declive se ha aludido, expresamente, a la globalización y los condicionantes externos que la misma conlleva, entre los que se destacan el mayor peso de la economía financiera y la nueva división internacional del trabajo, en la medida en que estos presionan sobre la consistencia de la Europa social[2].

No obstante, conviene recordar que la Unión no ha abandonado el objetivo de conciliar el crecimiento económico y la cohesión social[3], y, por tanto, tampoco la idea de la sociedad del bienestar que trae causa del mismo[4]. Así se deduce también del denominado «pilar europeo de derechos sociales»[5]. Por su parte, si nos atenemos a la segunda de las perspectivas de análisis del Modelo social europeo, es decir, a las distintas opciones de política social que han tenido como resultado principal la adopción de una determinada normativa europea en materia socio-laboral, debe destacarse la constitucionalización de los derechos sociales, en el ámbito del Derecho de la Unión, como técnica de creación de derechos laborales[6]. Constitucionalización que se produce a partir del Tratado de la Unión Europea (TUE)

1 María Pons Carmena, Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales (Madrid: editorial Reus, 2015), 131.

2 María Pons Carmena, Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales (Madrid: editorial Reus, 2015), 136-137.

3 Al respecto conviene recordar que el Libro Blanco de la Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales de la Comisión Europea de 1994, titulado *La política social Europea. Un paso adelante para la Unión* [COM (94) 333, de 27 de julio de 1994], ya subrayó la idea de que «el progreso económico y social deben ir a la par» (cfr. número 3 del Apartado A, relativo a los «valores compartidos»).

4 Ahondando en la idea de que «los presupuestos ineludibles de la sociedad del bienestar son jurídicos y económicos véase Luis Enrique De la Villa Gil, "¿Qué es eso del Estado del Bienestar y como se mide, histórica y económicamente?", *Revista de Derecho Social y Empresa* 3 (2015): 21-51.

5 Para su comprensión deben considerarse varios documentos. En primer lugar, hay que tener en cuenta el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones: El pilar europeo de derechos sociales, de 11 de octubre de 2016 (2017/C 088/21) (DOUE de 21 de marzo de 2017, C 88). Dictamen que tiene por documento de referencia la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, de 8 de marzo de 2016 [COM (2016) 127 final]. En segundo lugar, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Establecer un pilar europeo de derechos sociales», de 26 de abril de 2017 [COM (2017) 250 final]. En tercer lugar, la Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de 26 de abril de 2017 [COM (2017) 251 final]. Y en cuarto lugar, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa» [COM (2017) 2016], sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Establecer un pilar europeo de derechos sociales" [COM (2017) 250 final] y sobre la «Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales [COM (2017) 251 final], de 19 de octubre de 2017 (DOUE de 2 de marzo de 2018, C 81).

6 María Pons Carmena, *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales* (Madrid: editorial Reus, 2015), 138 y 142.

vigente, cuando se reconocen expresamente «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, y se establece que dicha carta «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados» (CDF) (cfr. artículo 6.1). Con otras palabras, a partir de ese momento, la CDF pasa a formar parte del Derecho originario o primario de la Unión, convirtiéndose, por ende, en el principal instrumento para determinar las normas materiales que definen el ámbito de la política social y estructurar la acción de las instituciones en dicho ámbito[7].

En definitiva, como puede apreciarse, las dos perspectivas de análisis del Modelo social europeo acaban confluyendo en la CDF. De ahí que resulte justificado partir de su estudio, con el objetivo de concretar los derechos laborales que deben actuar como parámetro a considerar respecto a los acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión con terceros Estados. Y, al constituir la CDF una fuente de Derecho originario, ello trae consigo, asimismo, la necesidad de analizar también sus conexiones tanto con los convenios internacionales vinculantes para la Unión y sus Estados miembros como con las normas propias del Derecho derivado de la Unión, cuando su regulación se refiera a derechos laborales. Por consiguiente, a continuación se procederá al análisis de tales cuestiones.

La Carta de los Derechos Fundamentales y el acervo normativo complementario en materia de derechos laborales

1. *Derechos laborales en la Carta de los Derechos Fundamentales: fundamento y alcance, especialmente, en conexión con la normativa del Consejo de Europa*

El fundamento de los derechos laborales contenidos en la CDF descansa en lo regulado por el artículo 51 de la propia CDF, cuando, al referirse a su ámbito de aplicación, en su apartado 1, establece que sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones, organismos y agencias de la Unión, respetando el principio de subsidiaridad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (...)»[8].

En efecto, las Explicaciones actualizadas sobre el texto de la CDF, refrendadas por el *Praesidium*, sostienen que la finalidad del artículo 51.1 «consiste en establecer claramente que la Carta se aplica en primer lugar a las instituciones y organismos de la Unión dentro del respeto del principio de subsidiaridad (...). En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997 asunto C-309/96 Annibaldi, Rec. 1997, p. I-7493). El Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: "Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria..." (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. 2737, punto 37) (...)».

En consecuencia, una vez más, queda patente la función a desarrollar por la CDF como parámetro de comparación en materia de derechos laborales para con los acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión con terceros Estados.

7 VVAA, *Manual de Derecho Social de la Unión Europea* (Federico Navarro Nieto, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, y José Manuel Gómez Muñoz, Dirs.) (Madrid: Tecnos, 2011), 39. En palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer la consideración de la CDF como fuente de Derecho originario supone reconocer a la CDF «el valor de Tratado, otorgándole una mayor "juridicidad", operando como "hard law" *sui generis*, lo que puede implicar un mejor equilibrio entre objetivos políticos, económicos y sociales». Es más, el citado autor entiende que «el reconocimiento formal en el ordenamiento de la Unión Europea a nivel del Derecho primario de unos derechos sociales fundamentales debe generar límites internos a la expansión incontrolada de las libertades económicas y corregir el desequilibrio entre la dimensión económica y social de la Comunidad, contribuyendo de forma positiva al ejercicio de las competencias de la Unión para respetar y hacer efectivos los derechos sociales reconocidos en la Carta, que también han de ser respetados y hechos efectivos por los Estados cuando ponen en práctica el Derecho comunitario» [Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, 10 (2014) (LA LEY 1135/2014): 2].

8 Ciertamente, la doctrina ha considerado que «estamos ante una disposición "horizontal" o "transversal" fundamental en el sistema de la Carta, que exige una reflexión de conjunto sobre su sentido y alcance» [José Luis Monereo Pérez, "Artículo 51", en La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Granada: Editorial Comares, 2012): 1305].

Ahora bien, el alcance de la CDF debe matizarse desde distintas perspectivas. Así, desde una primera perspectiva, deben diferenciarse los derechos y los principios que contienen sus disposiciones. Distinción que se aprecia tanto en el artículo 51.1 como en el artículo 52.5. En verdad, esta distinción no es baladí, pues, para empezar, de la literalidad de lo dispuesto por el artículo 51.1 se derivan consecuencias importantes de cara a determinar el alcance de unos y otros. En concreto, el artículo 51.1 establece que las instituciones, órganos y organismos de las Unión, así como los Estados miembros «respetarán los derechos» y «observarán los principios» que contiene la CDF.

En esa línea, se ha señalado como «los derechos deben ser respetados en el sentido, en primer lugar, de una obligación de no hacer, de no interferencia por parte de las autoridades nacionales (y europeas) en el disfrute de los mismos por sus titulares; los derechos subjetivos pueden ser alegados directamente por los individuos ante las autoridades y estas deberán reconocerlos y proteger su disfrute. Por el contrario, los principios son oponibles a las autoridades comunitarias y nacionales en el ejercicio de sus competencias». De ello se concluye que «los principios no dan lugar a derechos subjetivos (...) y que las autoridades se limitan a observarlos y a promover su aplicación mediante su desarrollo normativo (actos legislativos y ejecutivos)»[9]. Por ello, se afirma que «esos principios sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiera a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos de aplicación»[10].

En todo caso, la distinción entre derechos y principios resulta una tarea difícil, al no concretarse en la propia CDF, directamente y con claridad, la distribución entre unos y otros. Siendo esta una cuestión de primer orden para averiguar la compatibilidad de los acuerdos de libre comercio con la política social de la Unión, la concreción de los derechos laborales contenidos en la CDF pasa por considerar también otra serie de perspectivas. Todas estas otras perspectivas se extraen de los artículos 52 y 53 de la propia CDF.

Entre estas perspectivas, en primer lugar, el apartado 2 del artículo 52 contiene una cláusula de remisión a los derechos reconocidos por las disposiciones de los Tratados. En verdad, con ello se garantiza la seguridad jurídica y la continuidad de los mismos. Pero, al mismo tiempo, y necesariamente, se produce una remisión también a los derechos contenidos en las normas de Derecho derivado, así como a la interpretación que sobre todos ellos realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[11]. Por tanto, a efectos de la CDF deben considerarse derechos laborales los contemplados, con tal naturaleza, tanto en el resto de normas de Derecho originario como en las normas de Derecho derivado. Sin lugar a dudas, la labor interpretativa se estima considerable y parece recomendable, en lo que atañe al Derecho originario, tomar por eje central los ámbitos que especifica el artículo 153 del TFUE para la consecución de los objetivos fijados en el artículo 151 del TFUE, entre los que se encuentran el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada y el diálogo social.

Una segunda perspectiva vendría avalada por lo establecido en el apartado 3 del artículo 52 de la CDF. De acuerdo con esta disposición, interpretada a *sensu contrario*, se concluye que los derechos de índole laboral, aunque se trate de derechos inespecíficos, garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (CEDH) — pues cabe recordar que la inmensa mayoría de derechos estrictamente laborales o específicos se contienen en la Carta Social Europea (CSE) también de dicha organización, en cuanto tengan su reflejo en la CDF serán también derechos laborales a efectos de esta última. Es más, la CDF, en la disposición objeto de análisis, establece que «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Hasta el punto de que ese es el suelo mínimo a respetar, ya que como se indica en dicha disposición ello «no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. De este modo, cuando el legislador comunitario legisle y ello afecte a tales derechos podrá tener en cuenta el alcance y limitaciones del CEDH, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[12]. Ahora bien, el *Praesidium* establece una importante consideración complementaria en relación con esta última idea, al señalar que ello no debe afectar a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Como tercera perspectiva a tener en cuenta, el apartado 4 del artículo 52, en palabras del *Praesidium*, «toma debidamente en consideración el planteamiento de las tradiciones constitucionales comunes seguido por el Tribunal de Justicia (por ejemplo, sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, Hauer, Rec. 1979, p. 3727, sentencia de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM&S, Rec. 1982, p. 1575). Según esta norma, en lugar de seguir un planteamiento rígido de "mínimo común denominador", los derechos correspondientes [de las tradiciones constitucionalmente comunes de los Estados miembros] recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes»[13].

Por último, una cuarta perspectiva, en gran medida aglutinadora de las anteriores, se contiene en el artículo 53 de la CDF, bajo la rúbrica «nivel de protección». Así conforme a dicha disposición ninguna de las disposiciones de la CDF puede interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros. No cabe duda de que, como ha señalado la doctrina científica, estamos

9 Araceli Mangas Martín, "Artículo 51. Ámbito de aplicación", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo (Bilbao: Fundación BBVA, 2008): 819.

10 Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, 10 (2014) (LA LEY 1135/2014): 3.

11 En este sentido, véase Araceli Mangas Martín, "Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo (Bilbao: Fundación BBVA, 2008): 837-838.

12 Mangas Martín, "Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Bilbao: Fundación BBVA, 2008): 838.

13 En ese sentido se ha señalado por la doctrina científica que se ha consagrado «*un Derecho Común Europeo* en materia de derechos fundamentales vinculado a las tradiciones constitucionales comunes —pero en parte también heterogéneos en numerosos aspectos (relativos al contenido, la titularidad, modos de ejercicio y sistemas de límites y de garantías) de los Estados miembros (...), a los instrumentos normativos europeos de garantía de tales derechos (de modo destacado, la CEDH y la Carta social Europea) y la jurisprudencia establecida por el TJUE y el TEDH (...)» [José Luis Monereo Pérez, "Artículo 52", en *La Europa de los derechos. Estudios sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Granada: Editorial Comares, 2012):1358].

ante una norma de conflicto, que establece un principio de preferencia por la norma que confiera una mayor protección[14]. Igualmente destacable respecto a este precepto resulta la toma en consideración que debe hacerse de los derechos laborales contenidos en la CSE, como principal texto relativo a los mismos, dentro del Consejo de Europa, y, por ende, de los pronunciamientos que sobre la misma realiza el Comité Europeo de Derechos Sociales[15].

Al fin y a la postre, todo este «nivel de protección» constituye una base jurídica más que suficiente como para poder concretar el contenido esencial de los derechos laborales, ante la posibilidad prevista en el artículo 52.1 de la CDF de limitar los derechos y libertades reconocidos en la propia CDF. Y ello porque tales limitaciones, además de tener que establecerse por ley deben respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Además, dicho precepto, de cara a establecer tales limitaciones alude al principio de proporcionalidad, de forma y manera que aquellas solo podrán introducirse cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Precisamente, en ese sentido, el *Praesidium* señala en su explicación relativa a este precepto que «la fórmula empleada se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: "(...) según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos" (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto 292/97, punto 45)». Pero tampoco cabe olvidar que entre los objetivos de interés general de la Unión se encuentran, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del TUE, el desarrollo sostenible de Europa, basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad en los precios, una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social y un nivel elevado de progreso social (cfr. apartado 3). En ese sentido, son muchos quienes han observado que algunos acuerdos de libre comercio pueden cercenar los derechos laborales[16]. Empero, tampoco faltan quienes ven una oportunidad para establecer estándares laborales internacionales homogéneos y rigurosos[17].

Por otro lado, y en íntima relación con lo que se acaba de comentar en torno al artículo 53 de la CDF, conviene matizar que el mismo se refiere tanto a los derechos como a los principios que contiene la CDF. Por ello, en tanto en cuanto deban respetarse por esta los derechos regulados en los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional, se está consagrando el paralelismo que debe existir entre la CDF y dichos ámbitos, a la hora de determinar cuáles son los derechos laborales en el seno de la CDF. Por consiguiente, si bien el artículo 6 del TUE, en su apartado 3, considera que «los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales», no menos cierto es que el apartado 1 del mismo precepto, en su tercer párrafo, reconoce que «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta (...)» entre las cuales se encuentra, precisamente, el artículo 53.

A la luz de las perspectivas abordadas, puede concluirse que en la CDF tienen naturaleza de derechos laborales, específicos o inespecíficos, los mencionados a continuación[18]:

- Derecho contra la esclavitud y el trabajo forzado (cfr. artículo 5 de la CDF)[19].

14 En esos mismos términos, se ha puesto el acento en que «el principio de favor ex artículo 53 CDF impide una interpretación de la Carta en un sentido de reducción del nivel ya garantizado o reconocido en el Derecho internacional y europeo y asimismo en las constituciones internas nacionales (...). En ese sentido, se consagra el tradicional principio de no regresión en los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales a nivel internacional y europeo» [José Luis Monereo Pérez, "Artículo 53", en *La Europa de los derechos. Estudios sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Granada: Editorial Comares, 2012): 1400].

15 En efecto, como consecuencia de lo preceptuado por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969 (cfr. artículos 23, 26 y 27), los tribunales internos, tanto a instancia de parte como de oficio, y en virtud del control de convencionalidad, tienen la obligación de aplicar la Carta Social Europea, así como la doctrina que emana del Comité Europeo de Derechos Sociales, en forma de conclusiones y decisiones de fondo, en tanto en cuanto dicha doctrina supone la interpretación auténtica y la concreción de las obligaciones jurídicas asumidas al comprometerse con la Carta Social Europea. No hay que olvidar que este comité es el máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control de la conformidad de la normativa y práctica de los Estados respecto a la Carta Social Europea y normativa complementaria. En este sentido, como ejemplo de la aplicación del control de convencionalidad debe destacarse la Sentencia del Tribunal Constitucional español 140/2018, de 20 de diciembre. Así, esta sentencia, en primer lugar, recuerda que «la noción de control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones "no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos" y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos». Y, en segundo lugar, centrando la atención en el concreto caso de España, señala que «el marco jurídico constitucional existente erige (...) al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de Derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria (...). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (...), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 de la Constitución, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto».

16 En esa línea véase Adoración Guamán Hernández y Jorge Conesa de Lara, *El CETA al descubierto: las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales* (Albacete: Editorial Bomarzo, 2016): 85-108. Y en concreto sobre el TTIP la monografía de Ekaitz CANCELA, El TTIP y sus efectos colaterales (Barcelona: Editorial Planeta, S.A., 2016): 221.

17 Véase Owen Herrnstand, "TTIP: Time for a new approach to labor rights and standards", *Revista de Derecho Social y Empresa*, 4 (2015): 113-127.

18 En parecidos términos, véase María Amparo Ballester Pastor, "Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y el Tratado de Lisboa (1)", *Actualidad Laboral*, 15 (2009) (LA LEY 13541/2009): 6-9.

19 Se trata de un derecho que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CEDH y que además ha sido desarrollado por normas de Derecho derivado.

- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (cfr. artículo 10 de la CDF)[20], en relación con el derecho la diversidad cultural, religiosa y lingüística (cfr. artículo 22)[21].

- Derecho a la libertad de expresión (cfr. artículo 11)[22].

- Derecho a la libertad de reunión y de asociación (cfr. artículo 12.1)[23].

- Derecho a la libertad profesional y derecho a trabajar (cfr. artículo 15)[24].

- Derecho a la libertad de empresa (cfr. artículo 16)[25].

- Derecho a la no discriminación (cfr. artículo 21)[26].

- Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (cfr. artículo 23)[27] .

- Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (cfr. artículo 27)[28].

- Derecho a la negociación y de acción colectiva (cfr. artículo 28)[29].

- Derecho de acceso a los servicios de colocación (cfr. artículo 29)[30].

- Derecho a la protección en caso de despido injustificado (cfr. artículo 30)[31].

- Derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas (cfr. artículo 31)[32], relacionado con el derecho a la salud (cfr. artículo 35)[33].

- Derecho contra el trabajo infantil y a la protección de los jóvenes en el trabajo (cfr. artículo 32)[34].

- Derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional (cfr. artículo 33.2)[35].

- Derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ayudas sociales (cfr. artículo 34, apartados 2 y 3)[36].

- Derecho a la libertad de circulación y de residencia (cfr. artículo 45)[37].

2. *Derechos laborales contenidos en convenios internacionales vinculantes para la Unión y sus Estados miembros*

El Derecho internacional que contiene derechos laborales vinculantes para la Unión y sus Estados miembros se concreta en los Convenios de la OIT, en los convenios del Consejo de Europa que traen causa del desarrollo tanto del CEDH como de la CSE, y en los múltiples convenios bilaterales o multilaterales suscritos en los ámbitos de las migraciones y de la Seguridad Social.

En cualquier caso, y sin perjuicio de que, conforme a lo ya señalado (*supra* I.1), los derechos laborales contenidos en la CDF deban interpretarse en cada Estado miembro de acuerdo con los estándares establecidos en los convenios ratificados por los mismos, lo que sí resulta vinculante para la Unión, en su conjunto, es la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en junio de 1998, en tanto que sirve de punto de referencia para toda la comunidad internacional. Y ello porque declara la universalidad de los derechos a la libertad de asociación y a la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Es más, los siguientes convenios de la OIT han sido calificados como «normas fundamentales» en el trabajo, en la medida en que constituyen el «suelo mínimo» para el desarrollo y mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas, con el objetivo de garantizar los derechos de los seres humanos en el trabajo, con independencia del nivel de desarrollo de cada Estado: (a) Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); (b) Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); (c) Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (núm. 29); (d) Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); (e) Convenio sobre la edad

20 Se trata de un derecho inespecífico. Por una parte, su primer apartado se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CEDH, y, por otra parte, su segundo apartado se relaciona con las tradiciones constitucionales nacionales y la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia.

21 Se trata de un derecho inespecífico que se sostiene en los artículos 3 y 6 del TUE y en los artículos 7 y 167 del TFUE.

22 Se trata de un derecho inespecífico que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CEDH.

23 Se trata de un derecho que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CEDH.

24 Se trata de un derecho inespecífico no condicionado y subordinado al Derecho de la Unión, ni a las legislaciones nacionales, pero que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CSE. Asimismo, se sostiene en el artículo 153 del TFUE.

25 Se trata de un derecho condicionado a lo regulado por el Derecho derivado y por las legislaciones y prácticas nacionales.

26 Se trata de un derecho inespecífico que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CEDH y que además se sostiene en el artículo 19 del TFUE.

27 Debe matizarse que, conforme a las explicaciones del *Praesidium* en torno al artículo 52.5 de la CDF, el artículo 23 incluye elementos que se derivan tanto de un derecho como de un principio. En último término, la consideración de derecho derivará de la regulación realizada por las normas de Derecho derivado. En cualquier caso, se trata de un derecho inespecífico.

28 Se trata de un derecho condicionado a lo regulado por el Derecho derivado y por las legislaciones y prácticas nacionales.

29 Se trata de un derecho condicionado a lo regulado por el Derecho derivado y por las legislaciones y prácticas nacionales.

30 Se trata de un derecho no condicionado y subordinado al Derecho de la Unión, ni a las legislaciones nacionales, pero que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CSE.

31 Se trata de un derecho condicionado a lo regulado por el Derecho derivado y por las legislaciones y prácticas nacionales.

32 Se trata de un derecho no condicionado y subordinado al Derecho de la Unión, ni a las legislaciones nacionales, pero que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CSE, se sostiene en el artículo 156 del TFUE y ha sido desarrollado por normas de Derecho derivado.

33 Se trata de un derecho que se sostiene en el artículo 168 del TFUE y que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CSE.

34 Se trata de un derecho no condicionado y subordinado al Derecho de la Unión, ni a las legislaciones nacionales, pero que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CSE y ha sido desarrollado por normas de Derecho derivado.

35 Se trata de un derecho no condicionado y subordinado al Derecho de la Unión, ni a las legislaciones nacionales, pero que se encuentra en paralelo con lo contenido al respecto en la CSE y ha sido desarrollado por normas de Derecho derivado.

36 Se trata de un derecho condicionado a lo regulado por el Derecho derivado y por las legislaciones y prácticas nacionales.

37 Se trata de un derecho que se sostiene en los artículos 20, 52, 77, 78 y 79 del TFUE.

mínima de admisión al empleo, 1973 (núm. 138); (f) Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (núm. 182); (g) Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 1951 (núm. 100); (h) Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111).

Ese «suelo mínimo» que constituyen estas «normas fundamentales» de la OIT se vincula a la idea de «trabajo decente», que constituye también el punto de partida, en tanto que condiciones mínimas del mismo, en los términos establecidos en la Memoria «Trabajo Decente» del Director General de la OIT a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 1999, en Ginebra[38].

Ahora bien, en la memoria mencionada se reconoce que cada sociedad tiene su propia idea de los que es «un trabajo decente». Por lo que, salvaguardando el respeto de las condiciones mínimas, o «suelo mínimo», el «trabajo decente» requiere contextualizarse en cada Estado o ámbito de aplicación supranacional, como es el caso de la Unión Europea, dependiendo, con frecuencia, de la capacidad y del nivel de desarrollo de cada sociedad[39].

En suma, la necesidad de contextualizar el «trabajo decente» en el ámbito de la Unión Europea se conecta con la idea ya propuesta del Modelo social europeo (*supra* Introducción), que a su vez se relaciona con las consideraciones realizadas sobre la CDF (*supra* I.1). Por lo que el trabajo desarrollado en la Unión solamente podrá considerase «decente» si se ajusta a esos parámetros.

3. *Derecho derivado de la Unión*

3.1. Determinación y alcance de los derechos laborales

Los derechos laborales de la Unión Europea que se contienen en la CDF, de acuerdo con la interpretación realizada (*supra* I.1) son objeto de desarrollo por las normas de Derecho derivado de la propia Unión, y serán estas las que fijen su verdadero alcance. Así, los Reglamentos, que, a nuestros efectos, se limitan al ámbito del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, tienen efecto directo y su alcance se limita a lo regulado en las mismas. Por el contario, las Directivas, al establecer solamente los objetivos a cumplir por los Estados miembros, pueden llegar a tener en cada uno de ellos distintos desarrollos normativos en función de sus correspondientes transposiciones, pudiendo incluso llegar a mejorar los objetivos fijados por las propias Directivas. De ahí que el alcance de tales derechos deba analizarse también conforme a los Derechos nacionales, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión deba respetarse y de que el TJUE se encargue de garantizar dicho respeto, disponiendo, en caso de duda, a través de sus resoluciones, cuando las normas internas se ajustan al Derecho de la Unión y cuando no.

3.2. Condiciones de trabajo ante situaciones con elementos de extranjería

Cuando las condiciones de trabajo presentan algún elemento de extranjería, conforme a la regla general, la determinación del Derecho aplicable debe realizarse conforme al Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE de 4 de julio de 2008, L 177), debiéndose destacar su universalidad, ya que se aplicará a las situaciones de conflicto de leyes a causa de la contratación internacional sin que necesariamente las normas nacionales concurrentes deban ser coincidentes con los Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, en materia de desplazamientos transnacionales debe estarse a las particularidades reguladas por la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE de 21 de enero de 1996, L).

Y a efectos de Seguridad Social debe estarse al Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE de 30 de abril de 2004, L 166); y al Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE de 30 de octubre de 2009, L 284).

3.3. Cláusulas sociales en contrataciones y concesiones públicas como vía de alcanzar objetivos socio-laborales

Las Directivas del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE (DOUE de 28 de marzo de 2014, L 94) establecen en su articulado diversas cláusulas sociales aplicables en las fases de selección del contratista, adjudicación del contrato y ejecución del contrato. Así, en cuanto a la selección, se regula como motivo de exclusión de los operadores económicos el haber sido estos condenados por trabajo infantil y formas de trata de seres humanos. En lo referente a la adjudicación se posibilita introducir criterios sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Y en relación con la ejecución, se exige a los operadores económicos el cumplimiento de obligaciones laborales, conforme a los siguientes Convenios de la OIT: 98 (derecho de sindicación y de negociación colectiva); 29 (trabajo forzoso); 105 (abolición del trabajo forzoso); 138 (edad mínima); 111 [discriminación (empleo y ocupación); 100 (igualdad de remuneración); 182 (peores formas de trabajo infantil).

Sin embargo, estas Directivas prevén su no aplicación, por una parte, a los contratos que las entidades adjudicadoras adjudiquen para el desarrollo de sus actividades en un tercer país, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica de la Unión, ni a los concursos de proyectos organizados para tales fines; y, por otra parte, a los contratos o concursos de proyectos que la entidad adjudicadora esté obligada a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos de contratación distintos de los previstos en dichas directivas, establecidos en virtud, por ejemplo, de un acuerdo internacional celebrado de conformidad con los Tratados entre un Estado miembro y uno o varios terceros países, relativos a obras, suministros o servicios destinados a la ejecución o explotación conjunta de un proyecto por sus signatarios (cfr. artículo 10.10 Directiva 2014/23, artículo 9 de la Directiva 2014/24 y artículos 19 y 20 de la Directiva 2014/25).

3.4. Los acuerdos marco transnacionales: su encaje en la política y normativa de la Unión

Los acuerdos marco transnacionales (AMTs) constituyen una modalidad de norma colectiva, en tanto en cuanto instrumentos negociados por las empresas multinacionales con instancias representativas de los trabajadores (especialmente, las federaciones de sindicatos —que operan bien como federaciones globales o mundiales de sector, bien como federaciones europeas de sector—, la

38 Concepto de «trabajo decente» que fue institucionalizado por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 97ª reunión, celebrada el 10 de junio de 2008, en Ginebra (cfr. Preacio).

39 Al respecto véase Dharam Ghai, "Trabajo decente. Concepto e indicadores", *Revista Internacional del Trabajo*, 62,2 (2003): 125-126.

Confederación Europea de Sindicatos y los comités de empresa europeos).

Ciertamente, los AMTs posibilitan desarrollar políticas de personal coherentes para el conjunto de las empresas que conforman los grupos de empresa de estructura transnacional, a pesar de sus diferencias y su ubicación espacial no coincidente[40].

Sin embargo, pese a que «la Unión Europea es uno de los escenarios más desarrollados de las relaciones laborales transnacionales, se muestra incompleto al no incluir la negociación colectiva de los AMTs», lo que no resta para «defender que la Unión Europea tiene la competencia para construir nuevos niveles de negociación, incluidos el transnacional»[41], en virtud de lo establecido en los artículos 152 y 153 del TFUE y de los artículos 27 y 28 de la CDF.

40 Wilfredo Sanguineti Raymond, "La transnacionalización del Derecho del Trabajo y las multinacionales españolas", en *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas* (Madrid: Ediciones Cinca, Madrid, 2014): 91.

41 Sergio Canalda Criado, *Acuerdos Marco Transnacionales y Derechos Sociales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016): 152-153.

Los acuerdos de libre comercio y su contenido laboral en contraste con el acervo normativo de la Unión en materia de derechos laborales

A continuación, se tomarán como referente de contraste con el acervo normativo de la Unión en materia de derechos laborales los últimos acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión. Y ello con el objetivo de observar si dichos acuerdos reflejan con la suficiente nitidez el Modelo social europeo como para poder concluir que son realmente compatibles con el mismo, en materia de derechos laborales. En concreto, se trata de los siguientes acuerdos de libre comercio:

(1) El Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, de 15 de octubre de 2009[42].

(2) El Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, de 23 de marzo de 2011[43].

(3) El Acuerdo Marco Global de Asociación y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, de 27 de junio de 2012[44].

(4) El Acuerdo de Asociación Estratégica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una pare, y Canadá por otra, de 8 de septiembre de 2014[45].

(5) El Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica, de 20 de diciembre de 2018[46].

1. El acuerdo con la República de Corea

El acuerdo con la República de Corea establece entre sus objetivos el compromiso con el desarrollo sostenible del comercio internacional y la promoción de la inversión directa extranjera sin mermar o rebajar las normas medioambientales, laborales o de salud y seguridad en el trabajo al aplicar y hacer cumplir las legislaciones medioambientales y laborales de las Partes [cfr. artículo 1.1. letras g) y h)]. Como desarrollo de dichos objetivos, el Capítulo trece se refiere al «Comercio y desarrollo sostenible», y en el mismo, de entrada, se recogen consideraciones relevantes a los efectos de la protección de los derechos laborales (cfr. artículo 13.1). Así, «las Partes reconocen que el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son interdependientes y, asimismo, componentes del desarrollo sostenible que se refuerzan mutuamente». Además, las Partes «subrayan las ventajas de la cooperación en cuestiones sociales y medioambientales relacionadas con el comercio en el marco de un enfoque global del comercio y del desarrollo sostenible». Ahora bien, las Partes reconocen que su intención no es armonizar sus normas laborales y medioambientales, sino reforzar su cooperación y relaciones comerciales para promover del desarrollo sostenible. Además, se matiza que «cuando se hace referencia al trabajo (...) se incluyen las cuestiones pertinentes a la Agenda del Trabajo Decente acordada por la OIT y la Declaración Mundial de 2006 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el Empleo Pleno y el Trabajo Decente».

A continuación, se profundiza más sobre el alcance de las normas laborales y medioambientales entre las Partes (cfr. artículo 13.2). De este modo, se deja claro que estas normas no deben utilizarse con fines de proteccionismo comercial y que, por consiguiente, la ventaja comparativa de cada una de las Partes no debe cuestionarse en ningún caso. En plena sintonía con ello, cada Parte se reserva el derecho a establecer sus propios niveles de protección en materia laboral y medioambiental, así como a adoptar o modificar en consecuencia su legislación y sus políticas pertinentes. Sin embargo, se establece que cada Parte procurará, por un lado, garantizar que dicha legislación y dichas políticas prevean y fomenten altos niveles de protección laboral y medioambiental, conforme a las normas internacionales reconocidas o a los acuerdos multilaterales entre las Partes, y, por otro lado, seguir mejorando dicha legislación y dichas políticas (cfr. artículo 13.3).

Efectivamente, para ello «las Partes reconocen el valor de la cooperación y de los acuerdos internacionales en materia laboral y de empleo adoptados como respuesta de la comunidad

42 Mediante la Decisión del Consejo, de 16 de septiembre de 2010 (DOUE de 14 de mayo de 2011, L 127), se procedió a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo. Por su parte, mediante la Decisión (UE) 2015/2169 del Consejo, de 1 de octubre de 2015 (DOUE de 25 de noviembre de 2015, núm. 307), se procedió a aprobar el Acuerdo en nombre de la Unión.

43 Mediante la Decisión 2012/35/UE del Consejo de 31 de mayo de 2012 (DOUE de 21 de diciembre de 2012, L 354), se procedió a la aplicación provisional del Acuerdo.

44 Mediante Decisión (UE) 2016/2117 del Consejo, de 29 de septiembre de 2016 (DOUE de 3 de diciembre de 2016, L 329), se celebra el Acuerdo. En el artículo 63.1 de dicha decisión se establece que el Acuerdo «entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha en la que la última Parte haya notificado a la otra la finalización de los procedimientos jurídicos necesarios a tal efecto».

45 Mediante Decisión (UE) 2016/2118 del Consejo, de 28 de octubre de 2016 (DOUE de 3 de diciembre de 2016, L 329), se firma en nombre de la Unión y se prevé su aplicación provisional. En el DOUE de 4 de abril de 2017, L 89, se publica la Notificación relativa a la aplicación provisional del Acuerdo, estableciéndose a tales efectos la fecha de 1 de abril de 2017.

46 Mediante Decisión (UE) 2018/1907 del Consejo, de 20 de diciembre de 2018 (DOUE de 27 de diciembre de 2018, L 330), se celebra el acuerdo.

internacional a los desafíos y oportunidades de carácter económico, laboral y social resultantes de la globalización». Y tomando como referente dicha afirmación «se comprometen a mantener consultas y a cooperar, cuando proceda, sobre cuestiones en materia laboral y de empleo de interés mutuo» (cfr. artículo 13.4).

Pero sin duda, lo más relevante resulta el reconocimiento que las partes hacen de un suelo mínimo a respetar en materia de derechos laborales, a partir del cual debe operar la mejora constante, cuando se establece que «las Partes reafirman su compromiso, en virtud de la Declaración Ministerial de 2006 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el Empleo Pleno y el Trabajo Decente, a reconocer el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos como elementos clave del desarrollo sostenible para todos los países y como objetivo prioritario de la cooperación internacional, así como de promover el desarrollo del comercio internacional de forma que propicie el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos hombres, mujeres y jóvenes» (cfr. artículo 13.4).

Y para ello, «en aplicación de sus obligaciones derivadas de su adhesión a la OIT y 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 86ª sesión en 1998, las Partes se comprometen a respetar, fomentar y consagrar, en su legislación y en sus prácticas, los principios relativos a los derechos fundamentales, a saber: (a) la libertad de asociación el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación» (artículo 13.4). Es más, «las Partes reafirman su compromiso de implementar efectivamente los Convenios de la OIT que Corea y los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado respectivamente». Y «se esforzarán de forma continua y sostenida para ratificar los Convenios fundamentales de la OIT, así como otros convenios que la OIT considere actualizados» (cfr. artículo 13.4).

2. El acuerdo con Colombia y Perú

Comienza el acuerdo con el deseo de las Partes de «promover un desarrollo económico integral con el objeto de reducir la pobreza y crear nuevas oportunidades de empleo y mejores condiciones de trabajo, así como elevar los niveles de vida en sus respectivos territorios mediante la liberalización y expansión del comercio y la inversión entre sus territorios».

A desarrollar dicho deseo se dedica el Título IX, bajo la rúbrica «Comercio y desarrollo sostenible». Concretamente, en materia laboral, se parte de la Declaración Ministerial sobre Empleo Pleno y Trabajo Decente adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en septiembre de 2006, para resaltar «el beneficio de considerar los asuntos laborales y ambientales relacionados con el comercio como parte de un enfoque integral orientado hacia el comercio y el desarrollo sostenible» (cfr. artículo 267). Además, se especifica que cuando se hace referencia a asuntos laborales se incluyen los asuntos relevantes para los objetivos estratégicos de la OIT, con lo que, indirectamente, las Partes reconocen 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 86ª sesión en 1998.

Con base en todo ello las Partes fijan una serie de objetivos, entre los que cabe destacar los siguientes (cfr. artículo 267): (a) promover el diálogo y la cooperación entre las Partes con miras a fortalecer las relaciones entre comercio y políticas y prácticas laborales y ambientales; (b) fortalecer el cumplimiento de la legislación laboral y ambiental de cada Parte, así como los compromisos derivados de convenios y acuerdos internacionales, en los términos señalados en el propio acuerdo, como un elemento importante para mejorar la contribución del comercio al desarrollo sostenible; (c) fortalecer el compromiso con los principios y derechos laborales, como un elemento importante para mejorar la contribución del comercio al desarrollo sostenible.

Ahora bien, el cumplimiento de dichos objetivos se hace depender de las propias capacidades, y en particular de las capacidades técnicas y financieras de las Partes. Pero también es verdad que se reconoce que los derechos laborales «no se interpretarán ni serán utilizados como un medio de discriminación entre las Partes o una restricción encubierta al comercio o a la inversión» (cfr. artículo 267). Asimismo, se establece que las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas, y que no debería ponerse en cuestión de modo alguno la ventaja competitiva de cualquier Parte (cfr. artículo 268).

En coherencia con todo lo indicado, las Partes se atribuyen el derecho soberano a establecer sus políticas y prioridades nacionales sobre el desarrollo sostenible y sus propios niveles de protección ambiental y laboral, de conformidad con las normas y acuerdos reconocidos internacionalmente, en los términos señalados en el propio acuerdo, y a adoptar o modificar en consecuencia sus leyes, regulaciones y políticas pertinentes. Pero, al mismo tiempo, cada Parte se compromete a «asegurar que sus leyes y políticas pertinentes contemplen e incentiven altos niveles de protección ambiental y laboral» (cfr. artículo 268).

Así, las normas, los convenios y los acuerdos reconocidos internacionalmente por las Partes deben entenderse conforme a lo dispuesto en el artículo 269. De este modo, en primer lugar, las Partes «reconocen el comercio internacional, el empleo productivo y el trabajo decente para todos como elementos claves para gestionar el proceso de globalización y reafirman sus compromisos de promover el desarrollo del comercio internacional de una manera que contribuya al empleo productivo y el trabajo decente para todos. Además, las Partes se comprometen a dialogar y colaborar, según sea apropiado, en temas laborales relacionados con el comercio que sean de interés mutuo. Pero sin duda, la garantía más importante para con el respeto de los derechos laborales encuentra su razón de ser en el compromiso adquirido por las Partes con la promoción y aplicación efectivas en sus leyes y prácticas en todo su territorio de las normas fundamentales de trabajo reconocidas a nivel internacional, tal como se encuentran contenidas en los convenios fundamentales de la OIT. Es más, las Partes establecen la obligación de intercambiar información sobre su respectiva situación y sus avances en lo concerniente a la ratificación de convenios prioritarios de la OIT, así como otros convenios que son clasificados como actualizados por la OIT.

Por último, de cara a fomentar un comercio que favorezca el desarrollo sostenible, «las partes reconocen asimismo el papel beneficioso que las normas fundamentales de trabajo y el trabajo decente pueden tener en la eficiencia económica, innovación y productividad, así como el valor de una mayor coherencia entre las políticas comerciales, por un lado, y las políticas laborales por otro lado». Por ello, las Partes se comprometen a «promover las mejores prácticas empresariales relacionadas con la responsabilidad social corporativa» (cfr. artículo 271).

3. El acuerdo con la República Socialista de Vietnam

El acuerdo con la República Socialista de Vietnam, dentro del Título VI (Desarrollo socioeconómico y otros ámbitos de cooperación), en relación a los derechos humanos se limita a establecer, de manera genérica, la cooperación en su promoción y protección, incluida la aplicación de los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos en los que sean parte (cfr. artículo 35), y dedica el artículo 50 al «trabajo, empleo y asuntos sociales».

Así, en primer lugar, se contemplan una serie

disposiciones programáticas, conforme a las cuales, por una parte, «las Partes convienen en mejorar la cooperación en el ámbito del trabajo, el empleo y los asuntos sociales, incluida la cooperación sobre cohesión laboral, regional y social, la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, la igualdad de género, el desarrollo de competencias a lo largo de la vida, el desarrollo de recursos humanos, la migración internacional, el trabajo digno y la seguridad social, con vistas a reforzar la dimensión social de la globalización».

Y, por otra parte, «reafirman la necesidad de apoyar un proceso de globalización beneficioso para todos y de fomentar el empleo pleno y productivo y el trabajo digno como elementos clave del desarrollo sostenible y la lucha contra la pobreza, refrendados por la Resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Declaración Ministerial de la serie de sesiones de alto nivel del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de julio de 2006». No obstante, se matiza que «la cooperación entre las Partes deberá ser compatible y tener en cuenta las características respectivas y la distinta naturaleza de las situaciones económicas y sociales». Con esta última matización podría intuirse un cierto atisbo de vía abierta al dumping social. Es más, el «suelo mínimo» se establece a continuación, al reafirmar las Partes «su compromiso de respetar, fomentar y poner en práctica las normas sociales y laborales reconocidas internacionalmente, tal y como se establecen en los convenios de la OIT en los que son parte y se recogen en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT».

En lo demás, se limitan a «cooperar y prestarse asistencia técnica con vistas a promover la ratificación de normas laborales internacionalmente reconocidas, según proceda, y a aplicar eficazmente las que hayan ratificado».

Finalmente, llama la atención que sin llegar a comprometerse, «sin perjuicio de las leyes, condiciones y procedimientos aplicables en el país de acogida y de los tratados y convenios internacionales en los que sean parte, las Partes se esforzarán por garantizar que el trato concedido a los nacionales de la otra Parte, legalmente empleados en su territorio, esté exento de discriminación por razones de nacionalidad por lo que se refiere, entre otras cosas, a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con las condiciones aplicadas a los nacionales de otros terceros países».

4. El acuerdo con Canadá

El acuerdo con Canadá dedica su Título II a los derechos humanos, libertades fundamentales, democracia y Estado de Derecho. En concreto, se afirma que el respeto a todos ellos constituye un elemento esencial del acuerdo. Además, se concretan las fuentes de los mismos, al referirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros instrumentos jurídicamente vinculantes vigentes en los que tanto la Unión o sus Estados miembros como Canadá son parte (cfr. artículo 2.1). Por consiguiente, se garantiza la aplicación de la CDF y de todo su acervo normativo en materia de derechos laborales. Por su parte, en el Título IV, bajo la rúbrica, «desarrollo económico y sostenible» se reconoce, de entrada, que «el crecimiento económico debe atenerse a los principios de un desarrollo sostenible» (cfr. artículo 12.1). Centrando la atención en los derechos laborales, las Partes «reconocen la importancia del diálogo y la cooperación (...) en materia de empleo y asuntos sociales, y en lo referente a un trabajo digno, en particular en el contexto de la globalización y los cambios demográficos». Para ello, «se esforzarán por promover la cooperación y el intercambio de información y de experiencia en materia social y de empleo». Por último, se comprometen a «respetar, promover y aplicar las normas sociales y laborales internacionalmente reconocidas que les sean vinculantes, tales como las contempladas en la Declaración de 1998 de la OIT relativa a los Principios y los Derechos Fundamentales en el Trabajo, y posteriormente actos de ella derivados» (cfr. artículo 12.10).

5. El acuerdo con Japón

Las referencias a los derechos laborales se contemplan en el Capítulo 16, relativo al «Comercio y Desarrollo Sostenible». Así, de entrada, las Partes reconocen la importancia de fomentar el desarrollo del comercio internacional de forma que contribuya al desarrollo sostenible, para el bienestar de las generaciones presentes y futuras. Y en materia laboral, toman como punto de partida una serie de documentos, entre los que cabe destacar, 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 el 18 de junio de 1998, la Declaración Ministerial titulada «Creación de un entorno a escala nacional e internacional que propicie la generación del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, y sus consecuencias sobre el desarrollo sostenible», adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el 5 de julio de 2006, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, el 10 de junio de 2008, y el documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas para la adopción de la Agenda para el desarrollo después de 2015, titulada «Transformar nuestro mundo: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 25 de septiembre de 2015 (cfr. artículo 16.1).

Con dicho trasfondo, las Partes concretan el valor del acuerdo entre ambas en la contribución que hace a «la promoción del desarrollo sostenible, en el que el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes que se refuerzan mutuamente». Ahora bien, dejan claro que no pretenden armonizar las normas en materia medioambiental o laboral, sino reforzar las relaciones comerciales y la cooperación entre las Partes de tal forma que se promueva el desarrollo sostenible (cfr. artículo 16.1).

En ese sentido, en materia de derechos laborales, cada Parte se reserva el derecho a establecer su propio nivel interno de protección, y a adoptar o modificar en consecuencia sus disposiciones legales y reglamentarias correspondientes, de forma coherente con sus compromisos derivados de normas y acuerdos reconocidos internacionalmente. Pero cada Parte adquiere también el compromiso de esforzarse por garantizar que sus disposiciones legales y reglamentarias y las políticas relacionadas establezcan niveles elevados de protección laboral, y por trabajar para seguir mejorando dichas disposiciones legales y reglamentarias y los niveles de protección correspondientes (cfr. artículo 16.2).

Igualmente, las Partes se comprometen a no fomentar el comercio o la inversión relajando o rebajando el nivel de protección proporcionado por sus respectivas disposiciones legales y reglamentarias en materia laboral. Y tampoco harán un uso de dichas disposiciones de forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable contra la otra Parte, o una restricción encubierta al comercio internacional (cfr. artículo 16.2).

En materia de respeto de normas y acuerdos internacionales en el ámbito laboral, el acuerdo sigue lo establecido en los acuerdos celebrados por la Unión Europea con la República de Cora y con Colombia y Perú (cfr. artículo 16.3). Y al considerar al comercio y la inversión como elementos clave para el desarrollo sostenible, se vuelve a incidir en la importancia de los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo y el trabajo digno para todos. Igualmente, las Partes se comprometen a fomentar la responsabilidad social de las empresas, reconociendo a tal efecto la importancia de los principios y directrices reconocidos internacionalmente, en particular en los instrumentos adoptados por la OCDE (cfr. artículo 16.5).

Conclusiones

Primera. Existe un Modelo social europeo que confluye en sus distintas perspectivas en la CDF. De ahí que resulte justificado partir de su estudio, con el objetivo de concretar los derechos laborales que deben actuar como parámetro a considerar respecto a los acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión con terceros Estados.

Segunda. La CDF se aplica en primer lugar a las instituciones y organismos de la Unión dentro del respeto del principio de subsidiaridad, de ahí que cuando la Unión celebre acuerdos de libre comercio con terceros Estados la CDF resulte de plena aplicación, al tratarse de una materia que compete a las instituciones de la UE.

Tercera. De los artículos 52 y 53 de la CDF se extraen distintas perspectivas que permiten concretar y diferenciar sus derechos laborales de los principios que también contiene, residiendo la importancia de tal diferenciación en las distintas consecuencias jurídicas que se derivan.

Cuarta. La interpretación que debe realizarse sobre el concepto de «trabajo decente» conforme a la OIT, supone en el ámbito de la Unión Europea conectar el «trabajo decente» con el Modelo social europeo, de forma y manera que el trabajo desarrollado en la Unión solamente podrá considerase «decente» si se ajusta a dicho modelo.

Quinta. Los derechos laborales de la Unión Europea enumerados en la CDF son objeto de desarrollo por las normas de Derecho derivado de la propia Unión, y serán estas las que fijen su verdadero alcance. No obstante, la transposición de las Directivas conlleva la necesidad de analizar los derechos laborales también conforme a los Derechos nacionales, pese a que estos tengan que respetar el Derecho de la Unión.

Sexta. Las condiciones de trabajo de la Unión que presentan elementos de extranjería deben determinarse conforme al Reglamento (CE) núm. 593/2008, como norma general, y conforme a la Directiva 96/71/CE, en el supuesto de desplazamientos transnacionales. Y en materia de Seguridad Social debe estarse a la coordinación que para con los distintos Sistemas de Seguridad Social se establece en virtud del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y del Reglamento (CE) núm. 987/2009.

Séptima. En materia de cláusulas sociales incorporadas en contrataciones y concesiones públicas, las propias Directivas que se encargan de regularlas excluyen su aplicación cuando tales contrataciones y concesiones se sitúan en un ámbito de actuación internacional que se rige por un acuerdo internacional que establece a tales efectos un procedimiento distinto al previsto en dichas directivas.

Octava. Los artículos 152 y 153 del TFUE y los artículos 27 y 28 de la CDF posibilitan a la Unión Europea regular el ámbito de negociación de los Acuerdos Marco Transnacionales, lo que se estima necesario, ante la inexistencia, en la actualidad, de reconocimiento expreso al respecto, de cara a reforzar la solidaridad y el progreso en materia de derechos laborales.

Novena. Si bien los acuerdos de libre comercio celebrados por la Unión Europea y sus Estados miembros con la República de Corea; Colombia y Perú; Canadá; y Japón contienen suficientes elementos como para sostener su compatibilidad con los derechos laborales que se derivan del Modelo social europeo, con la CDF como eje central, no ocurre lo mismo con el acuerdo de libre comercio celebrado por la Unión Europea y sus Estados miembros con la República Socialista de Vietnam, porque este resulta demasiado programático y poco concreto en cuanto al nivel a exigir en materia de derechos laborales, y se limita a respetar el «suelo mínimo» reconocido por la OIT y a procurar la reciprocidad en las condiciones laborales de los nacionales de una y otra Parte, cuando presten servicios en el territorio de la otra Parte.

Bibliografía

Adoración Guamán Hernández y Jorge Conesa de Lara, *El CETA al descubierto: las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales* (Albacete: Editorial Bomarzo, 2016).

Araceli Mangas Martín, "Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo (Bilbao: Fundación BBVA, 2008).

Araceli Mangas Martín, "Artículo 51. Ámbito de aplicación", en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo (Bilbao: Fundación BBVA, 2008).

De la Villa Gil, "¿Qué es eso del Estado del Bienestar y como se mide, histórica y económicamente?", *Revista de Derecho Social y Empresa* 3 (2015).

Dharam Ghai, "Trabajo decente. Concepto e indicadores", *Revista Internacional del Trabajo*, 62,2 (2003).

Ekaitz CANCELA, *El TTIP y sus efectos colaterales* (Barcelona: Editorial Planeta, S.A., 2016).

José Luis Monereo Pérez, "Artículo 51", en *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Granada: Editorial Comares, 2012).

José Luis Monereo Pérez, "Artículo 52", en *La Europa de los derechos. Estudios sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Granada: Editorial Comares, 2012).

José Luis Monereo Pérez, "Artículo 53", en *La Europa de los derechos. Estudios sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Granada: Editorial Comares, 2012).

María Amparo Ballester Pastor, "Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y el Tratado de Lisboa (1)", *Actualidad Laboral*, 15 (2009) (LA LEY 13541/2009).

María Pons Carmena, *Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales* (Madrid: editorial Reus, 2015).

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Relaciones Laborales*, 10 (2014) (LA LEY 1135/2014).

Owen Herrnstand, "TTIP: Time for a new approach to labor rights and standards", *Revista de Derecho Social y Empresa*, 4 (2015).

Sergio Canalda Criado, *Acuerdos Marco Transnacionales y Derechos Sociales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

VVAA, *Manual de Derecho Social de la Unión Europea* (Federico Navarro Nieto, Miguel Rodríguez-Piñero Royo, y José Manuel Gómez Muñoz, Dirs.) (Madrid: Tecnos, 2011).

Wilfredo Sanguineti Raymond, "La transnacionalización del Derecho del Trabajo y las multinacionales españolas", en *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas* (Madrid: Ediciones Cinca, Madrid, 2014).

La importancia de las cláusulas sociales en los Tratados Comerciales Internacionales en la mejora y fortalecimiento de las Inspección Laboral: Caso del Perú.

The importance of social clauses in international trade agreements for the improvement and strengthening of the Labor Inspection: Case of Perú.

Frank Claudio Sanabria Iparraguirre

I. MODELO DE AGENCIA -AGENTE PRINCIPAL- Y LA RENDICION DE CUENTAS DE LA SOCIEDAD CIVIL 110

II. LAS CLAUSULAS SOCIALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ 112

III. EXIGENCIAS DE LAS CLAUSULAS SOCIALES A LA INSPECCION DE TRABAJO 116

IV. LA RENDICION DE CUENTAS PARA CONTROL, ALINEAMIENTO EN LA MEJORA Y FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCION DE TRABAJO PARA CUMPLIR CON LAS CLAUSULAS SOCIALES: ACTIVIDAD SINDICALES Y ACOMPAÑAMIENTO DE LA OIT y ACCIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PERÚ 121

V. MEJORA Y FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCION DE TRABAJO PARA CUMPLIR CON LAS CLAUSULAS SOCIALES 130

VI. EFICACIA DE LA CLAUSULA LABORAL DEL TLC COMO INSTRUMENTO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS LABORALES 135

VII. MIRADA FUTURA Y LECCIONES APRENDIDAS PARA LA MEJORA CONTINUA DE LA INSPECCION DE TRABAJO PARA CUMPLIR CON LAS CLAUSULAS SOCIALES 136

VIII. A MODO DE CONCLUSION 137

IX. BIBLIOGRAFIA 138

Resumen

Abstract

Las Cláusulas Sociales en el Tratados de Libre Comercio entre Perú y sus principales socios comerciales del orbe (EEUU, Canadá, UE, TPP); y la Meta del Trabajo Decente de la OIT ponen en tapete la eficiencia, eficacia y efectividad del servicio inspectivo laboral y la exigencia del cumplimiento de las normas laborales. La OIT considera al Perú como el país donde mayor cantidad de horas extras se desarrollan, siendo un escenario propicio para el "Dumping social" y la competencia desleal en el comercio internacional.

El 28 de junio del 2006 se firma la RESOLUCIÓN LEGISLATIVA Nº 28766 que aprueba el "ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ - ESTADOS UNIDOS" (TLC: Perú-EEUU) a partir de ese fecha se desarrolla un proceso lento y largo de modernización de la inspección de trabajo que origina que se cree la SUNAFIL (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral) autónoma del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo cuyo diseño organizativo - a nivel de Iberoamérica- se compara al ACT (Autoridad para las Condiciones de Trabajo) de Portugal.

Esta ponencia expone la evolución, fortalecimiento de la Inspección de Trabajo en el Perú posterior a la firma del TLC entre Perú-EEUU mediante mayores recursos dedicados al servicio inspectivo como a su productividad: mayor cantidad de inspectores de trabajo, creación de SUNAFIL, desarrollo de equipos especializados para la seguridad y salud en el trabajo y Grupos Especiales para la Formalización Laboral a nivel Urbano y Rural. Este proceso no estuvo libre de la acción de la Sociedad Civil participando en los acuerdos comerciales mediante la activación de diferentes mecanismos – por queja de sindicatos y ONGS- por incumplimiento de la Clausulas Laborales por parte del Estado Peruano.

La eficacia, eficiencia y efectividad del Servicio Inspectivo laboral para cumplir con las Clausulas Sociales exige un compromiso político, apoyo institucional y el Dialogo Social entre los actores sociales y económicos a efecto de limitar la acción del "Dumping Social", y su efecto en el cumplimiento de los Derechos Fundamentales en el Trabajo y Trabajo Decente, tanto nacional como internacional.

The Social Clauses in the Free Trade Agreements between Peru and its main commercial partners of the world (USA, Canada, EU, TPP); and the ILO's Decent Work Goal addresses the efficiency, effectiveness and effectiveness of the labor inspection service and the requirement of compliance with labor standards. The ILO considers Peru as the country where the greatest amount of overtime takes place, being a favorable scenario for "social dumping" and unfair competition in international trade.

On June 28, 2006, LEGISLATIVE RESOLUTION No. 28766 was signed that approves the "COMMERCIAL PROMOTION AGREEMENT PERU - UNITED STATES" (TLC: Peru-USA) from that date, a slow and long process of modernization of the labour inspection is developed that originates that is believed to be the SUNAFIL (National Superintendency of Labour Control) autonomous from the Ministry of Labour and Employment Promotion whose organizational design - at the Ibero-American level - is compared to the ACT (Authority for Working Conditions) of Portugal.

This paper is intended to present the evolution, strengthening of the Labor Inspection in Peru after the signing of the FTA between Peru and the US, which happened to have the inspection system annexed to the Ministry of Labor and Promotion of Peru with 250 inspectors for a labor population of 13 million workers to have an autonomous entity with about 600 inspectors at national level and with specialized teams for occupational safety and health and Special Groups for Labor Formalization at Urban and Rural level. This process was not free of complaints from unions for breach of the Labor Clauses by the Peruvian State.

The effectiveness and efficiency of the Labor Inspectorate Service to comply with the Social Clauses requires a political commitment, institutional support and Social Dialogue among the social and economic actors in order to limit the action of "Social Dumping", and its effect on compliance with Fundamental Rights at Work and Decent Work, both national and international.

Palabras claves: Cláusulas Sociales, "Dumping Social", Inspección de Trabajo, Sociedad Civil.

Introducción

El contenido de las Cláusulas Sociales en los Tratados Comerciales Internacionales (TLCs) apuntan al cumplimiento y fiscalización por la Inspección Laboral de dos tipos de normas laborales: a) Los Convenios de la OIT sobre derechos fundamentales y b) la legislación interna peruana en post del Trabajo Decente. De esa forma el cumplimiento de las Cláusulas Sociales ponen en tapete si las mismas fomentan la mejora en la eficiencia y eficacia de los modelos de intervención del servicio inspectivo laboral necesarios para garantizar la efectiva aplicación de las disposiciones legales cuya vigilancia es competencia de la inspección del trabajo, y por ende cumplir con los Tratados de Libre Comercio y con los objetivos nacionales de mayor empleo e ingresos mediante un comercio internacional sin dumping social que afecten a los socios comerciales.

La importancia del contenido de las Cláusulas Sociales en los TLCs es centralizar la obligación histórica de la defensa de la parte más débil de la relación laboral mediante modelo de intervención proactivo, un punto de partida para revalorar el rol de los inspectores de trabajo en la Sociedad y la oportunidad de incidencia para la Sociedad Civil Peruana a nivel nacional como internacional. Las Cláusulas Sociales importan en tanto crean conciencia sobre las dimensiones sociales y de empleo de la globalización, los interlocutores sociales participan en la aplicación y cumplimiento de los acuerdos comerciales, y se procura desarrollar actividades de cooperación con el propósito de fortalecer la capacidad de los servicios inspectivos en la promoción de las normas laborales.
Los factores que afectan la decisión de los Estados en la toma de conciencia para mejorar y fortalecer las inspecciones laborales para garantizar un desempeño efectivo de control de las funciones del servicio inspectivo se centran en la afinidad ideología política del gobierno de turno, la correlación de fuerzas de los sindicatos y los grupos empresariales, y la exposición de la economía peruana al comercio exterior (Dewan y Ronconi, 2014).

En el caso Peruano- la eficacia de la inspección del trabajo- por una parte, si bien depende en una medida muy amplia de la voluntad de las autoridades públicas de turno para dotar al sistema de inspección del trabajo de los medios que requiere para alcanzar su finalidad, así como adoptar las medidas necesarias para atraer y retener un cuerpo de inspectores del trabajo calificados, motivados, mejor remunerados y en número suficiente acompañado con nuevos modelos de intervención del servicio inspectivo; también las Cláusulas Sociales se tornan un mecanismo de control y rendición de cuentas que activan la Sociedad Civil para fiscalizar la voluntad de las mismas autoridades en favor de mayores recursos y actividades que fortalezcan la inspección de trabajo, evolucionando hacia el control sobre el desempeño del servicio inspectivo, sobre la eficiencia y eficacia y sobre los resultados y efectos logrados y uso de los presupuestos estas acciones de la Sociedad Civil. El seguimiento y vigilancia de las Cláusulas Sociales desde la Sociedad Civil refuerzan la rendición de cuentas para mejorar y fortalecer las inspecciones laborales. Evidenciándose una Sociedad Civil que no se muestra distante de los procesos políticos y de Estado, y los Tratados de Libre Comercio lo que le posibilita desempeñarse como directa responsable de los recursos del Estado y beneficiaria directa del producto de la gestión pública- y en particular de los servicios inspectivos laborales- y su accionar permite emitir alertas a los socios comerciales del orbe sobre el desarrollo y cumplimiento de las Cláusulas Sociales

Por otro lado, las Cláusulas Sociales de los TLCs promueven una mejor aplicación de las leyes laborales existentes mediante el aumento de presupuesto asignado al Servicio Inspectivo, capacitación de los inspectores de trabajo, nuevas computadoras, vehículos y manejo de casos, desarrollo de nuevos modelos de intervención y la reclasificación de los inspectores en el servicio de la carrera del inspector para afrontar el reto de ser el factor crítico de éxito que permita a nuestro país garantizar la generación de Trabajo Decente para todos los peruanos y, además, salir airosos del proceso de globalización, que en nuestro país su mayor intensidad se aprecia recién en los últimos años, debido, entre otros factores, a la suscripción de los Tratados de Libre Comercio. (Requejo; 2014 y Cueto:2015).

Este esfuerzo se advierte en las últimas disposiciones legales que colocan como prioridad del Gobierno de Perú: a) generar y mejorar los mecanismos para el tránsito de la informalidad a la formalidad en el empleo y productividad; y b) mejorar los procesos de fiscalización del cumplimiento de obligaciones laboral vigentes a partir de modelos proactivos de intervención.

La primera parte aborda el modelo de Agente Principal como marco teórico para entender el desarrollo y las alineaciones entre mandatarios y mandantes y la acción de la rendición de cuentas y control social. En la segunda parte repasamos las Cláusulas Sociales de los principales TLCs suscrito por el Perú desde la mirada de los incentivos para el control y vigilancia de las mismas de la Sociedad Civil; el rol y la eficacia de la Sociedad Civil en el fortalecimiento de las inspecciones laborales mediante el control de las Cláusulas Sociales y la capacitación contra el Dumping Social se tratan en el tercer y cuarta parte. La quinta y sexta parte se aborda los recursos y actividades en el fortalecimiento de las inspecciones laborales la misma que tiene en la rendición de cuentas una forma de presión social sobre el Estado Peruano mediante acciones de agrupaciones legales y el acompañamiento de la OIT. Y por último se desarrolla las lecciones aprendidas y el futuro de la modernización de las inspecciones de trabajo en el Perú en alianza con los socios comerciales y bajo un modelo inspectivo proactivo.

I. MODELO DE AGENCIA -AGENTE PRINCIPAL- Y LA RENDICION DE CUENTAS DE LA SOCIEDAD CIVIL.

1.1 Aplicación del Modelo de Agencia en las relaciones de mandantes y mandatarios al interior del Servicio Inspectivo Laboral.

El enfoque principal-agente derivado de la Teoría de la Agencia, presenta los conflictos y deficiencias entre dos partes, donde un sujeto que se denomina *principal* encarga o delega la responsabilidad de ejecutar ciertas tareas a otro sujeto, denominado *agente*. En esta relación, el *principal* debe tratar de incentivar al *agente* para que cumpla con las acciones encomendadas. Sin embargo, distintas problemáticas comprometen el control o supervigilancia del *principal* sobre el *agente*, ya sea por falta u ocultamiento de información, costos involucrados en el control, falta de incentivos, medios de verificación, entre otros. (Córdova; 2017), el problema radica en alinear los interés entre principal y agente (Millán y Natal; 2006).

El uso de la Teoría de la Agencia y los Arboles de Decisiones de la Teoría de Juegos es útil para entender la actuación interna del sistema inspectivo laboral a partir de la implementación de las Cláusulas Sociales y han tenido "*como objetivo establecer y esbozar tanto las relaciones entre mandatarios y mandantes –internos y externos- que interactúan en el SIL (Sistema de Inspección Laboral), así como el diseño de propuestas para que la administración laboral se fortalezca y se convierta en mecanismo oportuno, eficiente, eficaz, efectivo, de calidad y equitativo en el equilibrio de las relaciones laborales al interior de las unidades productivas y esta entidad pueda cumplir cabalmente con sus funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales mediante la fiscalización, orientación y sanción a los actores laborales, en particular, a los empleadores.*" (Sanabria y Flores:2006).

1. 2 Las Cláusulas Sociales como incentivo para que la Sociedad Civil vigile su cumplimiento dentro de la Teoría de la Agencia.

Las Cláusulas Sociales de los TLCs (Contrato) como se advierte en la figura 2: Figura N° 2 (Relaciones de Agencia en la mejora del Servicio Inspectivo Laboral: Caso Perú) exigen su cumplimiento por los funcionarios del Gobierno y por ende también se genera una relación de Agente-Principal: Entre los Gobiernos que la suscribe y los socios comerciales; entre los funcionarios que la vigilan mediante la inspección de trabajo y la hacen cumplir y la ciudadanía (Sociedad Civil); y la Sociedad Civil y los Gobiernos; y los socios comerciales.

En el ámbito político el problema de agencia se traduce en un Principal (Ciudadanía) que elige a un agente (el Gobierno: Burócratas y políticos) para que los represente y opere a favor de su bienestar social (Ingresos, cumplimiento de normas laborales y empleo), sin anteponer sus intereses individuales a los de la colectividad. Es decir, el Estado ha sido creado para promover el bienestar de sus ciudadanos mediante el cumplimiento de las Cláusulas Sociales incorporados en los TLCs (Contrato), en este contexto la rendición de cuentas de la Sociedad Civil se deriva por que los ciudadanos en su calidad de Principal no poseen información completa sobre las acciones y uso de recursos de sus autoridades para cumplir con las Cláusulas Sociales, y representa un campo propicio para desarrollar conductas oportunistas para que los políticos y la burocracia estatal se «aprovechen» y «exploten» a la ciudadanía. (Martínez; 2006), en tanto que dentro de las mismas entidades estatales existe incompatibilidad de incentivos, más aún a nivel de los empleados públicos, lo que abre el abanico de la teoría de juegos, por lo que los programas de desarrollo deben llevarse a cabo de manera que se establezcan incentivos equivalentes, que motiven a mandatarios y mandantes a seguir el mismo camino de las políticas de Estado, y no afecten a los socios comerciales. (Sanabria y Flores:2006).

La Sociedad Civil mediante mecanismos de efectivos de supervisión y control reducen el comportamiento oportunista de los políticos y burócratas; si tales mecanismos son efectivos, los agentes (políticos y burócratas) percibirán que su conducta oportunista puede ser descubierta, y consecuentemente la restringirán en alguna medida corresponde también a la Sociedad Civil e instituciones el control y alineación de intereses entre Principal y Agente Público mediante la rendición de cuentas y control social, en el caso de los Tratados de Libre Comercio suscritos por el Gobierno Peruano permiten la acción de personas y organizaciones dentro de los mecanismos de cooperación y de controversias. (Martínez; 2006) y la Sociedad Civil permite que los intereses de los socios comerciales se alineen a lo estipulado en las Cláusulas Sociales (Contrato).

1.3 Las Cláusulas Sociales fomenta actividades de incidencia en la Sociedad Civil dentro de la Teoría de la Agencia.

En el caso Peruano, las Cláusulas Sociales gatilla que el rol de vigilancia social de las organizaciones de la Sociedad Civil, como «guardianes» (watchdogs) de las acciones que desarrollan las entidades estatales para la implementación de las mismas con claro efecto sobre el desarrollo y fortalecimiento de la inspección de trabajo en tanto "que no habrá TLC sin una reforma profunda de modernización del aparato público, que implique el cambio de mentalidad del funcionario público hacia el cumplimiento de metas y mejora de la productividad, en el caso analizado del SIL., de no realizarse a profundidad tal reforma, las divergencias entre incentivos jugaran en contra de los objetivos del Estado." (Sanabria y Flores; 2006)

La sociedad civil debidamente incentivadas (Martínez; 2006) podrían realizar las siguientes actividades:

a) Proponer la dación de normas, que específicamente generen información sobre el Estado y la Administración Pública, caso de la creación de la SUNIT y la SUNAFIL.

b) Verificar y exigir el cumplimiento de la normatividad sobre generación de información estatal. Este aspecto es el primer paso, porque sin información no hay supervisión posible, actividad que se advierte en las Quejas ante la OIT y ante las entidades que vigilan los Tratados de Libre Comercio.

c) Analizar sistematizar la información estatal generada, realizando la evaluación y crítica respectiva a nivel nacional e internacional (socios comerciales).

d) Publicitar y difundir los resultados de la evaluación que se realice. A efecto de restringir la conducta disfuncional de algunos políticos y burócratas y extenderlos a nivel nacional e internacional.

e) Proponer políticas y cursos de acción alternativos a los propuestos por los políticos y burócratas incidencia nacional e internacional.

Figura N° 1: Relaciones de Agencia en lo público.
Elaboración propia.

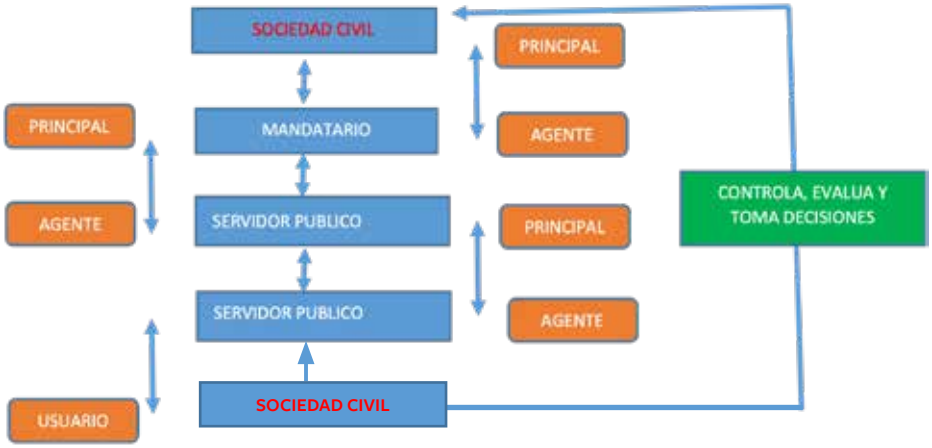
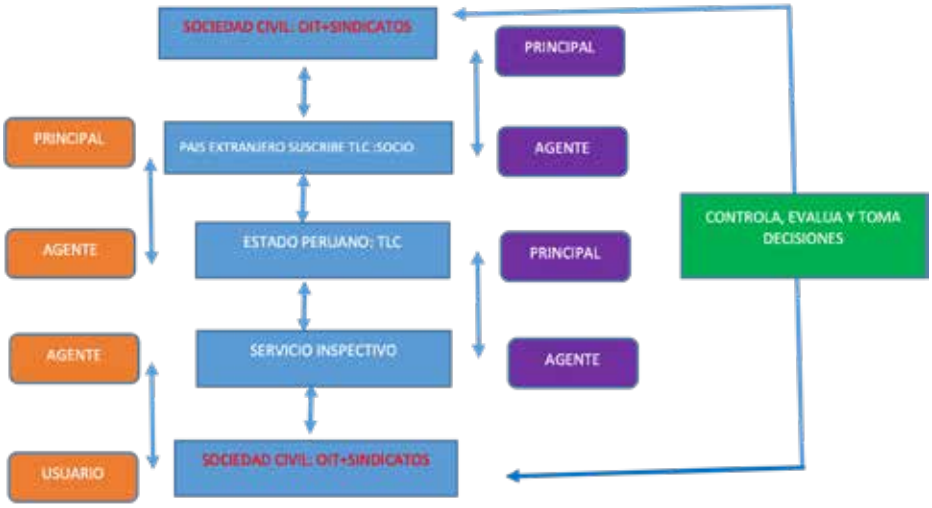


Figura N° 2: Relaciones de Agencia en la mejora del Servicio Inspectivo Laboral: Caso Perú
Elaboración propia.



Una vez suscrita el Tratado de Libre Comercio, la Sociedad Civil tiene un rol fundamental en la implementación de las Cláusulas Sociales mediante el fortalecimiento de la Inspección de Trabajo con las siguientes acciones:

Incidencia: es un actor relevante para incentivar a los gobiernos a la implementación de las Clausulas Sociales y con ello el fortalecimiento de la Inspección del Trabajo, a través de la adopción de acciones específicas. Así, la Sociedad Civil puede

cumplir una función vigilante ("watchdogs") de las acciones de los gobiernos mediante procesos de monitoreo y demanda de rendición de cuentas y vigilancia social con conocimiento de los socios comerciales.

Asesoría: en ciertos casos, la sociedad civil cumple un rol asesor de los gobiernos en acciones concretas hacia la implementación del Tratado de Libre Comercio y el cumplimiento de las Cláusulas Sociales y el Fortalecimiento del Sistema Inspectivo Laboral.

Impacto: la Sociedad Civil puede contribuir a ampliar la base social y alcanzar sectores donde el Estado mantiene desafíos tales como grupos de trabajadores excluidos de la vigilancia como los trabajadores rurales. De esta manera, incrementa el impacto y alcance de las acciones estatales relacionadas a las Cláusulas Sociales incluso a nivel internacional incidiendo en los socios comerciales.
Datos: la recolección de datos, generación de indicadores y el monitoreo de los mismos adquieren legitimidad si se llevan a cabo a través de procesos en los que participa la Sociedad Civil (el Estado no debe monitorear su propio cumplimiento). En este sentido, la generación de observatorios, reportes, documentos y demás recursos por parte de la sociedad civil es un insumo importante para el cumplimiento de las Cláusulas Sociales y el fortalecimiento de la inspección de trabajo.

Articulación: existen casos en los que los distintos sectores se encuentran trabajando de manera aislada con acciones específicas en determinadas temáticas relevantes a las Cláusulas Sociales.

El rol de la Sociedad Civil es importante es estos casos para articular este trabajo, identificar sinergias entre sectores y generar acciones conjuntas para el cumplimiento de las Cláusulas Sociales y el fortalecimiento de la Inspección Laboral, como podría ser la generación de una **Alianza de los Socios Comerciales para el fortalecimiento del Servicio Inspectivo Laboral para el cumplimiento de las Clausulas Sociales**. (Alliance of Business Partners for the strengthening of the Labor Inspection Service for the fulfillment of the Social Clauses).

De lo glosado concluimos que el amplio espacio de acciones de competencia de la Sociedad Civil en su rol vigilante del cumplimiento de las Cláusulas Sociales en manos del Gobierno Peruano a partir de la mejora y fortalecimiento de la inspección de trabajo se torna fundamental para un país de escasa tradición de cumplimiento de normas. La Sociedad Civil en la experiencia peruana indica que generan presión nacional como internacional para que el Gobierno del Perú desarrolle acciones proactivas en favor de la modernización del servicio inspectivo laboral para vigilar el cumplimiento de las Cláusulas Sociales que puedan afectar a los socios comerciales.

II. LAS CLAUSULAS SOCIALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ

2.1 La definición de las Cláusulas Sociales en los Tratados de Libre Comercio suscritos por el Perú

Las Cláusulas Sociales se definen como toda norma sobre relaciones laborales o condiciones mínimas de trabajo, mecanismos de supervisión o destinados a promover el cumplimiento, y/o marcos de cooperación con los socios comerciales. Esta definición agrupa una variedad de disposiciones laborales, incluyendo referencias a derechos laborales y mecanismos de cooperación.

En efecto, la OIT (2016) define a las Clausulas Sociales como:

"i) toda norma sobre relaciones laborales (por ejemplo, en referencia a las normas internacionales del trabajo) o condiciones mínimas de trabajo o de empleo (por ejemplo, la seguridad y la salud en el trabajo (SST), los salarios mínimos y el tiempo de trabajo);

ii) todo mecanismo de control del cumplimiento de las normas establecidas, en virtud de la legislación nacional o del acuerdo comercial, y

iii) todo marco para las actividades de cooperación, el diálogo y/o la supervisión de las cuestiones laborales (por ejemplo, la cooperación para el desarrollo, los organismos establecidos para facilitar las consultas entre las partes o el diálogo regular)"

Los Acuerdos de Libre Comercio suscrito por el Gobierno Peruano con sus socios comerciales del orbe (EEUU, Canadá, Unión Europea y Transpacífico-TPP) indican que los compromisos contraídos con mayor frecuencia se enumeran a continuación:

- asegurar la observancia eficaz o la ejecución de las leyes, los reglamentos y las normas de trabajo;
- adoptar, hacer cumplir y/o reformar leyes, reglamentos y normas del trabajo;
- no renunciar a aplicar ni derogar leyes, reglamentos o normas de trabajo;
- reafirmar las obligaciones de las partes en los acuerdos como Miembros de la OIT;
- promover la sensibilización de la opinión pública con respecto al trabajo y las leyes, así como la transparencia y la comunicación con la ciudadanía;
- asegurar el acceso a los tribunales para hacer cumplir las leyes y normas laborales;
- ofrecer garantías procedimentales para asegurar la aplicación eficaz de las leyes, los reglamentos y las normas del trabajo.

Una definición alternativa de la Cláusula Social es: "la subordinación de la adopción de determinadas medidas comerciales a la garantía de ciertos derechos sociales en el proceso de producción de mercancías importadas". (Hinojosa,2002). A partir de este concepto se derivan los siguientes elementos:

1 Se evidencia la subordinación entre el respeto de derechos sociales en el proceso productivo y el intercambio comercial internacional.

2 El cumplimiento/incumplimiento de estos derechos sociales justifica que se adopten medidas que alienten o afecten negativamente el intercambio comercial internacional.

3 Las cláusulas sociales apertura un listado abierto de derechos sociales que condicionan el intercambio. (Canessa: 2019).

Con la vigencia de las Cláusulas Sociales el rol de las inspecciones aumenta su centralidad, en tanto coloca en el epicentro de la agenda pública el respeto hacia el derecho de los trabajadores y trabajadoras y no afecte las relaciones comerciales con los socios comerciales del orbe.

2.2 Las Cláusulas Sociales actúa como garante del Trabajo Decente.

Las Cláusulas Sociales (Canessa, 2019) se dividen en:

1.- Cláusulas Sociales según la condicionalidad: promotoras y sancionadoras. La primera, consiste en "el otorgamiento de ventajas comerciales a los países que se comprometen a respetar en sus territorios determinados estándares sociales", la segunda es la "imposición de restricciones o la pérdida de ventajas comerciales."

2.- Cláusulas Sociales promocionales: Es el compromiso de los Gobiernos en cumplir con la normatividad laboral tanto nacional como internacional apoyándose en la colaboración y cooperación para el desarrollo en materia laboral y la creación de capacidades institucionales.

3.- Cláusulas Sociales condicionales: Es el compromiso de los Gobiernos en cumplir sus obligaciones en el cumplimiento de la normatividad laboral- nacional e internacional- por lo cual tiene incentivos o reciben sanciones.

Las Cláusulas Sociales señala sobre cuáles derechos laborales deben incorporarse:

I) Los derechos laborales internacionalmente reconocidos: a) Derecho de asociación, b) El derecho a organizarse y negociar colectivamente, c) la prohibición de cualquier uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, d) edad mínima para el empleo de niños, e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

II) Los derechos fundamentales en el trabajo: a) 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; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

III) Las cláusulas sociales vienen acompañadas por garantías procesales que aseguren su aplicación y cumplimiento y son:

a) Las personas con un interés jurídicamente reconocido tengan acceso a los tribunales –administrativos y judiciales-para el cumplimiento de la legislación laboral.

b) Los procedimientos para el cumplimiento de la legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes.

c) Los procedimientos cumplan el debido proceso legal.

d) Las audiencias sean abiertas al público.

e) El derecho de las partes a apoyar o defender sus posiciones con información y pruebas.

f) Los procedimientos no impliquen costas o plazos irrazonables, o demoras injustificadas.

g) Las resoluciones finales se formulen por escrito e indiquen las razones en que se sustentan, y éstas se hagan disponibles, sin demora indebida, a las partes y al público.

h) Las resoluciones finales se basen en información o pruebas que hayan dado a las partes la oportunidad de ser oídas.

i) Las partes tienen el derecho de solicitar la revisión y la modificación de las resoluciones finales.

j) Los tribunales sean imparciales e independientes, y que no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto; y

k) Las acciones de las partes hagan efectivo sus derechos según la legislación laboral lo que incluye: multas, sanciones o cierres temporales de los lugares de trabajo.

Los Tratados de Libre Comercio firmados por el Gobierno del Perú con sus socios comerciales (EEUU, Canadá, Unión Europea y Transpacífico (TPP)) incorporan un capítulo laboral cuyo contenido de las clausulas sociales apuntan al cumplimiento y fiscalización por la Inspección Laboral de dos tipos de normas laborales: a) Los Convenios de la OIT sobre derechos fundamentales y reconocidos internacionalmente y b) la legislación interna peruana en favor del Trabajo Decente; y también incorporan tanto los Mecanismos de Consulta y de Cooperación (MCC) como los Mecanismos de Solución de Controversias (MSC).

Por otro parte, las Cláusulas Sociales tiene en el MCC un instrumento que facilita el consenso en la interpretación y aplicación de las mismas a fin de no afectar las relaciones comerciales internacionales. Un punto a resaltar es la inclusión de personas u organizaciones (Sindicatos, ONGs) que pueden presentar comunicaciones públicas (quejas o denuncias) por su incumplimiento. El objetivo de la cooperación es la de promover el mejoramiento de las normas laborales, y fortalecer las capacidades de la inspección de trabajo entre otros. El incumplimiento de las Cláusulas Sociales tiene un sometimiento del caso por medio del MSC.

Las Cláusulas Sociales impulsan a los gobiernos a promover acciones proactivas en la promoción y fiscalización de la normatividad interna que garanticen su efectivo cumplimiento. (Fernández-Maldonado; 2008) por lo que la inspección de trabajo se torna clave para incentivar el cumplimiento de las leyes y combatir entre los empleadores prácticas de dumping social y en la desprotección social, afectando el Trabajo Decente. (Pérez: 2017).

En efecto, en su dimensión social (OIT, 2015) las Cláusulas Sociales se tornan instrumentos de salvaguarda de la protección social de los trabajadores, y garantizan el respeto de los derechos humanos relacionados con el trabajo dentro del marco de los valores aceptados por la comunidad internacional, y por medio de las actividades de cooperación y dialogo con los interlocutores sociales impulsan las normas laborales por el incremento de la capacidad de aplicación de la inspección de trabajo de las Cláusulas Sociales. Desde la perspectiva económica las Cláusulas Sociales son instrumentos para enfrentar la competencia desleal, en tanto que las vulneraciones de las normas de trabajo distorsionen la competencia ("dumping social") y sin el cumplimiento de normas laborales conduzca a un descenso de los costos laborales en los productos de exportación. En efecto, se corre el riesgo que se emplee las condiciones de trabajo como mecanismo para ganar competitividad empeorando las condiciones de trabajo, generando déficit de Trabajo Decente y afectando a los socios comerciales.

2.3 Las Cláusulas Sociales en su rol anti Dumping Social.

El "dumping social" se explica cuando se usan derechos laborales y condiciones de empleo inadecuadas que atentan contra el Trabajo Decente para obtener ventajas comerciales en los productos de exportación. Es decir, es la posibilidad de que las empresas que operan en países donde los derechos laborales se encuentran recortados puedan y fuercen la reducción de los precios de los competidores; de manera que las empresas en los países desarrollados con mayores costos quiebren, o necesiten reubicarse en espacios geográficos con derechos laborales reducidos en tanto costos laborales menguados, o presionar a sus gobiernos para reducir los costos laborales de esta forma los socios comerciales son afectados negativamente.

Los Tratados de Libre Comercio que firman el Gobierno de Perú pretende establecer una simetría en la normatividad laboral con sus socios comerciales para evitar la competencia desleal en base a costos laborales sin fiscalizar (Cueto: 2015). De esta forma, las Clausulas Sociales tienen dos propósitos: una la de garantizar unas mínimas condiciones laborales en todos los países. Pero de otra, con ello se persiguen unas condiciones de competencia similares, de tal forma que la relajación o eliminación de las barreras comerciales no sitúe a unos países en desventaja frente a otros, al menos, en lo que a costes laborales se refiere. De esta forma se logra no solamente un marco de competencia más justo, sino que se evitan "carreras a la baja" en condiciones de trabajo y empleo.

2.4 Las Cláusulas Sociales actúa como mecanismo para la acción de la sociedad civil.

En diferentes Acuerdos Comerciales se establecen mecanismos institucionales para la supervisión del cumplimiento de las Clausulas Sociales permitiendo recibir y examinar las observaciones de la Sociedad Civil, y su incidencia positiva en: las reformas jurídicas, la vigilancia y el desarrollo de capacidades de la inspección de trabajo. La Sociedad Civil (sindicatos y ONGs) se valen del dialogo, foros consultivos y mecanismos jurídicos, políticos y económicos y los mecanismos de vigilancia para abordar la mejora y fortalecimiento del servicio inspectivo laboral en el Perú.

Las centrales sindicales y organizaciones sindicales reconocen a las Cláusulas Sociales como un mecanismo que les permitirá ejercer presión para impulsar y fortalecer mecanismos para el cumplimiento de la legislación laboral interna a efecto de "vigilar las prácticas contrarias a la competencia que afectasen el comercio y tuvieran alcance internacional" (Toyama, 2019), esta visión la recoge la OIT en sus estudios (2015, 2016 y 2017) señalan que la Sociedad Civil en su calidad de interlocutor social mediante el uso de los Mecanismos: MCC y MSC dan resultados en el ámbito legal, político e institucional en el caso del Perú en la consolidación del Ministerio de Trabajo, reforma legislativa y mejora y fortalecimiento en el control del cumplimiento de las normas de trabajo mediante la inspección de trabajo, cambios institucionales (SUNIT y SUNAFIL), mediante la sensibilización pública sobre los temas laborales y colocar la eficacia de la Inspección de Trabajo en la agenda política y efectuar la rendición de cuentas, para el caso Peruano, la Sociedad civil para el control de las Cláusulas Sociales es la colaboración transfronteriza entre las organizaciones de la Sociedad Civil para activar los mecanismos antes señalados. En resumen, la sociedad civil tiene incidencia en las reformas jurídicas, la vigilancia y el desarrollo de capacidades en la inspección de trabajo a nivel nacional como internacional.

En efecto, en el artículo 17.5 del TLC del Gobierno Peruano con los Estados Unidos permite "**punto de contacto**" con la sociedad civil. El artículo 1603 del Tratado con Canadá también el control y acciones de colaboración. El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés) de igual manera considera los "puntos de contacto" en su artículo 19.13 con la sociedad civil organizada. Por su parte el Acuerdo con la Unión Europea considera en su artículo 280° del Título IX del Acuerdo Comercial sobre Comercio y Desarrollo Sostenible, las Partes constituirán un Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible (SCDS) conformado por representantes de alto nivel de las administraciones de cada Parte, responsables de los asuntos laborales, ambientales y de comercio. El SCDS se reunirá en sesiones en las que sólo participen la Parte UE y uno de los Países Andinos signatarios cuando se trate de asuntos relativos exclusivamente a la relación bilateral entre la Parte UE y dicho País Andino signatario. Asimismo, el SCDS convocará una vez al año, a menos que las Partes acuerden algo distinto, una sesión con organizaciones de sociedad civil y el público en general, a fin de llevar a cabo un diálogo sobre asuntos relacionados con la aplicación del Título IX; y las Partes se pondrán de acuerdo sobre el procedimiento para dichas sesiones a más tardar un año después de la entrada en vigor del Acuerdo. El Acuerdo Comercial contempla que cada Parte defina un mecanismo interno para la consulta con la sociedad civil. Ese mecanismo es llamado "Grupo Asesor Interno" (DAG). En el caso europeo, el DAG está compuesto por 12 miembros y participan en él representantes del Comité Económico y Social Europeo, de la Sociedad Civil (parte ONGs), de sindicatos (centrales europeas e internacionales), y de Sociedad Civil (parte empresaria).

El Tratado con Canadá considera a la inspección de trabajo como una área para las actividades de cooperación mediante intercambio de información, foros internacionales y la capacitación y profesionalización de los inspectores de trabajo en métodos para mejorar el nivel y la eficiencia de la aplicación de la legislación laboral y el fortalecimiento de los sistemas de inspección de trabajo de modo que ayuden a asegurar el cumplimiento de las leyes laborales, incluye intercambio de delegaciones oficiales, profesionales y especialistas, incluyendo visitas de estudio y otros intercambios técnicos.

En el artículo 19.10 del Tratado de TPP la colaboración se centra en la promoción de la concientización de , y el respeto por, los principios y derechos establecidos en la Declaración de la OIT y el concepto de Trabajo Decente, las leyes y prácticas laborales, incluida la implementación efectiva de los principios y derechos establecidas en la Declaración de la OIT, fortalecimiento de la capacidad, eficiencia y la efectividad de la inspección laboral mediante el mejoramiento de los mecanismos de cumplimiento y aplicación de la leyes laborales. Los mecanismos de Cooperación Laboral y Desarrollo de capacidades son recogidas en el artículo 17.6 del Acuerdo Comercial con los Estados Unidos e indica que "**los puntos de contacto**" de la Sociedad Civil pueden realizar "actividades dirigidas al fortalecimiento de la capacidad institucional de las administraciones laborales y tribunales laborales, especialmente profesionalización de los recursos humanos y capacitación, incluyendo en materia de capacidad tecnológica; y actividades en la inspección laboral que mejore la aplicación y cumplimiento de la legislación laboral, incluyendo capacitación e iniciativas para fortalecer y mejorar la eficiencia de los sistemas de inspección laboral, mediante programas de asistencia técnica incluyendo el otorgamiento de recursos humanos, técnicos y materiales, según corresponda; intercambio de delegaciones oficiales, profesionales y especialistas, incluyendo a través de visitas de estudio y otros intercambios técnicos; intercambio de información sobre normas, regulaciones, procedimientos y buenas prácticas.

El Acuerdo con la Unión Europea colabora con el Gobierno Peruano en actividades relativas a la evaluación de impactos ambientales y laborales del Acuerdo, incluyendo actividades destinadas al mejoramiento de metodologías e indicadores para dicha evaluación; (b) actividades relativas a la investigación, monitoreo y aplicación efectiva de convenios fundamentales de la OIT y acuerdos multilaterales sobre el medioambiente, incluyendo aspectos relacionados con el comercio; (c) estudios relacionados con los niveles y estándares de protección laboral, ambiental, y mecanismos para el monitoreo de dichos niveles, mediante talleres,

seminarios, diálogos y otros foros para intercambiar conocimiento, experiencias y mejores prácticas, incluyendo foros en línea y otras plataformas de intercambio de conocimiento; viajes de estudio, visitas y estudios de investigación para documentar y estudiar políticas y prácticas; investigación y desarrollo colaborativos relacionados con mejores prácticas en materias de interés mutuo.

Acuerdos comerciales del Perú

Perú TLC

III. EXIGENCIAS DE LAS CLAUSULAS SOCIALES A LA INSPECCION DE TRABAJO

3.1 Las Cláusulas Sociales exigen capacitación permanente, completa y profunda sobre condiciones de trabajo y métodos de intervención a los Inspectores de Trabajo.

La influencia de las Cláusulas Sociales es crucial en la mejora de las inspecciones laborales y constituye uno de los factores centrales en el crecimiento y fortalecimiento administrativo de la inspección del trabajo, al aumentar su centralidad, debido a la vulnerabilidad del trabajo, el cambio en las condiciones en las cuales se desarrolla y la naturaleza de las relaciones laborales al interior de las empresas, en ese sentido una de las exigencias que acarrea las Cláusulas Sociales a la Inspección del Trabajo es la permanente, completa capacitación entorno a las normas internacionales y comercio exterior y modelos de proactivos de intervención para afrontar los nuevos retos de un mundo globalizado y evitar el "dumping social"; pero la capacitación dentro de las actividades de cooperación no es suficiente para el Caso Peruano para evitar afectar a sus socios comerciales. Como se aprecia las actividades de cooperación y asistencia técnica de EEUU y Canadá se centran en capacitar en Derechos Fundamentales del trabajo dejando al margen las condiciones de trabajo –horas extras- y modelos proactivos de intervención con métodos, herramientas y técnicas adecuadas; si bien las Cláusulas Sociales de los tratados de Libre Comercio celebrados por el Gobierno Peruano coloca en el centro de la agenda pública el respeto hacia el derecho de los trabajadores y trabajadoras. (Cueto:2015 y Requejo: 2013), pero no abarcan el íntegro de las Cláusulas Sociales, al omitir la capacitación en condiciones de trabajo y modelos de intervención; pero ofrece una amplia base y oportunidad para asistir a la inspección de trabajo del Gobierno Peruano desde los socios comerciales mediante una Alianza de Socios Comerciales.

Nombre del Acuerdo Comercial	Actividades de Cooperación
EEUU-Perú (2010)	Fortalecimiento de la capacidad del Ministerio de Trabajo, en particular respecto a los derechos fundamentales del trabajo, la inspección del trabajo y las estadísticas del trabajo, formación de jueces, en particular en el nuevo derecho procesal del trabajo, y formación de mediadores de conflictos laborales.
Canadá-Perú (2011)	Fortalecimiento de la capacidad de los inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo, en particular respecto a los derechos fundamentales del trabajo, y seguridad en el Trabajo.

Fuente: TLCs firmados.

Esta exigencia es notoria para el caso Peruano, como veremos a continuación usaremos las horas extras para graficarlo.

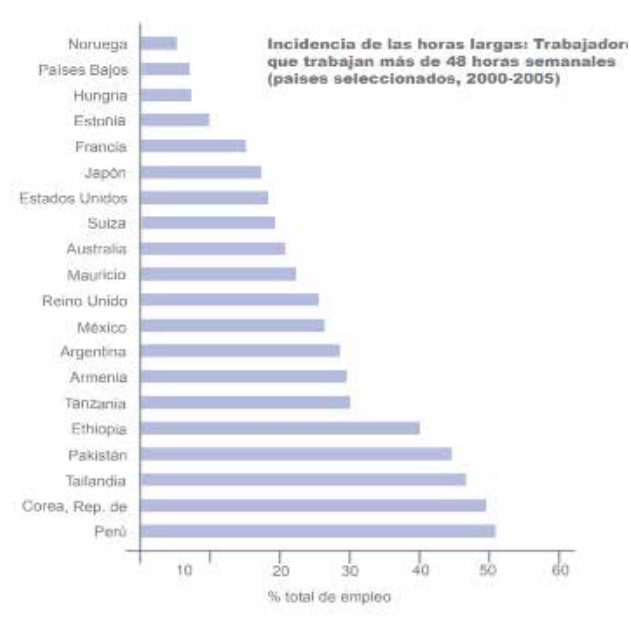
Para la OIT en 2005[1] el Perú se convierte en el país que mayor número de horas se labora en el mundo (Gráfico N° 1), incluso para el periodo abril-mayo-junio del 2019 (Cuadro N° 3) se advierte que para Lima Metropolitana –Capital del Perú- más de medio millón de personas laboran más allá de las 8 horas legales o 48 horas a la semana, llegando a más de 15 horas laboradas al día . Del Cuadro N° 1 y 2 se verifica que varios productos de exportación peruanos transfieren al mundo esta condición laboral disminuida como un mecanismo para ganar competitividad. Por ejemplo, el sector minero exporta el mineral con más de 55 horas laboradas.

Las Cláusulas Sociales comprometen a no usar ventajas desleales en el comercio bilateral, como podrían ser débiles protecciones sociales y una despreocupación por el cumplimiento de derechos laborales mínimos en las actividades exportadoras que se desarrollen en el territorio de cada estado. Específicamente se adoptaron compromisos recíprocos de reconocer, proteger y difundir derechos laborales considerados indispensables para que el libre comercio beneficie también a los trabajadores y trabajadoras, en ese sentido existe una visión laxa de las capacitaciones sobre las condiciones de trabajo y de los modelos proactivos de intervención.

Consideramos estos compromisos laborales asumidos en el TLC son un instrumento valioso que debe utilizarse para mejorar la eficacia de tales derechos en las actividades orientadas a la exportación. En esta tarea, le cabe un rol fundamental al Servicio Inspectivo Laboral, como garante de que, en efecto, las actividades exportadoras sí respeten las normas legales sobre estos derechos laborales con una capacitación y asistencia técnica (métodos proactivos, herramientas y técnicas) completa para que el servicio inspetivo no solo debe sancionar las infracciones que detecte a la ley laboral; esta tarea estaría incompleta si no realizamos además acciones de difusión y prevención, que nos permitan mejorar la eficacia de las normas laborales.

1 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.pdf

Gráfico N° 1: Horas Extras a nivel mundial



Cuadro N°1: Perú: Población Económicamente Activa Ocupada por promedio de horas trabajadas por ramas de actividad, 2008-2016 (Horas por semana)

Ramas de actividad / Área de residencia/ Región natural	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total	**47**	**46**	**46**	**45**	**45**	**45**	**44**	**45**	**44**
Agricultura	40	39	39	39	39	38	38	38	38
Pesca	57	52	49	50	51	49	49	49	49
Minería	57	57	56	56	56	56	57	56	57
Manufactura	49	48	49	47	47	46	46	46	46
Construcción	49	49	47	48	47	47	47	47	47
Comercio	51	51	49	49	49	48	48	48	48
Transportes y Comunicaciones	59	56	56	56	55	55	54	54	54
Administración pública, Defensa, Planes de Seg.social	52	53	53	51	50	50	49	49	49
Hoteles y Restaurantes	48	48	46	46	45	44	44	44	43
Inmobiliarias y alquileres	48	49	47	46	47	47	46	45	45
Enseñanza	38	38	37	37	36	37	36	37	37
Otros servicios	45	44	43	43	43	42	42	43	42

Cuadro N°2: Exportaciones por Sectores Económicos (US$ Millones)

Part.% 2018	Principales Productos Exportados	2014	2015	2016	2017	2018	Var. % 18/17
72,3%	Tradicionales	26 915	22 780	25 498	32 643	34 483	5,6%
57,8%	**Minero**	**19 597**	**18 223**	**21 046**	**26 540**	**27 589**	**4,0%**
31,3%	Cobre	8 865	8 187	10 171	13 845	14 925	7,8%
14,7%	Oro	5 767	5 902	6 650	7 228	7 006	-3,1%
5,4%	Zinc	1 504	1 508	1 469	2 399	2 563	6,8%
8,8%	**Petróleo y gas natural**	**4 721**	**2 377**	**2 305**	**3 488**	**4 201**	**20,5%**
4,9%	Petróleo y derivados	2 629	1 273	1 198	2 009	2 338	16,4%
2,2%	Gas natural	786	449	523	772	1 042	34,9%
1,7%	Nafta	1 306	656	584	706	822	16,3%
4,1%	**Pesquero**	**1 733**	**1 457**	**1 269**	**1 789**	**1 937**	**8,3%**
3,3%	Harina de pescado	1 338	1 158	999	1 459	1 562	7,1%
0,8%	Aceite de pescado	395	299	270	330	375	13,6%
1,6%	**Agropecuario**	**863**	**723**	**878**	**827**	**755**	**-8,7%**
1,4%	Café	749	614	763	714	678	-5,1%
0,0%	Azúcar y chancaca	67	47	70	70	18	-73,7%
0,1%	Resto	47	62	46	43	59	38,1%
27,7%	No Tradicionales	11 726	10 906	10 813	11 742	13 219	12,6%
12,3%	**Agropecuario**	**4 202**	**4 390**	**4 687**	**5 104**	**5 860**	**14,8%**
1,7%	Uva	643	709	661	649	815	25,6%
1,7%	Palta	318	338	428	629	793	26,0%
1,2%	Arándano	30	97	241	372	554	49,0%
1,1%	Espárrago	574	590	578	547	526	-3,7%
0,7%	Mango	196	275	277	271	354	30,7%
0,6%	Cacao y derivados	234	267	294	237	266	12,4%
0,4%	Cítricos	130	140	163	203	210	3,4%
3,2%	**Químico**	**1 520**	**1 402**	**1 340**	**1 381**	**1 549**	**12,2%**
1,1%	Plástico y sus manufacturas	570	490	444	453	525	15,9%
0,2%	Oxido de zinc	74	59	52	91	110	20,9%
0,1%	Acido sulfúrico	55	77	45	27	70	160,6%
0,1%	Lacas colorantes	42	42	59	59	64	9,0%
0,0%	Acido ortobórico	25	21	20	23	20	-12,4%
0,0%	Sulfatos de cobre	7	7	8	10	14	38,0%
2,9%	**Textil**	**1 806**	**1 331**	**1 196**	**1 272**	**1 400**	**10,0%**
0,7%	T-shirts de punto, de algodón	363	281	273	288	324	12,7%
0,6%	Otras prendas de vestir de algodón	327	269	238	240	268	11,5%
0,5%	Productos de lana y pelo fino	211	193	173	210	252	19,8%
2,9%	**Pesquero**	**1 189**	**951**	**926**	**1 089**	**1 369**	**25,8%**
1,3%	Pota	505	354	321	390	624	59,9%
0,5%	Langostino	163	145	156	217	222	2,4%
0,4%	Pescado congelado	153	149	177	212	206	-2,9%
0,2%	Conservas de pescado	85	81	59	76	109	43,4%
2,5%	**Sidero-metalúrgico**	**1 060**	**998**	**991**	**1 150**	**1 193**	**3,8%**
0,7%	Zinc en bruto sin alear	207	184	235	333	353	5,9%
0,4%	Alambre de cobre refinado	294	223	175	205	203	-1,1%
0,3%	Barras de hierro o acero	89	86	89	98	121	23,8%
1,3%	**Minería no metálica**	**665**	**698**	**642**	**587**	**627**	**6,8%**
0,5%	Fosfatos de calcio natural	314	347	300	207	231	11,8%
0,3%	Productos cerámicos	110	123	113	117	126	8,4%
1,2%	**Metal mecánico**	**598**	**544**	**460**	**534**	**596**	**11,6%**
0,3%	**Forestal**	**171**	**151**	**129**	**122**	**124**	**2,0%**
0,2%	**Joyería**	**50**	**58**	**77**	**106**	**112**	**6,0%**
0,8%	**Otros (Papel, artesanía, cuero)**	**464**	**384**	**364**	**398**	**388**	**-2,5%**
100%	Total	38 641	33 686	36 312	44 385	47 702	7,5%
59%	- Minería (Metálica y No Metálica)	20 263	18 921	21 688	27 127	28 216	4,0%
14%	- Agropecuarios (Tradicional + No Tradicional)	5 066	5 113	5 565	5 930	6 615	11,6%
7%	- Pesca (Tradicional + No Tradicional)	2 922	2 408	2 196	2 877	3 306	14,9%

Fuente: SUNAT/Elaboración: VMCE

Cuadro N°3: Lima Metropolitana: Población ocupada por rango de horas trabajadas por semana.
Trimestre Móvil: (Miles de personas)

Año/ Trimestre móvil	Rango de horas									
	Total	1 - 10	11 - 20	21 - 30	31 - 40	41-50	51-60	61-70	71-80	81 y más
2014										
Nov-Dic13-Ene14	4 595,6	233,5	286,5	423,7	731,0	1 248,2	802,5	399,0	304,6	166,7
Dic13-Ene-Feb14	4 636,9	252,0	287,2	395,5	716,6	1 282,1	811,8	394,6	304,5	192,6
Ene-Feb-Mar	4 646,0	275,4	284,2	400,7	728,6	1 321,7	777,9	393,0	290,3	174,2
Feb-Mar-Abr	4 659,2	257,0	270,2	423,8	720,4	1 359,5	763,9	395,2	288,8	180,4
Mar-Abr-May	4 614,3	236,9	287,7	424,1	789,8	1 299,9	745,4	386,3	284,3	159,9
Abr-May-Jun	4 619,4	229,4	270,6	423,1	820,1	1 316,1	742,6	367,7	279,5	170,3
May-Jun-Jul	4 621,8	222,4	262,3	378,9	809,8	1 343,7	768,1	363,3	292,8	180,7
Jun-Jul-Ago	4 639,6	240,5	259,0	416,4	783,1	1 363,1	746,8	361,1	301,7	167,9
Jul-Ago-Sept	4 619,3	233,8	261,3	399,3	788,9	1 351,8	740,6	356,1	311,9	175,7
Ago-Sept-Oct	4 659,8	209,8	253,5	413,4	796,4	1 379,2	766,5	365,8	303,4	171,8
Sept-Oct-Nov	4 696,5	186,5	240,2	388,4	779,3	1 446,1	799,4	375,7	295,6	185,3
Oct-Nov-Dic	4 695,9	172,8	239,3	416,3	803,7	1 408,8	791,6	388,2	301,3	173,9
2015										
Nov-Dic14-Ene15	4 635,7	202,6	250,0	392,1	796,1	1 388,8	754,9	383,9	294,5	172,7
Dic14-Ene-Feb15	4 626,3	216,1	255,5	360,6	755,8	1 382,1	761,8	404,2	320,7	169,5
Ene-Feb-Mar	4 649,0	221,8	258,9	352,6	742,0	1 382,4	806,5	406,0	315,0	163,9
Feb-Mar-Abr	4 656,5	197,2	269,6	396,4	730,7	1 363,9	856,2	412,7	325,4	154,5
Mar-Abr-May	4 633,4	182,7	257,5	432,4	811,3	1 353,8	773,1	379,8	295,0	147,9
Abr-May-Jun	4 638,3	186,8	250,5	425,0	804,6	1 412,9	763,9	372,9	289,3	132,5
May-Jun-Jul	4 672,2	183,9	237,6	401,4	841,4	1 478,4	780,7	362,4	269,8	116,6
Jun-Jul-Ago	4 677,8	186,7	243,2	431,2	839,1	1 457,2	783,5	361,7	265,4	109,9
Jul-Ago-Sept	4 674,8	176,2	248,5	425,9	867,8	1 461,1	795,5	349,6	246,0	104,3
Ago-Sept-Oct	4 743,2	179,6	261,4	456,7	888,3	1 455,1	797,1	346,5	246,8	111,6
Sept-Oct-Nov	4 797,5	170,2	270,5	412,8	873,9	1 512,2	839,8	360,9	250,2	106,9
Oct-Nov-Dic	4 817,4	167,5	280,7	412,6	874,1	1 511,9	845,6	367,0	255,5	102,5
2016										
Nov-Dic15-Ene16	4 752,9	194,8	283,4	378,0	846,8	1 489,7	851,5	336,6	276,2	96,0
Dic15-Ene-Feb16	4 759,6	203,6	267,8	377,8	797,7	1 515,4	878,4	338,9	284,5	95,4
Ene-Feb-Mar	4 759,6	210,7	251,2	385,0	789,8	1 536,2	862,0	339,0	283,7	101,9
Feb-Mar-Abr	4 807,0	168,3	228,9	390,9	803,6	1 615,0	879,0	360,8	265,0	95,4
Mar-Abr-May	4 762,0	154,6	241,0	421,2	801,1	1 579,2	853,2	358,5	250,0	103,2
Abr-May-Jun	4 748,5	157,4	259,1	425,4	818,5	1 564,2	816,8	344,8	253,2	109,0
May-Jun-Jul	4 726,8	179,1	262,4	432,4	830,8	1 485,7	815,2	346,6	264,0	110,7
Jun-Jul-Ago	4 734,2	205,4	273,8	467,5	882,8	1 449,9	784,8	312,2	259,3	98,5
Jul-Ago-Sept	4 736,3	218,6	268,1	473,0	887,9	1 428,8	808,8	304,2	259,7	87,3
Ago-Sept-Oct	4 783,7	225,6	293,4	472,7	885,3	1 467,1	822,9	285,7	247,1	83,9
Sept-Oct-Nov	4 827,2	221,2	292,9	456,4	905,9	1 466,8	846,5	313,4	242,0	82,2
Oct-Nov-Dic	4 873,5	222,0	311,1	466,0	919,0	1 465,0	821,6	324,8	252,9	91,2
2017										
Nov-Dic16-Ene17	4 831,6	249,1	306,1	434,3	897,8	1 453,3	793,5	331,2	259,8	106,4
Dic16-Ene-Feb17	4 805,1	260,1	278,9	389,7	851,8	1 529,2	791,9	314,1	285,0	102,3
Ene-Feb-Mar	4 785,1	253,0	278,0	375,0	796,7	1 584,3	803,1	302,4	288,3	104,2
Feb-Mar-Abr	4 831,5	226,3	274,2	458,0	838,8	1 593,1	780,5	282,1	285,1	93,3
Mar-Abr-May	4 810,1	208,3	283,1	464,0	918,2	1 511,5	774,6	277,7	278,7	94,1
Abr-May-Jun	4 813,0	224,7	260,5	463,7	961,4	1 493,3	781,4	282,1	266,6	79,3
May-Jun-Jul	4 825,6	226,3	265,2	438,9	965,7	1 509,0	792,9	294,8	255,8	77,0
Jun-Jul-Ago	4 900,5	268,8	289,5	467,8	945,9	1 536,5	784,8	300,2	246,0	80,9
Jul-Ago-Sept	4 894,1	270,2	314,0	460,1	941,0	1 510,2	775,7	301,0	235,8	86,2
Ago-Sept-Oct	4 872,0	266,3	301,1	444,0	903,6	1 519,1	817,2	302,8	237,2	80,8
Sept-Oct-Nov	4 848,2	213,5	283,4	425,4	928,4	1 525,2	849,3	284,9	252,3	85,7
Oct-Nov-Dic	4 903,2	217,3	275,4	438,2	1 013,9	1 486,2	843,0	284,8	260,8	83,8
2018										
Nov-Dic17-Ene18	4 853,1	244,2	274,6	433,4	1 065,3	1 402,2	808,5	269,6	263,5	91,8
Dic17-Ene-Feb18	4 830,4	291,3	277,2	423,9	977,9	1 414,9	798,4	303,8	258,8	84,2
Ene-Feb-Mar	4 800,3	287,3	272,9	419,3	875,8	1 463,8	816,4	316,9	249,7	98,2
Feb-Mar-Abr	4 853,6	265,3	298,3	440,1	853,2	1 488,6	821,5	326,1	260,2	100,3
Mar-Abr-May	4 856,1	242,1	303,2	438,7	944,9	1 466,3	811,5	302,7	246,9	99,8
Abr-May-Jun	4 859,9	234,2	313,1	458,7	910,2	1 493,9	807,5	297,4	256,9	87,8
May-Jun-Jul	4 893,6	249,3	290,5	420,3	932,6	1 518,0	822,9	317,6	262,5	80,0
Jun-Jul-Ago	4 920,4	256,7	315,1	430,1	910,5	1 522,1	811,3	329,2	264,7	80,8
Jul-Ago-Sept	4 915,6	267,2	319,8	435,9	977,7	1 486,5	794,5	298,2	251,6	84,3
Ago-Sept-Oct	4 889,9	267,6	332,2	429,9	980,2	1 482,8	763,8	296,4	237,6	99,4
Sept-Oct-Nov	4 953,5	266,6	322,4	468,4	1 001,3	1 487,4	782,9	291,1	224,0	109,4
Oct-Nov-Dic	4 982,5	260,9	322,4	455,9	988,9	1 493,2	802,8	322,3	225,2	111,0
2019										
Nov-Dic18-Ene19	4 934,5	271,8	314,8	486,1	1 031,7	1 422,2	789,2	294,0	226,9	97,7
Dic18-Ene-Feb19	4 856,2	272,3	289,8	447,6	965,1	1 443,3	810,0	285,6	238,4	104,1
Ene-Feb-Mar	4 829,7	274,2	271,5	446,2	934,0	1 457,5	800,0	279,7	257,2	109,4
Feb-Mar-Abr	4 871,5	241,2	280,2	456,2	878,6	1 558,0	803,7	277,8	263,3	112,5
Mar-Abr-May	4 867,5	234,0	281,5	453,7	946,2	1 526,7	786,2	271,3	262,9	105,2
Abr-May-Jun	4 897,0	221,3	294,3	475,2	976,9	1 537,1	779,5	265,9	254,9	101,9
					Variación porcentual					
Respecto a similar Trim. del año anterior	0,8	5,5	-6,0	3,6	7,3	2,9	-3,5	-14,0	-0,8	16,1

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo

3.2 Las Cláusulas Sociales es una oportunidad para capacitación anti Dumping Social.

Los TLCs entre Perú y sus socios comerciales del Orbe establecen obligaciones recíprocas para ambos estados específicamente se adoptaron compromisos de reconocer, proteger y difundir derechos laborales (Derechos Fundamentales y Derechos nacionales en favor del Trabajo Decente) considerados indispensables para que el libre comercio beneficie también a los trabajadores y trabajadoras (Sanabria y Flores; 2006).

Resaltamos que los estándares laborales asociados al libre comercio son una oportunidad para lograr- por intermedio de la Sociedad Civil- mejorar eficacia de derechos de los trabajadores a través de la modernización y fortalecimiento de la Inspección de trabajo, lo importante es el cumplimiento de la normatividad laboral y tener credibilidad; y para ello la capacitación antidumping es fundamental de los inspectores de trabajo y así fortalecer las capacidades del Sistema Inspectivo laboral, con una asistencia técnica completa, profunda e integra en favor también de los socios comerciales. La posibilidad de capacitación y asistencia técnica se resumen a continuación.

Para el caso del Tratado con EEUU se centra en la capacitación y aplicación efectiva por la inspección de trabajo de los derechos fundamentales en el trabajo contenidos en la Declaración de la OIT: (i) libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, (ii) eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, (iii) la abolición efectiva del trabajo infantil, y (iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y de las leyes nacionales. El TTP señala la capacitación a los inspectores de trabajo contra el Dumping Social mediante el desarrollo del capital humanos (aprendizaje permanente, educación continua) capacitación y desarrollo y mejora de habilidades para la promoción y respetos por los principios y derechos establecidos de la OIT del concepto de Trabajo Decente, y la aplicación de las leyes nacionales. El suscrito con Canadá es similar al de EEUU al considerar que la capacitación brindada al servicio inspectivo se despliega en métodos para mejorar la eficiencia de la aplicación de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva: legislación y práctica relacionada con los elementos básicos de la Declaración de la OIT (libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición eficaz del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación) y mecanismos de vigilancia del cumplimiento de leyes y reglamentos relativos a horas de trabajo, salario mínimo y jornadas extraordinarias, seguridad y salud ocupacional y condiciones del empleo.

IV. LA RENDICION DE CUENTAS PARA CONTROL, ALINEAMIENTO EN LA MEJORA Y FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCION DE TRABAJO PARA CUMPLIR CON LAS CLAUSULAS SOCIALES: ACTIVIDAD SINDICALES Y ACOMPAÑAMIENTO DE LA OIT y ACCIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PERÚ

Ante la omisión del Gobierno Peruano de proporcionar los Informes Anual sobre el desempeño de la Inspección de Trabajo bajo el Convenio OIT 81, fueron los gremios de los inspectores de trabajo (Asociación y Sindicatos) que inician un proceso de proporcionar información a la OIT sobre las carencias y deficiencias del Sistema Inspectivo (1996-2007) a partir del 2006 son las centrales sindicales que informan a la OIT sobre la situación del Sistema Inspectivo (2006-2017). Los sindicatos y ONGs utilizan también los mecanismos institucionales para realizar las quejas o comunicaciones al amparo de las Cláusulas Sociales de los TLCs (2015 y 2018).

En el 2007 el Sindicato de Inspectores de Trabajo proponen la creación de la SUNIT que concentra el sistema inspectivo para evitar y eludir las consecuencias negativas de la Ley de Descentralización y Regionalización y asimismo atender las exigencias de las Cláusulas Sociales de los Tratados de Libre Comercio mediante un organismo sólido y moderno; sin cumplir su cometido. En el año 2011 se inicia un proceso simultáneo de descentralizar la inspección en aplicación de la Ley de Descentralización y Regionalización y por otro de la centralizar las decisiones en un solo ente: SUNAFIL. La descentralización y regionalización de la Inspección de Trabajo acarrea la desintegración, desmembramiento, desmantelamiento y desarticulación de la misma (Sanabria: 2010; Requejo: 2013 y Cueto: 2015).

Las Cláusulas Sociales y sus mecanismos de participación son usados por la Sociedad Civil como presión ante los Gobiernos del Perú para mejorar y fortalecer la inspección de trabajo; y esta acción tiene como actos precursores las actividades de participación ante la OIT de los gremios de los inspectores de trabajo (Asociación y Sindicato). Se puede advertir que la Sociedad Civil actúa antes, durante y después de la vigencia de las Cláusulas Sociales de los Tratados de Libre Comercio a favor de la mejora y fortalecimiento del servicio de inspección de trabajo en el Perú.

Es por ello que se ve la necesidad de que la Sociedad Civil adopte, desarrolle y mantenga un rol participativo, incidiendo en los procesos de planeación, evaluación y control de la gestión pública; y tomando las decisiones y ajustes respectivos, a fin de garantizar el cumplimiento de sus objetivos de las Cláusulas Sociales. En el periodo de cerca de 19 años la incidencia de la Sociedad Civil la centralidad y modernización no se encuentra en la modificación del modelo reactivo de intervención del Sistema inspectivo laboral, es decir con mayores recursos y presupuesto el modelo de intervención seguía inamovible.

Cláusulas Sociales: Mecanismos institucionales para la participación.

País	Fase de Aplicación	Característica General
Estados Unidos	Comité Consultivo Nacional Permanente. Se facilita información a los colectivos interesados y se consulta su opinión; mecanismo de interacción para las comunicaciones.	Enfoque muy institucionalizado por grupos colectivos interesados (Sindicatos, Federación, Confederación Se facilita información a los colectivos interesados y se consulta su opinión. Elementos de rendición de cuentas limitado.
Unión Europea	El órgano permanente de la UE (Comité Económico y Social Europeo) participa en la creación de grupos nacionales consultivos. Creación obligatoria de órganos consultivos y promoción del dialogo entre la sociedad civil de ambas partes. Se facilita y se obtiene información a través del mecanismo de observaciones del grupo nacional consultivo.	Se hace uso de los mecanismos transnacionales. Se facilita información a los colectivos interesados y se consulta su opinión Elementos de rendición de cuentas limitadas
Canadá	Mecanismo permanente existente pero no activo (Consejo Consultivo sobre el Lugar de Trabajo y Asuntos Laborales) Mecanismo de interacción para las comunicaciones.	Escaso uso
TPP	Consejo Laboral mediante puntos de contacto facilita la comunicación y coordinación frecuente entre las Partes y actuar como canal de comunicación con el público.	Poco uso

Desarrollamos un recuento de las acciones de la Sociedad Civil en favor de la modernización de la Inspección de Trabajo a fin de cumplir con las exigencias de las Cláusulas Sociales.

4.1 Queja de ONGs y Sindicatos: Perú y EEUU

El 23 de julio del 2015 bajo el título "Presentación a la Oficina de Asuntos de Comercio y Trabajo (OTLA) bajo el Capítulo 17 (Trabajo) y 21 (Resolución de Controversias) del Acuerdo de Promoción del Comercio entre Estados Unidos y Perú con respecto a la falta del Gobierno de cumplir con las normas laborales incluidas en el Acuerdo Comercial entre Perú y Estados Unidos", donde ONGs y Sindicatos[2] presentan los cuestionamientos.

Sobre las inspecciones laborales señala: "*Las inspecciones en el trabajo, a cargo de la SUNAFIL, continua a cargo de una institución mal financiada, débil y erráticamente conducida. El número de inspectores disponibles para hacer efectivo el cumplimiento de la ley laboral sigue siendo desproporcionalmente pequeño.*" *Además, el Estado Peruano no asigna prioridad al sostenimiento de la SUNAFIL, y la restricción presupuestaria las que prohíben generar nuevas plazas de inspectores en virtud de la Ley Anual de Presupuesto han provocado huelgas frecuentes de los propios inspectores para defender sus salarios y beneficios.*"

La queja precisa que los casos consignados proveen evidencia substancial de que el Gobierno de Perú de forma sostenida y un curso recurrente de acción o inacción ha fallado en honrar sus compromisos bajo el Capítulo 17 del Acuerdo de Cooperación Comercial, que muestra la falta de aplicación efectiva de las normas laborales en el Perú. Los casos reseñados evidencias la ineficiencia del Estado Peruano para hacer cumplir la ley laboral y sancionar efectivamente los incumplimientos.

Respecto al ámbito laboral, la queja presentada ante el TLC con los EE.UU. dio lugar a tres comunicaciones públicas (2016) remitidas por Departamento del Trabajo de los Estados Unidos (USDOL por sus siglas en inglés) al Estado peruano, en las que se llama la atención de éste sobre **las graves limitaciones que afectan su sistema de inspecciones laborales** y el sistema peruano de administración de justicia para garantizar el efectivo cumplimiento de la legislación laboral y de los compromisos internacionales sobre la materia que han sido asumidos por Perú, lo mismo que el probado impacto pernicioso que genera el uso de regímenes laborales especiales –particularmente los regulados por la Ley N° 27360 y el Decreto Ley N° 22342– en el ejercicio de la libertad sindical y el ejercicio de derechos básicos como la negociación colectiva, condiciones indispensables para acceder a mejores condiciones de vida y de trabajo de las y los trabajadores peruanos. **Sobre las inspecciones de trabajo señala la necesidad de ampliar la cobertura en todas las regiones y aumentar el apoyo a las actividades de cumplimiento de SUNAFIL, incluidas las inspecciones laborales y los procesos de sanciones administrativas, de modo que se permita una aplicación efectiva y rápida de las leyes laborales en todas las regiones del Perú**.

2 El Foro Internacional de Derechos Laborales, Perú Equidad, Coordinadora de Centrales Sindicales del Perú (CGTP, CATP, CTP CUT), Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú, Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú, Federación Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y afines

4.2 Queja de ONGs[3] y Sindicatos: Perú y Unión Europea

Varias ONGs y sindicatos presentan el 23 de mayo 2018 la "Queja contra el Gobierno de Peruano por falta de cumplimento de sus compromisos laborales y ambientales previstos en el Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea". De igual manera se resalta "*la debilidad institucional de las instancias responsables de la fiscalización laboral, en particular de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), van a contracorriente de los compromisos adoptados por el Estado peruano de garantizar el efectivo cumplimiento de su legislación laboral. El déficit de intendencias (solo 10 regiones de las 25 que existen cuentan con una) y de inspectores de trabajo (solo se cuenta con 105 cuando según la OIT se requieren 2,000 a nivel nacional), contribuye a la extendida informalidad laboral e impunidad con se vulneran los derechos laborales sin la debida y oportuna fiscalización por parte del Estado.*"

El 26 de marzo del 2019 la Directora General de Comercio de la Comisión Europea -Madelaine Tuininga- da respuesta en materia laboral, en dicha carta señala que los esfuerzos se centrarán en una mejor aplicación de las normas laborales, tomando medidas para garantizar la libertad de asociación de todos los trabajadores en el país, **fortaleciendo las capacidades de inspección del trabajo y trabajando para erradicar el trabajo infantil y reducir la informalidad**; destacando que los esfuerzos también incluyen el fortalecimiento del diálogo social.

4.3 Las Quejas de ONGs y Sindicatos impactan en el Gobierno del Perú.

Este 28 de julio del 2019 el Gobierno Peruano en su Decreto Supremo N° 237-2019-EF aprobó el Plan Nacional de Competitividad y Productividad donde incorpora el fortalecimiento de la Inspección de Trabajo como prioritario.

Se señala: "*Si bien la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) ha realizado actividades para aumentar el alcance y eficiencia de las inspecciones laborales; es necesario llevar a cabo acciones que permitan focalizar y ampliar sus competencias, con la finalidad de cubrir de mejor forma el amplio número de micro y pequeñas empresas del país." Prosigue el decreto indicando que "la medida se compone de tres aspectos que buscan fortalecer el desempeño del sistema inspectivo del trabajo a fin de promover la formalización y asegurar el desarrollo de empleos dignos.*"

Para la modernización del sistema inspectivo se contempla: 1) modificaciones normativas que permitan ampliar las capacidades de las intervenciones fiscalizadoras y al mismo tiempo que delimiten de mejor forma sus competencias; 2) uso de las tecnologías de información que permita a los usuarios ingresar denuncias, y recibir notificaciones electrónicas. Se utilizará las tecnologías de la información facilitarán la creación de perfiles de riesgo de empleadores aumentando la eficiencia del proceso inspectivo articulando esfuerzos con otras entidades como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) y 3) mayor atención al público con la creación de intendencias regionales, oficinas zonales y módulos itinerantes de atención con la finalidad de asegurar condiciones dignas de empleo a nivel nacional.

4.4 Comunicación de Gremios: Inspectores de trabajo y trabajadores: Informes de la Comisión de Expertos desde 1944 a la fecha[4]

Se hace un recorrido por los Informes de la Comisión de Expertos relativo al Convenio 81 y los incumplimientos informados por entidades de la Sociedad Civil: Asociación de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (SIT) en una primera etapa; y la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), así como por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y por la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP), Sindicato de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (SI Perú)[5] en una segunda etapa.

4.4.1 Actuación de los Gremios de Inspectores de trabajo ante la OIT: Asociación y Sindicatos: (1996-2007)

La Comisión de Expertos en el año 1990 lamentaba que el Gobierno de Perú no proporcione el Informe Anual.

Para 1996 la Comisión toma nota de los comentarios presentados el 6 de noviembre 1995 por la Asociación de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, alegando el incumplimiento de los artículos 6, 9, 10 y 16 del Convenio, por lo que la Comisión "ruega al Gobierno que indique las medidas tomadas o previstas para asegurar que el número de inspectores del trabajo sea suficiente para garantizar el desempeño efectivo de las funciones del servicio de inspección y que los establecimientos se inspeccionen con la frecuencia y el esmero necesarios para garantizar la efectiva aplicación de las disposiciones legales pertinentes".

La Asociación de Inspectores, señala varios incumplimientos:

a) Evaluaciones semestrales de los inspectores de trabajo.

b) Procesos administrativos a inspectores y que solo cuentan con 42 inspectores.

c) Llegando solo a 600 inspecciones a nivel nacional.

---

3 Organizaciones que integran la PEP (Plataforma Europa Perú), miembro del DAG europeo, y organizaciones europeas que titularizan la reclamación:
1.Asociación Pro Derechos Humanos (España), 2. Asociación Putumayo (Bélgica), 3. Broederlijk Delen (Bélgica), 4. Catapa (Bélgica), 5. Centro de Investigación y Documentación Chile-América Latina – FDCL (Alemania), 6. CNCD-11.11.11 (Bélgica), 7. Commission Justice et Paix de Belgique Francophone (Bélgica), 8. Entraide & Fraternité (Bélgica), 9. FOS – Socialistische Solidariteit (Bélgica), 10. Informationsstelle Perú (Alemania), 11. Kampagne "Bergwerk Peru – Reichtum geht Armut Bleibt" (Alemania), 12. Koepel van de Vlaamse Noordzuidbeweging – 11.11.11 (Bélgica), 13. Perú Support Group (Inglaterra), 14. Secours Catholique (Francia)

Organizaciones de la sociedad civil peruana que acompañan y se adhieren a la reclamación:
1. Asociación Nacional de Centros (ANC), 2. Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh), 3. Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP), 4. Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT), 5. Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES), 6. Confederación Campesina del Perú (CCP), 7. Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), 8.Confederación Nacional Agraria (CNA), 9. Conferencia Nacional de Desarrollo Social (CONADES), 10. CooperAcción, 11. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), 12. DAR, 13. DESCO, 13. Equidad. Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos, 14. Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), 15. Federación de Trabajadores del Agua Potable y Alcantarillado del Perú (FENTAP), 16. Federación Nacional de Trabajadores del Agro (FENTAGRO), 17. Federación Nacional de Trabajadores Textiles, Confecciones y Afines del Perú (FNTTP), 18. Foro de la Sociedad Civil en Salud (FOROSALUD), 19. Grupo Propuesta Ciudadana (GPC), 20. Instituto del Bien Común (IBC), 21. Movimiento Ciudadano Frente al Cambio Climático (MOCICC), 22.Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos (Latindadd), 23. Red Muqui Perú, 24. Red Peruana por una Globalización con Equidad (RedGE), 25. Red Uniendo Manos Perú, 26. Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

4 https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm

5 El SI Perú es una organización que se escinde del SIT Perú

d) Desactivación de la Dirección de Higiene y Seguridad Ocupacional cesando a los inspectores.

La Comisión solicita al Gobierno que formule sus comentarios acerca de las alegaciones presentadas por la Asociación de Inspectores de Trabajo.

Para el Informe de 1997 no solo toma nota de la comunicación de 6 de noviembre de 1995 de la **Asociación de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y de Promoción Social** que señala la inobservancia de los artículos 6, 9, 10 y 16 del Convenio, sino que considera las alegaciones adicionales formuladas por la Asociación de Inspectores del Trabajo en comunicaciones de octubre y de noviembre de 1996. Toma nota de los comentarios del Gobierno del Perú.

La Asociación de Inspectores de Trabajo adiciona la existencia de un "Programa de Inspección del trabajo y orientación legal" donde reestructuran las funciones de la inspección, donde los informes de inspección son archivados y las multas anuladas. La Comisión pide información del Gobierno del Perú sobre diferentes temas.

Para el año 2002 la Comisión llama la atención sobre el Gobierno del Perú "ningún informe anual de inspección ha sido todavía comunicado a la OIT."

Y precisan que la importancia de los informes a nivel nacional es "informar a los interlocutores sociales sobre las actividades de inspección del trabajo y de su grado de eficacia y permitirles expresar toda opinión pertinente."

En el 2004, el **Sindicato de Inspectores de Trabajo** expone ante la OIT las condiciones de persecución de los dirigentes sindicales realizados por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, y la falta de apoyo del Gobierno a las funciones inspectivas ante el escueto presupuesto destinado a la inspección de trabajo por lo que solo hay un solo vehículo y no existe dinero para reembolso de pasajes.

La OIT para el 2005, confía que gracias al Proyecto FORSAT de cooperación técnica multilateral de la OIT y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España fortalezca la inspección de trabajo y conlleva actividades en materia de formación de los inspectores de trabajo y de los métodos y procedimientos de trabajo, así mismo faciliten la elaboración de los informes anuales de inspección.

Para el 2007 la OIT inspección considera la falta de apoyo y de compromiso de la autoridad central respecto de la inspección de trabajo al no permitir ninguna perspectiva de promoción en la carrera con un nivel de remuneración de 1800 nuevos soles (500 euros). La Comisión se interesa por la Ley 28806 una nueva ley de inspección de trabajo. También señalan sobre que el alcance del sistema inspectivo de trabajo no responde a una planificación estratégica. La Comisión señala que debe existir financiamiento de los recursos humanos y de los medios materiales y logísticos necesarios para el funcionamiento eficaz de la inspección de trabajo en tanto se debe garantizar que el sistema inspectivo disponga de los recursos humanos, oficinas, locales, medios materiales y equipamientos necesarios y en número suficiente.

4.4.2. Actuación de los Gremios Sindicales ante la OIT: Confederaciones de Trabajadores y Sociedad Civil: (2011-2017)

La Comisión en el 2011 emite su informe sobre: 1) Situación jurídica y condiciones de servicio de los inspectores del trabajo; 2) Formación de los inspectores del trabajo; 3) Recursos humanos, medios de transporte y otros medios de acción de los servicios de la inspección del trabajo; y 4) Planificación y realización de visitas de inspección.

Sobre el primero la Comisión señala "*es indispensable que la situación jurídica, el nivel de remuneración y las perspectivas de carrera de los inspectores del trabajo sean establecidos de manera que puedan atraer y conservar un personal calificado y protegido de toda influencia exterior indebida. Estas condiciones deben reunirse no solamente en derecho, es decir, estar fundadas en disposiciones legales, sino también aplicadas en la práctica. Asimismo, pide al Gobierno que adopte medidas que garanticen la plena aplicación en la legislación y en la práctica el artículo 6 del Convenio y que sirva para mantener a la OIT debidamente informada*".

En cuanto al segundo punto, la Comisión presta atención al proyecto de formaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo, legislación, sistema de gestión en materia de salud y seguridad y relaciones profesionales en el marco de un proyecto de formación a cargo de USAID y Mype Competitiva, con objeto de que los inspectores del trabajo puedan ejercer sus funciones de manera más eficaz.

El tema de los recursos humanos la Comisión toma en cuenta que "*debería aumentarse el presupuesto de la inspección del trabajo a fin de que los inspectores puedan ejercer más satisfactoriamente sus funciones. La Comisión señala a la atención del Gobierno, a estos efectos, que es necesario expresar las necesidades de manera tan precisa como sea posible, mediante una evaluación de los medios actuales y sus resultados en relación con el número de establecimientos que deben cubrirse (naturaleza de las actividades, riesgos específicos, situación geográfica, etc.) y del número y categorías de las personas que trabajan en ellos. En consecuencia, la Comisión solicita al Gobierno que adopte medidas destinadas a establecer una evaluación del funcionamiento de la inspección del trabajo y a determinar los recursos humanos y los medios materiales necesarios para su mejora progresiva, teniendo en cuenta los objetivos prioritarios*".

En cuanto al cuarto punto, la Comisión toma nota que los inspectores del trabajo siguen cumpliendo sus funciones principalmente en base a denuncias y no en función de una planificación de visitas que tenga en cuenta criterios predeterminados que permitan determinar las ramas de actividad más expuestas a los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores, las disposiciones legales más sujetas a violación o incluso las categorías de trabajadores más vulnerables. Sin embargo, la Comisión indica que, para apreciar el alcance de la cobertura de la inspección del trabajo, es necesario disponer no solamente del número de visitas efectuadas sino también del número de establecimientos visitados, y sobre todo el de los establecimientos sujetos a inspección en todo el país. Este último dato es de importancia esencial para la planificación de las actividades de inspección. La Comisión también toma nota con interés, en relación a la cooperación interinstitucional necesaria para la instauración de un registro de establecimientos, que la inspección del trabajo concretará cuando se ponga en práctica el sistema informático de la inspección del trabajo, denominado «Sistema Informático Integrado de la Inspección del Trabajo (SIIT)», una cooperación ampliada con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), y los entes que brindan prestaciones de seguridad social (ESSALUD) y las cajas de pensiones en el sector público (ONP).

En el Informe de 2012 se da cuenta de la Reclamación de la CATP ante el Consejo de Administración relativa a la Descentralización de la Inspección de Trabajo. Para el Informe de 2015 se desarrolla el tema de la Reclamación en los siguientes puntos:

1) Necesidad de restablecer una autoridad central y de planificar las visitas de inspección con la debida frecuencia y esmero.

2) Situación jurídica y condiciones de servicio de los inspectores.

3) Condiciones para la contratación de los inspectores del trabajo.

4) Formación de los inspectores del trabajo

5) Recursos humanos, medios financieros y medios materiales de los inspectores del trabajo.

La Comisión estima que la Descentralización de la Inspección afecta a la organización y funcionamiento del servicio inspectivo no estando en plena conformidad con el Convenio 81 en tanto que la Dirección General de Inspección del Trabajo en su calidad de autoridad central, se reduce sustancialmente. Y da cuenta de la creación de la SUNAFIL y la planificación a partir de ella en las Regiones.

Asimismo, las contrataciones de inspectores del trabajo por los gobiernos regionales deben ser bajo los regímenes de la actividad privada y otro tipo de contrato no está en conformidad con las exigencias de estabilidad en el empleo e independencia de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida, previstas por el Convenio.

La Comisión toma nota que se accede a todos los niveles de la carrera de inspector del trabajo por concurso público y se está sujeto a procesos de evaluación anual y que la contratación y carrera del inspector del trabajo están reguladas en el Reglamento de la Carrera del Inspector del Trabajo, que establece la forma de ingreso y las condiciones de promoción. La formación de los inspectores de trabajo toca temas como la seguridad y la salud en el trabajo, los procedimientos de inspección, las normas sociolaborales. Se contempla un total de 460 plazas de inspector auxiliar, 205 de inspector del trabajo y 89 de supervisor, repartidas en 26 oficinas regionales.

El informe del 2017 se centra en la falta de efectivos suficientes para garantizar el desempeño efectivo de las funciones del servicio de inspección; a la falta de medios financieros y materiales suficientes, sobre todo en lo que se refiere a los locales, herramientas de trabajo y vehículos; a la libertad de acceso en los locales sujetos a inspección, al reembolso de los gastos incurridos por el inspector del trabajo en el desempeño de sus funciones; y, por último, al procedimiento sancionador que, según ella, no cumple su función.

4.5. Reclamación a la OIT por la Descentralización del Servicio Inspectivo.

La Reclamación alega que la Descentralización del Servicio Inspectivo a los Gobiernos Regionales provoca el debilitamiento y desmantelamiento del sistema inspectivo. Indica que la atribución de competencias de inspección del trabajo a los gobiernos regionales ha desembocado en una falta de control, cooperación y coordinación por parte de la autoridad central del sistema de inspección del trabajo, y ha puesto fin en la práctica, al control de la autoridad central, agravando la difícil situación en la que se encontraba el sistema de inspección del trabajo. Los problemas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para llevar a cabo la descentralización son:

a) la insuficiencia de recursos humanos para ejercer las funciones transferidas;

b) la insuficiencia de recursos logísticos (computadores, muebles, material de oficina);

c) la inadecuación de las infraestructuras para el desarrollo de las actividades de las DRTPE, que en algunos casos llega a condiciones de hacinamiento del personal;

d) la alta rotación de los directores regionales, lo cual dificulta el cumplimiento de los planes y programas y retrasa la toma de decisiones por ausencia de memoria institucional;

e) la alta rotación del personal de las direcciones regionales, que exige una nueva programación de actividades de capacitación y de asistencia técnica;

f) la falta de una base de datos del personal nombrado y contratado en las DRTPE para el seguimiento de sus actividades en el desempeño de sus funciones, y el monitoreo de la capacitación y la asistencia técnica recibidas;

g) la falta de un sistema de monitoreo y evaluación integral entre las DRTPE y los gobiernos regionales;

h) el desinterés del ejecutivo regional para apoyar las demandas de las DRTPE en lo referente a recursos presupuestarios para la contratación de personal y la adquisición de recursos logísticos y de la infraestructura necesaria para su cabal funcionamiento, e

i) la falta de asignación a las DRTPE por parte de ejecutivo regional, de los recursos necesarios para la capacitación del personal para el cumplimiento de las funciones de inspección.

Está claro que el servicio inspectivo para 2011 era una realidad precaria, frágil, y llena de carencias e ineficiencias de la inspección de trabajo en el Perú; situación que se empeora y agrava monumentalmente con la transferencia de funciones y responsabilidades a los Gobiernos subnacionales (Gobierno Regionales y locales) conllevando a un acelerado desmantelamiento del sistema inspectivo. En ese contexto era evidente la situación álgida del sistema de inspecciones de trabajo y la grave afectación al Convenio 81 que el Estado Peruano está a punto de cometer al concretizarse la irregular, acelerada y desfinanciada transferencia de recursos humanos a los Gobiernos Regionales. En efecto, fue preocupante el riesgo de fragilidad que para el sistema de inspección de trabajo supone la descentralización de sus funciones, responsabilidades, presupuestos y personal inspectivo si este proceso no viene acompañado por la transferencia de los correspondientes recursos, así como por medidas encaminadas a garantizar la situación de equidad en la protección a los trabajadores interesados de todo el territorio peruano, así como garantizar la independencia de los inspectores de los cambios de gobierno a nivel regional y de cualquier influencia indebida en estos Gobiernos Regionales. La experiencia de la descentralización de las inspecciones laborales no es auspiciosa ni alentadora, menos si se lleva de manera desordenada que conlleva a un fracaso irremediable a la descentralización de las inspecciones laborales, sobre todo a la falta de compromiso e interés de los Gobiernos Regionales de destinar las partidas económicas necesarias para resolver los problemas de los trabajadores precarios y sindicatos.

Tanto el articulo 4,5 6 del Convenio 81 señala que la inspección de trabajo debe estar bajo la vigilancia y control de la autoridad central y eso determinada según la práctica administrativa del Miembro; y esta autoridad debe adoptar medidas para que exista la cooperación efectiva y colaboración de los servicios de inspección, y para el cumplimiento de las funciones inspectivas, es necesario que el personal de inspección cuente con una situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garantice la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida.

Cronología de la acción de la Sociedad Civil y acompañamiento de la OIT

Año Informe de la Comisión de Expertos OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando en la OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando internamente: Perú.	Acuerdos Comerciales Perú y el Orbe.	OIT, Normas y otras acciones.	Acciones de la Sociedad Civi	Fortalecimiento (N° de inspectores y presupuesto)
1990	Sin intervención del Gobierno ni Sociedad Civil					
1996	Asociación de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social					42 inspectores
1997	Asociación de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social					
1999						44 inspectores y presupuesto de 4 millones de soles.
2001						Incorpora 100 inspectores de trabajo: Total 142.
2002	Sin intervención del Gobierno ni Sociedad Civil					Presupuesto de 9 millones de soles.
2004	Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (SIT)			OIT-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-España: Proyecto FORSAT.		Presupuesto de 11 millones de soles.
2005	Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (SIT)					Presupuesto de 11 millones de soles.
2006			El Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú – EE.UU. se firmó en Washington D.C. el 12 de abril de 2006			Incremento de remuneración. Supervisor: 3300 (mil euros) Inspector: 3000 (900 euros) Auxiliar: 2500 (800 euros) Presupuesto de 12 millones de soles

Cronología de la acción de la Sociedad Civil y acompañamiento de la OIT

Año Informe de la Comisión de Expertos OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando en la OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando internamente: Perú.	Acuerdos Comerciales Perú y el Orbe.	OIT, Normas y otras acciones.	Acciones de la Sociedad Civi	Fortalecimiento (N° de inspectores y presupuesto)
2007	Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (SIT)	Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (SIT) es fuente para el Proyecto de Ley para la Creación de la SUNIT (Superintendencia Nacional de Inspección del Trabajo),		Ley General de Inspecciones		Se incorporan 100 inspectores: total: 244. Presupuesto de 23 millones de soles
2008			El Tratado de Libre Comercio (TLC) Perú-Canadá se firmó en Lima el 29 Mayo de 2008.			Se incorpora 100 inspectores más: total 343 Presupuesto de 29 millones de soles
2009			El Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú – EE. UU entró en Vigencia el 1 febrero 2009.			Presupuesto de 30 millones de soles
2011	Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), así como por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y por la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP)	Proyecto de Ley de la Creación de la SUNAFIL por el Presidente Ollanta Humala hace referencia a "que en los Acuerdos comerciales y de integración"		Se descentraliza y transferencia a los inspectores de trabajo a los Gobiernos Regionales.		Se incorpora 50 adicionales: 394. Presupuesto de 33 millones de soles
2012	Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP)		El Tratado de Libre Comercio (TLC) Perú-Canadá entró en vigencia el 1° Agosto 2009.			Presupuesto de 36 millones de soles
2013			El Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea entró en vigencia el 1° de marzo de 2013.	Creación de la SUNAFIL.		Presupuesto de 39 millones de soles

Cronología de la acción de la Sociedad Civil y acompañamiento de la OIT

Año Informe de la Comisión de Expertos OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando en la OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando internamente: Perú.	Acuerdos Comerciales Perú y el Orbe.	OIT, Normas y otras acciones.	Acciones de la Sociedad Civi	Fortalecimiento (N° de inspectores y presupuesto)
2014						Incremento de remuneración. Supervisor: 8500 (dos mil euros) Inspector: 7500 (1800 euros) Auxiliar: 6500 (1600 euros) Presupuesto de 73 millones de soles
2015	Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) y Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP)				Queja de la Sociedad Civil o Presentación Pública a la Oficina de Asuntos de Comercio y Trabajo (OTLA) bajo capítulo 17 (Trabajo) y 21 (Solución de Controversias) del Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú: ONGS y Sindicatos.	Inspectores 394 Presupuesto de 80 millones de soles
2016			El Acuerdo Comercial Perú-Asociación Transpacífico (TPP) se suscribe el 04 de febrero de 2016.		La OTLA emite un informe a mérito de la Queja presentada por la Sociedad Civil (ONGS y Sindicatos)	Presupuesto de 85 millones de soles
2017	Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP).				Queja contra el Gobierno Peruano por Falta de cumplimiento de sus compromisos laborales y ambientales previstos en el Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea dirigida a la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea.	Inspectores totales: 464. Presupuesto de 102 millones de soles
2018				Ley de Fortalecimiento de la SUNAFIL		Inspectores totales: 671. Presupuesto de 141 millones de soles

Cronología de la acción de la Sociedad Civil y acompañamiento de la OIT

Año Informe de la Comisión de Expertos OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando en la OIT	Organizaciones de la Sociedad Civil actuando internamente: Perú.	Acuerdos Comerciales Perú y el Orbe.	OIT, Normas y otras acciones.	Acciones de la Sociedad Civi	Fortalecimiento (N° de inspectores y presupuesto)
2019					Respuesta a la Sumisión o Queja presentada ante la Comisión Europea el 25 de octubre de 2017 sobre presunto incumplimiento por parte de Perú de compromisos ambientales y de consulta con la sociedad civil en virtud del Acuerdo Comercial con la Unión Europea. Se incorpora el fortalecimiento de la Inspección de Trabajo como Política Pública del Estado Peruano	Inspectores totales: 731. Presupuesto de 175 millones de soles

V. MEJORA Y FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCION DE TRABAJO PARA CUMPLIR CON LAS CLAUSULAS SOCIALES

Las Cláusulas Sociales y su cumplimiento hace más urgente el replanteamiento del monitoreo, la inspección y fiscalización que la autoridad en materia laboral desarrolla. La búsqueda de formas más eficientes de buscar el cumplimento de una legislación deben ser característica central de este componente. En ese sentido la Sociedad Civil trazó el nuevo perfil de las inspecciones laborales a partir de la vigilancia social y propuestas en la modernización de la inspección laboral. La creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) fue a iniciativa de los gremios de los inspectores a efecto de eludir la descentralización del servicio y atender las exigencias de las Cláusulas Sociales de los Tratados de Libre Comercio y por acción de la Sociedad Civil se evidencia el fortalecimiento en el aumento de fiscalizadores e incremento de las remuneraciones de los inspectores de trabajo; a pesar de estos esfuerzos se mantuvo el modelo inspectivo reactivo que limita su eficacia.

5.1. Las Cláusulas Laborales como origen de la necesidad de la creación de una Superintendencia de Fiscalización Laboral.

Las Cláusulas Sociales establece estándares mínimos laborales para evitar que la liberalización del Comercio Internacional se haga a costa de los más débiles y que se desarrolle una competencia desleal en base a la reducción de costos laborales (dumping social), como hemos vistos estas Cláusulas Sociales tratan de garantizar que el Comercio Internacional no se sostendrá en el deterioro social de los derechos de los trabajadores, por lo que se incluye garantías laborales y posibilidad de sanción comercial ante posibles incumplimiento de los Estados parte. Es por ello que en las Cláusulas Sociales se desarrolla la aplicación efectiva de la legislación laboral en cada país, por ello se deja claro que se tiene que evitar el incumplimiento de la obligación de fiscalizar la legislación laboral interna, mediante la inaplicabilidad sostenida y recurrente de las normas laborales, por acción u omisión, y que produzca un efecto indeseado sobre el comercio o la inversión entre las partes.

Al momento de plantear la Descentralización del Servicio Inspectivo, era evidente que los Gobiernos Regionales antes de realizar acciones que dificulten la competencia desleal y luchar contra el dumping social mediante intervenciones inspectivas eficaces, articuladas e integradas dentro de acciones de colaboración y coordinación que exige el Convenio 81-OIT y las mismas Cláusulas Sociales entre Gobierno Nacional y Gobiernos Sub nacionales (Gobiernos Regionales) se dedican a emprender decisiones contrarias con el fin de mantener su influencia política local como caciques regionales. (Sanabria: 2011)

La ausencia de colaboración, coordinación y cooperación entre los gobiernos nacionales y subnacionales demandaba la creación urgente e inmediata de una entidad autónoma de peso político y recursos necesarios para eximirse del proceso de descentralización y regionalización. Una Superintendencia de Inspección de Trabajo concentrará, articulará las acciones fuera de la injerencia indebida de los intereses regionales, la autonomía funcional y técnica se respeta y cumplirá con las exigencias de las Cláusulas Sociales en aras de la meta del Trabajo Decente y, con el Convenio 81-OIT, en este objetivo la Sociedad Civil y los sindicatos de los inspectores de trabajo adquieren centralidad.

El árbol de decisiones que se incorpora gráfica tres opciones: 1) Modernizar la inspección de trabajo; 2) Expandir lo tradicional con la Descentralización de la Inspección de Trabajo, 3) No hacer nada.

Se descarta el nodo 3) debido que existía las disposiciones normativas de descentralizar y regionalizar las inspecciones de trabajo a los Gobiernos Sub nacionales o Gobiernos Regionales; la ruta del nodo 2) no aseguraba la coordinación de los intereses del Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales en la eficacia y eficiencia en la fiscalización de las Cláusulas Sociales, y no asegura con ello el objetivo nacional de mayor comercio, empleo e ingresos. Los intereses entre el Gobierno Nacional y los diferentes Gobiernos Regionales no están alineados en tanto predominan los intereses políticos a nivel regional. Además, considerando que los Gobiernos Regionales son autonomos en la distribucion de sus recursos para el cumplimiento de sus funciones, es previsible que los gobiernos regionales no asignan los recursos suficientes para supervision y control e inspeccion de las normas de trabajo en su ambito territorial. Por lo que la decisión de crear la SUNAFIL esta basada adicionalmente en los siguientes puntos:

a) Los Gobiernos Regionales del pais no han destinado los recursos necesarios para la implementacion y funcionamiento de los sistemas de inspeccion en el Trabajo.

b) Deficit de personal inspectivo.

c) Los Gobiernos Regionales no han adecuado su estructura organizativa y presupuesta para cumplir funciones inspectivas.

d) Carencia de recursos materiales.

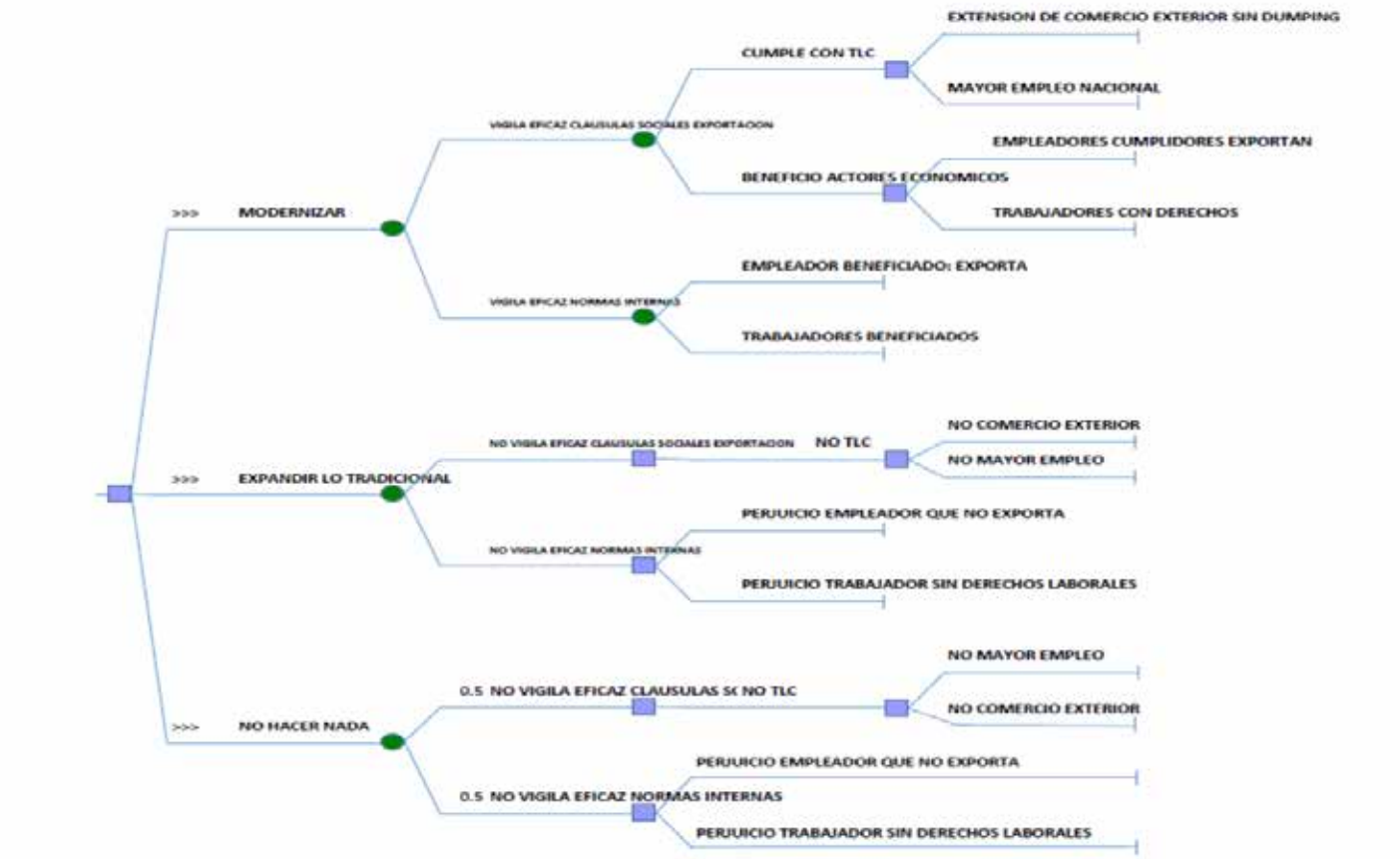
e) Deficit de Supervisores inspectores en los Gobiernos Regionales.

f) Existencia de tres regimenes laborales para el sistema inspectivo laboral: D.Leg 276, D Leg 728 y CAS.

g) Excesiva rotación del personal encargado de procedimiento sancionador. Ineficacia de la inspeccion de trabajo en los Gobiernos Regionales.

La ruta a seguir es pues el nodo 1) La modernización del servicio inspectivo en el Perú.

GRAFICO N° 1: ARBOL DE DECISIONES PARA LA MEJORA Y FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCION LABORAL PERUANO PARA VERIFICAR LAS CLAUSULAS SOCIALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO



5.2. Las Cláusulas Laborales como argumento gremial para la creación de una Superintendencia Nacional de Inspección de Trabajo (SUNIT).

El 10 de diciembre del 2007 el Grupo Parlamentario "Unión por el Perú" presenta el proyecto de Ley N° 1966 de creación de la SUNIT, cabe señalar que el Ex Presidente de la República del Perú Ollanta Humala era líder del Partido Nacionalista Peruano y aliado de "Unión por el Perú". En la exposición de motivos señala el respeto a las Cláusulas Sociales y la acción proactiva del Sindicato de Inspectores en la formulación del proyecto.

*"**Un tratado de libre comercio** con cualquier nación del orbe requiere que el Perú respeté la normatividad sociolaboral, de la seguridad social y de la previsión social porque al fin y al cabo los costos de producción de los bienes aparecen distorsionados por más buenas leyes laborales si es que no existe un ente fiscalizador independiente de toda injerencia política y que actué con criterios técnicos. Lo antes descrito es una obligación asumida por el Gobierno Peruano y que se haya reflejado en el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo por lo tanto es imperioso que el Perú cumpla a cabalidad con dichas obligaciones esto es que se **cree una Autoridad Centra del Inspecciones independiente** de toda injerencia política exterior, y que busque reducir el subempleo y formalizar las unidades productivas informales"* (Proyecto de Ley 1966-2007)

*"En este contexto, merece especial consideración y cabe mencionar que el presente Proyecto de Ley se ha realizado gracias al apoyo **del Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-SIT Perú**, que se encuentra afiliada a la Confederación Iberoamericana de Inspectores del Trabajo (CIIT)." (Proyecto de Ley 1966-2007).*

El 09 de octubre del 2008 la cedula parlamentaria Aprista presenta el proyecto de Ley N° 2770-2018 donde incluye los siguientes argumentos en su exposición de motivos:

*"Consideramos que la creación de la superintendencia, es positivo para el país toda vez que una eficiente supervisión del respeto y cumplimiento de los derechos laborales contribuirá a que el Perú se **convierta en un socio comercial más confiable para el mundo**. La apertura comercial obliga a los empleadores peruanos a ser estrictos cumplidores de los derechos laborales de los peruanos. Es obligación tanto de los empleadores como del Estado fortalecer y consolidad el sistema de inspecciones laboral, a fin de elevar*

"Nuestros estándares de competitividad y mejorar las condiciones de desarrollo de los recursos humanos en el país.

***El Acuerdo de Promoción Comercial Perú Estados Unidos (TLC)**, suscrito por el Perú en su capítulo diecisiete (17) respecto al tema laboral las partes se reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Asimismo, se obligan de manera prioritaria a la cooperación y desarrollo de capacidades, entre otros a los siguientes:*

Administración Laboral: actividades dirigidas al fortalecimiento de las capacidades institucionales de las administraciones laborales y tribunales laborales, especialmente profesionalización de los recursos humanos y capacitación, incluyendo en materia de capacidad tecnológica.

Inspección Laboral: actividades para mejorar la aplicación laboral, incluyendo capacitación e iniciativas para fortalecer y mejorar la eficiencia de

los sistemas de inspección laboral.

Salud y seguridad ocupacional: formas de cooperación para mejorar las medidas preventivas y reducir condiciones de riesgo en el lugar de empleo, y medidas para promover buenas prácticas y el cumplimiento de leyes y regulaciones."

5.3. Las Cláusulas Laborales como argumento institucional para la creación de una Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (SUNAFIL).

El Presidente de la República Ollanta Humala el 23 de noviembre del 2011 presenta el proyecto de Ley N° 538-2011 el proyecto de Ley de Creación de la SUNAFIL. De igual manera usa la necesidad de fiscalizar las Cláusulas Sociales para crear esta nueva entidad.

"Entre los retos que afronta la inspección, tenemos a la globalización, que si bien tiene presencia en el ámbito internacional por más de una década en nuestro país, su mayor intensidad se aprecia en los último tres años, debiendo considerarse que estos ***Tratado de Libre Comercio*** *por su dimensión económica repercuten en el aspecto social al vincularse con factores o elementos como son el mercado de trabajo, empresas, capitales, donde el capital humano constituye el eje fundamental del desarrollo de estos factores, debiendo otorgarse las herramientas que permitan su crecimiento, desarrollo y bienestar.*

En ese escenario, el respeto de los derechos laborales y derechos fundamentales de los trabajadores es primordial, por cuanto el desarrollo económico dependerá de las condiciones sociales existentes, al necesitarse de un entorno laboral adecuado que permita el mejoramiento de las capacidades, lo que contribuirá en la productividad de la empresa, repercutiendo ello en el mercado de trabajo y finalmente en el devenir económico."

"Ha sido por estas razones, que en ***los acuerdos comerciales y de integración*** *se incluyen cláusulas laborales que tienen por objeto garantizar un desarrollo sostenible as como la adecuación a estándares mínimos establecidos por la Organización Internacional del Trabajo a través de la Declaración de Principios y Derechos Fundamenta en el Trabajo". "De igual forma se evitan la aparición de ventajas competitivas basadas en normas nacionales poco exigentes en materia laboral y, en sentido inverso, impiden que las normas de naturales laboral tengan un carácter proteccionista sin tener en cuenta las necesidades del mercado..."*

"Esa preocupación por la permanencia del trabajo decente, nos obliga a analizar si el sistema inspectivo con el que contamos responde de manera efectiva a los nuevos retos planteamos."

"Los beneficios... Existen muchas vías de captación de beneficios económicos que tiene relación muy directo con una eficiente inspección del trabajo, su transparencia y ejercicio efectivo. Mencionamos las principales:

I. El aumento de la inclusión social, al garantizar a la ciudadanía su participación creciente en la actividad productiva asociada al sector formal.

II. El aumento de la productividad de las unidades económicas en actual operación al promover la paz laboral para el desempeño eficiente de su actividad.

III. El aumento de la competitividad económica nacional, al desarrollar la eficiencia del país en la competencia de mercados respecto de sus pares, cuyos mercados laborales mantengan imperfecciones que entraban su buen funcionamiento.

IV. El ejercicio de la libre competencia al premiar a las empresas que cumplen con la legalidad, corrigiendo a la vez la actividad de las que compiten en base al incumplimiento.

V. Relacionada a la inclusión social, la disminución sostenida de la informalidad laboral, al incorporar a la sociedad y al mercado al terreno del cumplimiento de las leyes laborales.

VI. La mejora de las relaciones comerciales internacionales al reducir la posibilidad de denuncia de dumping laboral que puedan comprometer al Perú en ejercicio de sus compromisos comerciales internacionales.

VII. El incremento de la transparencia y de la ética pública previniendo conflictos y vigilando el cumplimiento de la ley de manera viable con procedimientos verificables, respecto de la legalidad y comportamiento ejemplar de los procesos.

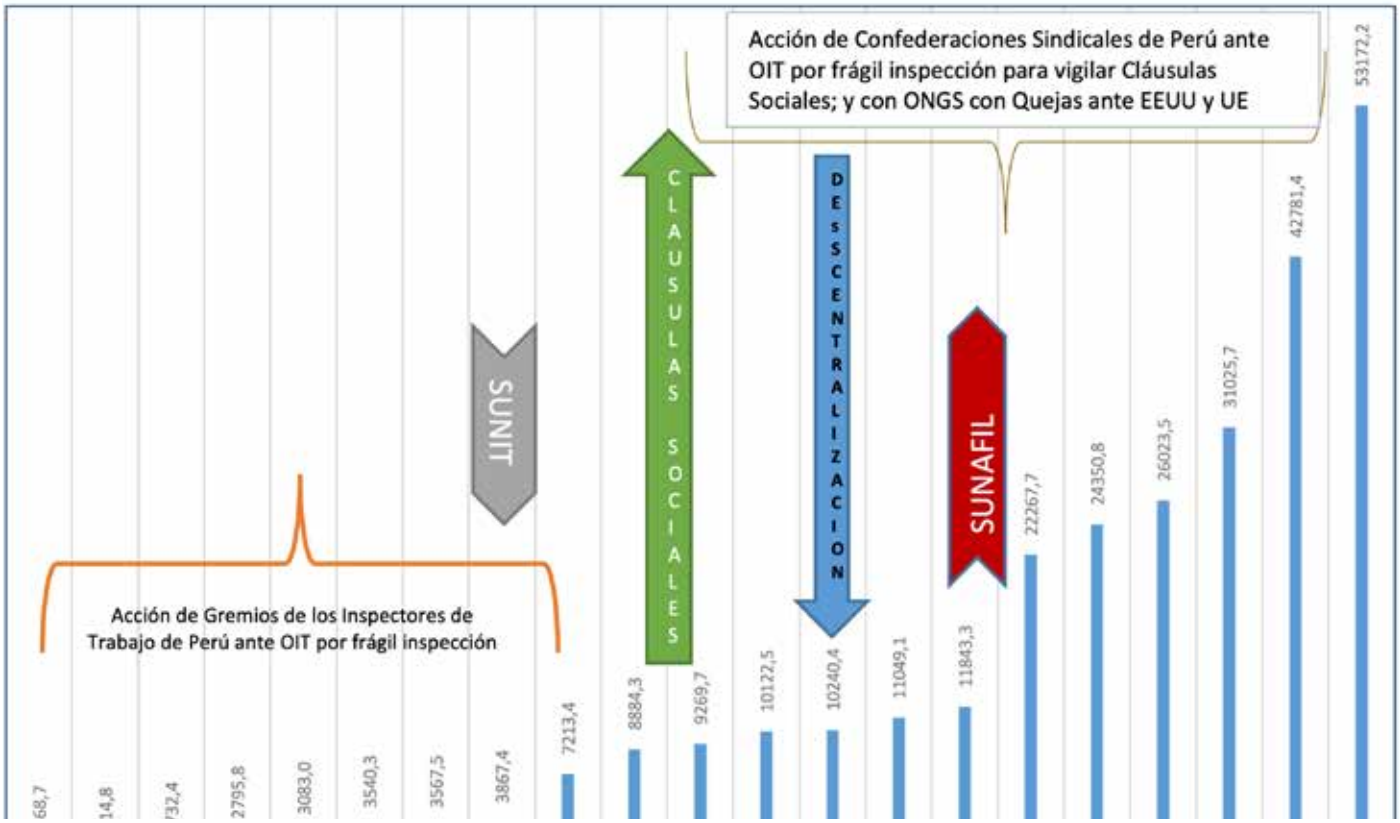
VIII. El incremento de la gobernabilidad, al fortalecer las relaciones positivas entre el mercado y el Estado y fomentar la legitimidad de las instituciones como parte de una reforma modernizadora del sector público.

5.4. Ampliación de la capacidad institucional de fiscalización de las Cláusulas Laborales.

Desde la incorporación de las Cláusulas Sociales en los TLCs, el Servicio Inspectivo laboral ha evolucionado largo y lentamente buscando cumplir con los compromisos adquiridos a raíz de la celebración del tratado de libre comercio (TLC) con sus socios comerciales (Estados Unidos, Canadá, Unión Europea y TPP). Los problemas que los Gremios de los Inspectores de Trabajo dieron a conocer como: (i) escasez de inspectores que hagan cumplir las leyes; (ii) insuficiencia de recursos; (iii) poca capacitación de inspectores; y, (iv) la falta de mejora de la infraestructura de apoyo en las actividades inspectivas, cambia, pero no es suficientes. El Sistema Inspectivo ha vivido un proceso de fortalecimiento, especialmente en materia de inspección, vigilancia y control a partir también de la vigilancia de la Sociedad Civil. Lo que lleva de esta forma, que el Gobierno del Perú desarrolle en los últimos años *una política pública de fortalecimiento del servicio inspectivo*, que ha implicado la materialización de 3 puntos nodales: (i) Cambios legales, (ii) nueva institucionalidad y (iii) mayores recursos humanos y materiales para la ejecución de normas laborales en garantía de los trabajadores y de los empleadores. Al mes de julio de 2019, la SUNAFIL cuenta con 721 inspectores del trabajo y con un presupuesto de **53 millones de euros** situación diferente a los de hace 20 años que se tenía 44 inspectores a nivel nacional y un presupuesto de aproximado de **un millón y medio de euros**. Como se advierte en el cuadro en **20 años** y mérito de las acciones de la Sociedad Civil y la entrada en vigencia de las Cláusulas Sociales el presupuesto, remuneraciones y cantidad del número de inspectores aumenta.

Si bien los esfuerzos de la Sociedad Civil apuntan al fortalecimiento de las inspecciones (recursos humanos, infraestructura y remuneraciones) mantienen un modelo de intervención reactiva a partir de esperar las denuncias o quejas de los usuarios. El cambio de paradigma espero 20 años para realizarla.

EVOLUCION DEL PRESUPUESTO EN LAS INSPECCIONES DE TRABAJO: PERÚ: 1999-2019: 20 AÑOS(MILES DE EUROS)



La acción e incidencia de la Sociedad Civil como es el caso de los gremios de los inspectores de trabajo actúan ante la OIT para iniciar el fortalecimiento del servicio inspectivo (mayor presupuesto, remuneraciones e inspectores). Esta tiene como hitos importantes las observaciones remitidas a la OIT y el desarrollo y seguimiento de la propuesta de ley para la creación de una Superintendencia (SUNIT). Otro hito que percuta es el inicio de las acciones de las Confederaciones de Sindicatos y ONGs es el cumplimiento de las Cláusulas Sociales y la Descentralización de la Inspección de Trabajo a los Gobiernos Regionales lo que apura la creación de la SUNAFIL, a efecto de eludir la regionalización y descentralización y evitar que la Autoridad central se desmantele. Pero a pesar de estos esfuerzos de **20 años** la capacidad institucional de la inspección de trabajo para hacer efectiva la aplicación de las Cláusulas Sociales en el Perú es limitada por mantener un modelo de intervención reactiva y no proactiva en favor del cumplimiento voluntario de las Cláusulas Sociales.

5.4.1. Evolución de las Escala remunerativa y número de inspectores de trabajo.

Los Cuadros siguientes muestras la cronología de hechos de la Sociedad Civil y su correlato en la mejora de la Inspección de Trabajo (mayor presupuesto, remuneración e inspectores), omitiendo el cambio de paradigma en las intervenciones de la Inspección de Trabajo.

Año	Hitos	Escala remunerativa	Número de Inspectores	Presupuesto (Millones de soles) en Desarrollo de las Relaciones Laborales, incluye a las inspecciones de trabajo.
1992				
1996	Asociación de Inspectores: OIT	800 (250 euros)		
1999			44	4,846 = un millón de euros
2001		1200 (400 euros)		4,338
2006	Firma TLC: EEUU-Perú. Propuesta de SUNIT	Supervisor: 3,300 (Mil euros) Inspector: 3,000 (900 euros) Auxiliar: 2,500 (780 euros)	144	12,762

Año	Hitos	Escala remunerativa	Número de Inspectores	Presupuesto (Millones de soles) en Desarrollo de las Relaciones Laborales, incluye a las inspecciones de trabajo.
2007			144	23,804
2008			244	29,318
2011	Descentralización		344	
2014	Inicio de SUNAFIL	Supervisor: 8,500 (Dos Mil euros) Inspector: 7,500 (1800 euros) Auxiliar: 6,500 (1500 euros)	394	73,483 = 22 millones de euros
2015	Queja EEUU		394	80,357 =24 millones de euros
2016			464	85,877 =26 millones de euros
2017	Queja UE		464	102,384 = 31 millones de euros
2018			671	132,672=40 millones de euros
2019			731	175,468= 53 millones de euros

Fuente: SUNAFIL-Oficina de Recursos Humanos, y Oficina de Presupuesto

EVOLUCION DEL PRESUPUESTO EN LAS INSPECCIONES DE TRABAJO: PERÚ: 1999-2019: 20 AÑOS(MILES DE EUROS)

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción Social -SUNAFIL

VI EFICACIA DE LA CLAUSULA LABORAL DEL TLC COMO INSTRUMENTO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS LABORALES

6.1. Aplicación de las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el cumplimiento para inspecciones de trabajo en torno a las Cláusulas Sociales: Tránsito de un modelo reactivo a uno proactivo.

Pero la mejora y fortalecimiento del Servicio Inspectivo laboral para la vigilancia de las Cláusulas Sociales a partir de los esfuerzos de la Sociedad Civil en estos 20 años es sustancial con al incidir en mayor presupuesto, mejores remuneraciones y el aumento de inspectores de trabajo pero aún se mantiene el **modelo tradicional de control de la aplicación de normas** –inspecciones reactivas y sistemáticas- a partir de las quejas de los usuarios del sistema inspectivo laboral, y no es suficientes para lograr una aplicación eficaz y eficiente y el cumplimiento sostenido de las normas laborales nacionales y de las Cláusulas Sociales. El elevado número de lugares de trabajo sujetos a inspección reduce los recursos disponibles para inspeccionarlos (OIT, 2017a), lo que da lugar a una situación en la que los trabajadores quedan desprotegidos, los infractores actúan con impunidad y reina la competencia desleal con las empresas que cumplen con los requisitos lo que redunda en el comercio internacional y afectando a los socios comerciales.

Con la aplicación actual de las "**Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica**" **(OPE)** por el Servicio Inspectivo Laboral del Perú se genera un tránsito de inspecciones de trabajo reactivas en base a denuncias y quejas a uno "***proactivo, orientado (impulsado por la inspección del trabajo) y adaptado, basado en el diagnóstico de causas del incumplimiento***" a partir de la creación de los Grupos Especializados en la Inspección de Trabajo (OIT, 2017a).

La puesta en práctica del Plan Estratégico para el cumplimiento de normas laborales en base a:

1) Análisis de la Inspección de Trabajo, 2) Análisis de Cuestiones y Destinatarios, 3) Análisis de Influencias, 4) Análisis de partes interesadas y análisis de intervenciones fueron realizadas y ejecutadas por los miembros del cuerpo inspectivo a través de reuniones y dialogo con las Autoridades de la SUNAFIL entre los meses de setiembre 2018 a la fecha.

Además de incrementar el número de inspectores, es necesario tecnificar el Servicio Inspectivo Laboral. El servicio inspectivo laboral deben tener acceso a herramientas tecnológicas que permitan ser más eficientes en el acceso a la información. Otro aspecto de mejora, sin duda es la falta de centralización y unificación de bases de datos que permitan facilitar el cumplimiento y verificación de obligaciones laborales. Esto también se logra desarrollando tecnología aplicada a los sistemas de inspección, vigilancia y control.

Estos Grupos Especiales a partir de uso de las TICs, estudio y construcción del caso, inteligencia territorial inspectiva, y trabajo en equipo han desarrollado tareas para fiscalizar las Cláusulas Sociales.

6.2. Equipos Especiales la Planificación Estratégica para el cumplimiento para inspecciones de trabajo.

Resumimos la actuación de los Equipos Especiales:

6.2.1. Equipo Especial 24/7: Es un equipo itinerante que constatan el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo. Durante 2019 fiscalizan las condiciones de seguridad y salud en obras de construcción garantizan la vida y salud de los trabajadores. Paralizan obras por riesgo grave e inminente, protegiendo vidas de los trabajadores. Asimismo, verifican prevención de incendios.

6.2.2. Equipo Especial: Perú Formal Urbano: Es un equipo que detectan e intervienen empleadores que presentan informalidad laboral en zonas urbanas

6.2.3. Equipo Especial: Perú Formal Rural: La detección e intervención de la informalidad en zonas rurales está a cargo de este equipo.

Los tres equipos tienen como sustento un trabajo en equipo, uso de tecnologías (TICs), estudio y construcción del caso, recopilación y análisis de información e inteligencia territorial previa.

Estos equipos tienen un impacto favorable en la vigilancia de las Cláusulas Sociales en mérito de las Quejas de la Sociedad Civil dirigidas a los socios comerciales de EEUU y la Unión Europea.

En efecto, la informalidad laboral y las condiciones de trabajo precarias de vida y salud de los trabajadores peruanos permite elaborar productos de exportación en condiciones de "dumping social" que afecta a los socios comerciales que adquieren productos agroindustriales (arándanos, paltas o aguacates, espárragos etc.) provenientes de las zonas rurales, o adquieren productos textiles de las zonas urbanas. Los resultados a partir de un nuevo modelo de intervención para fiscalizar las Cláusulas Sociales a partir de las "OPE" de la OIT fueron exhibidas en el marco de la 108 Conferencia Internacional de Trabajo por la Ministra de Trabajo del Perú al sostener que la inspección de trabajo está revertiendo el fenómeno de la informalidad que invisibiliza a los trabajadores, privándolos de sus legítimos derechos, señala: "***Nuestro gobierno ha impulsado el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo y los resultados son claramente positivos y no tienen precedente en la historia de nuestro país, al haber logrado el registro de trabajadores en planilla del orden de los 70,000 este año, que triplica la cifra del último año***".

VII MIRADA FUTURA Y LECCIONES APRENDIDAS PARA LA MEJORA CONTINUA DE LA INSPECCION DE TRABAJO PARA CUMPLIR CON LAS CLAUSULAS SOCIALES

7.1. Cooperación transfronteriza para el establecimiento de un sistema de inspección eficaz en el Perú de las Cláusulas Sociales: Alianza de Socios Comerciales para fortalecimiento de la Inspección de Trabajo.

Mediante la colaboración transfronteriza se crea las sinergias entre las distintas Cláusulas Sociales aplicables al mismo país. En efecto, la proliferación de acuerdos comerciales ha llevado a situaciones en las que el mismo país es parte en acuerdos distintos, por lo que está sujeto a Cláusulas Sociales distintas o similares. Así, por ejemplo, el Perú ha suscrito acuerdos con el Canadá, la UE y los Estados Unidos. Esta situación plantea cómo crear sinergias para aprovechar al máximo los efectos de las distintas disposiciones laborales.

Una posibilidad es establecer una *Alianza de Socios Comerciales para fortalecimiento de los Servicios de la Inspección de Trabajo* o Alliance of Business Partners for the strengthening of the Labor Inspection Service for the fulfillment of the Social Clauses. Sera un mecanismo de coordinación que permita el intercambio de información sobre actividades pasadas y actividades en curso desarrolladas en el marco de los respectivos acuerdos también para homogenizar la asistencia técnica y la cooperación en el fortalecimiento del servicio inspectivo por parte de los socios comerciales de Perú (EEUU, Canadá, Unión Europea y TPP). Así, los socios comerciales podrían constituir un foro institucional para coordinar las actividades de cooperación laboral en función de las necesidades e intereses de Perú generando sinergias. Estos socios comerciales en coalición y alianzas podrían compartirse el valor de proyectos costosos. Además, la coordinación puede plantearse también para grupos de países de la misma región (por ejemplo, Colombia y el Perú), con el establecimiento de proyectos de cooperación conjuntos a cargo de los socios comerciales (por ejemplo, el Canadá, los Estados Unidos y la UE).

Los países en desarrollo -que también tengan como socios comerciales a EEUU, Canadá, Unión Europea y TPP- también podrían promover la cooperación y colaboración y proporcionar ayuda entre ellos. Si el país en desarrollo que se beneficia de la cooperación también ha suscrito un acuerdo comercial con los socios comerciales, este último puede, a su vez, apoyar financieramente la actividad de cooperación de los países en desarrollo.

7.2. Puesta en marcha de la modernización de la SUNAFIL mediante la colaboración para el cambio de paradigma modelo proactivo con la colaboración, coordinación y cooperación de los socios comerciales.

Después de un lento y largo camino a la mejora y fortalecimiento de los recursos humanos y materiales acompañados por la OIT y la Sociedad Civil es momento que los socios comerciales apuesten al cambio de paradigma en la inspección de trabajo. El modelo proactivo propuesto por la OIT da resultados en el Perú en esta primera etapa y para su mantenimiento y seguimiento es menester cambios administrativos como la modernización y armonización de procedimientos y procesos que reduzcan o eliminen **debilidades institucionales de orden administrativo**, normativo y organizacional.

1. Intercambio de mejores prácticas desarrollados en el territorio de los socios comerciales para la vigilancia de las Cláusulas Sociales.
2. Cooperación y colaboración de los socios comerciales para la asistencia técnica para desarrollar técnicas y herramientas de fiscalización de las Cláusulas Sociales: Selección de empleadores a fiscalizar.
3. Estudios económicos sobre los productos de exportación que vulneran las Cláusulas Sociales.
4. Cooperación de los socios comerciales para cartografiar los productos y zonas donde se desarrolla Trabajo Infantil.

Un ejemplo de la colaboración se refleja[6] este 01 de abril del 2021 cuando la SUNAFIL es invitado por el CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACION DE LA OIT de Turín para presentar sus buenas prácticas a inspectores de Brasil, básicamente: proceso de digitalización y la formación de Grupos Especiales (formalización y asistencia técnica).

6 https://www.gob.pe/institucion/sunafil/noticias/351083-sunafil-es-invitado-por-el-centro-internacional-de-formacion-de-la-oit-de-turin-para-presentar-sus-buenas-practicas-a-inspectores-de-brasil

VIII A MODO DE CONCLUSION

1.
El cumplimiento y monitoreo de las Clausulas Sociales permiten que las acciones de los inspectores de trabajo, la Sociedad civil (ONGs y Sindicatos) desplieguen sus esfuerzos para la mejora y fortalecimiento del Servicio Inspectivo. En un primer momento los inspectores se organizan (Asociación y Sindicato) para acudir a la OIT exponer las debilidades del servicio inspectivo. Para que posteriormente a partir de la suscripción del TLC Perú- EEUU pase la posta a las organizaciones con mayor audiencia como son las Centrales Sindicales y ONGs.

2.
La Sociedad Civil se centra en el fortalecimiento de recursos humanos y materiales y capacitación del servicio inspectivo sin afectar el modelo reactivo de intervención del servicio inspectivo.

3.
El nuevo modelo proactivo en aplicación de la OPE es realizada por los inspectores de trabajo en coordinación con la Alta Dirección de la SUNAFIL entre setiembre 2018 a la fecha.

4.
El fortalecimiento de recursos (humanos, logísticos, remunerativos y mayor número de inspectores) debe ir aparejado con una mejora continua con los procesos y procedimientos a favor de un modelo proactivo para fiscalizar las Cláusulas Sociales.

5.
La asistencia técnica a partir de una Alianza de Socios Comerciales es una opción óptima para mejorar la capacidad y métodos de fiscalización de las Cláusulas Sociales.

IX BIBLIOGRAFIA

Canessa Montejo, Miguel F. 2019. "Los Acuerdos de Libre Comercio en el ámbito laboral peruano". En Colección Centenario "El Derecho del Trabajo en la Actualidad: Problemática y Prospectiva. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario.

Córdoba Rentería, Cristhian Alexander. 2016. "La nueva democracia y el control de agencia para la eficacia en la gestión pública colombiana" Revista Ciudad. Estados Política, Volumen 3, Número 3, p. 37-60, 2016.

Recuperado a partir de https://revistas.unal.edu.co/index.php/revcep/article/view/57339

Cueto Piazza, Alejandra Irene. 2015. "La construcción endógena del Estado: El caso de los inspectores laborales en el Perú". Tesis para optar el Titulo de Licenciada en Sociología-PUCP.

Recuperado a partir de
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6820/CUETO_PIAZZA_ALEJANDRA_IRENE_CONSTRUCCION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Dewan, Sabina y Ronconi, Lucas. 2014. "Acuerdos de libre comercio de los Estados Unidos y la aplicación de la legislación laboral en América Latina" IDB WORKING PAPER SERIES No. IDB-WP-543.

Fortalecimiento de los Servicios de las Administraciones del Trabajo (FORSAT)- Bolivia, Ecuador y Perú*
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/%40ed_mas/%40eval/documents/publication/wcms_116600.pdf

Hinojosa Martínez, Luis Miguel. 2002. "Comercio justo y derechos sociales" Madrid. Editorial Tecnos.

Jaramillo Bajante, Miguel. 2004. "ASPECTOS LABORALES DEL TLC: IMPLICANCIAS DE POLÍTICAS PARA EL PERÚ"

Recuperado a partir de https://www.academia.edu/29213127/ASPECTOS_LABORALES_DEL_TLC_IMPLICANCIAS_DE_POL%C3%8DTICAS_PARA_EL_PER%C3%9A

Lee, Sangheon; McCann, Deirdre and Messenger, Jon C. 2007."Working Time Around the World Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective"
Recuperado a partir de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.pdf

Martínez, Juan José. 2006. "Entendiendo la reforma del Estado a través del problema de agencia" Revista de Derecho Administrativo N° 1. Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 385-398

Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/issue/view/1178

Fernández-Maldonado Mujica, Enrique. 2008. "Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio: TLC con Estados Unidos y Acuerdo de Asociación Unión Europea – Comunidad Andina". Red Peruana por una Globalización con Equidad -Centro Peruano de Estudios Sociales Red Peruana por una Globalización con Equidad

Recuperado a partir de
https://www.redge.org.pe/sites/default/files/CGE%20n%C2%BA1%20Derechos%20Laborales%20-%20Enrique%20Fern%C3%A1ndez%20Maldonado%20Mujica.pdf

Organización Internacional del Trabajo- Instituto Internacional de Estudios Laborales. 2015. "Dimensiones sociales de los Acuerdos de Libre Comercio" Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
Organización Internacional del Trabajo-Consejo de Administración 328° reunión. 2016. "Cláusulas laborales en los acuerdos comerciales: tendencias recientes y pertinencia para la OIT". Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. 2017. "Manual de evaluación de las disposiciones laborales en acuerdos comerciales y de inversión". Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. 2017a). "Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para las Inspecciones de Trabajo". Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
Recuperado a partir de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/briefingnote/wcms_606474.pdf

Pérez del Prado, Daniel. 2017. "Cláusulas Sociales y libre comercio: el papel de la OIT".

Recuperado a partir de https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548589/lang--es/index.htm

Requejo Alemán, Juan Carlos Requejo Alemán. 2013. "Fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo en el Perú" .Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho de la Empresa-PUCP.

Recuperado a partir de
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5239/REQUEJO_ALEMAN_JUAN_INSPECCION_TRABAJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sanabria Iparraguirre, Frank Claudio y Flores Shimabukuro, Jorge Luis. 2006. "Perú en la encrucijada: TLC con EEUU." Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de San Marcos. Tercera Época- Año X N° 30 Julio Setiembre 2006.

Sanabria Iparraguirre, Frank Claudio. 2011. "¿Es necesario una Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral?

Recuperado a partir de
http://blog.pucp.edu.pe/blog/cerebroreptiliniodefradio22/2011/06/02/es-necesario-una-superintendencia-nacional-de-fiscalizacion-laboral/

Sanabria Iparraguirre, Frank Claudio. 2010. "La desintegración, desmembramiento, desmantelamiento y desarticulación que acarrea la Descentralización de las Inspecciones de Trabajo en el Perú".

Recuperado a partir de http://blog.pucp.edu.pe/blog/cerebroreptiliniodefradio22/2010/10/31/la-desintegracion-desmembramiento-desmantelamiento-y-desarticulacion-que-acarrea-la-descentralizacion-de-las-inspecciones-de-trabajo-en-el-peru/

Toyama, Jorge. 2011. "Previsiones laborales de los Tratados de Libre Comercio: el caso peruano" en "Fortalecer la productividad y la calidad del empleo" Jürgen Weller, compilador

U.S. Departament of Labor. 2016, Informe público de la Comunicación Pública 20015-01 (Perú). Washington: Departament of Labor, 18 de marzo.

"Queja contra el Gobierno Peruano por falta de cumplimiento de sus compromisos laborales y ambientales previstos en el Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea". Octubre 2017.

Recuperado a partir de
https://redge.org.pe/sites/default/files/Publicaci0%CC%81n%20QUEJA%20TLC%20UE-Peru%CC%81%202017.pdf

Responsabilidade da Empresa frente à proteção dos dados do trabalhador no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil

Dayane Marciano de Oliveira Castro

Proteção de Dados e Inovação Tecnológica, Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), com ênfase em Crimes Digitais

Gisele Cristina Mancuso

Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD), Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Paulista (UNIP)

CASTRO, Dayane Marciano Oliveira de; MANCUSO, Gisele Cristina. Responsabilidade da Empresa frente à proteção dos dados do trabalhador no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. 15 p. Artigo Científico, São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

O GDPR (*General Data Protection Regulation*) na UE e a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) no Brasil determinam a necessidade das empresas promoverem adequações no que tange ao tratamento dos dados pessoais. Essa regulamentação surge para proteger os indivíduos de danos à intimidade e as suas repercussões em um cenário no qual os dados da pessoa natural carecem de privacidade e segurança. Em especial, no contexto do trabalhador e do contrato de trabalho, objeto desta pesquisa, os mecanismos de adequação e controle abrangem os elementos pré-contratuais, a execução do contrato e a fase pós-contratual, incluindo as exigências a serem cumpridas pelos prestadores de serviço que integram a cadeia produtiva. Reformular os contratos individuais do trabalho, criar e reforçar a adoção de políticas, procedimentos, *compliance* e capacitação dos recursos humanos disponíveis, por meio da atuação jurídica preventiva são medidas que se impõem, notadamente quanto aos chamados dados sensíveis, tais como os biométricos, o armazenamento de informações acerca da saúde do empregado, dentre outros que serão abordados. Neste contexto, o consentimento do trabalhador é apenas um dos requisitos a serem observados, a fim de garantir a proteção do indivíduo, e o vazamento, a deturpação das finalidades da informação ou quaisquer outras formas de violação de dados pessoais do empregado podem acarretar não apenas em sanções à empresa no âmbito comercial ou administrativo, mas abrir as portas para novas modalidades de passivo trabalhista.

Palavras-chave: Lei de Proteção de dados; dados pessoais; armazenamento de dados; dados do empregado; políticas de proteção; dados sensíveis; vazamento de dados.

INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo, no âmbito dos estudos da Lei Geral de Proteção de Dados, que entrará em vigor no Brasil no ano de 2020 é discutir, ao menos num primeiro instante, a necessidade premente de adequação das empresas, na qualidade de controladores e agentes de tratamento de dados pessoais da pessoa natural do trabalhador.

Ao passo que a regulamentação surge num contexto de proteção dos indivíduos no que tange essencialmente à sua privacidade e intimidade, e como a violação dos dados pessoais podem caracterizar danos imensuráveis à moral e a existência da pessoa natural, a figura do trabalhador não poderia ser excluída deste importante debate.

No Brasil, a Lei nº 13.467/2017, conhecida como a "Reforma Trabalhista", incluiu na legislação laboral, o conceito de danos extrapatrimoniais e a respectiva gradação da reparação destes danos, meses ainda antes da publicação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) reafirmando a importância que temas afetos ao sigilo e à individualidade tem ganhado numa sociedade denominada "líquida" por Zygmunt Bauman.

Após mais de duas décadas em que dados e informações pessoais percorreram a rede mundial de computadores com enorme fluidez, o legislador pôs-se finalmente a regular os limites de uso e compartilhamento destes dados, inclusive no que tange o mundo do trabalho.

Neste artigo, cujo foco é a aplicação da LGPD nas relações empresa-empregado, os mecanismos de adequação e controle passam por minuciosa análise quanto às precauções documentais a serem tomadas desde a fase pré até a pós-contratual do empregado, sem deixar de abordar a relação que passará a ser estabelecida entre as empresas prestadoras de serviços que necessária ou obrigatoriamente participam desta relação.

Neste intuito, há profundo interesse que boas práticas de governança, identificadas por meio de um conjunto de práticas, políticas internas, treinamentos e a rigorosa gestão de riscos estejam devidamente atrelados aos critérios e parâmetros legais, a fim de que a empresa possa atuar em conformidade, prevenindo violações indutoras de novas modalidades de passivo trabalhista e a condenação ao pagamento de multas administrativas que podem chegar à casa dos milhões de reais.

Com base nos tópicos apontados, espera-se contribuir com as discussões acerca da premente necessidade de implantação de meios de adequação à legislação a partir do conhecimento das diretrizes da LGPD e seus principais conceitos, abrindo espaço um amplo debate quanto ao papel do operador do Direito neste marcante processo de transição.

1. GDPR

1.1. Motivações da lei

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) é um documento-marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações.[1]

Desde sua adoção, a Declaração foi traduzida em mais de 500 (quinhentos) idiomas – o documento mais traduzido do mundo –, e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes.[2]

Em diversas legislações mundiais houve a necessidade de se resgatar a proteção e a garantia dos direitos fundamentais, como o da privacidade. A base desse pacto, portanto, é a liberdade e a transparência. As leis acerca da proteção de dados pessoais possuem elementos peculiares porque estão em alinhamento com a redação principiológica da Declaração Universal.[3]

Os debates surgiram no âmbito da União Europeia, que promulgou o Regulamento Geral de Proteção de Dados – Regulamento nº 679/2018, com o objetivo de abordar a proteção das pessoas físicas sobre o tratamento de seus dados e a livre circulação desses dados pessoais, lembrando que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia já previam tais direitos fundamentais. O GDPR substituiu a Diretiva de Proteção de Dados 95/46/EC.

Por outro lado, no Brasil, a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), foi criada como uma resposta às cobranças para que o Brasil tivesse uma legislação para proteção de dados no mesmo nível que a Europa (GDPR). Nesse cenário, o Governo e as companhias precisarão do consentimento das pessoas para a coleta, o armazenamento, o manuseio, o transporte e o descarte de dados, de forma transparente e segura. Importante ressaltar que, no Brasil, o Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei do Cadastro Positivo possuem disposições acerca da matéria.

De acordo com o GDPR, os objetivos do regulamento são:

a) contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união econômica, para o progresso econômico e social, a consolidação e a convergência das economias de mercado interno e bem estar das pessoas físicas;

b) assegurar um nível coerente de proteção das pessoas físicas no âmbito da UE, evitando divergências que que caracterizem um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno;

c) garantir a segurança jurídica e a transparência aos envolvidos no tratamento de dados pessoais, órgãos públicos e à sociedade como um todo;

d) estabelecer obrigações e responsabilidades iguais aos controladores e processadores;

e) permitir uma cooperação efetiva entre as autoridades de controle dos diferentes Estados-Membros.[4]

O desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter maior dependência de fluxos internacionais de bases de dados, em especial os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços da globalização e os avanços tecnológicos é ponto que toca diretamente essas novas relações.[5]

Assim, a partir da UE e das demais legislações mundiais acerca do tema, são necessários mecanismos técnicos e de boas práticas capazes de garantir a prática efetiva da LGPD, de forma que o produto ou o serviço disponibilizado seja auditável[6], bem como a proliferação de educação digital a partir de conceitos fundamentados nos objetivos da legislação, para o adequado enfrentamento das questões sobre a proteção de dados, fortalecendo as relações econômicas entre os países, a começar pelos procedimentos internos das empresas com seus trabalhadores.

O consentimento é fundamental para o estabelecimento dessas novas relações, além dos direitos expressamente previstos aos seus titulares: direito de acesso, direito ao esquecimento, portabilidade dos dados, privacidade *by design*, ou seja, desde a concepção dos projetos, entre outros.

1.2. Marco civil da internet no Brasil e LGPD

1.2.1 Marco Civil da Internet (MCI)

O *Marco Civil da Internet*, instituído pela Lei nº 12.965/2014, regulamentou o uso da *Internet* no Brasil, com destaques para a neutralidade da rede, para a remoção de conteúdo, ao fim do *marketing* dirigido e ao sigilo e respeito à privacidade. Os dados dos usuários têm ênfase especial, na medida em que pela lei os *sites* ficaram obrigados a oferecer garantias de privacidade.

A disponibilização de registros de conexão foi prevista em lei, decorrendo de mandado judicial. As autoridades, entretanto, poderão requisitar o acesso aos dados cadastrais dos usuários. A empresa provedora de conexão, ainda que se situe fora do país, submete-se às regras brasileiras sobre o uso da *Internet* quando oferecer produtos ou serviços no Brasil, ou ao menos uma das integrantes do grupo possuir estabelecimento nacional.

Os dados pessoais dos usuários são propriedade destes. A utilização para segmentação e outras alternativas para realizar o *marketing* das empresas passaram a contar com regulamentação,

1 Disponível em: << https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 10.Jul.2019.

2 *Idem, ibidem.*

3 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018* (*LGPD*). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

4 Alemanha, Grécia, Áustria, Hungria, Bélgica, Irlanda, Bulgária, Itália, Chéquia, Letônia, Chipre, Lituânia, Croácia, Luxemburgo, Dinamarca, Malta, Eslováquia, Países Baixos, Eslovênia, Polônia, Espanha, Portugal, Estônia, Reino Unido, Finlândia, Romênia, França, Suécia, Liechtenstein (fazem parte da lista dos países do "Espaço Schengen").

5 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018* (*LGPD*). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

6 *dem, ibidem.*

mostrando-se necessária a autorização do titular dos dados, regra essa válida, inclusive, para as curtidas e similares em ambientes de redes sociais.

Assim, a necessidade de adequações pelas empresas passou a ser *conditio sine qua non* para a utilização de ferramentas compatíveis com o atendimento das regras estabelecidas. Consequentemente, medidas inovadoras passaram a ganhar espaço, tais quais o uso de relatórios de acesso, a customização de conteúdo, entre outros.

Empresas que não atendam as exigências legais estão sujeitas a punições administrativas, sem prejuízo de sanções civis, penais e normas específicas que venham a ser instituídas, lembrando que, atualmente, pela LGPD no Brasil e com a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, as demais normativas serão instituídas.

O MCI determina que as empresas garantam a qualidade dos serviços. Há proibição no tocante à monitoração da rotina do usuário, como realizar o bloqueio ao acesso de algum endereço. Por isso, diz-se que o modelo de negócios sofreu impactos significativos e desafios para alcançar, resgatar e fidelizar os participantes, especialmente os *stakeholders* que fazem parte de cada projeto da empresa no exercício de seu livre comércio.

No contexto do trabalhador e do contrato de trabalho, objeto desta pesquisa, os mecanismos de adequação e controle abrangem os elementos pré-contratuais, a execução do contrato e a fase pós-contratual, incluindo as exigências a serem cumpridas pelos prestadores de serviço que integram a cadeia produtiva, implicando em diversas responsabilidades do trabalhador.

1.2.2 Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

A LGPD, embora mais enxuta que o GDPR em diversos aspectos, define fundamentos, princípios e direitos.

Entre os fundamentos, estabelece o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Por sua vez, garante os princípios da finalidade do tratamento dos dados, da adequação dessa finalidade, da limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização das finalidades, do livre acesso aos titulares, mediante consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais, da qualidade dos dados, ou seja, exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, da transparência, da segurança e da prevenção de responsabilidade dos controladores e processadores, da não discriminação, prevendo a responsabilização e a prestação de contas aos controladores e processadores.

O tratamento dos dados estabelece direitos aos seus titulares, independente se o será realizado por empresas ou pelo Poder Público, e a lei criou o encarregado de dados visando a a garantir que as intituições operacionalizem as diretrizes da LGPD, cuja fiscalização será realizada peça Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Caso haja violação, penalidades poderão ser aplicadas, cujas sanções são de advertência, multa de 2 % (dois por cento) do faturamento da empresa até R$ 50.000,00 (cinquenta milhões de reais), multa diária, publiscização da infração após apurado e confirmado o incidente, bloqueio de dados até a regularização do incidente, eliminação dos dados pessoais relacionados à infração.

1.3. Dados pessoais, dados pessoais sensíveis, agentes de tratamento de dados e autoridade nacional

O titular de dados é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais objeto de tratamento, o trabalhador.

Os dados pessoaais são as informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável. Os dados sensíveis, por sua vez, dizem respeito a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas.[7]

O controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. O operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. O subprocessador é geralmente um terceiro contratado pelo operador para o tratamento de dados pessoais.

O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse. O controlador tem a obrigação legal de elaborar o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, observados os segredos comercial e industrial. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

O Relatório de Impacto deverá conter o descritivo dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações, a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

A ANPD – *Autoridade Nacional de Proteção de Dados* é a autoeidade supervisora e poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, tempo de guarda dos registros, conforme a necessidade e a transparência.

Entre as suas funções, estão zelar pela proteção dos dados pessoais, editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais, deliberar, na esfera administrativa, sobre a interpretação da lei, competências e casos omissos, requisitar informações aos controladores e operadores de dados pessoais, implementar mecanismos simplificados para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com a LGPD, fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de

7 Em caso excepcional, poderá ser obtido sem o fornecimento de consentimento do titular para: i) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; ii) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; iii) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; iv) exercício regular de direitos; v) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; vi) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; vii) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

recurso, comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento, comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento da LGPD praticado por órgãos e entidades da administração pública federal, difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais e sobre as medidas de segurança, entre outros.

O encarregado da proteção de dados surgiu como a pessoa indicada pelo controlador para atuar como Canal de Comunicação entre o Controlador, os Titulares dos Dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, visando a garantir a aplicação da lei.

Mas, como ficam os dados dos trabalhadores nesse contexto de GDPR ou LGPD? Como garantir que esses dados estão salvaguardados e os titulares cientes do uso de seus dados, compartilhamento de suas informações? Como as empresas e o Poder Público deverão se adaptar à legislação para proteger os seus trabalhadores, especialmente quanto aos dados sensíveis, e evitar a aplicação de sanções? Quais os procedimentos e práticas deverão ser adotados?

2. CONTRATO DE TRABALHO X RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

Em primeiro lugar, importante destacar que para a legislação brasileira, "trabalho" é gênero, do qual o "emprego" figura apenas como uma de suas espécies. A legislação trabalhista consolidada em 1943, tratava essencialmente da relação de emprego, de modo que apenas estas serem apreciadas e julgadas pela Justiça do Trabalho até poucos anos atrás.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, elasteceu a competência da Justiça do Trabalho a toda e qualquer relação de trabalho (gênero) e mais recentemente, a Lei nº 13.467/2017, chamada de "Reforma Trabalhista" incluiu na Consolidação das Leis do Trabalho, outras modalidades de contrato de trabalho, que não importam necessariamente em configuração do vínculo de emprego.

No país, o contrato de trabalho pode ser tácito ou expresso (art. 442, CLT), e visa regulamentar a relação de emprego cujos elementos essenciais para sua configuração são, cumulativamente: a pessoalidade, a subordinação, a onerosidade e a não eventualidade (art. 3º, CLT).

Fica claro, portanto, que o empregado não suporta os riscos da atividade econômica e tem ainda ao seu favor, princípios próprios do ramo do Direito do Trabalho, dentre os quais, figura o da Proteção como máxima expressão das garantias e direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal (art. 7º, CF).

Para Guilherme Guimarães Feliciano[8], o princípio da proteção reequilibra materialmente as posições jurídicas das partes geralmente antagônicas nos conflitos laborais, minimizando assim, a vulnerabilidade dos trabalhadores, decorrente da chamada hipossuficiência econômica.

Não obstante a proteção dada ao trabalhador quanto aos danos patrimoniais decorrentes da relação de trabalho, a Reforma Trabalhista trouxe para o texto juslaboral, o artigo 223-C que impõe ao empregador, a indenização de danos extrapatrimoniais, tais como a honra, a imagem, a intimidade, autoestima, sexualidade, saúde, dentre outros, que até então figuravam tão somente em decisões judiciais, por carecerem de previsão normativa.

O monitoramento da utilização de e-mails corporativos e pessoais, do uso da internet no local de trabalho, de contas bancárias de funcionários pertencentes ao sistema financeiro, o uso de câmeras no ambiente de trabalho, bem como os procedimentos de revista íntima, foram temas que recorrentemente esbarraram nos limites do poder diretivo do empregador, gerando decisões que acabaram por impor o dever de indenizar sempre que demonstrados o seu abuso ou desvirtuamento, com fulcro em princípios constitucionais garantidores da dignidade humana, respeito à intimidade, privacidade etc.

Nesta direção, a Lei nº 13.709/2018, publicada poucos meses após a Reforma Trabalhista entrar em vigor, dispôs sobre a proteção de dados pessoais da pessoa natural e trouxe às empresas, a necessidade de adequação e responsabilidades no que concerne aos dados do trabalhador, no contexto das relações laborais, como veremos adiante.

2.1. Do processo seletivo à rescisão do contrato de trabalho

Como mencionado, a LGPD traz às empresas a necessidade de adequação no que tange aos dados e informações armazenadas da pessoa natural, o que inclui aquelas coletadas desde o processo seletivo. Isto porque, é prática do mercado do trabalho que candidatos que estejam em busca de recolocação, se submetam ao preenchimento de fichas e questionários, bem como ainda informem dados pessoais, como números de documentos, endereço, filiação, empregos anteriores, dentre outros.

Estas informações são suficientes, no mais das vezes, para que o futuro empregador tenha à sua disposição, um universo de consultas possíveis acerca da vida pregressa e presente do candidato à vaga de emprego, como a inscrição em órgãos de proteção ao crédito, regularidade junto aos órgãos de trânsito, eventuais ações cíveis e criminais em que o candidato esteja sendo ou tenha figurado no polo passivo.

Necessário esclarecer que no Brasil, as consultas à distribuição de ações na Justiça do Trabalho tornou-se restrita a partir da Resolução nº 121/2010 e alterada pela Resolução nº 143/2011 do Conselho Nacional de Justiça, a fim de evitar qualquer possibilidade de discriminação no ato da contratação, o que é possível notar a partir de uma das Considerações da Resolução nº 121/2010[9]:

8 FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

9 Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585. Acesso em 14 Jul. 2019.

> "**CONSIDERANDO** as dificuldades enfrentadas pela justiça brasileira em razão da estigmatização das partes pela disponibilização na rede mundial de computadores de dados concernentes aos processos judiciais que figuraram como autoras ou rés em ações criminais, cíveis ou trabalhistas;"

Desse modo, apenas o número do processo, a instância em que tramita, nome e inscrição do advogado no conselho de classe é que podem ser livremente consultados no que concerne aos processos trabalhistas.

É salutar destacar ainda que, empregadores brasileiros tiveram que aprender a duras penas que dialogar com candidatos a vagas de emprego acerca de delicados temas como a opção sexual e religiosa, filiação filosófica, sindical ou partidária, estado gravídico, dívidas financeiras, processos trabalhistas e/ou criminais, bem como eventuais afastamentos do trabalho por motivo de doença ou acidente, não era o caminho mais adequado para a garantia da intimidade, privacidade e dignidade da pessoa humana.

Uma vez que instigavam a discriminação numa fase que antecedia ao contrato de trabalho propriamente dito, surgia quase que concomitantemente, uma modalidade *sui generis* de ações trabalhistas em que a relação empregatícia nem sequer havia sido concretizada – a de pedidos de dano moral pré-contratual. Restou claro que o poder diretivo era mitigado e que o acesso às informações do candidato deve atender ao respeito à sua intimidade.

Sem perder de vista as repercussões que os temas de foro íntimo do empregado resultaram no âmbito judicial, temos que a partir de agosto de 2020, com o início da vigência Lei Geral de Proteção de Dados, todo e qualquer dado pessoal solicitado ou coletado da pessoa natural para "tratamento" deverá estar acompanhado de seu consentimento expresso. Por "tratamento", a lei assim definiu:

> "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
> X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;"

Neste sentido, verifica-se desde cedo, a necessidade de a empresa ofertar termo ou cláusula de consentimento em que expressamente solicita do candidato ou contratado, sua inequívoca ciência quanto à coleta dos dados pessoais, finalidade específica, destinação, forma e duração do tratamento dos dados, se e quais informações serão compartilhadas e com quem, a finalidade do compartilhamento, a responsabilidade dos agentes que realizam o tratamento de dados, bem como os direitos do titular dos dados.

Em resumo, os direitos do titular, expressos na Lei (art. 18, LGPD) referem-se ao direito de acesso, correção, anonimização dos dados que forem considerados desnecessários para o controlador, indicação dos entes públicos e privados com quem serão compartilhados os dados e a possibilidade de revogação das autorizações.

No entanto, a responsabilidade das empresas assume outros aspectos que não a mera elaboração de termos ou cláusulas de consentimento. O artigo 50 da Lei nº 13.709/2018 dá as diretrizes das boas práticas e governança no tocante à preservação dos dados da pessoa natural, o que inclui em síntese, a elaboração de processos e políticas internas, que indiquem expressa e claramente as medidas de cumprimento da legislação, tais como:

a) Conjunto de documentos produzidos com o intuito de dar conhecimento dos atos, finalidades e formas de tratamento dos dados pessoais;

b) Termos e cláusulas de consentimento informando a destinação, guarda, compartilhamento e forma de eliminação dos dados pessoais;

c) Estudo dos impactos e riscos à privacidade conforme escala, volume e sensibilidade dos dados tratados;

d) Procedimentos que versem acerca da acessibilidade eficiente dos dados por seu titular, meios de revogação das autorizações dadas, bem como atualizações das informações, estabelecendo com este, relação de confiança;

e) Programas internos de resposta/retorno ao titular que porventura tenha seus dados pessoais violados, e respectiva previsão de reparação de danos (remediação);

f) Estrutura de gestão interna e externa de prevenção de riscos (*compliance*).

Em outras palavras, um conjunto de ações devem ser adotadas pelas empresas e que passará pela construção de estruturadas políticas e processos que dentre outras coisas, deverá priorizar o treinamento e a capacitação dos recursos humano, em especial, as pessoas enquadradas como agentes de tratamento (operadores), aos quais caberá diretamente, o tratamento de dados em nome do controlador (empresa), tais como os setores de departamento pessoal, recursos humanos, departamento financeiro e tecnologia da informação, apenas para citar alguns exemplos.

Não obstante a empresa investir em ostensivo treinamento, é salutar ainda que prevejam em suas políticas internas, as medidas a serem adotadas junto aos operadores que porventura causarem danos patrimoniais ou extrapatrimoniais ao empregado, já que no plano jurídico, a legislação foi expressa em estabelecer a responsabilidade solidária do operador e controlador nestes casos (art. 52, LGPD).

Vale lembrar que, ao titular é facultado o direito de não fornecer o consentimento, no entanto, deverá a empresa informar suas consequências, em especial quando a ausência de autorização representar em impedimento do empregador em vincular o empregado em benefícios previstos em norma coletiva ou em política interna da empresa.
Por isso, a empresa deverá se respaldar pela via documental, elaborando ou atualizando toda a documentação interna, desde as fichas de proposta de emprego, contratos de trabalho, termos de adesões a benefícios (transporte, refeição/alimentação, plano de saúde/odontológico), até eventuais outros que contenham dados pessoais, informando de forma clara, acessível e transparente aos seus titulares dos dados no que diz respeito à recepção, coleta e acesso; forma de tratamento, uso, compartilhamento e finalidades dos dados; armazenamento, tempo de guarda e a eliminação dos dados.

Assim é que, quando houver rescisão contratual, a empresa deve igualmente informar ao titular dos dados, acerca de eventual tempo de guarda dos mesmos, em razão de cumprimento das obrigações legais.

Em que pese o prazo de 5 anos (art. 611-B, XXI, CLT) deva ser observado para efeito de defesa em processo trabalhista, há que se levar em conta prazos diferenciados para atendimento de outras solicitações do empregado por parte de órgãos públicos e até do Poder Judiciário, no que se refere, por exemplo, à concessão de aposentadoria.

De toda sorte, a eliminação de dados, seja por meios físicos ou digitais deve igualmente atender aos princípios que norteiam a legislação geral de proteção de dados, devendo o seu titular conhecer dos prazos e forma previamente.

2.2 Da responsabilidade de terceiros prestadores de serviços no curso do contrato

Não obstante todas as precauções e adequações a serem realizadas pelas empresas, sabe-se que os dados dos contratados são compartilhados com prestadores de serviços (empresas privadas) – para ilustrar, empresas que administram planos de saúde/odontológico, benefícios de refeição/alimentação, arquivamento físico e digitalização de documentos, dentre outros.

De plano, importa dizer então que o compartilhamento das informações dos empregados deve atender estritamente à finalidade contratual que ensejou a contratação do prestador de serviços. Necessário será ainda que as empresas contratantes exijam de seus prestadores, que estejam igualmente adequados à legislação de proteção de dados, garantindo para tanto, a demonstração de boas práticas e governança suficientes a preservar o total sigilo e segurança dos dados dos trabalhadores, conforme diretrizes básicas fornecidas pela legislação que trata do tema (art. 50, LGPD).

No que concerne aos dados chamados sensíveis (art. 5º, II, LGPD), pode-se destacar para fins de contrato de trabalho àqueles relacionados à saúde do trabalhador, bem como os dados biométricos, que só poderão ser tratados se houver consentimento específico neste sentido.

Apenas para citar, no Brasil há farta jurisprudência em desfavor dos empregadores, em virtude dos danos sofridos por trabalhadores discriminados por questões afetas a moléstias físicas ou psíquicas. Decerto, a inadequada gestão das informações do trabalhador neste aspecto, pode ter contribuído substancialmente para a ocorrência do dano.

3. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E RESSARCIMENTO DE DANOS

As empresas, na qualidade de "controladoras" e portanto, responsáveis pelo tratamento dos dados, se sujeitarão às sanções estabelecidas pela lei, sempre que restar comprovada a infração, após devido processo legal no âmbito administrativo, que poderá variar desde a aplicação de advertência com prazo para adoção de medidas corretivas, até multas que variam entre 2% do faturamento da empresa a R$ 50 milhões por infração.

A determinação das sanções a serem aplicadas, devem levar em conta, dentre outros critérios, a gravidade das infrações, grau do dano, boa-fé do infrator, condição econômica e se este é ou não reincidente, no entanto, a dosimetria da "pena" administrativa ainda deverá ser definida em metodologia própria, a fim de retirar-lhe ao máximo, qualquer carácter subjetivo ou discricionário.

Ainda, além das sanções administrativas, chama-se especial atenção à possibilidade de ressarcimento de danos ao empregado que tiver comprovadamente seus dados pessoais violados. A lei informa que, em processo civil, o juiz poderá inclusive inverter o ônus da prova em favor do titular sempre que houver verossimilhança da alegação ou impossibilidade de produção da prova, dada sua eventual onerosidade.

Neste sentido, a questão que se coloca quando o titular dos dados violados for empregado, é a competência material para julgamento de ações desta natureza.

Como apontado, a Lei 13.467/2017 estabeleceu no art. 223-A a 223-G, os parâmetros e critérios para a determinação do conceito dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho e a respectiva condenação pecuniária conforme a gradação da gravidade do dano, elementos que por si, orientam e atraem a apreciação da causa ao Judiciário Trabalhista, quando seu objeto versar sobre os danos morais ou existenciais causados pela violação de dados pessoais.

Não menos importante é saber que cabe direito de regresso àquele que reparar o dano ao titular, devendo cada responsável responder na medida de sua participação para o evento danoso (art. 42, §4º, LGPD), daí, como já abordado, a relevância de adequação dos contratos comerciais com toda sorte de prestadores de serviços que participem do elo entre empresa e trabalhadores, sugerindo-se que haja um manual de procedimentos de aferição e de evidências quanto à adequação à lei geral de proteção de dados.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou apresentar de forma breve e direcionada, os principais impactos para as empresas, no que tange à adequação integral à lei geral de proteção de dados no contexto do contrato de trabalho, passando pela fase pré-contratual - a do recrutamento de pessoas, até a pós-contratual, ocasião em que a pessoa natural deixa de ser empregada.

Não obstante a legislação trabalhista ter ganhado novos contornos a partir da Lei nº 13.467/2017, e ter conceituado o dano extrapatrimonial, bem como ter objetivamente descrito parâmetros para a condenação sob este aspecto, a Lei Geral de Proteção de Dados pôs o manto sobre as informações da pessoa natural, para consagrar, por assim dizer, o que há de muito caro ao trabalhador: suas informações pessoais, e a respectiva destinação que se dá à elas ainda numa fase embrionária da relação de trabalho.

Como abordado, há praticamente um ano do início de vigência da LGPD no Brasil, muitas empresas desconhecem o tema, as respectivas obrigações e adequações a que terão que se vincular nos próximos meses a fim de que todas as previsões legais sejam cumpridas.

Certamente, grandes empresas internacionais instaladas no país já estão atentas a esta necessidade e tem exigido ou passarão a exigir de forma mais presente, que empresas prestadoras de serviço já apresentem um plano de ação concreto no que tange à adequação à legislação de proteção de dados, como requisito de participação em processos de concorrência.

Desta forma, engenheiros, desenvolvedores e advogados tem, conjuntamente, buscado apresentar mecanismos eficientes de adequação, que passam por implementações técnicas de proteção dos dados, bem como adequação da documentação jurídica da empresa no que diz respeito ao contrato de trabalho e aos contratos comerciais firmados com terceiros necessários à relação entre empresa e trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018* (*LGPD*). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

Disponível em: << https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 10.Jul.2019.

Disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585. Acesso em 14.Jul.2019.

LA NECESIDAD DE UNA TRANSICIÓN JUSTA PARA AFRONTAR LA DIGITALIZACIÓN Y EL CAMBIO CLIMÁTICO[1]

THE NEED FOR A FAIR TRANSITION TO FACE DIGITALIZATION AND CLIMATE CHANGE

Henar Álvarez Cuesta

I. Introducción 153

II. El cambio climático y su trascendencia en el Derecho Laboral 153

III. La revolución digital: industria 4.0 156

IV. Una propuesta de solución: la transición justa 157

V. Acciones complementarias 160

1 Henar Álvarez Cuesta. Profa. TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Resumen

Abstract

Los desafíos a los que se ha de enfrentar el Derecho del Trabajo en los próximos años, la lucha contra el cambio climático y la adaptación a los cambios propiciados por la digitalización y robotización, han de ser abordados de forma conjunta. Por ello, en las siguientes páginas se ponen de relieve y valoran las consecuencias y sus repercusiones en empleo y ocupaciones, así como las estrategias de transición justa que se han de adoptar para conseguir un trabajo sostenible medioambientalmente y decente socialmente.

Palabras clave: cambio climático, digitalización, transición justa

The challenges that will happen in the coming years, the fight against climate change and adaptation to the changes caused by digitalization and robotization, must be addressed together by Labor Law. For this reason, the following pages highlight and assess the consequences and their repercussions on employment and occupations, as well as the strategies thorough fair transition to be adopted to achieve an environmentally sustainable and socially decent job.

Key words: *climate change, digitalization, fair transition*

I. Introducción

El cambio climático[2] (o crisis climática) y la digitalización del mundo laboral son los dos desafíos más importantes que se abordan y abordarán a nivel mundial en los próximos años, y ambos acarrean consecuencias desde la perspectiva del Derecho Social.

Pero en la mayoría de las ocasiones, quienes intentan analizar los dos escenarios los afrontan por separado[3]; a lo sumo, se exploran las consecuencias (perjuicios o beneficios) que la industria 4.0 podría suponer en la lucha contra el cambio climático, pero sin contemplar los efectos que conllevan para las relaciones labores. Por ello, la perspectiva utilizada en las siguientes páginas es diferente: se pretende aunar las tres perspectivas mediante la proposición de la suma de estrategias posibles (tanto la evolución de las normas a aplicar a ambos escenarios, como la revolución necesaria que pasa por el decrecimiento económico y la redistribución de la riqueza) .

II. El cambio climático y su trascendencia en el Derecho Laboral

El cambio climático merece, como ya se ha anunciado, la atención del Derecho del Trabajo, pues las consecuencias que acarrea impiden que siga permaneciendo ajeno al mismo. De hecho, en los conflictos medioambientales contemporáneos se aprecia que la crisis ecológica y la social están íntimamente vinculadas[5].

De trasladar las consecuencias al ámbito laboral, a día de hoy no es osado afirmar que está conduciendo, a corto, medio o largo plazo, a un grave trastorno de la actividad económica y social en muchos sectores en todos los continentes[6] (el rápido aumento de los niveles de calor debido al cambio climático está haciendo que tales riesgos sean más severos para grandes proporciones de la población activa mundial[7]; y en enero de 2016, la Organización Meteorológica Mundial confirmó la probabilidad de que el cambio medio de temperatura mundial ya hubiera alcanzado 1 grado Celsius[8]). Aún más, la repercusión es mayor en los países o colectivos más pobres, pues "la vulnerabilidad al cambio climático es una consecuencia directa de la pobreza"[9].

No cabe duda que "es difícil estimar los impactos económicos globales derivados del cambio climático. Las estimaciones del impacto económico realizadas en los últimos 20 años varían en su cobertura de subconjuntos de los sectores económicos y dependen de una gran serie de supuestos, muchos de los cuales son discutibles, y muchas estimaciones no tienen en cuenta los cambios catastróficos, puntos críticos y muchos otros factores. Con el reconocimiento de estas limitaciones, las estimaciones incompletas de las pérdidas económicas anuales para aumentos adicionales de la temperatura de alrededor de 2ºC están entre el 0,2% y el 2% de los ingresos. Es más probable que improbable que las pérdidas sean mayores, y no menores, que ese rango"[10].

Incluso es posible que el calentamiento normal (4ºC) produzca reducciones en la producción de algunos sectores superiores al 20% durante la segunda mitad del siglo XX[11]: "las proyecciones indican que, a lo largo del siglo XXI, los impactos del cambio climático ralentizarán el crecimiento económico, harán más difícil reducir la pobreza, menoscabarán más la seguridad alimentaria, y harán que continúen las trampas de pobreza existentes y se creen otras nuevas, especialmente en las zonas urbanas y las nuevas zonas críticas de hambruna"[12].

2 La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático entiende por cambio climático un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables; y por sus efectos adversos, los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos (art. 1).

3 Pochet, P.: "Two futures and how to reconcile them", Foresight Brief, núm. 3, 2017.

4 Pochet, P.: "Two futures and how to reconcile them", cit..

5 Sosa, N., Ética ecológica, Madrid, Libertarias, 1990, pp. 31 y ss. y Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P., Prevención de riesgos laborales y medio ambiente, Granada, Comares, 2008, p. 34.

6 OIT, Empleos verdes. Hechos y cifras, Ginebra, OIT, 2008, p. 1.

7 Kjellstrom, T., "Climate change, direct heat exposure, health and well-being in low and middle income countries", Global Health Action, 2009, http://www.globalhealthaction.net/index.php/gha/article/view/1958/2183.

8 AA.VV., Climate change and labour: impacts of heat in the workplace, UNDP, 2016, p. 6.

9 Rosemberg, A., "Llevar a cabo una transición justa. Las conexiones entre el cambio climático y el empleo, y propuestas para futuras investigaciones", Boletín Internacional de Investigación Sindical, núm. 2, vol. 2, 2010, p. 147.

10 AA.VV., Cambio climático 2014 Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, 2014, p. 19.

11 AA.VV., Climate change and labour: impacts of heat in the workplace, cit., p. 6.

12 AA.VV., Cambio climático 2014 Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, 2014, p. 20.

De realizar una aproximación a su impacto por sectores, cabe esperar las siguientes repercusiones[13]:

-- En el sector de la agricultura, los cambios climáticos previstos van a afectar a los rendimientos de las cosechas y a la gestión ganadera e influir en la elección de los lugares dedicados a la producción; la probabilidad y gravedad crecientes de fenómenos meteorológicos extremos van a hacer aumentar considerablemente el riesgo de malas cosechas; va a afectar también al suelo al reducir la materia orgánica, que contribuye enormemente a su fertilidad; provocará cambios en la productividad y salud de los bosques, así como en el área de distribución geográfica de algunas especies de árboles; va a ejercer una presión añadida sobre los sectores de la pesca y la acuicultura y los efectos serán también graves en los ecosistemas marinos y costeros; aumentarán las tasas de erosión costera, y la protección que brindan las defensas existentes puede resultar insuficiente (en este contexto merecen una consideración especial las islas y las regiones ultraperiféricas)[14].

Provocará, además, cambios importantes en la calidad y disponibilidad de los recursos hídricos, con consecuencias para muchos sectores, como el de la producción de alimentos, en los que el agua desempeña un papel fundamental: más del 80 % de los terrenos agrícolas son de secano. La producción de alimentos depende también de la disponibilidad de recursos hídricos para regadío. La poca disponibilidad de agua es ya un problema en muchas partes de Europa, y es probable que la situación siga deteriorándose como consecuencia del cambio climático; se prevé que las regiones europeas con gran escasez de agua van a pasar del 19% actual al 35% antes de la década de 2070 y eso podría agravar, además, las presiones migratorias (como se expondrá en los párrafos siguientes)[15].

-- Ecosistemas: el cambio climático va a ser cada vez más responsable de pérdidas de ecosistemas, incluidos los marinos, y de biodiversidad, lo que afectará a las especies; indisolublemente unido con el apartado anterior, existirán también repercusiones negativas para otros servicios ecosistémicos, por ejemplo, el suministro de agua potable, la producción de alimentos y los materiales de construcción, y los océanos pueden deteriorarse debido a la acidificación[16].

-- Energía: el cambio climático va a tener un efecto directo tanto en la oferta como en la demanda de energía. El impacto previsto del cambio climático sobre las precipitaciones y el deshielo de los glaciares va a hacer que la producción de energía hidráulica aumente un 5% o más en el norte de Europa y que disminuya un 25% o más en el sur. También se prevén menos precipitaciones y que se produzcan olas de calor, lo cual influirá negativamente en el proceso de refrigeración en las centrales térmicas. El aumento de la demanda de refrigeración en verano y el impacto de fenómenos meteorológicos extremos afectarán en particular a la distribución de electricidad[17].

La capacidad de refrigeración del agua también va a verse mermada como consecuencia del calentamiento general del agua, y podrán superarse los umbrales de vertido. Los regímenes fluviales van a alterarse debido a la modificación de los regímenes pluviométricos, y en las zonas de montaña, por la disminución de la cubierta de hielo y nieve. El aterramiento de embalses para centrales hidroeléctricas puede acelerarse por un mayor riesgo de erosión. Caerá la demanda de calefacción, pero aumentará el riesgo de interrupciones del suministro eléctrico cuando en verano el calor provoque un aumento de la demanda de aire acondicionado y, por consiguiente, de electricidad. En fin, el mayor riesgo de tormentas e inundaciones puede constituir una amenaza para las infraestructuras energéticas[18].

-- Compañías de finanzas y seguros: están expuestos a los impactos de eventos climáticos extremos. El aumento de las pérdidas debido a reclamaciones por daños aumentará la presión sobre las compañías de seguros, en particular las pequeñas. En el lado positivo, podría haber nuevas oportunidades que surjan debido al cambio climático, como una mayor demanda de productos y servicios de seguros[19].

-- Infraestructuras y logística: se producen daños a las infraestructuras (edificios, transportes y suministro de agua y electricidad), lo que supone una amenaza concreta en zonas densamente pobladas. La situación podría exacerbarse por el aumento del nivel del mar[20]. Las grandes infraestructuras de transporte con larga vida útil (autopistas, vías férreas, vías navegables, aeropuertos, puertos y estaciones de ferrocarril), su funcionamiento y los medios de transporte asociados, son sensibles al clima y, por tanto, se ven afectados por un clima cambiante. En general, se espera que aumenten los riesgos de daños y perturbaciones por tormentas e inundaciones, y también por efecto de las olas de calor, los incendios y los corrimientos de tierras[21].

-- Turismo: puede verse afectado por la reducción de la cubierta de nieve en zonas alpinas (un problema que se agrava aún más por el hecho de que las estaciones de esquí se encuentran principalmente en zonas rurales donde los puestos de trabajo son limitados en invierno) y por el aumento de las temperaturas en las regiones mediterráneas y las formas insostenibles de turismo pueden exacerbar los efectos negativos del cambio climático[22]. La demanda turística en destinos ya cálidos, típicamente alrededor del Mediterráneo, podría ver su pico estacional aplanado con menos turistas en términos relativos en verano, pero más en primavera y otoño.[23].

-- Salud humana: unas condiciones meteorológicas cambiantes van a tener, además, efectos profundos sobre la sanidad humana[24]. Al intensificarse la frecuencia de fenómenos extremos podrían aumentar las muertes y enfermedades relacionadas

13 Álvarez Cuesta, H., "El contenido social en las leyes contra el cambio climático", en AA.VV., La Gouvernance et l'enjeu de concilier l'èthique et la performance, Pamplona, Eunsa, 2018. Un análisis reciente en McKinsey Global Institute, Climate risk and response, 2020.

14 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

15 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009 y AA.VV., Cambio climático 2014 Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, cit., p. 17.

16 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

17 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

18 Libro Verde de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Adaptación al cambio climático en Europa: Opciones de actuación para la UE", 2007.

19 Siguiendo a AA.VV., Climate change and Employment, 2008, pp. 6 y ss.

20 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

21 Libro Verde de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Adaptación al cambio climático en Europa: Opciones de actuación para la UE", 2007.

22 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

23 Siguiendo a AA.VV.: Climate change and Employment, 2008, pp. 6 y ss.

24 También el estrés térmico, al respecto OIT, Trabajar en un planeta más caliente: El impacto del estrés térmico en la productividad laboral y el trabajo decente, 2019.

con el clima[25]. Cabe apuntar al impacto del cambio climático en las enfermedades transmitidas por vectores, por el agua o por los alimentos[26]: así, podría acelerar la propagación de enfermedades infecciosas graves transmisibles por vectores, incluidas las zoonosis; supondrá una amenaza para el bienestar de los animales; y podría afectar también a la salud vegetal, al favorecer la aparición o migración de organismos nocivos que podrían perjudicar gravemente al comercio de animales, plantas y productos derivados[27].

-- En fin, en el empleo: las consecuencias en los sectores analizados también tendrán reflejo en el volumen de empleo de los mismos. Por tal razón, el cambio climático promoverá la deslocalización de actividad industrial a zonas menos afectadas. Sin olvidar tampoco que, dado que las catástrofes meteorológicas serán mayores y más frecuentes, afectarán en particular a cuantos trabajadores prestan sus servicios fuera del centro de trabajo[28].

Varios países han comenzado a estimar el impacto que producirá en sus propias economías y en la productividad laboral. Un estudio referido a los EE.UU. estimó una pérdida de varios miles de millones de dólares en 2030 para la economía estadounidense[29]; con diferentes métodos y resultados similares, otra investigación estimó 300.000 millones de dólares en pérdidas a nivel mundial y subió a 2.5 billones en 2030[30]. A mediados de la década de 1990, países fuertemente expuestos, como Bangladesh, perdieron aproximadamente entre el 1 y el 3% de la totalidad de las horas de trabajo diurnas disponibles debido a los extremos de calor y el cambio climático futuro aumentará las pérdidas; incluso si se logran los compromisos actuales de los gobiernos mundiales para combatir el cambio climático, las pérdidas para fines de este siglo en las economías más vulnerables de todas las horas disponibles de trabajo diurno se duplicarán o triplicarán[31].

A nivel mundial, "dinamita" los objetivos de desarrollo sostenible[32], en particular dificulta el logro de los siguientes:

1.- Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.

2.- Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible.

3.- Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades.

5.- Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.

6.- Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.

7.- Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos.

8.- Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.

10.- Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos.

De hecho, combatir la crisis climática constituye no solo un de dichos objetivos, sino parte fundamental de otros dos:

13.- Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

14.- Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible.

15.- Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica.

De fijar la atención en los países, España es el país europeo más vulnerable al cambio climático , y por ello sufrirá especialmente las consecuencias. "Los sectores productivos de la economía deberán tomar nota de los cambios que se van a producir por el aumento de las temperaturas. Las olas de calor, la pérdida de biodiversidad, la desertización, los incendios… el medio ambiente cambiará y esto afectará al mercado de trabajo, al modelo energético, al de transporte, pero también al de producción y consumo, y en definitiva al estilo de vida actual"[34].

Al final y como resumen de los sectores *supra* enumerados, los empleos más afectados resultarán aquellos con salarios más bajos y condiciones laborales más extremas; y no cabe duda que el primer sector uno de los más perjudicados.

Por tal razón, el gran impacto que tiene sobre el empleo, las consecuencias directas en términos de pérdida de empleo y cohesión social, y las migraciones (ya se ha comenzado a hablar de refugiados medioambientales) que está provocando el cambio climático, hacen necesario propiciar una transición a otro modelo productivo en el que se aúnen ecología y empleo[35]. Así lo reconoce también la Confederación Sindical Internacional: "los efectos sobre la economía --incluido el empleo-- serán catastróficos si no se toman medidas ambiciosas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Aun cuando la protección del empleo a menudo ha sido utilizada por ciertos gobiernos de países industrializados como motivo para no entablar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, están surgiendo pruebas indicando que la mitigación del cambio climático tiene efectos netos positivos para el empleo"36.

25 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

26 Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), ¿Cómo afecta el cambio climático a la salud humana?, CC.OO./ISTAS, 2016, pp. 1 y ss.

27 Libro Blanco "Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación", 2009.

28 AA.VV., Kenya's National Climate Change Action Plan, 2010.

29 Kopp R., Hsiang S., Muir-Wood R. et alii, American Climate Prospectus. Economic risks in the United States, New York, Rhodium Group, 2014.

30 Fundación Dara, Climate vulnerability monitor 2012. A guide to the cold calculus of a hot planets, Barcelona, Fundacion DARA Internacional, 2012.

31 AA.VV., Climate change and labour: impacts of heat in the workplace, cit., p. 3.

32 AA.VV., Climate change and labour: impacts of heat in the workplace, UNDP, 2016, p. 24.

33 Agencia Europea del Medio Ambiente. 2017. Climate change impacts and vulnerabilities 2016. http://www.eea.europa.eu/publications/climate-change-impacts-and-vulnerability-2016.

34 Greenpeace, Así nos afecta el cambio climático, 2018.

35 OIT, The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change, Ginebra, OIT, 2009, pp. 9-10.

36 CSI: "Declaración sindical a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Bali (Indonesia), 3-14 de diciembre", 2007.

III. La revolución digital: industria 4.0

Junto con la crisis climática, es preciso hacer frente a la revolución digital. El sistema productivo está transformándose (lleva haciéndolo mucho tiempo) merced a la cuarta revolución industrial. Esta industria 4.0 o "industria inteligente" supone un salto cualitativo en la organización y gestión de la cadena de valor del sector[37]; e implica la incorporación de las nuevas tecnologías (*big data* y análisis de datos, *cloud computing* --evolucionando desde los datos en la nube a los datos en la niebla--, ciberseguridad, robótica, internet de las cosas[38], simulación y prototipado, realidad aumentada, etc.) a la considerada "tradicional", permitiendo que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros para crear una industria inteligente[39].

La industria, al tiempo, transforma la economía tradicional en digital, y adquiere cuatro características específicas: la irrelevancia de la ubicación geográfica, el papel clave de las plataformas, la importancia de los efectos de red y el uso de grandes datos[40].

Los anclajes de la cuarta revolución industrial ("que tiene como base la conectividad: cuando fabricación, logística, encargo y diseño se alinean con el cliente para fabricar productos personalizados a precios de masas"[41]), esto es, los ya mencionados robótica, biotecnología, nanotecnología o inteligencia artificial, se entremezclan con las fenomenologías anteriores redimensionando, en su conjunto, los procesos de automatización y digitalización; vuelven a profundizar en las consecuencias del cambio tecnológico, y complejizan aún más las dimensiones del mismo[42] hasta llegar a la esfera laboral[43].

Dentro de la industria 4.0 los fenómenos que están revolucionando nuestra sociedad y, por ende, las relaciones laborales, son los siguientes, en una enumeración, se advierte, abierta y seguramente ya obsoleta[44]:

-- El *Big Data*, mediante el análisis de los datos procedentes de diferentes fuentes (equipos de producción, gestión, consumidor) convertirán en estándar la toma de decisiones en tiempo real.

- Los robots autónomos, capaces de interactuar y de ejecutar tomas de decisiones más complejas, hasta llegar a la inteligencia artificial.

-- La simulación 3D de los productos, los materiales y los procesos.

-- El internet de las cosas (IoT), en el que irán añadiéndose sensores en todos los procesos y en los productos no terminados para que interactúen. Esta tecnología fomentará el desarrollo de sistemas cibernéticos (CPS) que permiten utilizar una representación virtual de procesos físicos para su vigilancia o control[45].

-- La ciberseguridad, reforzando las conexiones y estandarizando los protocolos de comunicación.

-- La impresión 3D, para las muestras de diseños complejos.

-- La realidad aumentada, con la que poder tomar decisiones sobre la gestión de un almacén u órdenes de reparación de una máquina o un producto.

-- La nueva generación en la investigación del genoma o los nuevos materiales o formas de energía renovable[46].

La importancia de esta revolución no radicaría tanto en la tecnología en sí sino en la ruptura que produce, esto es, el medio utilizado para la transformación de la empresa (y de todos sus componentes). De hecho, se producen "cuatro rupturas o cambios generados por las innovaciones tecnológicas: el aumento en los volúmenes de datos de que podían disponer las empresas industriales; el aumento de la capacidad de los ordenadores, en muchos casos con precios a la baja, al igual que la conectividad en redes que se expanden sin cesar; la capacidad de analizar los datos de las operaciones de los procesos industriales, almacenándolos en la nube; y la mejora en la creciente interacción de las personas con las máquinas, que empezaron primero con los robots y luego se extendieron con las impresoras en tres dimensiones"[47].

El impacto en el trabajo es distinto en cada caso y las implicaciones diversas para cada tecnología[48], aunque pueden agruparse en cuatro[49]:

-- Creación de empleo: nuevos sectores, productos, servicios.

-- Cambios en el empleo tradicional: digitalización, interacción humano-máquina, nuevas formas de dirección de recursos humanos.

37 AA.VV.: La transformación digital de la industria española, Ministerio de Industria español, 2015 y CC.OO.: "Industria 4.0: una apuesta colectiva", http://www.industria.ccoo.es/cms/g/public/o/6/0163594.pdf.

38 Sobre las implicaciones del Internet de las cosas, OCDE: Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2015, 2015, pp. 275 y ss.; en España, AA.VV.: Las tecnologías IoT dentro de la industria conectada 4.0, Madrid (EOI), 2015.

39 AA.VV.: La transformación digital de la industria española, Ministerio de Industria español, 2015.

40 Valenduc, G. y Vendramin, P.,"Work in the digital economy: sorting the old from the new", ETUI, núm. 3, 2016, p. 7.

41 CC.OO.: "Industria 4.0: una apuesta colectiva", http://www.industria.ccoo.es/cms/g/public/o/6/0163594.pdf.

42 ALEMÁN PÁEZ, F.: "El derecho de desconexión digital. una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail nº 2016-1088", Trabajo y Derecho, 2017.

43 Álvarez Cuesta, H.: El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro, La Coruña, Colex, pp. 10 y ss.

44 CC.OO.: "Industria 4.0: una apuesta colectiva", http://www.industria.ccoo.es/cms/g/public/o/6/0163594.pdf.

45 Valenduc, G. y Vendramin, P.,"Work in the digital economy: sorting the old from the new", cit., p. 13.

46 Mckinsey Global Institute: Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy, 2013, pp. 86 y ss.

47 Tornabell, R.: "Industria 4.0: ¿qué impacto tiene en la producción y el empleo?", Revista del Foment, núm. 2146, 2015, p. 38.

48 Álvarez Cuesta, H.: El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro, cit., pp. 7 y ss.

49 Degryse, C.: "Digitalisation of the economy and its impact on labour markets", ETUI, núm. 2, 2016, pp. 17-18.

-- Destrucción de empleo por la automatización y la robotización.

-- Transformación del trabajo: plataformas digitales, *crowdsourcing*, *sharing economy.*

Quizá sea la temida destrucción de ocupaciones y empleos la que más preocupa. Si bien los datos son solo estimaciones y varían de un estudio a otro. Por ofrecer algún dato, en España, las estimaciones efectuadas por el Instituto Global McKinsey (que analiza el impacto de la automatización en 54 países) considera que existen un total de 8,7 millones de empleo son susceptibles de ser automatizados[50]. Aunque tanto hay razones para considerar que se aventuran tiempos de penumbra como de oportunidades, al final el resultado obtenido depende de las elecciones que Estados, agentes sociales, empresarios y trabajadores realicen hoy[51]: los gobiernos, las empresas y las personas han de adaptarse a las circunstancias cambiantes y son capaces de alterar las consecuencias de cambios aparentemente "inevitables"[52].

IV. Una propuesta de solución: la transición justa

La certeza de la amenaza (o las consecuencias ya presentes) del cambio climático y de la digitalización exige a todos los países un proceso de cambio hacia otro modelo económico y productivo. Este cambio ha de llevarse a cabo modificando normas, pero respetando los derechos sociales para conseguir una transición justa hacia un desarrollo sostenible y un trabajo decente. La transición justa para todos necesita ser bien gestionada y contribuir a los objetivos de trabajo decente para todos, inclusión social y erradicación de la pobreza[53].

Dicha transición justa cabe definirla como un cambio hacia economías inclusivas y con bajas emisiones de carbono, que, al tiempo, maximice las oportunidades de prosperidad económica, justicia social, derechos y protección social para todos, sin dejar a nadie atrás. Por esta razón, el Acuerdo de París estableció el imperativo de una transición justa como uno de los elementos esenciales de la acción climática[54].

La hipótesis de trabajo radica en que "las transformaciones en las decisiones y medidas de orden económico, social, tecnológico y político pueden posibilitar las trayectorias resilientes al clima"[55].

La aplicación de las TIC al proceso económico puede contribuir de forma muy activa a la reducción de los impactos ecológicos: fomentando la sustitución de productos por servicios compartidos y con menor impacto; acercando productores y consumidores; permitiendo disminuir desplazamientos y consumos de materiales; reduciendo emisiones con la optimización de recursos, etc.[56]

Pero es necesario, al tiempo, tener en cuenta los efectos indirectos que pudiera tener en el uso de materiales a modo de efecto rebote: cuando las ganancias en eficiencia se saldan con un aumento del consumo total de recursos o generación de residuos[57]. Muchas tecnologías digitales pueden tener un impacto negativo en el medio ambiente y la salud pública. "Se constata por ejemplo que hay un aumento considerable del consumo de energía y de las emisiones de gases de efecto invernadero relacionado con las TIC. Además, el consumo de agua de los grandes centros de datos puede comprometer el precio del agua. Muchas de estas tecnologías requieren minerales y materias primas tales como tierras raras que a veces provienen de actividades mineras en países donde se violan los derechos humanos y los derechos de los trabajadores, y tampoco las normas ambientales son respetadas. Por último, pero no menos importante, las tecnologías TIC producen cantidades astronómicas de residuos nocivos para el medio ambiente y para la salud pública. Esto es particularmente preocupante cuando estos residuos se exportan a través de medios paralelos a los países pobres, donde la población local está directamente expuesta a los materiales tóxicos. Por lo tanto, la CES exige que el despliegue de las tecnologías digitales se acompañe de un conjunto de reglas y normas que aseguren la sostenibilidad - social, económica y medioambiental – de las cadenas valor de las TIC"[58]. Por ello, conviene fijar como línea roja e incorporarla a la regulación a los distintos niveles, que los avances tecnológicos han de alinearse con los objetivos en materia de medioambiente, energía, clima y trabajo decente, no a modo de un obstáculo para el despliegue sino como un requisito previo para su viabilidad.

Parece necesario diseñar una política industrial verde cuyo objeto sea desencadenar y facilitar los cambios estructurales que conllevan o requieren, tanto para responder a las condiciones o situaciones ambientales como para desarrollar una economía verde y circular[59], definida aquella por el PNUMA como una economía que mejora el bienestar humano y la equidad social, al tiempo que reduce significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica[60], y la circular como aquella no lineal basada en el trinomio extraer-usar-y-tirar, sino en la que desaparece el concepto de residuos y aparece el concepto de recursos, que pueden ser utilizados de nuevo por el sistema de producción[61].

53 OIT, Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all, Ginebra, OIT, 2015, p. 6.

54 Doorey, D.J.. "Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change", Journal of Environmental Law and Practice, núm. 30, 2017, p. 4.

55 AA.VV., Cambio climático 2014 Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, cit., p. 28.

56 Bellver Soroa, J., "La cuarta revolución idustrial ante la crisis ecológica", en AA.VV.: La cuarta revolución industrial desde la mirada ecosocial, Madrid, Clave intelectual, 2018, p. 42.

57 Bellver Soroa, J., "La cuarta revolución idustrial ante la crisis ecológica", en AA.VV.: La cuarta revolución industrial desde la mirada ecosocial, cit., p. 43.

58 CES, "Hacia un trabajo digital justo", 2016.

59 Sobre las fases y metodología para llevarla a cabo, United Nations Industrial Development Organization: Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy, 2016, p. 18.

60 United Nations Industrial Development Organization, Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy, cit., p. 18.

61 AA.VV.: Informe sobre sostenibilidad en España 2017: cambio de rumbo, tiempo de acción, Fundación Alternativas, 2017, p. 37.

Desde la Unión Europea se apunta esta interconexión positiva entre industria 4.0, medioambiente y empleo: a nivel europeo, "el desarrollo y el amplio uso de tecnología con bajas emisiones de carbono no sólo crearán empleos, sino que, globalmente, no se medirán en miles sino en millones; es probable que los nuevos empleos con bajas emisiones de carbono superen en número a las pérdidas de empleo en los sectores intensivos en carbono; y los empleos creados en general atraerán salarios por encima de la media"[62].

Las vías para realizar estos cambios no son únicas, así aparece el denominado *Green New Deal* o bien apostar por el decrecimiento[3]. La primera de las vías propuestas para llevar a cabo esta transición pasa por realizar un Nuevo Pacto Verde (GGND) y una agenda de adaptación a las exigencias de la tecnología, donde se apueste por revivir la economía mundial, crear oportunidades de empleo y proteger a los grupos vulnerables; y al tiempo, reducir la dependencia del carbono, la degradación de los ecosistemas y la escasez de agua[64].

La Unión Europea ha dado los primeros pasos mediante el denominado Pacto Verde (Green Deal), el cual prevé la reducción de gases de efecto invernadero, la descarbonización de la energía, la transformación al uso de energías limpias y renovables y dar el paso a la transformación de la economía en circular[65]. De hecho, en marzo del 2020 está previsto que la Comisión adopte una estrategia industrial que haga frente a los retos del cambio climático y la transformación digital[66].

También en España iniciativas recientes han valorado el impacto de la lucha contra el cambio climático teniendo en consideración las variables de la digitalización y del impacto en el empleo. Así, cabe destacar el Marco Estratégico de Energía y Clima, que parte de la premisa de constituir una oportunidad para la modernización de la economía española y la creación de empleo. De igual modo, para avanzar a nivel nacional en esta línea, la OIT y el Gobierno de España han firmado un acuerdo estratégico de colaboración para implementar las Directrices sobre Transición Justa como marco orientador y herramienta práctica de acción. Esta Estrategia de Transición Justa se propone justamente partir del marco aprobado internacionalmente para acompañar la transición ecológica en España y que en nuestro país pueda de este modo ofrecer los mejores resultados en generación de empleo y justicia y cohesión social y territorial[67].

El Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, define la Estrategia de Transición Justa como "el instrumento de ámbito estatal dirigido a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario para trabajadores y territorios en la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones, el Gobierno aprobará, cada cinco años, Estrategias de Transición Justa mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los Ministerios para la Transición Ecológica, de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, y de Industria, Comercio y Turismo, previa consulta al Consejo Nacional del Clima".

Y dispone que la Estrategia de Transición Justa abordará los siguientes contenidos:

a) Identificación de colectivos y territorios potencialmente vulnerables al proceso de transición a una economía baja en carbono.

b) Análisis de las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición

c) Políticas industriales, de investigación y desarrollo, de promoción de actividad económica y de empleo y formación ocupacional para la transición justa.

d) Instrumentos para el seguimiento del mercado de trabajo en el marco de la transición.

e) El marco de elaboración de los Contratos de Transición Justa.

La segunda de las posibilidades, el decrecimiento, "contempla una reducción fuerte de los trabajos socioambientalmente innecesarios y/o contraproducentes, un incremento de los que consideramos imprescindibles y un aumento de la intensidad del trabajo humano fruto de la reducción en la disponibilidad ener¬gética"[68].

Entonces, y desde el Derecho Laboral, cabe exigir que si la revolución industrial ha alumbrado una "industria inteligente", la misma ha de tener corazón y que sea "verde", esto es, garantice la sostenibilidad y cree empleos sostenibles y decentes[69] y viceversa, la ecologización de la economía y la transición acelerada a una economía baja en carbono requerirá el despliegue de una serie de tecnologías digitales: edificios inteligentes, planificación urbana inteligente y transporte inteligente, el teletrabajo y reuniones virtuales, etc.[70]. Esta nueva o renovada industria ha de ser sostenible, cualidad a aplicar tanto al proceso industrial como al producto, potenciando el uso eficiente de los recursos, la utilización optimizada de las materias primas y el adecuado tratamiento de los residuos; y también socialmente sostenible, apostando por trabajos dignos.

Es preciso aunar los tres conceptos[71]: "el trabajo prestado por los asalariados sea indigno por participar en la degradación medioambiental, como imposibilitar que --precisamente en origen-- se pongan en práctica actuaciones empresariales, no sólo atentatorias de la salud de los propios trabajadores, sino también las que pudieran conllevar menoscabo ambiental"[72].

62 Parlamento Europeo, The impact of climate change on the employment situation, 2010.

63 Ecologistas en acción, Escenarios de trabajo en la transición ecosocial 2020-2030, 2019.

64 Parlamento Europeo, The impact of climate change on the employment situation, 2010.

65 "Destaca que la estrategia industrial debe centrarse en incentivar cadenas de valor para productos, procesos y modelos empresariales económicamente viables y sostenibles orientados a lograr la neutralidad climática, la eficiencia de los recursos, la circularidad y un entorno no tóxico, al tiempo que se mantiene y se desarrolla la competitividad internacional y se evita la deslocalización de las industrias europeas; coincide con la Comisión en que las industrias de gran consumo de energía, como la siderúrgica, la química y la industria del cemento, son fundamentales para la economía europea, y que la modernización y la descarbonización de estas industrias resulta esencial", Pacto Verde Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)).

66 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es.

67 Borrador de la Estrategia de Transición Justa.

68 Ecologistas en acción, Escenarios de trabajo en la transición ecosocial 2020-2030, 2019, p. 27.

69 Álvarez Cuesta, H., Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo, cit. pp. 21 y ss.

70 CES, "Hacia un trabajo digital justo", 2016.

71 Así lo hace la OIT, Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos, 2015.

72 Pérez Amorós, F., "Derecho del trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias", Gaceta Laboral, vol. 14, 2010, p. 190.

En particular, la unión de la tecnología en la producción "verde" ha suscitado preocupación debido a la escasa atención prestada a los riesgos laborales que existen en tales empleos y, por tanto, a la necesidad de integrar medidas de seguridad y salud en la concepción de los empleos verdes[73]. Los riesgos en tales ocupaciones se consideran combinaciones de nuevos y emergentes, especialmente aquellos provocados por las nuevas tecnologías; así, conviene apuntar en este momento[74]: la energía solar utilizan más de 15 materiales peligrosos para la fabricación de paneles fotovoltaicos, sin olvidar los riegos físicos de su instalación; en la energía eólica los trabajadores tal vez se vean expuestos a riesgos químicos derivados de la exposición a resinas epoxídicas, al estireno y disolventes, a gases, vapores y polvos nocivos, y a riesgos físicos provocados por los elementos móviles, así como a la manipulación en la fabricación y mantenimiento de cuchillas, con riesgo de exposición a polvos y emanaciones de gases tóxicos provenientes de la fibra de vidrio, de endurecedores, de aerosoles y de fibras de carbono; en la bioenergía (con todas las prevenciones a ella asociados) une los riesgos de la agricultura con los derivados del proceso térmico, como carcinógenos, monóxido de carbono, óxidos de azufre, plomo, compuestos orgánicos volátiles, e incluso pequeñas cantidades de mercurio, metales pesados y dioxinas; el reciclaje de residuos es una de las actividades más potencialmente peligrosa y dependerá su grado del material a reciclar.

Así, las actividades tradicionales que pasan por el tamiz ecológico y tecnológico han de afrontar nuevos riesgos vinculados a las nuevas formas de producción o materiales empleados. Todo trabajo, incluido el verde y tecnológico, debe observar los principios que rigen la seguridad y la salud de los trabajadores, y los parámetros que permiten calificarlo como decente y digno.

73 OIT: Promover la seguridad y salud en una economía verde, cit., p. 3.

74 Siguiendo OIT: Promover la seguridad y salud en una economía verde, cit., pp. 3 y ss.

V. Acciones complementarias

La lucha contra el cambio climático y la adaptación a los cambios tecnológicos necesita también incorporar dos ingredientes adicionales que han demostrado que facilitan un cambio socialmente aceptable y beneficioso en el trabajo: el desarrollo de competencias, especialmente en tecnología, y la protección social[75].

Respecto a las primeras, en una economía de bajo carbono y con alta inversión en digitalización, es probable que algunas habilidades se vuelvan obsoletas debido a cambios estructurales en el mercado de trabajo y se crearán nuevas habilidades a medida que surjan nuevas ocupaciones de "cuello verde" y virtual, mientras que algunos puestos de trabajo existentes cambiarán de naturaleza. Se necesitarán competencias más específicas relacionadas con la economía verde[76], como el conocimiento de los materiales sostenibles, el trabajo con nuevas tecnologías, las capacidades para medir la "impresión de pie de carbono" y las habilidades de evaluación del impacto ambiental (flora y fauna). Una mano de obra bien formada en competencias digitales y consciente del medio ambiente también será más innovadora en la mejora de la eficiencia de los recursos. Para lograrlo, es necesario apostar por estrategias integrales de aprendizaje permanente y sistemas de formación que incorporen el desarrollo sostenible y garanticen que se proporcionen las competencias y habilidades adecuadas a las herramientas tecnológicas utilizadas[77]. "Al anticiparse a las tendencias futuras del empleo en las economías verdes, los estados desarrollados pueden evitar las brechas y escasez de mano de obra"[78].

En cuanto a las segundas, han surgido propuestas a analizar al efecto, por ejemplo, compensar a los trabajadores que pierdan su empleo o tengan dificultades en obtenerlo, bien por la lucha contra el cambio climático, bien por la digitalización de la actividad que han desarrollado. Para ellos, los Estados deben crear políticas de reactivación especialmente diseñadas[79] y mientras tanto proporcionar adecuada protección social, no faltando voces que apuntan en la dirección de regular una renta básica universal a estos efectos[80].

CV Henar Álvarez Cuesta.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de León (España), ha publicado más de cien artículos doctrinales y capítulos de libros, así como más de una decena de monografías, entre las que destacan: *La mayor representatividad sindical; La precariedad laboral, Empleos verdes o El futuro del trabajo vs el trabajo del futuro*. Ha participado en numerosos congresos nacionales e internacionales e impartido conferencias en los más prestigiosos foros.

75 OIT, Work in a changing climate, The Green Initiative, Ginebra, OIT, 2017, p. 13.

76 Al respecto, OIT, Competencias profesionales para un future más ecológico, Ginebra, OIT, 2019.

77 Parlamento Europeo, The impact of climate change on the employment situation, 2010.

78 Stephenson, S., "Jobs, Justice, Climate: Conflicting State Obligations in the International Human Rights and Climate Change Regimes", Ottawa Law Review, Vol. 42, núm. 1, 2010, p. 11.

79 Stephenson, S., "Jobs, Justice, Climate: Conflicting State Obligations in the International Human Rights and Climate Change Regimes", cit., p. 11, citando el Canadian Labour Congress, Just Transition for Workers During Environmental Change, Position Paper, Ottawa, Canadian Labour Congress, 2000.

80 Por todos, Carrizosa Prieto, E., "Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 192, 2016.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ENTORNOS DE TRABAJO ROBOTIZADOS: ESTÁNDARES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ROBOTIC WORKING ENVIRONMENTS: OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY STANDARDS

Inmaculada Sandra Fumero Dios

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Dpto. de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa
Universidad de La Laguna

I. Introducción 163

II. La OIT y el futuro del trabajo: puestos de trabajo tecnológicos más seguros y saludables 164

III. Primera norma intergubernamental: los Principios sobre IA y el respaldo la Comisión Europea 167

IV. La IA y la robótica en contextos ocupacionales 168

V. Estándares de seguridad y salud en el trabajo en relación con la interfaz hombre-máquina 179

VI. Medidas preventivas para un espacio compartido por el trabajador y el cobot 172

VII. Conclusiones; Bibliografía. 173

Resumen

Abstract

A lo largo de los años el mercado de trabajo ha sido testigo de la automatización de los entornos de trabajo. La aplicación de la tecnología y la robótica en los puestos de trabajo ha favorecido la innovación de los procesos industriales permitiendo eliminar o reducir el trabajo monótono y repetitivo, generalmente, para realizar tareas inseguras y peligrosas. Sin embargo, los puestos de trabajo tecnológicamente colaborativos suscitan numerosas dudas en la comunidad internacional sobre sus efectos en la vida de las personas. Indiscutiblemente, las nuevas tendencias hacen que los trabajadores deban adaptarse a la ejecución de tareas compartidas con los "cobot o co-robot". Los riesgos que conlleva dicha integración intensifican la responsabilidad de los trabajadores incidiendo en la salud física, psíquica y social. La proliferación de la automatización y la robótica pondrán en cuestión la demanda del mercado de trabajo representada por la cantidad de trabajadores que las empresas necesitarán ante la automatización de tareas. En este sentido, la construcción de un futuro del trabajo justo y equitativo necesariamente deberá garantizar ambientes de trabajo seguros y saludables respetando el derecho a la vida privada y a la protección de datos.

Palabras clave: Inteligencia artificial, robot, seguridad y salud en el trabajo, medidas preventivas.

Over the years, the labour market has witnessed the automation of work environments. The application of technology and robotics in the workplace has led to the innovation of industrial processes, allowing for the elimination or reduction of monotonous and repetitive work, often for unsafe and hazardous tasks. However, technologically collaborative workplaces raise many questions in the international community about their effects on people's lives. Undeniably, new trends mean that workers must adapt to performing shared tasks with co-bots or co-robots. The risks involved in such integration increase the responsibility of workers, affecting their physical, psychological and social health. The proliferation of automation and robotics will call into question the labour market demand represented by the number of workers that companies will need in view of the automation of tasks. In this sense, the construction of a fair and equitable future of work must necessarily guarantee safe and healthy working environments while respecting the right to privacy and data protection. This gives rise to the need to regulate a specific legal framework for AI and robotics.

Key words: *Artificial intelligence, robot, occupational health and safety, preventive measures*

I. Introducción

1. "Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra un daño"; 2. "Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entrasen en conflicto con la primera ley; 3. Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección entre en conflicto con la primera o con la segunda ley". Fueron estas las leyes primitivas de la robótica declaradas por el escritor Isaac Asimov en su relato de ciencia ficción titulado: "*Circulo vicioso*" (1942). Las disquisiciones que se planteó el autor en su momento y los debates que, a día de hoy, se suscitan presentan cierta similitud en relación con los avances tecnológicos, concretamente, por los riesgos derivados de la Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, IA)[1] y los entornos de trabajo robotizados.

Los cambios en el proceso productivo y la innovación tecnológica forman parte del modelo de trabajo actual[2]. Así las cosas, como instauración dominante, la automatización, la robótica y la IA ofrecen alternativas a las dificultades que al ser humano se le presentan. Esto se debe en gran parte al avance tecnológico y su repercusión en la vida de las personas, tanto en el ámbito privado como en el de las relaciones laborales. Como se ha señalado, estas transformaciones han introducido mejoras en las condiciones de vida, mayoritariamente, mediante el uso de la tecnología en ámbitos tan dispares como el de la pedagogía educativa, la medicina, el cuidado de personas de edad avanzada, etc. En los últimos años se ha constatado evidencias que justifican que la tecnología ha venido para convertirse en un complemento en el quehacer diario.

Esto que puede ser importante para el desarrollo de la economía mundial, sin embargo, plantea ciertos inconvenientes en lo nuevos modos de prestar trabajo. Algunos estudios han señalado que parte de los empleos tradicionales mutarán o desaparecerán a causa de los avances en la informática, mecánica, bioquímica, etc. Es más, se afirma que en 2035 se perderán aproximadamente 8 millones de empleos en la industria tradicional a causa de la IA y la robotización de los puestos de trabajo[3]. Sin embargo, estos cambios tecnológicos encierran un desafío mayor, existe cierto recelo en la comunidad internacional en relación con la robotización y los efectos que ésta tendrá en el empleo[4]. Estas cuestiones requieren una profunda reflexión sobre el futuro del trabajo[5]. Algunas voces ya hablan de una crisis cuasi existencial en todos los ámbitos de la sociedad.

Haciendo una primera aproximación en relación con la robotización y su incidencia en las relaciones laborales y en la seguridad y la salud en el trabajo, la población expresa sentir miedo o desconfianza ya que no ven oportunidades sino amenazas —de una parte, destrucción de empleo debido a que sus tareas, en el futuro, serán ejecutadas por los robots y, de otra, el mal uso de la IA invadirá parcelas de la vida privada[6] —. De ahí que se haya promovido un llamamiento por los principales líderes del Mundo en el World Economic Forum, Davos (2016)[7] en relación con la inminente revolución industrial y los retos que esta presenta. Como ya se ha anticipado, la nueva era tecnológica también provoca inquietud entre los mandatarios y las organizaciones internacionales. Concretamente, Klaur Schwab, fundador del Foro Económico Mundial, vino a señalar que "la sociedad no se encuentra lo suficientemente preparada para esta cuarta revolución industrial" y, por tanto, el avance de la robótica y la IA generará un tsunami de tal magnitud que transformará el panorama actual de la sociedad y de las relaciones laborales. Así pues, en tal dirección urge la necesidad de desarrollar políticas públicas de empleo que introduzcan una perspectiva integral, es decir, que no sólo aborde el crecimiento económico, sino que garantice la inclusión social de aquellos con menos competencias y habilidades digitales. En consecuencia, conviene facilitar la transición hacia los empleos tecnológicos mediante la adquisición de habilidades y destrezas en esta materia.

1 OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, "Trabajar para un futuro más prometedor", Ginebra, 2019, p. 45. El concepto de IA es de aplicación a los sistemas o dispositivos electrónicos que manifiestan un comportamiento inteligente, con cierto grado de autonomía, por ejemplo, asistentes de voz, reconocimiento facial, programas de análisis de datos, etc. En muchos casos la IA se encuentra incorporada en dispositivos de hardware (robots, coches autónomos, drones, etc.) COM (2018) 237 final, p.1. NAVAS NAVARRO, S., *Derecho e inteligencia artificial, tecnología, derecho*, Tirant lo blanch, 2017, pp. 23 a 72.

2 *Vid. Conclusiones Generales del Simposio Iberoamericano OIT sobre el Futuro del Trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas*, 30 y 31 de octubre, Santa Cruz de La Palma, Canarias, 2018.

3 FREY, C. B. y OSBORNE, M.; "The future of employment: How susceptible are jobs to computerization?", 2013, Sitio web https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/the-future-of-employment/

4 Sobre las inversiones privadas en inteligencia artificial (2016): 2.400 y 3.200 millones de euros en Europa, 6.500 a 9.700 millones de euros en Asia y 12.000 a 18.500 millones de euros en América del Norte. Vid. "*10 imperatives for Europe in the age of AI and automation*", Mc Kinsey, 2017.

5 CRUZ VILLALÓN, J., "El futuro del trabajo y su gobernanza", Temas Laborales, núm. 137, 2017, pp. 22 a 24.

6 Alguna parte de la doctrina ha entendido que los avances tecnológicos no siempre se acompañan de mejoras en las condiciones de trabajo Vid. GOERLICH, J.M., *Repensar el derecho del trabajo. Cambios tecnológicos y empleo*, Gaceta Sindical, núm. 27, CCOO, Madrid, 2016, pág. 187. OIT, nota de presa, accesible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/lang--es/index.htm

7 Foro celebrado en enero del 20 al 23. Al evento asistieron alrededor de 2.500 personalidades del mundo de las finanzas, primeros ministros, secretarios de estado, presidentes de gobiernos, etc.

II. La OIT y el futuro del trabajo: puestos de trabajo tecnológicos más seguros y saludables

En relación con lo anterior y con motivo del centenario de la OIT "OIT100", el 22 de enero de 2019, la OIT difundió, de manera institucional, el informe sobre el futuro del trabajo en el que se hizo eco del impacto de los avances tecnológicos en el empleo y en la seguridad y salud en el trabajo. Valga recordar que uno de los principales objetivos de la OIT es identificar y abrir nuevas líneas de acción dirigidas a promover un cambio de paradigma entre la comunidad internacional frente a la transformación de los lugares de trabajo. De una parte, mediante la inversión en las instituciones del trabajo — el contrato, el diálogo y la concertación social y las normas internacionales del trabajo — y, de otra, consolidando y reconociendo lo ya dispuesto en la Constitución de la OIT (1919). En este sentido, las condiciones de trabajo han ser compatibles con el bienestar de los trabajadores y con la dignidad humana siendo deseable ofrecer posibilidades de satisfacción y realización particular y de servicio a la sociedad[8]. Esto es, no solo basta con sensibilizar sobre los cambios tecnológicos y su incidencia en la sociedad, sino también anticiparse a los nuevos riesgos que se derivan en el trabajo identificándolos de manera eficaz.

1. La seguridad y la salud en el trabajo y su reconocimiento como derecho fundamental frente a los nuevos desafíos de la era tecnológica

La promoción de un empleo más seguro y saludable es el nuevo enfoque que la OIT ha querido trasladar a los Estados en la era digital. Esta recomendación reviste, con diferencia, un hecho de cierta importancia que mejora la visibilidad y la eficacia jurídica de acciones futuras sobre trabajo decente[9]. De hecho, a la hora de crear condiciones de trabajo favorables frente a los nuevos desafíos, la OIT continúa promoviendo acciones desde un enfoque global, en la mayoría de ocasiones, a través de sus herramientas normativas capaces de afrontar el futuro del trabajo desde una perspectiva cada vez más integral y universal. Así pues, y ante el logro de alcanzar desarrollo y justicia social para todos[10] se propone reconocer la seguridad y salud en el trabajo como un principio y derecho fundamental, especialmente, frente a la nueva era digital y las transformaciones del mercado de trabajo. Existe un marcado vínculo entre el establecimiento de una garantía laboral universal, la protección de los trabajadores y un futuro más prometedor — cimentado, especialmente, en las personas en aras a reforzar el tejido social —[11]. La actual reorganización de las relaciones laborales, ha ofrecido numerosas oportunidades a las personas a trabajadoras, pero también ha propiciado ciertos riesgos laborables derivados del uso de las nuevas tecnologías. Por esta razón, la OIT ha venido promoviendo el diálogo social en el marco de la seguridad y la salud en el trabajo a propósito del Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo. Quiere esto decir, que todo Miembro que haya ratificado el convenio deberá promover la mejora continua de la seguridad y la salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo.

En estos términos, la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo vino a señalar que para lograr un futuro del trabajo más idóneo deberá tenerse en cuenta, por parte de los Estados miembros, el firme propósito de aumentar esfuerzos en dotar a todos los trabajadores de los derechos fundamentales y del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, en particular[12]. A tal efecto, podría entenderse que el lema "trabajar para un futuro más prometedor" expresa, sin reservas, un claro encargo de velar por unas condiciones de trabajo justas, seguras y saludables.

Reivindicar que el Convenio 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo[13] cobre plena aplicación en el conjunto de los Estados miembros sigue siendo una exigencia ineludible a fin de alcanzar los objetivos de Trabajo Decente y los dispuestos en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible[14]. Probablemente, sea esta la forma más clara y evidente de atribuirle a la seguridad y salud en el trabajo la consideración de derecho fundamental pues, el mercado de trabajo tiende a funcionar, preeminentemente, relegando la

8 ALLI, O.B., *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Informes OIT, 2008, Edición Española, MTIN, 2009, p. 42.

9 LOZANO LARES, F., "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4º, núm. 4, 2016, p. 14. En el mismo sentido, En este sentido, WEBSTER, E., BUDLENDER, D. y ARKIN, M. M., "Una herramienta de diagnóstico y un instrumento de política para lograr el trabajo decente", *Revista internacional del trabajo*, OIT, Vol. 134, núm. 2, 2015, p. 40. A mayor abundamiento sobre el derecho a un trabajo decente, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M., "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015, pp. 27-30.

10 GIL Y GIL, J.L., "Justicia Social y acción normativa de la OIT", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 4, 2015, 17, pp. 32-33.

11 RAMOS QUINTANA, M.I., "Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: Trabajar para un futuro más prometedor", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 51, 2019, pp. 75-76.

12 CAMAS RODA, F., *La normativa Internacional y Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

13 Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Adopción: Ginebra, 67ª reunión CIT (22 junio 1981) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).

14 A la vista de las negociaciones llevadas a cabo por los gobiernos y la sociedad civil de todo el mundo, los Estados miembros de las Naciones Unidas acordaron, por unanimidad, la aprobación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Sobre este hito, el Secretario General de la ONU vino a señalar que se trataba de un hecho sin precedentes "la agenda de desarrollo más inclusiva que el mundo jamás haya visto".

salud y seguridad de los trabajadores a un segundo plano de interés. Sea como fuere, la OIT ha de seguir velando por garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores[15].

2. El Programa Trabajo Decente de la OIT y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible

A esta idea y discurso, se suman las aspiraciones recogidas en el Programa Trabajo Decente de la OIT[16] y en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible[17] en favor de un compromiso social universal que fomente, entre los Estados miembros, la ratificación e implementación de las normas internacionales del trabajo[18]. El trabajo decente viene a considerar las aspiraciones de las personas trabajadoras en su vida profesional impulsando la justicia social para que los mercados de trabajo sean más inclusivos y eficaces[19]. Será esencial, por tanto, acceder a un empleo productivo con salario justo, garantizar la seguridad y la salud en el trabajo y alcanzar la protección social. En aplicación de dicho programa, la creación de empleo, la protección social, los derechos en el trabajo y el diálogo social se convierten en elementos esenciales en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.

Concretamente el objetivo 8 insta a promover un crecimiento económico, inclusivo y sostenible que ofrezca igualdad a todos. Como anunciábamos, será necesario que la OIT revise sus objetivos en relación con los principios y derechos fundamentales en el trabajo[20]. Es decir, deberá considerar la necesidad de aumentar "el piso" o los estándares mínimos de protección de los trabajadores, a fin y con efecto de garantizar que los gobiernos y empleadores reconozcan la seguridad y la salud en el trabajo como un instrumento fundamental y universal frente a los nuevos desafíos que se derivan del trabajo, también frente a los riesgos laborales derivados de la IA, los avances tecnológicos y la robotización[21]. Recuérdese que en junio de 2019 expertos de Naciones Unidas instaron a la OIT a reconocer las condiciones de trabajo seguras y saludables como un derecho fundamental[22]. Si bien, hasta la fecha, el Convenio núm. 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores sigue sin ser conocido como tal[23].

Y es que, la salud laboral sigue cimentándose sobre una piedra angular en aplicación del 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en virtud del cual "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" y, del artículo 7 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 que venía a señalar, expresamente, que "los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (...). A día de hoy, derechos reforzados en el informe de la OIT "Seguridad y Salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia" (2019)[24].

Dicho en otros términos, la OIT continúa promoviendo el establecimiento de una garantía laboral universal afirmando que "ha llegado el momento de que la seguridad y la salud en el trabajo sea reconocida como un principio y un derecho fundamental del trabajo"[25]. Garantía a tener en cuenta puesto que, como no podía ser de otra manera, la gestión de un entorno de trabajo seguro y saludable deberá acomodarse a las nuevas transformaciones del mercado de trabajo[26].

Y es que, la inmersión de la tecnología, los vehículos autónomos, los dispositivos inteligentes, la robótica, las interfaces hombre-máquina, la tecnología de sensores, la computación cuántica, los desechos electrónicos, entre otros, forman parte, cada vez más, de los entornos de trabajo[27].

3. Normas específicas en el contexto de la IA y la robótica

En este punto, es necesario señalar que un robot es "un manipulador funcional programable, capaz de mover material, piezas, herramientas o dispositivos especializados mediante movimientos variables programados, con el fin de realizar tareas diversas"[28]. Otras voces, han señalado que "es muy difícil encontrar una definición a la hora de hablar de robots. Abordaremos todos los tipos de robots: industriales, de servicio (aspiradoras, frigoríficos inteligentes), sanitarios y quirúrgicos, drones, coches y la inteligencia artificial". Por otra parte, la norma UNE-EN ISO 102 18-1 entiende por robot, aquel dispositivo manipulador controlado automáticamente, reprogramables en tres o más ejes, que puede ser fijo o móvil y que se utiliza en operaciones industriales automatizadas. Por tanto, un robot colaborativo, "*cobot*" o "*co-robot*" es un robot que interactúa directamente con la persona dentro de un entorno de trabajo, es decir, el trabajador y el robot ejecutan tareas de manera sincrónica. Sin llegar a ampliar en exceso el concepto, la Directiva 2006/46/CE[29], del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas, establece cierta concordancia con el precepto equiparando al robot con una "cuasi máquina" *ex* art. 2.

15 Son varios los Convenios de la OIT que España ha ratificado en relación con la seguridad y salud laboral. A estos efectos, la propia LPRL, en su exposición de motivos, hace referencia explícita a ello: "nuestros propios compromisos contraídos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, enriquecen el contenido del texto legal al incorporar sus prescripciones y darles el rango legal adecuado dentro de nuestro sistema jurídico".

16 Concretamente, el objetivo 8.8 sostiene, como meta a alcanzar, mejorar la protección de los derechos laborales promoviendo un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular, las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.

17 CARÚS RIBALAYGUA, L., "Índices e indicadores de sostenibilidad", en *Contribución de las organizaciones a la consecución de los objetivos de desarrollo del milenio*, (SAZ GIL, M.I. coord.)

18 SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre la OIT y su acción normativa", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, p. 201; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., Derecho del Trabajo, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 26ª ed., 2018, pp. 225-235.

19 OIT, Informe anual sobre "Perspectivas sociales y de empleo en el mundo", 2019. Sitio web https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_670569.pdf

20 SEVERÍN CONCHA, J.P., Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional, Tesis, 2015, Madrid. Sobre las garantías de los derechos fundamentales en la relación laboral, TOSCANI GIMÉNEZ, D., Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos, Año núm. 26, núm. 274, 2013, p.95.

21 FUMERO DIOS, I.S., "El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo y el propósito de reconocer la seguridad y salud en el trabajo como un derecho fundamental por la OIT", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 55-56, 2019, pp. 73 a 86.

22 *Vid.* United Nations Human Rights Office of the Hight Commissioner "UN experts urge ILO to back safe and healthy work conditions as a 'fundamental? right".

23 BOE núm. 270, de 11 de noviembre.

24 *Vid.* OIT, Seguridad y Salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia, Ginebra, 2019. Disponible en la web de la OIT.

25 *Vid.* OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra, 2019, p. 40.

26 BAYLOS GRAU, A., "El futuro de las normas del trabajo que queremos", OIT *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Madrid, Vol. II, 2017, pp. 491a 496.

27 AA.VV., "Key trends and drivers of change in information and communication technologies and work location", European Agency for Safety and Health at Work, 2017

28 Definición técnica ofrecida por *Robot Institute of America*

Así pues, en una aproximación conceptual se entiende por IA "la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligente" (John McCarthy, 1956). Acepciones al concepto señalan que la IA, por su carácter interdisciplinar, es de aplicación a los sistemas o dispositivos electrónicos que manifiestan un comportamiento inteligente con cierto grado de autonomía, por ejemplo, asistentes de voz, reconocimiento facial, programas de análisis de datos, aplicaciones de internet[30], etc. Específicamente, la IA se vincula con dispositivos de *hardware* lo que hace posible ejecutar tareas de manera autónoma —robots[31], coches autónomos, drones, etc.— Interpretado así, se puede afirmar que la IA es una disciplina que abarca el aprendizaje automático, el razonamiento, la programación y la robótica[32].

Ahora bien, con el propósito de alcanzar un futuro más prometedor frente a las nuevas tecnologías habrá que decantarse por alcanzar una visión más acertada sobre la mejora las condiciones de seguridad y salud en el trabajo[33]. La protección frente a los riesgos laborales de las personas trabajadoras viene amparada por la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio, relativa a la introducción de medidas para fomentar la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo[34]. En el mismo sentido, recuérdese, la Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la UE: "Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte" (2016) en virtud de la cual se dispuso la necesidad de elaborar un marco regulador específico en ámbitos relativos a la biotecnología, la IA y la robótica con el fin de evitar los riesgos de seguridad[35].

Los actuales entornos sociales y laborales vienen demandando que el avance tecnológico se desarrolle a partir de la sumisión y el respeto de los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa, en especial sobre la seguridad, privacidad, etc. En el mismo sentido, distintos órganos gubernamentales y sociales se hicieron eco de la necesidad de elaborar políticas de empleo que faciliten a las personas trabajadoras la adquisición de capacidades profesionales en relación con la IA y la robótica, cuestionándose a su vez si los fabricantes o propietarios de los robots debían suscribir un contrato por los posibles daños que estos pudieran ocasionar[36].

Frente a estas cuestiones controvertidas y, de cara a un instrumento regulador[37], se eleva a la Comisión Europea una petición, que es abanderada por parte Nathalie Navejans, en la que se solicita que no se reconozca a los robots el estatus de personas electrónicas[38]. Dicha solicitud vino avalada por cientos de expertos (más de 200 de 14 países), entre los que se incluyó a especialistas en filosofía de la computación y bioética. Una de las cuestiones a abordar giró entorno a la responsabilidad de los fabricantes por los actos de los robots[39]. En el mismo sentido se expresó Delvaux — redactora de la propuesta — afirmando que "para garantizar que los robots estén y sigan al servicio de los seres humanos, necesitamos urgentemente crear un sólido marco legal europeo". De entrada, es necesario hacer referencia al "principio de precaución" dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica[40] en virtud de la cual, las investigaciones en el ámbito de la robótica deberán llevarse a cabo siguiendo el principio de precaución y seguridad.

De esta manera, responder a los desafíos derivados de la revolución tecnológica 4.0, requiere el logro de un sistema regulador capaz de adaptarse a las nuevas mutaciones del trabajo. Así, la nanotecnología[41], los micro y nano procesos electrónicos, los sistemas de producción descentralizados, la biotecnología, la robótica[42] y la fotónica precisan de un marco normativo que favorezca la reacción temprana a los problemas que se suscitan en estos contextos. Evidentemente, un robot no es titular de responsabilidad jurídica por los daños o lesiones que pudiera ocasionar en los trabajadores. En términos generales, el diseño y la fabricación de los robots es responsabilidad de los fabricantes y se regulariza mediante un conjunto de normas internacionales que regulan disposiciones mínimas en materia de seguridad. Entre ellas cabe distinguir la norma ISO 10218-1: 2011 (Parte 1) Robot y dispositivos robóticos: Requisitos de seguridad para robots industriales[43] y la norma ISO 10218-2: 2011 (Parte 2) Robots y dispositivos robóticos. Requisitos de seguridad para robots industriales: Sistemas e integración de robots[44]. En el mismo sentido, se ha de hacer referencia a la ya mencionada Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE[45].

29 DO L 157 de 9 de junio de 2006. *Vid.* SANZ PEREDA, J., "Robot industriales colaborativos: una nueva forma de trabajo, *seguridad y salud en el trabajo*, núm. 95, 2018, pp. 7-9. El autor hace especial hincapié en dejar claro que "un robot NO es una máquina, dado que por sí sólo no realiza ninguna aplicación determinada. Es necesario que, para su utilización, se integre en un conjunto. Por lo tanto, un robot no dispondrá de declaración de conformidad ni de marcado CE, sino que irá acompañado de una declaración de incorporación y de instrucciones para su montaje".

30 COM (2018) 237 final. Sobre las principales capacidades y disciplinas científicas de la IA: "High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission, 2019.

31 La norma ISO 8373:2012 aporta una definición al concepto señalando que un robot es una máquina programable.

32 *Vid.* "Directrices éticas para una IA fiable. Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial", Comisión Europea, Bruselas, 2019.

33 VALDÉS DAL-RÉ, F., "Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2019, pp. 131 a 135.

34 DO L 183 de 29 de junio de 1989.

35 Sitio web:///Users/isfd/Downloads/OF0116825ESN.es.pdf

36 COM (2018) 237 final.

37 Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, *cit.*, pfo. 5lVIV9.

38 *Vid*, La Vanguardia, martes 17 de abril de 2018, Tendencias, Los dilemas éticos de los avances tecnológicos, "Europa, dividida sobre los derechos de los robots", p. 20.

39 Algunas voces sobre la responsabilidad por daños cometidos por un robot. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2018/04/24/actualidad/1524562104_998276.html

40 *Vid.* Parlamento Europeo. 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)), P8_TA (2017)0051. CIERCO SEIRA, C.: "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitarios y español, *Revista de Administración Pública*, 2004, núm. 163, pp. 73-78.

41 *Vid. Science, Technology and Competitiveness Key figures report* 2008/2009.

42 En este sentido, MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017, pp. 218 a 219. Del mismo autor, "El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital: A la memoria de mi querido amigo José Antonio Zapatero Ranz, con quien tanto hablé del futuro", *Revista de Información Laboral*, 2018, núm. 11, pp. 20 y ss.

43 Disponible en: https://www.iso.org/standard/51330.html

44 Disponible en: Esta norma describe los factores de riesgos y las situaciones peligrosas y proporciona medidas de seguridad para eliminar o reducir los riesgos asociados con estos peligros. No obstante, no se aborda específicamente los peligros derivados de la radiación láser, virutas expulsadas, humo de soldadura, etc. En estos casos son de aplicación otros estándares de seguridad.

45 DO L 157/24, de 9 de junio de 2006.

III. Primera norma intergubernamental: los Principios sobre IA y el respaldo la Comisión Europea

En mayo de 2019 se adopta la primera norma intergubernamental sobre la IA en el seno del Consejo de la OCDE[46]. Los actos que patrocinan esta norma emergen del Foro sobre la Previsión Tecnológica sobre la IA (2016), del Foro Internacional de Prospectiva Tecnológica sobre la IA (2016) y de la Conferencia Internacional sobre la AI: *Intelligent Machines, Smart Policies* (2017)—. Nos hallamos pues, ante la premisa de fomentar el respeto de los derechos humanos y los valores democráticos mediante propuesta de resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas[47] a fin de lograr, en la era de la IA, una conducta responsable. En consecuencia, se pretende reivindicar que la aplicación de la IA se desarrolle y gestione siguiendo unos principios socialmente responsables. En particular, principios que promuevan e implementen el crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible y el bienestar social. Valores centrados en el ser humano y en la justicia, en la transparencia y, por último, en la responsabilidad en el uso y aplicabilidad. En concordancia con ellos, la recomendación enumera un conjunto de encomiendas dirigidas a los responsables de la elaboración de políticas nacionales en términos de fomentar un entorno normativo propicio para el desarrollo de la IA. Asimismo, se invita a los gobiernos a fomentar políticas relativas al desarrollo y aprendizaje de competencias basadas en las nuevas tecnologías. En este intento, se hace un llamamiento a la comunidad internacional a cooperar frente a los nuevos desafíos legales y éticos con objeto de desarrollar normas reglamentarias bajo los auspicios de las Naciones Unidas[48]. Asimismo, se solicita fomentar la aplicación de un código ético o de conducta basado en el respeto a la dignidad, intimidad y la seguridad de las personas[49]. Recuérdese que la responsabilidad social de la empresa[50] y la autorregulación son medidas que promocionan trabajo decente[51].

En 2020 emerge una coalición mundial sobre IA que agrupa a expertos del ámbito privado y público —gobiernos, sindicatos, instituciones académicas, etc.—. La OCDE afirma que se creará "un vínculo resistente entre la elaboración de políticas internacionales y el discurso técnico sobre inteligencia artificial gracias a la experiencia de la OCDE y a su rol pionero en el establecimiento de la primera norma intergubernamental para una IA digna de confianza". Dicho de otro modo, esto supone un gran avance en el desarrollo y aplicación de IA pues, como hemos advertido esto supone un acuerdo en relación a la sujeción de normas internacionales que velen para que el diseño de los sistemas de IA sea seguros, equitativos y fiables. Evidentemente, los Principios sobre la IA cuentan con el respaldo de la Comisión Europea[52].

Dichos principios, avalados por el G-20, son instrumentos de referencia para la formulación de políticas relacionadas con la IA que, sin ser jurídicamente vinculantes, sirven para la elaboración y confección de legislaciones nacionales. Entre los principios cabe mencionar: los sistemas de IA deben diseñarse de manera que respeten el Estado de derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y la diversidad, permitiendo la intervención humana cuando sea necesario, con aras de garantizar una sociedad justa y equitativa[53].

A ello se suma lo dispuesto en los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales y lo dispuesto en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE respecto del derecho a la protección de la vida privada y protección de datos aplicados a los ámbitos de la IA y la robótica. El marco jurídico de la UE sobre protección de datos señala que los diseñadores de sistemas robóticos y de IA deberán confeccionarlos siguiendo las directrices de responsabilidad sobre el tratamiento de datos conforme a la legislación en vigor, esto es, respetando la confidencialidad, el anonimato, el trato justo y el respeto de la legalidad.

43 Disponible en: https://www.iso.org/standard/51330.html

44 Disponible en: Esta norma describe los factores de riesgos y las situaciones peligrosas y proporciona medidas de seguridad para eliminar o reducir los riesgos asociados con estos peligros. No obstante, no se aborda específicamente los peligros derivados de la radiación láser, virutas expulsadas, humo de soldadura, etc. En estos casos son de aplicación otros estándares de seguridad.

45 DO L 157/24, de 9 de junio de 2006.

46 *Vid.* Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD Legal Instruments, 2019.

47 *Vid.* Parlamento Europeo, 2020/2012(INL)

48 Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, *cit.*, pfo. 63.

49 *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, *cit.*, Anexo a la Resolución. Los investigadores en el campo de la robótica deberían comprometerse a adoptar una conducta estricta en materia de ética y de deontología, así como a respetar los siguientes principios:
Beneficencia — los robots deben actuar en beneficio del hombre; Principio de no perjuicio o maleficencia — la doctrina de «primero, no hacer daño», en virtud del cual los robots no deberían perjudicar a las personas; Autonomía — la capacidad de tomar una decisión con conocimiento de causa e independiente sobre los términos de interacción con los robots; Justicia — la distribución justa de los beneficios asociados a la robótica y la asequibilidad de los robots utilizados en el ámbito de la asistencia sanitaria a domicilio y de los cuidados sanitarios en particular.

50 VEGA RUIZ, M. L., "El futuro del trabajo: ¿Regular un derecho humano? El debate sobre la centralidad del ser en el trabajo", en AA.VV. El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente, Laborum, 2018, pp.19 a 21.

51 Sobre "soft law" o "derecho blando" Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., La metamorfosis del Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 15 a 16.

52 OCDE. Principios de la OCDE sobre la IA, Sitio Web https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/cuarentaydospaisesadoptanlosprincipiosdelaocdesobreinteligenciaartificial.htm

53 Recomendación del Consejo de Inteligencia Artificial. Sitio web https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#supportDocuments

IV. La IA y la robótica en contextos ocupacionales

Los nuevos sistemas de producción[54] han incorporado dispositivos industriales capaces de realizar múltiples tareas programadas para la ejecución de tareas repetitivas o monótonas o con un alto grado de peligrosidad, procurando así evitar la exposición de las personas trabajadoras a sustancias tóxicas o peligrosas[55]. Así pues y, a modo de ejemplo, la primera manifestación tecnológica programable incorporada en un entorno de trabajo (1961) fue el robot "Unimate". Frente a la necesidad de modernizar y dotar de mayor eficacia la cadena de ensamblaje de General Motors, "Unimate", se ocupaba de realizar tareas colaborativas en la línea de montaje. El trabajador y el robot trabajaban colaborativamente en las tareas a desempeñar. Además de obtener mayor eficacia productiva, el objetivo principal era minimizar los riesgos derivados de tareas con alto grado de peligrosidad y siniestralidad laboral[56].

Como experiencia fabril la innovación tecnológica comenzó a formar parte de la naturaleza y organización del trabajo, los dispositivos electromecánicos multifuncionales son parte ineludible del proceso industrial por su precisión y eficacia —misma energía empleada de manera repetitiva en el tiempo—.

Ahora bien, ¿qué incidencia tiene la IA y los trabajos robotizados en la seguridad y la salud de las personas trabajadoras? Dos son los principales obstáculos que dificultan la aceptación de los nuevos empleos tecnológicos. Como se ha señalado, la sociedad expresa ciertos recelos en relación con la robotización y el mantenimiento de los puestos de trabajo. A menudo, la sociedad desconoce las bondades e inconvenientes que se derivan de la IA y la robotización. Este desconocimiento comporta ciertos recelos sobre su implementación en ámbitos tan dispares como el medioambiente, el empleo, la salud, etc. El análisis en sí presenta cierta discordancia por parte de la doctrina científica, por ejemplo, algunas voces señalan que los *wearables* pueden monitorizar nuestra salud y nuestro estilo de vida sin perjuicio para la salud y la seguridad[57]. Sin embargo, otra parte de la doctrina científica señala que determinados sensores instalados en las personas trabajadoras y dispuestos en sus entornos de trabajo proporcionan datos personales sobre su estado fisiológico y comportamiento, y es aquí donde existe cierto recelo en relación con el tratamiento de esta información. Los trabajadores perciben un riesgo de seguridad jurídica y privacidad sobre datos relativos a la salud. Precisamente porque entienden que los algoritmos pueden aprender y superar las capacidades humanas y, si los algoritmos no son diseñados siguiendo pautas éticas relativas a la igualdad el riesgo de exclusión se incrementa. La Comisión expresa su preocupación por el uso malintencionado de la IA y los derechos fundamentales.

Dicho lo anterior, la implementación de la IA y la robótica en contextos ocupacionales, plantea nuevos retos que solo se solventarán mediante un cambio de paradigma, y es que, las nuevas tecnologías arremeten frontalmente con la cultura tradicional de la empresa, las acostumbradas relaciones laborales y sus medios de producción. En este sentido, la falta de perfeccionamiento tecnológico por parte de los trabajadores es un hándicap, matiz este que se convierte en una desventaja en el ámbito laboral —analfabetos tecnológicos—. Por tal motivo la insistencia en señalar que corresponde a los Estados incentivar el reciclaje profesional, la educación y la formación[58]. En 2020 el Consejo de la UE consideró la IA como una de las cuestiones a tratar en la configuración del futuro digital de Europa[59], concretamente, acentuó el efecto significativo que seguirá teniendo la transformación tecnológica en el trabajo, en particular en lo que se refiere a la demanda de capacidades, la eliminación progresiva de determinados empleos y la creación de otros nuevos.

La Comisión advierte sobre este progreso tecnológico argumentado que para hacer frente a la disrupción tecnológica es necesario, por parte de los Estados miembros, la elaboración de nuevas políticas nacionales e inversiones estratégicas en el ámbito de lo público y lo privado que favorezcan la adquisición de competencias profesionales para la conservación de los puestos de trabajo[60]. Como se ha adelantado, potenciar las capacidades profesionales y conocimientos

54 CASAS BAAMONDE, M.E., "El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2015, pp. 710 y ss.

55 FUMERO DIOS, I. S., "La Hoja de ruta de la Unión Europea sobre agentes carcinógenos en el trabajo", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 40, 2018, pp. 68 a 80.

56 El robot debía sujetar una armadura de acero recién salida del molde de fundición a presión y ensamblarla en la puerta del coche una vez sumergida en el líquido refrigerante, evitando con ello, el elevado riesgo laboral al que se expondría un trabajador al manipular piezas recién salidas del proceso de fundición del acero.

57 BURKE, RJ y PAGE, KM; "Handbook of labor and welfare research", Cheltenham, UK: *Edward Elgar Publishing Limited*, 2017.

58 MELLA MÉNDEZ, L., "La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales" *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (56), 2020.

59 Consejo de la UE, La configuración del futuro digital de Europa - Concusiones del Consejo, 9 de junio de 2020. Sitio web https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8711-2020-INIT/es/pdf.

60 Se dispone así, en COM (2018) 237 final, p. 13. Uno de los reto de la UE para un mundo digitalizado y automatizado cosiste en ayudar a todos los ciudadanos de la UE a desarrollar competencias digitales básicas, así como un conjunto de competencias que a diferencia de la IA no están al alcance de las máquinas o robot, como son el pensamiento crítico, la creatividad, sensibilidad o gestión.

técnicos proporcionará una situación de ventaja a determinados trabajadores respecto de aquellos que no estuviesen tecnológicamente cualificados[61]. Y es que, si los puestos de trabajos no se dotan de mano de obra cualificada tecnológicamente, el impacto de las nuevas tecnologías y la robótica contribuirá, en gran medida, a incrementar la brecha tecnológica entre los trabajadores, incluso entre países[62]. En este sentido, importa reseñar, que la brecha tecnológica ha dado lugar a un mayor desempleo femenino[63]. En este sentido hay que advertir que las mujeres exclusivamente representan el 17% en la UE, a pesar de que obtienen mejores resultados en la adquisición de competencias digitales[64]. Entre los países desarrollados, la OCDE ha indicado que, si se aumentara un 10% las actividades relacionadas con las nuevas tecnologías en las mujeres, se lograría un aumento de la productividad y los salarios. Más en las mujeres que en los hombres; en particular, un 3,14% en España frente a 2,48%. Estos datos son importantes porque a corto plazo, las trabajadoras con pocas habilidades digitales asumirán el riesgo y el coste de la transformación digital en su carrera profesional.

61 Actuaciones llevadas a cabo por sistemas de inteligencia artificial logran gestionar mejor un proceso de selección de personal que el departamento de Recursos Humanos de una empresa. La IA es capaz de detectar valores intangibles de los aspirantes. En este sentido, las capacidades y competencias por el progreso, la empatía, la capacidad de tomas decisiones, la equidad durante el procesos de selección es más objetiva e igualitaria, eficaz y eficiente. Todo ello, partiendo de que los algoritmos de dispuestos en los procesos de selección efectuados por IA agreguen valores éticos y honestos y cumplan con los principios y derechos fundamentales en el trabajo. *Vid.* El impacto de la tecnología en la sociedad. "Así revoluciona la inteligencia artificial la selección de personal". Disponible en: https://www. rdia.com/vida/20170916/431305811534/revolucion-inteligencia-artificial-seleccion-personal.html

62 *Vid.* la reciente iniciativa de la UE sobre habilidades digitales en el trabajo, "Digital opportunity traineeships. Boosting digital skills on the job", Supported by Horizon 2020, Powered by Erasmus+". ROSSITER, J., "La robótica, los materiales inteligentes y su impacto futuro para la humanidad, El próximo paso. *La vida exponencial*, BBVA, Open Mind, Madrid, pp. 30 a 31. Al efecto, la UE auspicia hasta el 2020 más de 120 proyectos mediante el programa SPARC (aproximadamente 700 millones de euros), Programa Horizonte 2020. Desde la UE se hace especial hincapié sobre la necesidad de desarrollar un proceso de transición equilibrado y eficaz ya que, "no todos los países se van a adaptar".

63 FUMERO DIOS, I.S., "Tecnologías emergentes y transformación del mercado de trabajo: su incidencia en la cuestión de género", *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, 2020, p.145

64 COM (2020) 152 final.

V. Estándares de seguridad y salud en el trabajo en relación con la interfaz hombre-máquina

Indiscutiblemente, la robotización y la IA forman parte ya de los entornos de trabajo en el siglo XXI. Como se ha apuntado, la IA y la robótica contribuyen en la generación de puestos de trabajo de más calidad. Un "*co-robot*", es un robot colaborativo que interactúa con un operario. Por lo tanto, se habla de una actuación interactiva, cooperativa o colaborativa entre el robot y la persona trabajadora. En relación con las cuestiones relativas a los puestos de trabajo, una de las principales características que definían el proceso industrial que nos antecede, es que el trabajador aplicaba en su trabajo su capacidad física, su noción, entendimiento, inteligencia o razón natural. Los trabajadores se ayudaban de las máquinas para realizar el trabajo monótono, repetitivo, molesto o pesado. Quiere esto decir que el conocimiento, análisis y control lo agregaba el trabajador. Sin embargo, a día de hoy, muchas de las tareas son desarrolladas por procesos dotados de IA siendo el resultado más eficaz en relación con lo que se desea o espera. Un entorno colaborativo no está condicionado a posibles alteraciones de ánimo, actitud o predisposición humana. La evidencia es palpable, el trabajo colaborativo o dotado de IA evita, en gran medida, el error humano[65]. Dicho sea de paso, la equivocación o desaciertos. Las máquinas dotadas de IA afrontan situaciones con mayor acierto probabilístico que un trabajador, lo cual las hace más fiables que la tarea realizada por el ser humano. Como ya se ha señalado, los individuos están influenciados por sus comportamientos y preferencias sociales, esto supone que la toma de decisiones está modulada por factores —psicológicos y sociales— con lo cual la información que recibe el *sofware* es incompleta, impredecible o limitada.

Por otra parte, el avance de la innovación tecnológica en los puestos de trabajo ha visibilizado ciertas carencias en cuanto a cualificaciones profesionales[66] que, como ya se ha señalado, esto supone una grave desventaja social y profesional materializándose así una brecha digital[67]. Además, se advierte ciertos peligros que se derivan de la interacción entre los trabajadores y los robots[68]. A modo de ejemplo, en algunas empresas los trabajadores, en el desempeño de su actividad laboral, interactúan más con un robot que con sus propios compañeros. Como se ha señalado, el robot colaborativo o *cobot* es aquel que ejecuta tareas con un trabajador al mismo tiempo, en el mismo espacio de trabajo y con una tarea previamente definida. Es decir, el trabajador combina sus habilidades y destrezas, con la fuerza, velocidad y precisión del robot. La norma ISO 6385:2004 Principios ergonómicos en el diseño de sistemas de trabajo, define la interfaz hombre-máquina como: "uno o más trabajadores y equipo de trabajo actuando juntos para realizar la función del sistema, en el espacio de trabajo, en el ambiente de trabajo, bajo las condiciones impuestas por la tarea de trabajo". Es necesario analizar brevemente, en este punto, lo dispuesto en la Directiva 2006/42/CE relativa a las máquinas. En la misma únicamente se hace relación a la interfaz trabajador-máquina, para referirse a las pantallas de visualización de datos "las pantallas de visualización o cualesquiera otros medios de comunicación interactivos entre el operador y la máquina deberán ser de fácil comprensión y utilización"[69].

Desde otra perspectiva, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de IA y robótica viene a expresar su preocupación por las aplicaciones que pueden derivarse del uso malintencionado de la IA. Concretamente, sobre el impacto y los riesgos que conlleva el seguimiento y control de las condiciones mentales de los trabajadores, pulsaciones, grabaciones aleatorias, etc. Por obvio, la IA impulsada por el proceso tecnológico, en determinados casos, entra en conflicto con los principios que protegen los derechos y libertades de las personas[70]. En algunos casos, los trabajadores deben portar un brazalete inteligente (GPS) que los geolocaliza en el centro de trabajo y les da instrucciones para dirigirlos a su próxima tarea mediante un movimiento vibratorio[71] —sistema de retroalimentación háptica[72] —. En el mismo sentido, la Comisión ha advertido a los

65 Datos ofrecidos por la Administración de Seguridad Ocupacional y Salud de Estados Unidos confirman que los robots industriales han provocado al menos 33 muertes y lesiones en las últimas décadas. Diario Digital El Financiero, New YorK Times Syndicate, "Robots en el trabajo, ¿un peligro para los humanos? Disponible en https://www.elfinanciero.com.mx/new-york-times-syndicate/robots-un-peligro-para-los-humanos

66 Datos de Eurostat "Statistics infocus 17/2006" señalan que aproximadamente el 37,5% de la sociedad europea carece de conocimientos informáticos, además, el 62% de la población sin estudios secundarios carecen de cibercapacidades.

67 MOLINA NAVARRETE, C., "Derecho y trabajo en la era digital: ¿"revolución industrial 4.0" o "economía sumergida 3.0"?", *OIT Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Vol. II*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, pp. 403 y ss.

68 Comentario desde el Derecho civil sobre la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 sobre robótica *Vid.* ROGEL VIDE, C., "Robots y personas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018, pp. 79 a 90. En el mismo sentido, LACRUZ MANTECÓN, M.L., *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2019, pp. 85 a 129.

69 Para mayor abundamiento *Vid.* Directiva europea 90/270/CEE de 29 de mayo, referente a disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización de datos. El Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización de datos transpone la citada Directiva a nuestro ordenamiento jurídico interno. BOE núm. 97, de 23 de abril.

70 *Vid.* Parlamento Europeo (2014-2019) P8_TA_PROV(2019)0081, apartado 13. De interés GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I., "La gobernanza de las relaciones de trabajo", El futuro del trabajo: cien años de la *OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2019, pp. 202 a 206.

71 Información disponible en https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/31/amazon-warehouse-wristband-tracking

72 Información disponible en http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect2=PTO1&Sect2=HITOFF&p=1&u=/netahtml/PTO/search-bool.html&r=1&f=G&l=50&d=PALL&RefSrch=yes&Query=PN/9881277

Estados miembros sobre los riesgos del uso y control de dispositivos portátiles implantados en el trabajador. Es cierto, que muchos aspectos relativos a la protección de los consumidores y la política en materia de ética y responsabilidad, están cubiertos por un marco regulador en materia de servicios[73].

A medida que avanza el debate sobre las bondades o inconvenientes de la IA y la robótica ocupacional, se ha destacar que la utilización de la IA en los coches inteligentes o autónomos contribuyen a procurar un mejor servicio a los usuarios y a las personas trabajadoras. Alguna corriente de opinión ha llegado a considerar que su singularidad y efectividad tecnológica favorece la disminución de los accidentes viales incluso apuestan, expresamente, por sustituir a los conductores por vehículos autónomos dotados de IA capaces de resolver un sin fin de algoritmos que eviten la colisión o el accidente de tráfico[74]. En este caso, salvar miles de vidas, es decir, proteger a los humanos, no los puestos de trabajo[75]. Y es que, entre los factores de riesgo asociados al componente humano se encuentran: el uso de aparatos tecnológicos de forma simultánea con la conducción, el consumo de alcohol o estupefacientes, el consumo de medicamentos psicotrópicos, la fatiga, la somnolencia, las distracciones humanas, etc.[76] Se calcula que aproximadamente el 90% de los accidentes de tráfico se deben a errores humanos[77]. Dicho sea de paso, y a título de ejemplo, los accidentes de trabajo acaecidos en España en el periodo que va de enero a abril de 2019, alcanzan la cifra de 16.254 en 2018 y 16.545 en 2019 (valores absolutos). Las variaciones sobre igual periodo en el año anterior se sitúan en 291 (absolutas) y un 1,8 % (relativas). En contrapartida, los accidentes in itinere alcanzan la cifra de 162 en 2018 y, de manera muy significativa, los accidentes in itinere en 2019, mismo periodo, alcanzan la cifra de 650 (valores absolutos)[78]. En este sentido, la IA se convierte en una herramienta de utilidad favoreciendo la disminución de errores y riesgos.

En otros términos, se plantean ciertos retos en función de las capacidades de las personas trabajadoras. Se hace referencia a la adquisición de capacidades en aspectos relativos a las TIC o las denominadas "cibercapacidades"[79] a fin de adaptarse a las demandas de la incipiente economía de los robots. Ya se pidió a la Comisión y a los Estados miembros apoyar a determinados colectivos de trabajadores, en particular, a las mujeres. Se procura mejorar su capacitación digital habida cuenta de los cambios sociales debido al desarrollo y la implantación de la robótica y la IA[80]. En relación con la igualdad de género, la Estrategia europea de IA[81] introdujo cuatro líneas de acción exhortando a los Estados miembros a que por medio de sus interlocutores sociales incluyan en sus acuerdos aspectos relativos a la IA. Esto se encuentra en consonancia con las directrices dadas por la OCDE (2018) según las cuales los países deben adaptarse al uso intensivo de la tecnología digital analizando sus efectos en la economía y en el empleo. Y, por tanto, en coherencia prestar especial atención a la diversidad y al equilibrio de género en puestos de trabajo relacionados la IA y sus aplicaciones prácticas[82].

Otra cuestión que se introduce ha de versar sobre las posibles repercusiones que la integración de la robótica y la IA tienen en distintos colectivos de trabajadores como los migrantes —y no es que el idioma sea un inconveniente, ya que, en un mercado de trabajo global y tecnológico, la tecnología debería solventar esta cuestión—, los trabajadores de edad avanzada, personas con discapacidad[83], trabajadores temporales, etc.

73 Sobre el marco jurídico para la IA y la robótica, la Resolución señala: Pide a la Comisión, con el fin de promover un entorno normativo favorable al desarrollo de la IA y en consonancia con el principio de mejora de la legislación, que vuelva a evaluar periódicamente la legislación actual con el fin de garantizar que sea adecuada para su propósito en relación con la IA y que respete al mismo tiempo los valores fundamentales de la Unión, y que intente modificar o sustituir las nuevas propuestas cuando no sea así; Acoge con satisfacción la creación de plataformas participativas basadas en la IA que permiten a los ciudadanos ser oídos de manera efectiva e interactuar con los gobiernos presentando propuestas, también a través de presupuestos participativos y de otros instrumentos de democracia directa; destaca que los proyectos ascendentes pueden fomentar la participación ciudadana y ayudar a las personas a tomar decisiones con conocimiento de causa de una manera más eficaz y democrática; Señala que la IA es un concepto que abarca una amplia gama de productos y aplicaciones, desde la automatización, los algoritmos y la inteligencia artificial débil y la inteligencia artificial general; considera que debería abordarse con cautela una ley o regulación integral de la IA, ya que la regulación sectorial puede producir políticas suficientemente generales, pero al mismo tiempo afinadas hasta el nivel en el que tienen sentido para el sector industrial; Subraya que el marco político debe diseñarse para fomentar el desarrollo de todo tipo de IA y no solo de sistemas de aprendizaje profundo, que requieren una enorme cantidad de datos.

74 CASTELLS I MARQUÉS, M., "Vehículos autónomos y semautónomos" en *Inteligencia artificial, tecnología, derecho* (NAVAS NAVARRO dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 101 a 121.

75 HARARI, Y. N., *21 lecciones para el siglo XXI*, Barcelona, Debate, 2018, p. 40.

76 *Vid.* Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, MTMYSS, Factores de riesgo de los ALT. Disponible en: https://www.insst.es/-/factores-de-riesgo-de-los-alt.

77 *Vid.* Informe de la Comisión "Salvar vidas: impulsar la seguridad de los vehículos en la UE", COM (2016) 787 final.

78 Instituto Nacional de Estadística, Estadística de Accidentes de Trabajo, Datos, ATR-R1. Accidentes de Trabajo. Nota explicativa: A partir de 1 de enero de 2019 la cobertura específica de accidentes de trabajo por la Seguridad Social para los afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) pasa a ser obligatoria con carácter general. Hasta el año 2018 esta cobertura era mayoritariamente voluntaria, alcanzando aproximadamente el 20% de los trabajadores del RETA. Por este motivo, los datos no son directamente comparables salvo en aquellos casos en que se refieran únicamente a asalariados.

79 *Vid.* Foro Europeo de Cibercapacidades, 2003. Declaración Salónica, Conferencia Europea sobre Cibercapacidades, octubre 2006.

80 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)), pfos. 42 a 44.

81 COM (2018) 237.

82 FUMERO DIOS, I.S., "Tecnologías emergentes y transformación del mercado de trabajo: su incidencia en la cuestión de género", *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar,* Bomarzo, 2020, p.147

83 A modo de ejemplo, la noticia de la que se hace eco el periódico 20 minutos, en el apartado de tecnología. El titular es el siguiente: "Crean en Tarragona un robot capaz de interpretar las emociones de los discapacitados intelectuales". Se pretende con ello reducir de forma significativa la carga de los cuidadores mediante una atención más personalizada, siempre bajo la supervisión de un trabajador. Este estudio es fruto de una tesis doctoral que junto con el Instituto de Robótica para la Dependencia se solicitó una patente europea en 2017. Disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/3360737/0/robots-interpretan-emociones-discapacitados-intelectuales/

VI. Medidas preventivas para un espacio compartido por el trabajador y el *cobot*

Los principales riesgos que se derivan de entornos de trabajo colaborativos —interfaz trabajador-*cobot*— son: mecánicos, ergonómicos y psicosociales.

Desde el punto de vista técnico, y sin ánimo a la exhaustividad, se señalan a continuación algunas medidas preventivas recogidas en el Anexo de la norma ISO 10218-1: 2011 (Parte 1). El anexo viene a tipificar algunos riesgos derivados de la colaboración entre la persona trabajadora y el *cobot*. Por un lado, se identifica como riesgo potencial la colisión con el brazo robot cuando este está en plena ejecución de tarea. La consecuencia que se deriva es el aplastamiento del operario con la parte del área del *cobot*. El empresario, como garante de seguridad, deberá perimetral la zona colaborativa y exclusiva del robot. De igual modo, se deberá proporcionar equipos de protección a los trabajadores según se disponga en la evaluación de riesgos. En este sentido, recuérdese que el Anexo I de la Directiva 2006/42/CE relativa a las máquinas, viene a señalar que en el diseño y fabricación de la cuasi máquina se deberá informar a los usuarios acerca de los riesgos residuales debidos a la incompleta eficacia de las medidas preventivas adoptadas, instando a formar a los trabajadores específicamente si fuese necesario a la par que, proporcionar los equipos de protección adecuados. Así pues, el empresario estará obligado a evaluar la zona de trabajo colaborativa, de ese modo, en ningún caso, las tareas ejecutadas por el cobot serán evaluadas de manera aislada —*ISO/TS 15066 (2016) Robots and robotic devices, Collaborative robot*—.

Como requisito de seguridad y en relación con los robots industriales, se ha de precisar que el trabajo colaborativo deberá estar compuesto por un sistema de mando de con parada de emergencia, cualquier alteración o violación del espacio delimitado para el robot supondrá una parada inmediata. Esto supone que la velocidad de las acciones del robot deberá estar controlada en todo momento, es decir, deberá existir un dispositivo mediante el cual la persona trabajadora controle la celeridad. Asimismo, la evaluación de riesgos deberá tener en cuenta los aspectos ergonómicos a la hora de la colaboración. No hay que olvidar de que deberá reducirse al mínimo posible las molestias, la fatiga y el estrés físico y psíquico de las personas trabajadoras. A este respecto, destacar principios ergonómicos como adaptar la interfaz persona-robot evitando que el ritmo de trabajo lo determine el robot, etc. En ciertos sectores de la industria los robots reemplazan parte de las tareas ejecutadas por las personas trabajadoras, evitando y reduciendo los riesgos psicosociales y ergonómicos[84]. De esta manera, se controlará que los parámetros del entorno colaborativo no sufran variaciones de manera involuntaria que pueda dar lugar a situaciones de peligro previendo una acción inversa que permita al operario liberarse del robot. Esto significa que solo podrá reanudarse la actividad colaborativa después de un reinicio voluntario por parte del operario y fuera de la zona de peligro —en ningún caso el robot podrá actuar de manera autónoma—. En relación a los requerimientos biomecánicos, la evaluación de riesgos determinará las partes del cuerpo a proteger durante la colaboración. En caso de contacto físico entre el robot y el operario solo podrá resultar aceptable una ligera tensión sobre la piel y el tejido muscular subyacente sin que exista penetración más allá de la superficie de la piel[85]. En este sentido, se deberá evitar la exposición innecesaria de trabajadores mientras el robot desarrolla su acción y el acceso de trabajadores a zonas colaborativas sin tener vinculación con esa actividad.

Ahora bien, aunque no se recoja de manera expresa, para lograr un entorno de trabajo seguro y saludable, necesariamente, el trabajador deberá tener en todo momento el control sobre el robot o las máquinas inteligentes, es decir, el robot deberá estar condicionado por la intervención humana en todo momento: "bajo control humano"[86].

84 EU-OSHA, "Una revisión sobre el futuro del trabajo: la robótica". Sitio web: file:///Users/isfd/Downloads/3.%20The%20Future%20of%20Work%20and%20Robotics%20DrJari%20Kaivo-oja_0.pdf

85 HUELKE, M., "Collaborating robots", OSHWIKI, Networking Knowledge.

86 OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

VII. Conclusiones

La inmersión de la robótica en el mercado de trabajo irá desdibujando los entornos de trabajo que actualmente conocemos. En épocas pasadas los puestos de trabajo necesitaban de la asistencia humana para su ejecución. Sin embargo, a día de hoy, los robots desplazan a la fuerza de trabajo ocupando un lugar autónomo en el proceso productivo. Los avances en la robótica ocupacional han favorecido la ejecución de tareas colaborativas. Las personas trabajadoras y los robots trabajan en el mismo espacio y de manera unísona. En este sentido, los beneficios que aporta un robot colaborativo están asociados a la mejora del entorno de trabajo sobre todo de naturaleza ergonómica — postural, acomodación, movimientos repetitivos, etc.—. A tal efecto, anticiparnos a los riesgos tecnológicos facilitará la interfaz persona-máquina. Asimismo, se requiere un nuevo planteamiento en relación con la adquisición de competencias digitales. Es necesario invertir en educación y formación en materia de IA. La seguridad y la salud no deberán depender, en ningún caso, de la capacidad de adaptación o cualificación de los trabajadores en relación con la tecnología, IA o la robotización. Por esta razón, el aprendizaje permanente a lo largo de la vida profesional es un derecho universal .

Bibliografía

AA.VV., "Key trends and drivers of change in information and communication technologies and work location", European Agency for Safety and Health at Work, 2017.

ALLI, O.B., *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Informes OIT, 2008, Edición Española, MTIN, 2009.

BAYLOS GRAU, A., "El futuro de las normas del trabajo que queremos", *OIT Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, Vol. II, 2017.

BURKE, RJ y PAGE, KM; "Handbook of labor and welfare research", Cheltenham, UK: *Edward Elgar Publishing Limited*, 2017.

CAMAS RODA, F., *La normativa Internacional y Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

CARÚS RIBALAYGUA, L., "Índices e indicadores de sostenibilidad", en *Contribución de las organizaciones a la consecución de los objetivos de desarrollo del milenio*, (SAZ GIL, M.I. coord.)

CASAS BAAMONDE, M.E., "El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2015.

CASTELLS I MARQUÉS, M., CASTELLS I MARQUÉS, M., "Vehículos autónomos y semautónomos" en *Inteligencia artificial, tecnología, derecho* (NAVAS NAVARRO dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

CIERCO SEIRA, C.: "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitarios y español, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004.

CRUZ VILLALÓN, J., "El futuro del trabajo y su gobernanza", *Temas Laborales*, núm. 137, 2017.

FREY, C. B. y OSBORNE, M.; "The future of employment: How susceptible are jobs to computerization?", 2013.

FUMERO DIOS, I. S., "La Hoja de ruta de la Unión Europea sobre agentes carcinógenos en el trabajo", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 40, 2018.

— "El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo y el propósito de reconocer la seguridad y salud en el trabajo como un derecho fundamental por la OIT", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 55-56, 2019.

— "Tecnologías emergentes y transformación del mercado de trabajo: su incidencia en la cuestión de género", *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, 2020.

GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I., "La gobernanza de las relaciones de trabajo", *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

GIL Y GIL, J.L., "Justicia Social y acción normativa de la OIT", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 4, 2015.

GOERLICH, J.M., *Repensar el derecho del trabajo. Cambios tecnológicos y empleo*, Gaceta Sindical, núm. 27, CCOO, Madrid, 2016.

HARARI, Y. N., 21 *lecciones para el siglo XXI*, Barcelona, Debate, 2018.

LACRUZ MANTECÓN, M.L., *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2019.

LOZANO LARES, F., "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4º, núm. 4, 2016.

87 OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, "Trabajar para un futuro más prometedor", Ginebra, 2019.

MELLA MÉNDEZ, L., "La empresa como entidad formadora de los trabajadores, especialmente en competencias digitales" *Revista Gene¬ral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* (56), 2020.

MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017.

— "El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital: A la memoria de mi querido amigo José Antonio Zapatero Ranz, con quien tanto hablé del futuro", *Revista de Información Laboral*, 2018.

MOLINA NAVARRETE, C., "Derecho y trabajo en la era digital: ¿"revolución industrial 4.0" o "economía sumergida 3.0"?", *OIT Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos. Vol. II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Madrid, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M., "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

NAVAS NAVARRO, S., *Derecho e inteligencia artificial, tecnología, derecho*, Tirant lo blanch, 2017.

OIT, "Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor", Ginebra, 2019.

OIT, "Seguridad y Salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia", Ginebra, 2019.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 26ª ed., 2020.

RAMOS QUINTANA, M.I., "Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: Trabajar para un futuro más prometedor", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 51, 2019.

ROGEL VIDE, C., "Robots y personas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2018.

ROSSITER, J., "La robótica, los materiales inteligentes y su impacto futuro para la humanidad, El próximo paso. *La vida exponencial*, BBVA, Open Mind, Madrid. 2019.

SANZ PEREDA, J., "Robot industriales colaborativos: una nueva forma de trabajo, *seguridad y salud en el trabajo*, núm. 95, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre la OIT y su acción normativa", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002.

UE-OSHA, HUELKE, M., "Collaborating robots", OSHWIKI, Networking Knowledge.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2019.

VEGA RUIZ, M. L., "El futuro del trabajo: ¿Regular un derecho humano? El debate sobre la centralidad del ser en el trabajo", en AA.VV. *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Laborum, 2018.

WEBSTER, E., BUDLENDER, D. y ARKIN, M. M., "Una herramienta de diagnóstico y un instrumento de política para lograr el trabajo decente", *Revista internacional del trabajo*, OIT, Vol. 134, núm. 2, 2015.

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD EN EL ÁMBITO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Javier Fernández-Costales Muñiz
Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

I.- INTRODUCCIÓN

II.- VIGILANCIA DE LA SALUD Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

III.- EL TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD DEL TRABAJADOR EN EL ÁMBITO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

IV.- LA IMPORTANCIA DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS RELATIVOS A LA VIGILANCIA DE LA SALUD PARA PROTEGER LA INTIMIDAD Y LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

V.- EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

VI.- LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD Y EL DEBER DE SIGILO PROFESIONAL DE LOS DELEGADOS PREVENTIVOS

I.- INTRODUCCIÓN

Partiendo de la premisa recogida en el artículo 43.1 de la Constitución Española, que reconoce el "derecho a la protección de la salud", y el artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, que establece la garantía de una adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales reconoce al trabajador un derecho de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo en este campo el derecho a la vigilancia de la salud, establecida y regulada en su artículo 22 como un deber instrumental del empresario respecto a quien para él preste servicios, y que viene a consistir en detectar los efectos que pueden provocar en la persona del trabajador los riesgos inherentes a su trabajo, manifestándose a través de una alteración de su salud, ya sea física o mental.

Este precepto ha venido a construir un sistema amplio y complejo de vigilancia de la salud dotado de no pocos y variados fundamentos y cuestiones de evidente interés, tanto a nivel doctrinal como práctico, entre los cuales, y por lo que aquí interesa, cabe destacar las importantes connotaciones del respeto a la intimidad, la dignidad de la persona y la confidencialidad, protección y tratamiento de los datos de salud obtenidos en el marco de los reconocimientos médicos efectuados a los trabajadores.

Las informaciones relativas a la salud son datos especialmente sensibles a los cuales el legislador ha proporcionado una especial protección en distintas y diversas normas, salvaguardia que surge del hecho de encontrarse ante datos estrechamente vinculados a la dignidad y personalidad humanas. En este sentido, la información sobre la salud del trabajador pertenece a su esfera privada, pudiendo su uso repercutir de forma negativa sobre sus circunstancias laborales y personales, de forma tal que se hace necesario el establecimiento de una serie de mecanismos de control y protección frente a injerencias externas. Ahora bien, como consecuencia de la propia actividad laboral y para garantizar la finalidad preventiva de estas actividades, el empresario y los responsables en materia de prevención sí deben ser informados de ciertos aspectos derivados de los reconocimientos efectuados.

II.- VIGILANCIA DE LA SALUD Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

La vigilancia de la salud constituye uno de los pilares básicos de la Prevención de Riesgos Laborales y la misión más específica --y una de las más relevantes-- de los profesionales médicos y sanitarios que desarrollan su labor en los servicios de prevención de riesgos laborales en el marco empresarial.

La realización de reconocimientos médicos puede desarrollarse puntualmente (en la contratación o ante determinadas situaciones concretas) o de forma periódica, circunstancia que proporciona un seguimiento longitudinal del trabajador o trabajadores en situación de riesgo, aun cuando, eso sí, en todo caso el empresario siempre estará sujeto a una serie de caracteres, principios y límites tasados por la Ley, la jurisprudencia y, en su caso, los convenios colectivos.

Así, entre otros aspectos básicos, cabe señalar el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud, el derecho del trabajador a conocer los resultados, la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador o, en fin, la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.

En la identificación del contenido del deber empresarial de vigilancia de la salud desempeñan un papel fundamental los límites impuestos a la entidad productiva por el legislador[1], garantías derivadas en muchos casos de derechos constitucionales. Así, las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Se trata de un derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, sin perjuicio de supuestos determinados de autorización o consentimiento expreso.

La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 del texto constitucional.

En este sentido, la normativa laboral contiene una regulación que se inspira en los mismos principios. Así, el analizado artículo 22 LPRL "regula la vigilancia de la salud de los trabajadores como obligación empresarial, intentando cohonestar la misma con la protección debida y proporcional de la intimidad del trabajador. Por ello, además de regular la voluntariedad del sometimiento a las medidas de vigilancia de la salud y sus excepciones, se establece como criterio general que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud"[2].

La actividad preventiva de vigilancia de la salud no termina, por tanto, con la aplicación de los medios adecuados, sino que también alcanza la posterior gestión de los resultados de ella derivados[3], y aun cuando el trabajador deberá ceder una parte de su intimidad en este ámbito, queda restringida la información que pueda circular desde un punto de vista subjetivo, generándose una "protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida", pues será permitido un determinado grado de acceso a los datos a terceros, eso sí, obligados por ley a mantener su confidencialidad[4].

Atendiendo de manera especial al elemento teleológico que la proclamación del derecho fundamental del artículo 18.1 CE incorpora, la protección de la vida privada como garantía de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo, el Tribunal Constitucional ha señalado en diferentes pronunciamientos que la protección dispensada por el precepto analizado alcanza a la intimidad personal *stricto sensu*, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal.

Sin embargo, y aun cuando ésta forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por la norma suprema de nuestro ordenamiento, "el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona"[5].

1 SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos", RMTAS, núm. 53, 2004, pág. 183.

2 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

3 MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 93.

4 Así, ROMERO CASABONA, C. M.: "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", Poder Judicial, núm. 31, 1993, pág. 168.

5 STC0 37/1989, de 15 de febrero. Posteriormente, en la misma línea SSTC0 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, de 2 de julio; 218/2002, de 25 de noviembre o 196/2004, de 15 de noviembre.

III.- EL TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD DEL TRABAJADOR EN EL ÁMBITO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Las continuas innovaciones tecnológicas encuentran "pilar y exponente fundamental" en la cada vez más extensa e intensa utilización de la informática en la actividad productiva[6]. Tal circunstancia no sólo ha venido a afectar de forma determinante a los instrumentos de trabajo y al desarrollo de las relaciones en la empresa, sino que también ha generado nuevos problemas que, lógicamente, cuestionan la validez de determinadas soluciones dadas por el ordenamiento ante una realidad empresarial que día a día se ve superada[7] por la realidad social en continuo avance, de forma tal que el ordenamiento en su conjunto, y la disciplina laboral por lo que aquí interesa, deben afrontar una necesaria y permanente adaptación a los nuevos tiempos y a los cambios tecnológicos en curso[8].

Al aumentar los medios técnicos, el poder del empresario sobre la prestación laboral y sobre el propio trabajador también crece, hecho que constituye una amenaza real para los derechos del empleado. La protección de tales derechos frente al uso ilegítimo de la informática es una necesidad "que se deja sentir con la mayor crudeza en el ámbito objetivo de las relaciones laborales"[9] en tanto en cuanto el tratamiento de datos constituye una práctica cada día más extendida, incluso imprescindible en ya numerosísimos supuestos, hasta el punto de poder afirmar que "gestión de personal e informática son, hoy en día, términos parejos"[10].

El Tribunal Constitucional ha mantenido en algunos pronunciamientos la idea de que la práctica totalidad de los derechos de la persona pueden verse afectados por un indebido tratamiento de datos, considerando la protección de los mismos como un derecho fundamental que "amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o a cualquier otro bien constitucionalmente amparado... [de forma tal que] el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos"[11].

Los riesgos fundamentales que el uso de la informática entrañan para los derechos de quien presta servicios por cuenta ajena aparecen fundamentalmente derivados de su capacidad para recopilar y transmitir datos sobre la persona del trabajador, así como la capacidad de tratamiento o elaboración de la información obtenida, permitiendo un ilimitado e indiscriminado manejo de informaciones sobre los empleados, lo que facilita a la empresa el acceso al conocimiento de circunstancias personales con total ignorancia de éstos[12].

Resulta fácil, por tanto, observar el potencial peligro que derivaría de un inadecuado uso de tales informaciones, que adecuadamente tratadas y cruzadas llegarían a permitir a la unidad productiva elaborar perfiles extremadamente precisos sobre sus empleados que incluyan datos de su más estricta intimidad (estado de salud, tendencias sexuales, afiliación sindical o política, aficiones...), circunstancia que podría dar lugar al inicio de actuaciones discriminatorias camufladas bajo otras formas y basadas en tales conocimientos[13].

6 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La potencialidad lesiva de la informática sobre los derechos de los trabajadores", en REPD, núm. 2, 2007, pág. 97.

7 LUJÁN ALCARAZ, J.: "Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación", AS, T. II, 2005, pág. 55.

8 GOÑI SEIN, J. L.: "Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Coord.): La flexibilidad laboral en España, Zaragoza (Instituto de Relaciones Laborales), 1993, pág. 71.

9 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La potencialidad lesiva de la informática sobre los derechos de los trabajadores", cit., pág. 115.

10 BORRAJO DACRUZ, E.: "El impacto de tecnologías y medios de información en el Derecho del Trabajo", en AA.VV.: Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información: encuentros 1980-1990: los juristas ante la revolución informática, Madrid (CITEMA), 1991, pág. 71.

11 STC0 292/2000, de 30 de noviembre.

12 GOÑI SEIN, J. L.: "Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 51.

13 "La información como poder abandona así su carácter de tópico para convertirse en una muy tangible realidad", TASCÓN LÓPEZ, R.: "Sobre la ejecución procesal de las obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos personales; en este caso, eliminar los datos relativos a los diagnósticos médicos de los trabajadores de un archivo empresarial sobre absentismo con baja médica (Comentario a la STC0 153/2004, de 20 de septiembre)", Revista Española de Protección de Datos, núm. 2, 2007, pág. 223.

Así, vista la agresividad que la informática puede poseer frente a los derechos del individuo en el marco de una prestación de servicios, lo importante será, por tanto, establecer un punto de equilibrio entre el derecho del empresario a utilizar de la forma más óptima las posibilidades que las nuevas tecnologías ponen a su alcance y la correcta preservación y respeto de los derechos y libertades fundamentales del trabajador[14].

El ordenamiento social permanece, no obstante, ayuno de una regulación específica, de forma tal que, en este intento, como suele ser habitual, la normativa laboral debe iniciar su regulación desde reglas jurídicas que ordenan con carácter general el tratamiento automatizado de datos personales para, a partir de las mismas, y como un plus a través del cual atender a las circunstancias específicas presentes en la relación de trabajo, proceder a la construcción de principios y reglas especiales[15].

En cualquier caso, la elaboración de un concepto de dato relativo a la salud constituye una de esas cuestiones pendientes de culminación[16], en tanto a día de hoy no existe texto legal interno alguno que aporte una definición vinculante, aun cuando afortunadamente sí cabe destacar la existencia de una categoría de datos sensibles o especialmente protegidos[17] en la cual aparecen incardinados aquellos relativos a la salud.

En esta línea, el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) ha venido a destacar, en su considerando 35 como "Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro", incluyendo la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción "a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia...; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro".

En este sentido, algún autor ha venido a entender que este concepto abarcaría los datos de carácter médico, pero también los que mantengan conexión con fines relacionados con la salud, ya sean tratados en el ámbito de la salud pública, en seguros de enfermedad o en actividades científicas o estadísticas, incorporando todo lo relativo al cuerpo humano y afectando, por tanto, a la sexualidad, raza y código genético[18] e incluyendo antecedentes familiares, hábitos de vida y consumo y enfermedades presentes, pasada o previsibles en un futuro[19], así como los datos psicológicos y referentes a la salud mental[20].

Destacar cómo, en cualquier caso, y aun cuando la primera parte del concepto señalado resulta válida en tanto efectivamente se trata de datos de carácter personal, no puede obviarse que jurídicamente la inclusión en el expediente médico-laboral de datos como los señalados supondría, salvo consentimiento expreso del afectado, una clara y flagrante vulneración del derecho a la intimidad de la persona. Más aún si a datos médicos en el marco de la relación laboral se está haciendo referencia, en tanto el personal médico no podrá realizar más pruebas que las estrictamente necesarias e imprescindibles, dado que, de otra forma, constituiría una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador.

Así, en tal ámbito resultará necesario un acto expreso de información al trabajador en los supuestos en los cuales durante el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun cuando no afectaran a la intimidad corporal del trabajador, sí concernieran "en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad"[21]. En fin, cabe destacar también la obligatoriedad de tal información previa "cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo". En efecto, al margen de lo que pueda señalarse o establecerse desde un prisma legal sobre la posibilidad de realizar detecciones adicionales, "en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22.1 LPRL), con las pruebas y datos extraños a esa finalidad... En lo restante, esto es, en lo que resulte previsible en atención al objeto y propósito de los reconocimientos médicos en la relación de trabajo, no habrá vulneración del art. 18.1 CE si el trabajador puede tener acceso, de solicitarlo, al conocimiento del contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como de las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico"[22].

14 Al respecto, LUJÁN ALCARAZ, J.: "Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación", Aranzadi Social, T. II, 2005, pág. 55.

15 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, Madrid (Agencia de Protección de Datos), 1997, pág. 101.

16 Al respecto, DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: "Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica", Revista Española de Protección de Datos, núm. 1, 2006, págs. 146-147.

17 Sobre la materia, y en torno al concepto de los datos de salud, FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario", Derecho y Salud, Número extraordinario del XI Congreso de Derecho y Salud, 2003, págs. 42 y ss.

18 HEREDERO HIGUERAS, M.: "La protección de datos de salud informatizados en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre", Derecho y Salud, Vol. 2, 1994, pág. 19.

19 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: "El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados", en AA.VV.: Información y documentación clínica (Actas del Seminario Conjunto sobre Información y Documentación Clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997), Vol. II, Madrid (CGPJ/MSC), 1997, págs. 586-587.

20 SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F.: Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos, Granada (Comares), 2002, pág. 45, quienes incluyen los datos de salud mental y psíquicos en el concepto de salud "bien deriven expresamente de historiales médicos (de un determinado tratamiento psicológico o psiquiátrico), bien provengan de encuestas, y en este último supuesto por considerar que, en cualquier caso, se trata de datos referentes a la salud de las personas, que concierne directamente a su salud mental o se encuentran estrechamente relacionados con esta última".

21 Como ocurre, por ejemplo, con el consumo habitual de drogas, tal y como vino a señalar la STC0 207/1996, de 16 de diciembre.

22 STC0 196/2004, de 15 de noviembre.

En modo alguno podrán los reconocimientos médicos ocuparse de otras cuestiones que resulten inocuas desde el punto de vista laboral (y que, de ser conocidas por el empresario, sin duda llegarían a actuar de forma negativa y como causa de discriminación, "como podrían ser hábitos sexuales, tasas de consumo de alcohol o drogas..., ser portadores del virus VIH..."[23]) y menos aún girar sobre test genéticos capaces de analizar las propensiones del trabajador a sufrir determinadas enfermedades en el futuro, circunstancia que, además, puede traducirse para el trabajador, al conocer esas posibles tendencias patológicas, "en una carga psicológica con graves consecuencias psicosomáticas, afectar a la propia imagen de la persona y su autoestima y tener efectos a largo plazo sobre la forma de planificar y orientar su vida futura"[24]. Por otra parte, parece evidente que no puede estar muy claro que tipo de estructura genética podría ser absolutamente pertinente y adecuada respecto al desarrollo de una actividad laboral, más aún teniendo en cuenta que el genoma de todo ser humano muestra defectos[25].

En todo caso, y por mor de la propia actividad médica, la información de carácter personal en torno a esta cuestión incluirá tanto datos sobre salud que tengan que ver con el puesto de trabajo como otros que no tienen tal relación pero han surgido inevitablemente de la práctica del examen médico, por lo que cabe colegir que será necesaria una acepción amplia del concepto de información médica de carácter personal, aun cuando no cabe olvidar en ningún momento que las conclusiones extraídas de dicha información deben aparecer relacionadas exclusivamente con la aptitud del trabajador para desempeñar sus obligaciones profesionales o con la necesidad de mejorar o introducir nuevas medidas preventivas y protectoras frente a determinados riesgos, pues no puede obviarse el hecho de que los reconocimientos realizados tienen en todo momento una finalidad preventiva y no terapéutica, que se enmarcaría en otro estadio.

La normativa legal en la materia ha venido a establecer cómo el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores. Tales informes no pueden ser facilitados al empresario (pues, caso de trascender podrían llegar a suponer desde un cambio de puesto de trabajo hasta la extinción del contrato[26]) o a otras personas sin consentimiento expreso del afectado.

En este sentido, partiendo del principio de la pertinencia y proporcionalidad de las pruebas y los resultados a los supuestos que justifican la vigilancia de la salud, no ha faltado algún autor para quien cabría plantearse la legitimidad de incluir en el historial clínico de un trabajador las noticias o datos sobre su estado de salud que no resulten relevantes dentro de la política de prevención de riesgos laborales[27].

En cualquier caso, el derecho a preservar en su esfera íntima los datos relativos a su estado de salud[28] choca frontalmente con el derecho del empresario a conocerlos[29], tanto para organizar adecuadamente la actividad como para cumplir su deber de protección de la integridad física de sus trabajadores. Ante tal conflicto de intereses --en todo caso habitual e inevitable en el Derecho del Trabajo-- entre las partes de la relación, el criterio de solución será que el empleador únicamente podrá recabar, almacenar y tratar automatizadamente datos sobre la salud de sus empleados cuando éstos resulten necesarios, razonables y proporcionados y, más concretamente, en el supuesto de que pudieran comprometer la capacidad de rendimiento del trabajador en su concreta obligación prestacional asignada o si el desconocimiento de tales datos llegara a poner en peligro sus salud o la de sus compañeros.

La redacción utilizada por la Ley de Prevención de Riesgos al señalar la confidencialidad de estos datos y la imposibilidad de su uso con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador está aludiendo a las normas sobre protección de datos de carácter personal[31], en particular, en su momento, al artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , que establecía como el responsable de los ficheros automatizados "y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto a los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo".

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, aprobada tras la derogación de la Ley 15/1999 como consecuencia de la aprobación del Reglamento (UE) 679/2016, de 27 de abril, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)[32], regula esta cuestión en su artículo 5, de acuerdo con el cual "los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de éste estarán sujetas al deber

23 TASCÓN LÓPEZ, R.: El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión, Madrid (Thomson-Civitas/APDCM), 2005, pág. 99.

24 WIESE, G.: "Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales", en AA.VV. (ABELLA, J. G., Trad.): El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Madrid (Fundación BBV/Universidad de Deusto/Diputación Foral de Vizcaya), T. IV, 1994, págs. 263-264.

25 Ampliamente sobre la materia, y en este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo, Madrid (Civitas), 1999, pág. 99.

26 AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir. y VICENTE PALACIO, A., Coord.): Derecho del Trabajo, 2ª ed., Madrid (Thompson/Aranzadi), 2005, pág. 472.

27 Principio que "parece ser el adoptado en el artículo 37 RSP", MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002., págs. 97-98.

28 Negarse a comunicar dichos datos a la empresa o, incluso, a que ésta pueda proceder a su tratamiento informático, STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

29 "El hecho inobjetivable de que el reconocimiento médico es un instrumento al servicio del cumplimiento del deber empresarial de vigilancia de la salud, que, a su vez, es instrumental del genérico deber de prevención implica que, para que estas obligaciones puedan cumplirse adecuadamente, el empresario tenga un nivel de información suficiente que le deberán haber proporcionado aquellos reconocimientos", BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): Trabajo y libertades públicas, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999, pág. 275.

30 LOUSADA AROCHENA, J. F.: "Artículo 22. Vigilancia de la salud", en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Granada (Comares), 1998, págs. 122-123.

31 Que ha venido a sustituir a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, vigente en el momento de aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y a cuyo artículo 10, de idéntico contenido, hacía en principio referencia la norma preventiva.

32 Un amplio estudio sobre la norma en PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: El Derecho a la Protección de Datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril, Pamplona, (Aranzadi), 2017, pág. 29 y ss. o BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª.: Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales, Madrid (CISS), 2018, pág 21 y ss.

de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679", destacando que "la obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable".

Quedan, en definitiva, proscritas las vigilancias médicas indiscriminadas, injustificadas o generalizadas para cualquier caso o actividad[33], aun cuando, funcionando como una especie de excepción a la excepción, no cabe olvidar la necesidad del consentimiento expreso del trabajador o que una Ley, por razones de interés general, permita el tratamiento de estos datos especialmente sensibles, tal y como establece el artículo 9.2 del RGPD y su trasposición en España a través del artículo 9.2 LOPDP, que destaca cómo "los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad… En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte".

La determinación del sujeto responsable del fichero que integre las obligaciones relativas a la salud "requiere la previa determinación del sujeto de quién deba predicarse la obligación de mantener la información relativa a la salud, así como la extensión de la misma", siendo posible diferenciar al menos tres hipótesis distintas: "el personal médico que practica las medidas de vigilancia, el empresario sobre el que recae la obligación legal de mantener la información derivada de la vigilancia de la salud y, en fin, la existencia de servicios de prevención internos o externos encargados de la vigilancia de la salud"[34].

En este sentido, cabe destacar cómo la nueva normativa obliga a que los responsables y encargados determinen "las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa" (arts. 24 y 25 RGPD y 28 LOPDP).

Todos los datos extraídos del cumplimiento del deber empresarial de garantizar la salud deben ser almacenados en ficheros de la empresa, quedando condicionado su mantenimiento en ellos a su utilidad y, consecuentemente, a su periódica actualización. Es más, el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad competente la documentación por la que acredite que efectivamente cumple con el deber de control de la salud de los trabajadores y las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos practicados.

Así, el cumplimiento de lo previsto demanda al titular de la organización empresarial realizar un acopio documental que, en ciertos casos, dependiendo de la índole de la actividad empresarial, puede resultar ingente, y para su organización resultará de todo punto necesaria su acumulación en ficheros, de los cuales es responsable precisamente el empresario aunque, paradójicamente, no tiene derecho al acceso a la totalidad del contenido de los mismos[35]. No cabe olvidar, en definitiva, que uno de los principios fundamentales de un adecuado sistema de tratamiento de datos viene dado por conseguir un "escrupuloso respeto a la confidencialidad de los mismos"[36] en tanto en cuanto ésta forma parte fundamental e inescindible del derecho a la intimidad de la persona.

Cabe señalar también la importancia del principio de veracidad, el cual viene a exigir que los datos de carácter personal almacenados sean exactos y estén actualizados, de forma tal que el trabajador no se vea lesionado en su posición jurídica en tanto la empresa pueda tomar decisiones partiendo de datos inexactos o desactualizados que, incluso, puedan ir en detrimento de la propia salud. Ello permitirá hacer uso de los derechos de rectificación o cancelación regulados en los artículos 14 y 15 LOPDP.

No obstante, si los datos resultaren pertinentes para otro fin compatible (art. 6.4 LOPDP) y resulten útiles al empresario para la organización y dirección de la prestación laboral en la unidad productiva, deberá permitirse su mantenimiento[37], previa notificación o petición de consentimiento respecto a esta nueva finalidad a cual serán destinados, habida cuenta que obstaculizar con garantías "excesivamente formalistas" una actividad empresarial cada vez más irremediablemente obligada al uso de sistemas informáticos no ofrece a día de hoy una lógica clara, pues resultaría absurdo la exigencia de cancelación de una serie de datos que ya se poseen y se necesitan para un nuevo fin en tanto significaría obligar a una segunda recogida de los mismos, sin que tal circunstancia redunde en una mayor garantía de los derechos del trabajador[38].

Estos principios y derechos implican que los datos no podrán ser mantenidos por tiempo ilimitado[39], siendo el principio de conservación limitada otro de los aplicables a la protección de datos y a la vigilancia de la salud, de acuerdo con el cual los pormenores referentes al control médico únicamente permanecerán en los ficheros por el tiempo necesario para el cumplimiento de los fines para los cuales fueron en su momento recabados. Así, ante los resultados de un nuevo examen habrá de determinarse cuáles mantienen su validez respecto a los anteriores para contribuir a una eficaz protección, de forma tal que si algún dato carece ya de utilidad deberá ser cancelado[40].

De tal manera, parece evidente que ante determinados supuestos, como que el trabajador cambie de empresa o cuando tras un proceso de selección no haya sido aceptado para formar parte de la misma, el fin para el cual las informaciones fueron recogidas desaparece, careciendo de sentido su mantenimiento en poder de la unidad productiva, resultando lo contrario en todo caso una intolerable apropiación perpetua e indebida de amplios aspectos y facetas de la vida personal del sujeto[41].

33 SÁNCHEZ CUBEL, M. D.: Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Barcelona (Praxis), 1996, pág. 89.

34 MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., págs. 110 y ss.

35 PRADAS MONTILLA, R.: "Empresas y protección de datos de carácter personal", Actualidad Laboral, T. I, 2003, pág. 73.

36 PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, Madrid (CES), 2005, pág. 119.

37 Sobre la conservación y custodia de la historia clínica, con carácter general, AYERRA LAZCANO, J. Mª.: "Regulación general de la historia clínica", Derecho y Salud, Vol. 11, 2003, págs. 29 y ss.

38 En tal sentido, aunque no en el ámbito estricto de los datos de salud, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", Relaciones Laborales, T. I, 1994, pág. 537.

39 En torno a la materia, destacando las distintas legislaciones autonómicas a este respecto, o haciendo notar cuestiones como los plazos de una posible reclamación en vía civil o penal por actuaciones médicas, ÁLVAREZ CIVANTOS, O. J.: Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades, Granada (Comares), 2002, págs. 261 y ss.

40 PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., págs. 168-169.

41 MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: "Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)", Cuadernos y Debates, núm. 43, 1993, pág. 69.

Ahora bien, a pesar de lo señalado, "y para garantizar la finalidad preventiva de estas actividades sin ruptura de la intimidad del trabajador"[42], el empresario y los responsables en materia de prevención sí deben ser informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados respecto a la aptitud positiva o negativa del empleado para desarrollar la prestación de servicios en el puesto para el cual fue contratado o, en su caso, respecto a la necesidad de introducir nuevas medidas de prevención y protección o mejorar las ya existentes, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

Se trata, en definitiva, tal y como se destacó anteriormente, y al margen de la excepción general que permite el acceso a este tipo de datos a los médicos y autoridades sanitarias que realicen la vigilancia, de la utilización de la reprobable técnica de la "excepción a la excepción"[43], a partir de la cual el círculo de quienes pueden conocer información médica se ve ampliado, de forma tal que resulta cada vez menos íntima y confidencial, al tiempo que dicho secreto sobre la información puede correr riesgos que resultan difícilmente evitables.

De tal forma, y en virtud de ello, la normativa de prevención, en aquellos supuestos en los cuales la empresa sea conocedora de que un empleado haya padecido o padezca algún problema de salud relacionado con su trabajo, obliga evaluar de nuevo los riesgos de ese concreto puesto de trabajo en tanto en cuanto durante el desarrollo de su actividad el trabajador se había visto avocado a una situación "que llegó a dañarle su salud, y a su vez verificar el estado del demandante para comprobar que sin merma de su salud ya deteriorada, podía atender su puesto … con las cargas de trabajo que [éste conlleva]… [En el supuesto de no actuar así…, no sólo ha obviado sus obligaciones en materia de salud laboral, sino que ha provocado un mayor deterioro [físico del trabajador]… en lo que constituye un evidente atentado contra los derechos laborales indicados y también a su integridad psicofísica «ex» art. 15 CE"[44].

En este aspecto, constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica, por una parte, "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"[45] y, por otra, el control por el propio titular de los datos e información a él relativos, habida cuenta de que "el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de la abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de esos datos[46] .

El artículo 18.1 CE confiere así a la persona el poder jurídico de imponer a terceros "el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido"[47]. De ello cabe deducir que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión ("un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, conforme a las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"[48]), circunstancia que viene a imponer la mencionada obligación de abstención de ingerencias salvo en aquellos supuestos en los cuales éstas aparezcan fundadas "en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada"[49] o cuando exista un consentimiento eficaz que lo autorice, habida cuenta "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno"[50].

Este precepto constitucional impide, por tanto, las injerencias "arbitrarias o ilegales" en la intimidad[51]. De tal premisa cabe deducir cómo el derecho a la intimidad personal será vulnerado cuando la intromisión en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

La ley impone, por tanto, no sólo la confidencialidad de los datos recabados y análisis realizados en los reconocimientos médicos[52], sino también su realización en la forma y con los medios que no lleguen a suponer una intrusión fuera de contexto en la vida privada e íntima del trabajador.

42 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

43 Algunos autores así la han calificado, señalando que se trata de una técnica absolutamente reprobable por cuanto demuestra una falta de claridad expositiva que es fuente continua de confusión para el intérprete [RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La potencialidad lesiva de la informática sobre los derechos de los trabajadores", Revista Española de Protección de Datos, núm. 2, 2007, pág. 151], pues el planteamiento del artículo 22 LPRL adolece de "cierta ligereza", CARDONA RUBERT, Mª. B. y MORRO LÓPEZ, J.: "Los datos sanitarios del trabajador en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV.: La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid (AEDTSS), 1996, pág. 14.

44 STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).
En torno a esta cuestión, aunque desde una perspectiva distinta, cabe destacar la STS, Cont-Admitivo., 19 junio 2000 (RJ 4095), en cuanto a la atribución "de una comisión de servicio a un funcionario respecto del que no se trata de prevenir riesgo laboral alguno, asesorar técnicamente en cuanto a este extremo o realizar una labor de vigilancia y control…, sino de proporcionarle un puesto de trabajo que pueda desempeñar cuando ya se encuentra afectado por una notoria merma de facultades físicas, psíquicas o sensoriales. No es una cuestión relativa a la prevención de la disminución de la capacidad laboral del funcionario, sino una norma dirigida a utilizar la comisión de servicio como medio temporal de resolver un problema de prestación de un puesto de trabajo y su consiguiente provisión.

Lo mismo hemos de señalar respecto al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, relativo a la vigilancia de la salud, cuando en el supuesto regulado por el precepto impugnado nos hallamos ante un caso en que la salud del trabajador se encuentra ya notoriamente dañada y la reglamentación administrativa tiene por fin proporcionarle temporalmente un puesto de trabajo que le sea posible desempeñar".

45 Entre otras, SSTCo 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 18 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril; 156/2001, de 2 de julio; 127/2003, de 30 de junio o 196/2004, de 15 de noviembre.

46 STCo 142/1993, de 22 de abril.

47 SSTCo 73/1982, de 2 de diciembre; 10/1984, de 26 de noviembre; 89/1987, de 3 de junio; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre. Desde una perspectiva general, SSTCo 134/1999, de 15 de julio; 144/1999, de 22 de julio y 115/2000, de 10 de mayo.

48 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

49 En este sentido, SSTCo 207/1996, de 16 de diciembre; 44/1999, de 5 de abril; 292/2000, de 30 de noviembre o 70/2002, de 3 de abril.

50 SSTCo 83/2002, de 22 de abril o 196/2004, de 15 de noviembre.

51 STCo 110/1984, de 26 de noviembre.

52 Sobre la materia, TOLOSA TRIBIÑO, C.: "El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", RL, núm. 20, 1997, pág. 125 y ss. o GARCÍA MURCIA, J.: "Derecho a la intimidad y bajas médicas: la anotación de las bajas médicas. Comentario a la STCo 2002/1999", Aranzadi TC, núm. 13, 2000, pág. 13 y ss.

En este sentido, no existirá lesión del derecho a la intimidad en caso de ser verificada la mencionada confidencialidad de los datos obtenidos al no haberse comunicado a la empresa resultado alguno, especialmente cuando se trata de comunicar la falta de aptitud de un trabajador para desarrollar sus funciones, en cuyo caso la información a la unidad productiva se reducirá, simplemente, a tal información, transmitiéndosele únicamente la existencia de una razón que, conforme a los controles médicos plasmados en el manual de referencia, excluía su aptitud para la contratación.

En cualquier caso, y con todo, al tener que entregar las conclusiones que tengan que ver con el correcto desarrollo de las funciones en materia preventiva, la confidencialidad de la información puede correr riesgos que resultan difícilmente evitables. Que un dato tenga el carácter de confidencial significa su "reservabilidad", su mantenimiento en secreto frente a personas que no tienen interés legítimo alguno en su conocimiento[53], de forma tal que dicha privacidad debe ser interpretada de forma restrictiva y siempre funcionarizada directa e imprescindiblemente a la prevención[54].

El artículo 22 LPRL, al margen de establecer el principio de confidencialidad, lo modula también tomando en consideración la articulación de la documentación como resultados o como conclusiones de las pruebas practicadas, dando a los primeros una máxima confidencialidad, mientras las segundas ven mermado ese blindaje en virtud del tipo de datos que incorporan y la mayor cantidad de sujetos a los cuales se les comunican, aun cuando no deben en caso alguno trascender más allá de la Administración sanitaria, la empresa o los sujetos con responsabilidades en materia preventiva.

La información médica de carácter personal plasmada en los resultados de la vigilancia de la salud incluye (destacando así la amplia acepción que el término posee, aun cuando no todos los autores lo hayan considerado de tal manera[55]), además de información sobre la salud que tiene que ver con el puesto de trabajo, datos que no poseen relación directa con la prestación de servicios pero que han surgido en la práctica del examen de salud. Referencia terminológica, en definitiva, orientada a unos resultados que, al pertenecer a la esfera íntima del trabajador, resultarán únicamente accesibles al personal médico o autoridades sanitarias que han desarrollado las distintas pruebas enmarcadas en el proceso de vigilancia de la salud[56], quienes deberán guardar secreto respecto al contenido de los resultados frente al resto de personas con alguna relación con las tareas preventivas de vigilancia de la salud y, por supuesto, frente a terceros, excepción hecha del supuesto de que la no revelación de esos datos pudiera suponer un perjuicio para la salud de otros trabajadores o terceras personas relacionadas con la empresa o que por imperativo legal se establezca lo contrario[57].

Cuestión distinta es que, partiendo de tal información, resulte necesario extraer unas conclusiones relativas exclusivamente a la aptitud (o no) del empleado en relación con el desempeño de las obligaciones que su puesto de trabajo implican o con la posible necesidad de introducir cambios o mejoras preventivas y protectoras. Estas conclusiones se elaborarán utilizando, pero no incorporando, lo más destacado de la información médica, evitando facilitar información de índole médica o clínica o reflejar el problema de salud concreto padecido por un trabajador. Respecto a las mismas el deber de confidencialidad aparece algo más relajado, en tanto que serán comunicadas al empresario y a ellas tendrán acceso las personas y órganos con responsabilidad en materia de prevención con objeto de que puedan desarrollar correctamente sus funciones, o lo que es lo mismo, delegados de prevención, comité de Seguridad y Salud y la representación unitaria y sindical de los trabajadores[58], quienes aparecen igualmente sometidos al deber de confidencialidad.

El acceso de los representantes de los trabajadores a datos sanitarios, debido a la sensibilidad y naturaleza de los mismos, parece hacer conveniente que los datos sean oportunamente disociados. Respecto a esta facultad de la que disfrutan los delegados de prevención de conocer y analizar los daños producidos en la salud e integridad física de los trabajadores del artículo 39.2 LPRL, al venir situados los objetivos en analizar las causas y proponer medidas preventivas oportunas, y aun cuando no faltan autores que opinan que tal disposición legal habilita en todo caso al tratamiento de datos personales de los trabajadores afectados[59], cabe destacar que no siempre será necesario conocer los datos personales del operario, aun cuando es posible que, en ocasiones, sea relevante identificar las condiciones particulares del sujeto para llevar a cabo de la manera más adecuada la tarea preventiva[60].

En cualquier caso, y dada la excesiva implicación de una amplia pluralidad de sujetos con legitimidad en materia preventiva lo más razonable resulta mantener en el anonimato la identidad concreta del trabajador respecto al cual trascienden determinados datos médicos[61], de forma tal que únicamente se ofrezca el conocimiento de aspectos que permitan localizar el riesgo en el sistema organizativo de la empresa, utilizando para

53 PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., pág. 120.

54 GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Trotta), 1996, págs. 154-155.

55 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, cit., pág. 200, para quienes la acepción información médica de carácter personal únicamente hace referencia a "datos relativos a la salud del trabajador detectados en un reconocimiento médico que poca o ninguna relación tuvieran con la actividad laboral por él desarrollada o con el riesgo derivado de su trabajo (tal sería el caso de defectos congénitos o enfermedades comunes), los cuales, en consecuencia, deben quedar preservados de cualquier injerencia salvo la del personal médico asistencial encargado de velar por la salud del trabajador y las autoridades sanitarias".

56 En este sentido, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., págs. 121-122.

57 Secreto que no alcanzará solo a lo que pueda haber sido deducido de los resultados, sino también a otras cuestiones que el trabajador haya podido confiar al médico o personas involucradas en la vigilancia, pues ciertas enfermedades pueden investigarse a partir del conocimiento de determinados hábitos sociales o deducirse a partir de enfermedades concurrentes, SANCHEZ TORRES, E.: "El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Relaciones Laborales, T. II, 1997, págs. 476 y ss.

58 Sobre la conveniencia de permitir que los trabajadores designados para las tareas preventivas disfruten también del acceso a esos datos, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., pág. 132 y ss.

59 TRONCOSO REIGADA, A.: "Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores", en AA.VV. (FARRIOLS I SOLÁ, A., Coord.): La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo, Madrid (Cinca/Fundación Largo Caballero/CLI), 2006, pág. 124.

60 TASCÓN LÓPEZ, R.: "El tratamiento por los representantes de los trabajadores y por las organizaciones sindicales de los datos personales de los trabajadores: entre lo tácticamente posible, lo socialmente conveniente y lo jurídicamente aceptable", Revista Española de Protección de Datos, núm. 1, 2006, pág. 220.

61 Y ello en base a motivos preventivos, pero también educativos y de eficacia, SANCHEZ TORRES, E.: "El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 478.

ello datos cifrados mediante claves codificadas o el envío de manera separada de los datos personales y de salud de los trabajadores[62] impidiendo así la asociación de ambos.

A pesar de que el avance de las nuevas tecnologías permitiría, siempre y cuando fueran adoptadas las medidas precisas para garantizar la integridad y confidencialidad de los datos, la comunicación de los resultados a través del correo electrónico o de una página de internet facilitando al trabajador su acceso a través de una clave, el sobre cerrado y sellado por el servicio de prevención con la referencia expresa de confidencial parece el mejor sistema para garantizar dicha confidencialidad[63], siendo los mismos remitidos directamente al interesado y no a la empresa, circunstancia que generaría el riesgo de la filtración o el conocimiento de los datos por terceros no autorizados o no deseados.

En fin, la realidad es que quien posee la información será quien pueda suministrarla y, en tal sentido, el personal sanitario deberá integrar y delimitar el contenido de las conclusiones de los reconocimientos en cada caso concreto en función de los límites y condicionantes expuestos, de forma que será su conciencia en los términos de la deontología de su disciplina profesional la que deberá asegurar que los informes finales aparezcan delimitados en los estrictos términos impuestos legalmente[64].

La Recomendación 171 de la OIT, sobre los servicios de salud en el trabajo, constituye un buen ejemplo en cuanto a la fijación de este elemento interpretativo a utilizar en las conclusiones, habida cuenta de que en su artículo 16 destaca como "al término de un examen médico prescrito para determinar la aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo que entraña exposición a un riesgo determinado, el médico que lo haya realizado debería comunicar sus conclusiones por escrito al trabajador y al empleador. Por otra parte, esta comunicación no debería contener indicación alguna de índole médica; según los casos, podría indicar que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos de trabajo y las condiciones de trabajo que le estén contraindicados, temporal o permanentemente, desde el punto de vista médico".

62 Probablemente una de las formas "más efectivas", MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 117.

63 Sistema más eficaz "que unas claves informáticas que expertos afines a la empresa podrían descifrar", PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., pág. 123.

64 Sobre la cuestión, en tal sentido, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: "Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador", cit., pág. 239 o BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): Trabajo y libertades públicas, cit., pág. 276.

IV.- LA IMPORTANCIA DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS RELATIVOS A LA VIGILANCIA DE LA SALUD PARA PROTEGER LA INTIMIDAD Y LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador[65], circunstancia unida en íntima conexión con el deber de confidencialidad, y como cabe apreciar en virtud del ya destacado enunciado del artículo artículo 5 de la nueva Ley Órganica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, también con una visible relación de su contenido dentro de las especificaciones del deber de confidencialidad del artículo 22 LPRL, pues resulta evidente que las normas generales en la materia arrancan en su planteamiento del hecho, más o menos claro, de que el empresario como responsable del fichero automatizado y el personal médico como interviniente en la obtención de los datos de tal archivo[66], conocen circunstancias personales de los trabajadores a través de su actividad profesional.

En este sentido, las mencionadas especificaciones de la obligación de confidencialidad contenidas en el artículo 22 LPRL introducen una garantía adicional[67] de gran importancia a fin de evitar que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores puedan ser usados con fines discriminatorios, garantía que "conforme a las normas generales no existiría"[68] y consistente en que el empresario responsable del fichero automatizado no podrá acceder a toda la información del estado de salud de su empleado, sino únicamente a las conclusiones relativas a su aptitud --o no-- para desempeñar su cometido en la empresa o al necesidad de introducir nuevas medidas de protección y prevención mejorar las existentes.

Aunque, como ha quedado patente, en las conclusiones del informe médico no puede aparecer reflejada la concreta patología que pudiera padecer un trabajador, sí debe expresarse en cambio las condiciones que a éste le están contraindicadas, ya sea de manera temporal o definitiva, circunstancia que puede otorgar pautas para descubrir qué tipo de enfermedad padece una determinada persona, y provocar, en consecuencia, una posible actuación discriminatoria, de forma tal que en aras de evitar tentaciones resulta ciertamente adecuada y acertada la expresa prohibición de este tipo de conductas, fortaleciendo el derecho a la no discriminación en la práctica y consecuencias de la vigilancia de la salud.

Eso sí, cabría señalar cómo si el estado de salud supone riesgos para otros trabajadores o para terceros, el puesto de trabajo no es compatible con su salud o seguridad o conlleva una ineptitud sobrevenida no parece posible detectar la existencia de un elemento discriminador por parte de la empresa si ésta decide modificar, suspender o incluso extinguir la relación laboral[69].

En virtud de tal, resulta conveniente que los responsables de llevar cabo esta vigilancia sean "cautos en la utilización de sus palabras para dar a conocer la aptitud o no del trabajador para el concreto puesto de trabajo o función" --tratando así de evitar ciertas actitudes que pudieren perjudicarle-- y tengan en cuenta, por otra parte, los protocolos de actuación en la medida que recogen criterios de valoración al respecto que ofrecen un margen subjetivo para poder adaptarlos a las específicas circunstancias de una empresa o de un trabajador[70].

El principal objetivo de la vigilancia de la salud no puede aparecer centrado en la contratación o la continuidad laboral de un trabajador en un impecable y perfecto estado de salud, sin tacha médica alguna[71], sino procurar una adaptación a sus posibilidades, habida cuenta de que no existe un aptitud concreta y general para el empleo, pues

65 Circunstancia reiterada en no pocas ocasiones por los Tribunales [así, STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442)], no en vano el medio más adecuado parar determinar el concreto alcance de esta precisión debe corresponder a la jurisprudencia, GONZÁLEZ BIEDMA, E. y GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Disposiciones de aplicación a la entrada en vigor de la Ley 31/1995: aspectos más destacados de los capítulos III y IV (Derechos y obligaciones; Servicios de Prevención)", en AA.VV.: La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: su incidencia en la empresa, Barcelona (Gestión 2000), 1996, pág. 80.

66 "Podría decirse que habría tres bases de datos: una de resultados y otra de conclusiones a cargo de los servicios de prevención, aunque con alguna responsabilidad de la empresa, y otra más de conclusiones a cargo directo de la empresa. Frente a todas ellas rige el principio de confidencialidad unido a otros principios derivados de la aplicación de la LOPD", PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., pág. 143.

67 Garantía inspirada en el artículo 16 del Convenio núm. 161, de 7 de junio de 1985, de la OIT, sobre Servicios de Salud en el Trabajo, SÁNCHEZ PEGO, F. J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", AL, núm. 2, 1997, págs. 26-27.

68 LOUSADA AROCHENA, J. F.: "Artículo 22. Vigilancia de la salud", en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 123.

69 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, cit., págs. 201-202.

70 Al respecto, ampliamente, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, cit., págs. 127-128.

71 Aun cuando no faltan pronunciamientos que parecen no considerarlo así, STSJ Asturias 11 junio 1999 (AS 1984).

ésta se determinará en función de puesto o la tarea asignada. En definitiva, siempre y cuando se encuentre en condiciones de aptitud adecuadas para llevar a cabo las tareas y actividades concretas de su puesto de trabajo, ningún trabajador puede ser discriminado por razón de problemas o disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales.

Por otra parte, la información del trabajador al empresario contratante respecto a su estado de salud no resulta obligada, en tanto tales datos forman parte del ámbito de la intimidad de la persona.

El empresario puede subordinar la contratación del trabajador a un previo examen sanitario que demuestre la aptitud para el trabajo de este, e incluso tiene la obligación de hacerlo en algunos casos, pero dicho examen ha de ser llevado a cabo por los servicios de prevención regulados por el Real Decreto 39/1997 y la obligación de información del trabajador contenida en el artículo 2.2 y 2.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica se refiere a esos servicios y sus profesionales sanitarios, pero en ningún caso al empresario, a quien ni siquiera esos servicios y profesionales pueden informar de sus hallazgos más allá de lo que es preciso en relación con la aptitud del trabajador para las tareas que ha de desempeñar y sus limitaciones.

Así, cabe destacar como, si el empresario "no dispone que se lleven a cabo dichos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios"[72].

Las características biológicas de una persona, sus condiciones físicas y su estado de salud forman parte del más estricto ámbito de su intimidad, lo cual supone la existencia del derecho de cada persona a ocultar sus defectos físicos o su situación patológica, salvo cuando de manera excepcional deba considerarse justificado el conocimientos de tales circunstancias a determinados efectos y con las limitaciones que se requieran[73].

Resulta evidente, por habitual, la existencia de una elevada la posibilidad de que las personas que padecen determinadas enfermedades puedan ser discriminadas en muchos ámbitos sociales, como históricamente ha venido ocurriendo en relación a algunos padecimientos[74], circunstancia que ha llevado a instancias legislativas nacionales y supranacionales a la adopción de determinadas medidas de protección de dichas personas. Éstas, en su mayor parte tendentes "a garantizar la confidencialidad de los datos médicos reveladores de la situación de enfermedad y a impedir a terceros el acceso a esos datos y que en el ámbito laboral han tenido plasmación concreta en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales..., que trata de proteger la intimidad y la dignidad de la persona trabajadora respecto del empleador dentro de los límites que el precepto marca"[75].

En el supuesto de que con posterioridad a producirse la contratación se sancione --incluso con el despido-- al trabajador por no proporcionar a la empresa tal información, se le estará castigando por el ejercicio de un derecho fundamental, dado que el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador. "Esto solo basta para declarar la nulidad de [la sanción impuesta] por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución"[76].

Uno de los ejemplos paradigmáticos en torno a esta cuestión lo constituye el de las personas portadoras de los anticuerpos del VIH o que padecen la enfermedad del SIDA[77] (la pertinencia de la prueba para su detección queda limitada a supuestos de riesgo de contagio en el lugar de trabajo, lo que considerando las limitadas vías de transmisión hace que su carácter imprescindible se detecte en pocas ocasiones, especial y particularmente e algunas actividades de naturaleza sanitaria[78]), habiendo venido la doctrina judicial a establecer respecto a la situación de una trabajadora despedida por ser portadora de anticuerpos del VIH y no informar de tal circunstancia a la empresa cuando se establece que "no existe obligación de declarar que se es portador de los anticuerpos del VIH o que se padece el SIDA; que ello está protegido por los derechos a la no discriminación y el respeto a la intimidad; que existe el derecho a la confidencialidad de los datos médicos; que existe el derecho a no informar al empresario de la condición de portador de anticuerpos VIH y también en este ámbito rigen los derechos a la confidencialidad e intimidad; que las personas infectadas con el virus no tienen la obligación legal de informar a nadie"[79].

Puede producirse en determinados supuestos, además, un conocimiento (normalmente inexplicado en cuanto a su fuente y origen) por parte de la empresa de datos inherentes a la intimidad del trabajador, circunstancia que puede ser causa de posteriores sanciones o despidos basándose en una información adicional más detallada (relativa al estado de salud y dolencias del trabajador, origen de las mismas, etc.) a la que los servicios de prevención pueden, de acuerdo con la

72 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

73 Al respecto, SÁNCHEZ PEGO, F. J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", Actualidad Laboral, núm. 2, 1997, pág. 23.

74 Al respecto, TASCÓN LÓPEZ, R.: El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión, cit., pág. 99.

75 STSJ País Vasco 5 marzo 2002 (AS 2553).

76 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

77 En torno a esta materia, GOÑI SEIN, J. L.: "El Sida y la relación de trabajo", RL, núm. 17, 1997; SÁNCHEZ CARO, J.: "Las relaciones laborales y sida: algunas cuestiones a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", La Ley, núm. 6, 1998; SÁNCHEZ TORRES, E.: "Derecho a la intimidad médica del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y VIH/SIDA: el art. 22, ¿hacia la figura del 'trabajador transparente'?", en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1997; PONS CARMONA, M.: "La problemática del SIDA en la acción protectora de la Seguridad Social", TS, núm. 76, 1997, págs. 19 y ss. ó CARDONA RUBERT, M. B.: "Vulneración del derecho a la intimidad del trabajador afectado por SIDA en parte de alta médica", AS, Vol. III, 1999.

78 ROMERO RÓDENAS, Mª. J.: SIDA y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de seguridad social, Madrid (Ibidem), 1995, pág. 166 y ss. o BALLESTER PASTOR, Mª. A.: "La vigilancia de la salud laboral", cit., pág. 18.

79 En este sentido, "la Resolución 90/C10/02 del Consejo de Ministros de Sanidad de la UE de 22 de diciembre de 1989 indica que en materia de vivienda y seguros privados sería conveniente buscar soluciones que concilien los intereses económicos con el principio de no discriminación; que la OMS tiene declarado que la detección del VIH para fines de seguro u otros, es muy inquietante por sus posibles efectos discriminatorios y merece ser objeto de examen detenido y riguroso... [por lo que, en virtud de todo ello la trabajadora] no se hallaba obligada a desvelar que fuese portadora del virus del SIDA, ya que no padecía la enfermedad; que el interés de las aseguradoras a conocer este dato dará como consecuencia con la exclusión de las personas seropositivas de la suscripción de los seguros privados, lo que es claramente discriminatorio; que el derecho de las aseguradoras debe ceder frente a la confidencialidad de los portadores del virus, ya que no son derechos equiparables ni tienen la misma protección legal o constitucional", STSJ País Vasco 5 marzo 2002 (AS 2553).

regulación legal, proporcionar al empresario. Estos datos, se insiste, forman parte del ámbito protegido por la intimidad personal del trabajador y éste puede excluirlos legítimamente del conocimiento empresarial, aún cuando hubiera estado obligado a proporcionarlos a los servicios sanitarios encargados de la vigilancia de su salud.

En tales casos, la doctrina judicial ha entendido que, si el propio trabajador no ha proporcionado los mismos a la empresa ni esta ha accedido a ellos con su consentimiento, existirán fundados indicios de un acceso no consentido a datos inherentes a la intimidad de aquel, los cuales pueden traer como consecuencia el acto de sanción o despido, por lo que éste se habría producido vulnerando el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE.

Tendría lugar, en consecuencia, una doble vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal del trabajador despedido, de un lado, "por cuanto se le sanciona por la empresa por el exclusivo hecho de ejercitar su derecho fundamental de exclusión de la acción y conocimiento de terceros de determinados datos" y, de otro, "por cuanto el conocimiento [de una enfermedad o lesión previa] que sirvió a la empresa para imputarle la omisión de información se obtuvo por la empresa de manera ilegítima, sin el consentimiento del propio afectado"[80]. Todo lo cual debe, inevitablemente, llevar a declarar la nulidad de la sanción impuesta.

Y, aun cuando se trate solamente de indicios, los mismos cumplen los requisitos necesarios "para producir la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondería a la empresa acreditar el origen legítimo de su información y conocimiento"[81], tal y como ha venido a establecer reiterada doctrina del Tribunal Constitucional[82].

En este sentido, en el proceso la prueba indiciaria se articula de manera que el trabajador "debe aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia"[83]. Bajo tales circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse[84]. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador, que es lo que ocurre en este caso[85].

80 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

81 STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

82 Sirvan como ejemplo las SSTCo 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo.

83 STCo 207/2001, de 22 de octubre.

84 STCo 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero y 30/2002, de 11 de febrero.

85 STSJ Castilla y León 21 marzo 2005 (AS 442).

V.- EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

Cuando un paciente, en este caso el trabajador, habla con su médico le va a confiar un elevado número de aspectos personales y circunstancias privadas[86] que, como se ha visto, pueden pertenecer a la más estricta intimidad[87], haciéndolo en la confianza de que todo ello no va a ser divulgado[88]. De tal forma, intimidad, confidencialidad y deber de secreto aparecen vinculados por una relación instrumental. Si el derecho a la intimidad faculta a cada persona a ejercer un control eficaz sobre su propia vida y sobre la parte de ella que desea preservar, la confidencialidad representa el instrumento de protección y garantía de ese derecho[89].

En esta línea, el secreto médico tiene como fundamento el derecho a la intimidad del paciente, cuya confianza en el respeto a su intimidad posibilitará el mantenimiento de una relación terapéutica eficaz, habida cuenta de que sin la garantía del secreto médico, las informaciones facilitadas al facultativo se reducirían drásticamente, incluso hasta el punto incluso del abandono de la relación entre médico y paciente.

En este sentido, las actividades sanitarias llevadas a cabo en la empresa, sean las de vigilancia de la salud o las puramente asistenciales, dan origen a un gran número de problemas de confidencialidad en tanto el médico ha de establecer relaciones con muchas personas e instituciones y deberá facilitar a cada una de ellas un nivel de información distinto en virtud de los objetivos por las mismas perseguidos.

El deber de confidencialidad y la obligación de administración y uso responsable de la información no vienen dadas sólo, como es lógico colegir, por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales[90], pues la profesión médica siempre ha estado específicamente obligada a mantener la confidencialidad y a guardar secreto sobre la información relativa a la salud de sus pacientes[91]. Resulta menester, por tanto, tener en cuenta las reglas deontológicas profesionales, en tanto cumplen una misión fundamental a la hora de garantizar la objetividad y profesionalidad de personas que normalmente se encuentran incardinadas en una relación de subordinación respecto al titular de la empresa y cuyo dictamen puede llegar a tener un verdadero poder de vida o muerte en cuanto a lo laboral hace[92].

Ya el Juramento Hipocrático hace expresa mención de este hecho al destacar como "lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba divulgarse, lo callaré teniéndolo por secreto". Igualmente, los Códigos Deontológicos recogen este deber (de la misma forma, las declaraciones de derechos de los enfermos y pacientes también han venido a hacer referencia al mismo), así, el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial Española contiene distintos preceptos en torno a esta materia (Capítulo IV, arts. 14-17) señalando que el secreto médico es inherente al ejercicio de la profesión, obligando a todos los médicos cualquiera que sea su modalidad de ejercicio, abarcando todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que él haya conocido en el ejercicio de la profesión, no eximiendo la muerte del paciente de tal deber.

Su violación resulta, además, en al ámbito deontológico una falta muy grave, a lo cual habrán de sumarse las previsiones del Código Penal (que, aun cuando no tipifique expresamente esta vulneración, prevé en su artículo 199.2 pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación de dos a seis años para el profesional "que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona"), la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o de la propia Ley Orgánica 15/1999, que, además de obligar al secreto profesional, consideraba una infracción muy grave la vulneración del deber de guardar el mismo respecto a los datos de salud, obligando a su mantenimiento incluso después de la extinción de la relación de trabajo del médico con la correspondiente empresa, camino que la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal continúa transitando en su ya mencionado artículo 5 y en el 72.

86 Para poder desarrollar con éxito la actividad médica resulta necesario que el particular no omita ningún dato relativo a la situación que le vincula con el profesional médico, LÓPEZ, P.; MOYA, F.; MARIMÓN, S. y PLANAS, I.: Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad, Madrid (Díaz de Santos), 2001, pág. 5.

87 Convirtiendo así al profesional médico en depositario de ciertos aspectos íntimos de quienes acuden a ellos, STCo 110/1984, de 26 de noviembre.

88 "Una de las principales bases sobre las que se asienta la relación contractual entre el médico y el paciente para la prestación de servicios médicos es la relación de confianza que se deben mutuamente. De ella deriva como una de las obligaciones del médico en el ejercicio de sus funciones el deber del secreto profesional y que se remonta a los orígenes mismos de la medicina como necesidad de asegurar a los pacientes las confidencias que el médico recibía", FERNÁNDEZ COSTALES, J.: El contrato de servicios médicos, Madrid (Civitas) 1988, págs. 216-217.

89 AA.VV.: La protección de datos personales en el ámbito sanitario, Navarra (Aranzadi), 2002, págs. 128-129, destacando como "la esencia de la intimidad no se asienta tan sólo sobre la reserva y la preservación de determinados ámbitos interiores de la personalidad del individuo con respecto al conocimiento por parte de los demás, sino también sobre la necesidad de alcanzar un ámbito de libertad interior como instrumento imprescindible para el pleno desarrollo de la personalidad individual".

90 Sobre la cuestión, CARDONA RUBERT, Mª. B.: Datos sanitarios y relación laboral, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 33-34.

91 Sobre la materia, entorno al secreto profesional en distintos y variados ámbitos de la actividad médica, VERDÚ PASCUAL, V. F.: Secreto profesional médico. Normas y usos, 2ª ed., Granada (Comares), 2005, págs. 15 y ss.

92 En tal sentido, FERNÁNDEZ VOZMEDIANO, J. M. y CARRASCOSA CERQUERO, A.: "Relaciones deontológicas médico-empresa", en AA.VV.: Problemática de los reconocimientos médicos laborales. I Jornadas MAPFRE de salud laboral, Madrid (MAPFRE), 1986, pág. 75. En la misma idea, MARTÍ, I y MERCADAL, J. A.: "Aspectos deontológico del reconocimiento", en AA.VV.: Problemática de los reconocimientos médicos laborales. I Jornadas MAPFRE de salud laboral, Madrid (MAPFRE), 1986, pág. 56.

En cualquier caso, no resulta posible obviar y es menester destacar el "carácter relativo del secreto médico"[93], el cual se pone de relieve en el propio contenido del Código Deontológico, habida cuenta de que este contempla en su artículo 16 una serie de excepciones a tal obligación, aun cuando las mismas resultan muy específicas y orientadas a supuestos muy concretos, en tanto con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos y restringidos límites y, si lo estimara necesario, solicitando el asesoramiento del Colegio, el médico podrá revelar el secreto en los siguientes casos: por imperativo legal; en las enfermedades de declaración obligatoria; en las certificaciones de nacimiento y defunción; si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente, a otras personas o a un peligro colectivo; cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y éste permita tal situación; en el caso de comparecer como denunciado ante el Colegio o ser llamado a testimoniar en materia disciplinaria; cuando el paciente lo autorice, sin que tal autorización perjudique la discreción del médico, quien procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.

En todo caso, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha tratado en sus disposiciones de dar la más adecuada solución posible al conflicto entre el secreto de las informaciones relativas a la salud y la actividad preventiva, estableciendo de una forma clara las causas justificativas de la comunicación de tales informaciones, quienes serán los sujetos destinatarios de las mismas o las barreras que no podrán ser sobrepasadas y reservas impuestas en el uso y transmisión de la información médica.

Todo ello sin olvidar que, como se ha señalado, los cambios tecnológicos han supuesto grandes transformaciones en las estructuras sociales y laborales de los cuales las relaciones entre médico y paciente no son una excepción, habiéndose modificado éstas de manera sustancial, pues el almacenamiento de la información es en la actualidad fundamentalmente informático, de forma tal que la sencillez del mantenimiento del secreto profesional que suponía para el facultativo la no divulgación de la información obtenida en los reconocimientos con el simple silencio, se ha visto alterada por la mayor dificultad de mantener la intimidad de las personas cuyos datos de salud son archivados en ficheros informatizados, dificultando así en buena medida la obligación de sigilo o de secreto profesional, aun cuando, tal y como se ha destacado, la normativa establece un red lo más compleja posible para mantener la confidencialidad de tales datos y restringir al máximo su accesibilidad para terceros.

93 TOLOSA TRIBIÑO, C.: "El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Relaciones Laborales, núm. 20, 1997, pág. 131.

VI.- LA PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD Y EL DEBER DE SIGILO PROFESIONAL DE LOS DELEGADOS PREVENTIVOS

El hecho de tener acceso a determinados datos no puede, lógicamente, significar que estos puedan ser difundidos. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece la obligación de mantener el debido sigilo profesional a los delegados de prevención "sobre la información relativa a la empresa a la que tuviera acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones" (art. 30.4). A éstos les será de aplicación el artículo 65.2 ET en lo referente al sigilo profesional, y aun cuando la norma únicamente haga expresa referencia a los delegados de prevención, al intervenir y acceder a parte de los datos de salud más sujetos, también a ellos se hará extensible tal deber de sigilo en tanto la información sobre la cual se tiene conocimiento llega a sus manos en el cumplimiento de sus funciones. Así pues, este deber en la mayoría de los casos no es específico para la información médica a la cual se hace referencia, sino "el genérico que la ley establece para el ejercicio de las competencias de los órganos de representación de los trabajadores"[94].

De tal forma, respecto al Comité de Seguridad y Salud nada expresa la Ley directamente, habida cuenta de que se entenderá implícito en la condición de los sujetos que la constituyen, pues no son otros que los propios delegados de prevención. Igualmente, los trabajadores designados para desempeñar las tareas preventivas quedan sujetos a este deber en virtud del artículo 30.4 LPRL[95].
Más problemático puede resultar el supuesto de aquellas empresas en las cuales no es posible legalmente obtener representación especializada y en las que el empresario notifica la información sobre la actividad preventiva, sin que exista una expresa obligación de mantener sigilo sobre la misma. En tales casos, y atendiendo a la confidencialidad de los datos revelados estarán también obligados a no divulgarlos en tanto actuará el deber de secreto derivado del principio de buena fe contractual[96].

En definitiva, las características biológicas o genéticas de una persona, sus condiciones físicas y su estado de salud forman parte del más estricto ámbito de su intimidad[97], lo cual supone la existencia del derecho de cada persona a ocultar sus defectos físicos o su situación patológica, salvo cuando de manera excepcional deba considerarse justificado el conocimientos de tales circunstancias a determinados efectos y con las limitaciones que se requieran.

94 BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): Trabajo y libertades públicas, cit., pág. 278.

95 Al respecto, CARDONA RUBERT, Mª. B.: Datos sanitarios y relación laboral, cit., págs. 32-33.

96 BOZA PRO, G.: El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pág. 342.

97 Al respecto, SÁNCHEZ PEGO, F. J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", Actualidad Laboral, núm. 2, 1997, pág. 23.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir. y VICENTE PALACIO, A., Coord.): Derecho del Trabajo, 2ª ed., Madrid (Thompson/Aranzadi), 2005.

AA.VV.: La protección de datos personales en el ámbito sanitario, Navarra (Aranzadi), 2002.

ÁLVAREZ CIVANTOS, O. J.: Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades, Granada (Comares), 2002.

AYERRA LAZCANO, J. Mª.: "Regulación general de la historia clínica", Derecho y Salud, Vol. 11, 2003.

BLASCO PELLICER, A.: "El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): Trabajo y libertades públicas, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª.: Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales, Madrid (CISS), 2018.

BORRAJO DACRUZ, E.: "El impacto de tecnologías y medios de información en el Derecho del Trabajo", en AA.VV.: Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información: encuentros 1980-1990: los juristas ante la revolución informática, Madrid (CITEMA), 1991.

BOZA PRO, G.: El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.

CARDONA RUBERT, M. B.: "Vulneración del derecho a la intimidad del trabajador afectado por SIDA en parte de alta médica", AS, Vol. III, 1999.
- Datos sanitarios y relación laboral, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

CARDONA RUBERT, Mª. B. y MORRO LÓPEZ, J.: "Los datos sanitarios del trabajador en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AA.VV.: La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid (AEDTSS), 1996.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: "Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica", Revista Española de Protección de Datos, núm. 1, 2006.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: El contrato de servicios médicos, Madrid (Civitas) 1988.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo, Madrid (Civitas), 1999.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, Madrid (Agencia de Protección de Datos), 1997.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: "El derecho fundamental a la protección de datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario", Derecho y Salud, Número extraordinario del XI Congreso de Derecho y Salud, 2003.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", Relaciones Laborales, T. I, 1994.

FERNÁNDEZ VOZMEDIANO, J. M. y CARRASCOSA CERQUERO, A.: "Relaciones deontológicas médico-empresa", en AA.VV.: Problemática de los reconocimientos médicos laborales. I Jornadas MAPFRE de salud laboral, Madrid (MAPFRE), 1986.

GARCÍA MURCIA, J.: "Derecho a la intimidad y bajas médicas: la anotación de las bajas médicas. Comentario a la STCo 2002/1999", Aranzadi TC, núm. 13, 2000.

GONZÁLEZ BIEDMA, E. y GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Disposiciones de aplicación a la entrada en vigor de la Ley 31/1995: aspectos más destacados de los capítulos III y IV (Derechos y obligaciones; Servicios de Prevención)", en AA.VV.: La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: su incidencia en la empresa, Barcelona (Gestión 2000), 1996.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Trotta), 1996.

GOÑI SEIN, J. L.: "Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Coord.): La flexibilidad laboral en España, Zaragoza (Instituto de Relaciones Laborales), 1993.
- "El Sida y la relación de trabajo", RL, núm. 17, 1997.
- "Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., Coords.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Albacete (Bomarzo), 2004.

HEREDERO HIGUERAS, M.: "La protección de datos de salud informatizados en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre", Derecho y Salud, Vol. 2, 1994.

LÓPEZ, P.; MOYA, F.; MARIMÓN, S. y PLANAS, I.: Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad, Madrid (Díaz de Santos), 2001.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: "Artículo 22. Vigilancia de la salud", en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Granada (Comares), 1998.
LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: "El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados", en AA.VV.: Información y documentación clínica (Actas del Seminario Conjunto sobre Información y Documentación Clínica celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre de 1997), Vol. II, Madrid (CGPJ/MSC), 1997.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación", AS, T. II, 2005.

MARTÍ, I y MERCADAL, J. A.: "Aspectos deontológico del reconocimiento", en AA.VV.: Problemática de los reconocimientos médicos laborales. I Jornadas MAPFRE de salud laboral, Madrid (MAPFRE), 1986.

MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: "Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)", Cuadernos y Debates, núm. 43, 1993.

PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, Madrid (CES), 2005.

PONS CARMONA, M.: "La problemática del SIDA en la acción protectora de la Seguridad Social", TS, núm. 76, 1997.

PRADAS MONTILLA, R.: "Empresas y protección de datos de carácter personal", Actualidad Laboral, T. I, 2003.

PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: El Derecho a la Protección de Datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril, Pamplona, (Aranzadi), 2017.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La potencialidad lesiva de la informática sobre los derechos de los trabajadores", Revista Española de Protección de Datos, núm. 2, 2007.

ROMERO CASABONA, C. M.: "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", Poder Judicial, núm. 31, 1993.

ROMERO RÓDENAS, Mª. J.: SIDA y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de seguridad social, Madrid (Ibidem), 1995.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos", RMTAS, núm. 53, 2004.

SÁNCHEZ CARO, J.: "Las relaciones laborales y sida: algunas cuestiones a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", La Ley, núm. 6, 1998.

SÁNCHEZ CUBEL, M. D.: Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Barcelona (Praxis), 1996.

SÁNCHEZ PEGO, F. J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", Actualidad Laboral, núm. 2, 1997.

SÁNCHEZ TORRES, E.: "Derecho a la intimidad médica del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y VIH/SIDA: el art. 22, ¿hacia la figura del 'trabajador transparente'?", en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1997.

- "El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Relaciones Laborales, T. II, 1997.

SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F.: Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos, Granada (Comares), 2002.

TASCÓN LÓPEZ, R.: El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión, Madrid (Thomson-Civitas/APDCM), 2005.

- "El tratamiento por los representantes de los trabajadores y por las organizaciones sindicales de los datos personales de los trabajadores: entre lo tácticamente posible, lo socialmente conveniente y lo jurídicamente aceptable", Revista Española de Protección de Datos, núm. 1, 2006.

- "Sobre la ejecución procesal de las obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos personales; en este caso, eliminar los datos relativos a los diagnósticos médicos de los trabajadores de un archivo empresarial sobre absentismo con baja médica (Comentario a la STCo 153/2004, de 20 de septiembre)", Revista Española de Protección de Datos, núm. 2, 2007.

TOLOSA TRIBIÑO, C.: "El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Relaciones Laborales, núm. 20, 1997.

TRONCOSO REIGADA, A.: "Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores", en AA.VV. (FARRIOLS I SOLÁ, A., Coord.): La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo, Madrid (Cinca/Fundación Largo Caballero/CLI), 2006.

VERDÚ PASCUAL, V. F.: Secreto profesional médico. Normas y usos, 2ª ed., Granada (Comares), 2005.

WIESE, G.: "Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales", en AA.VV. (ABELLA, J. G., Trad.): El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Madrid (Fundación BBV/Universidad de Deusto/Diputación Foral de Vizcaya), T. IV, 1994.

1

A tutela dos trabalhadores das plataformas digitais à luz do Direito da União Europeia: um novo conceito de trabalhador?

Joana Nunes Vicente
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito
Faculdade de Direito, IJ, Univ Coimbra

Resumen

Abstract

A era digital alterou radicalmente o panorama das relações de trabalho e fez emergir novas formas de emprego, tais como o crowdwork ou mais genericamente o trabalho através de plataformas digitais. Apesar do trabalho através de plataformas digitais oferecer oportunidades a consumidores e prestadores, também existem riscos associados a este modelo de trabalho – empobrecimento em termos de qualificações, isolamento, baixas remunerações, falta de protecção social e outros benefícios, já que são normalmente contratados como "trabalhadores independentes". Mas o estatuto contratual destes prestadores é incerto. Neste estudo, será analisada a questão da qualificação do trabalho prestado através das plataformas e os problemas que estão a ser colocados ao Direito do Trabalho, tendo em conta a tradicional dicotomia entre trabalho subordinado/ trabalho autónomo. Primeiramente, a questão é apreciada do ponto de vista das experiências jurídicas nacionais. Em segundo lugar, é analisado o conceito europeu de trabalhador desenvolvido pelo TJUE e o âmbito de aplicação da recente Directiva relativa a Condições de Trabalho Transparentes e Previsíveis na União Europeia, explorando-se a possibilidade de os trabalhadores das plataformas beneficiarem da protecção do DUE.

The digital era has changed dramatically industrial relationships and new forms of employment are emerging such as crowdwork or more brodly platform work. Despite the potencial benefits of the gig economy for consumers and workers, there are also some risks from engaging in such work – deskilling work, low pay, lack of social protection and other benefits, as they are mainly classified as self-employed. But the legal status of these workers is unclear. This article analyses the legal qualification of work in digital platforms and the problems that in this area are being raised in the field of Labor Law in relation to dichotomy between the status of employee or self-employed. Firstly, we analyse the issue according to national rules and practices. Secondly, the study develops the european concept of worker of the CJEU as well as the scope of protection of the new Directive on Transparent and Predictable Working Conditions, and explores the potential of platform workers of being under EU law.

I. A rápida evolução tecnológica, associada a uma evolução de ordem societal e económica, conduziu ao aumento das novas formas de trabalho e relações laborais, que estão a transformar o panorama do mercado de trabalho, tornando-o cada vez mais complexo. As novas relações de trabalho incluem "os contratos sem especificação de horário de trabalho", "limitados ao tempo de voo", trabalho organizado através de intermediários, nomeadamente, agências de partilha de trabalhadores (*co-employment agencies*) ou plataformas de colaboração colectiva. Neste último caso, falamos genericamente de[1] "prestação de serviços através de plataformas digitais", na qual se destaca, com particular interesse, o *crowdwork*.

Em termos genéricos, o chamado *crowdwork*[2] consiste em tomar uma prestação de um serviço, tradicionalmente realizada por um trabalhador, e descentralizá-la indefinidamente e, normalmente envolvendo grande número de pessoas em forma de chamamento ou convocatória[3]. São, portanto, três os elementos que participam neste modelo de negócio: (*i*) os solicitantes, isto é, as empresas ou indivíduos que solicitam a prestação do serviço; (*ii*) os prestadores de serviços, aqueles que realizam a actividade solicitada; (*iii*) e as plataformas virtuais que utilizam tecnologias de informação para unir oferta e procura. No caso do *crowdwork online*, o serviço é prestado completamente à distância por meio de plataformas virtuais em resposta às solicitações recebidas *on line*[4]. Pode envolver micro-tarefas, extremamente fragmentadas, que normalmente não envolvem muita qualificação (*v.g.* responder a pesquisas, transcrever depoimentos) como tarefas mais complexas (*v.g.* desenhos gráficos, desenvolvimento de sítios electrónicos). O caso mais emblemático de *crowdwork online* é a plataforma *Amazon Mechanical Turk*[5]. Já o *crowdwork offline* ou trabalho sob demanda via *apps*, embora também baseado na existência de uma plataforma virtual que permite aos solicitadores se conectarem com os prestadores, requer uma execução local e física por parte do prestador. Trata-se de formas de trabalho em que a execução de actividades tradicionais – limpeza, transporte de passageiros, entrega de refeições, etc. – são canalizadas por meio de aplicações geridas por empresas que também intervêm na configuração de padrões de qualidade do serviço, selecção e gestão da força de trabalho[6].

Ora, o trabalho através de plataformas em linha tem geralmente um impacto positivo na economia, no emprego e na inovação – com ganhos para os consumidores – desde logo, uma melhor informação das alternativas do mercado, a obtenção de serviços por preços mais competitivos, o facto de se reduzirem as limitações espacio-temporais nas relações económicas[7] – mas também para os prestadores – seja pelo desenvolvimento de competências e criação de oportunidades de acesso ao mercado de trabalho, sobretudo em países de desenvolvimento[8], seja pelas oportunidades de autonomia na gestão do tempo e locais de trabalho, e de conciliação da vida profissional e familiar.

Contudo, é também extensa a lista de riscos associados a esta nova forma de organização do trabalho. O primeiro efeito, porventura o mais subtil, tem que ver com a própria *desumanização do trabalho*, que é, sem dúvida, amplificada no caso do *crowdwork on line* pelas condições de "invisibilidade" em que se desenvolve toda a transacção. No entender de VALERIO STEFANO[9], esta desumanização tem não só implicações teóricas – criando uma percepção distorcida de que as actividades em causa não são sequer trabalho, mas meras "gigs", "tasks", "favours", "rides" – mas também práticas, já que o prestador, cuja actividade é solicitada através de um simples "click" no *smartphone*, arrrisca-se a ser reconduzido a uma espécie de "extensão" da plataforma, alvo de avaliações implacáveis por parte dos clientes. Um segundo risco é o do empobrecimento em termos profissionais – muitas das relações geridas através de plataformas (sobretudo no caso do *microtask work* em países desenvolvidos) são marcadas pela fragmentação das tarefas, intermitência, lógica prestacional e pelo isolamento dos restantes prestadores, todos eles obstáculos à acumulação de experiências, conhecimentos e habilidades específicas[10]. A isto acresce o potencial deste novo modelo de trabalho para provocar distorções no mercado e criar condições de concorrência desiguais – evitando o pagamento de salários dignos, o cumprimento de obrigações em matéria fiscal e de segurança social, etc.. Uma vez que o negócio se baseia principalmente em acumular uma grande quantidade de prestadores de serviços (e clientes) para a realização de pequenas tarefas, a competição desenfreada entre os prestadores, por vezes a uma escala mundial, permite praticar remunerações cada vez mais baixas, o que, por seu turno, leva a que as pessoas se sintam forçadas a trabalhar um número de horas excessivo[11], com efeitos nefastos para a saúde dos próprios e para a sociedade em geral.

1 Na terminologia de TODOLI SIGNES, "O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho", Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano, coord. de Ana Carolina Reis Paes Leme/Bruno Alves Rodrigues/José Eduardo de Resende Chaves Júnior, LTR, São Paulo, 2017, pág.30. Com isso evita-se o uso de outras expressões mais imprecisas e menos consensuais, tais como "sharing economy" ou "economia partilhada", expressões genéricas que, na sua origem, eram empregadas para se referir ao compartilhamento do acesso a bens, espaços e serviços com base em processos colaborativos (*peer-to-peer*), mas que actualmente abrangem vários significados, sendo frequentemente usadas para descrever actividades humanas voltadas à produção de valores de uso comum e que são baseadas em novas formas de organização do trabalho, na mutualização dos bens, espaços e instrumentos (com ênfase no uso e não na posse), na organização dos cidadãos em redes ou comunidades, e que geralmente são intermediadas por plataformas digitais.

2 ADRIÁN TODOLI SIGNES, "El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efetos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo", IUSLabor, n.º 3, 2015, pág. 3.

3 De acordo com o último relatório elaborado no seio da OIT por JANINE BERG/MARIANNE FURRER, ELLIE HARMON, UMA RANI, SIX SILBERMAN, "Digital labour plataforms and the future of work – Towards decente work in the online word", International Labour Office, Genebra, 2018, pág. 5, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm, é difícil estimar o número de pessoas que trabalham na *gig economy*. Embora muitas plataformas apresentem o registo dos participantes, isso não reflecte necessariamente a força de trabalho activa. De todo o modo, o fenómeno está em franca expansão e estima-se que entre 2016 e 2017 tenha crescido cerca de 25,5%.

4 Podendo a realização do serviço ser remunerado (*crowdwork remunerado*) ou não (*crowdwork voluntário*). Pense-se no caso da criação da enciclopedia online *Wikipedia*. Paralelamente, também existe o *crowdwork* baseado em concursos, hipótese em que o soliciatnte apenas oferece retribuição ao primeiro que completar a tarefa.

5 Assim como a *Elance* e a *Live Ops*.

6 Caso emblemático da Uber, assim como de outros aplicativos no sector do transporte: *Lyft, WillGo, Cabify, Televo, BlablaCar, EasyGo*. São também conhecidas plataformas específicas de outros sectores: na área da lavandaria pessoal – a *Fly Cleaners*; na reparação de aparelhos electrónicos – a *Myfixpert*; na cozinha ao domicílio – a *Chefly*; na limpeza doméstica, a *Helping*; na do professores particulares – a *Sharing Academy*. Paralelamente, existem também plataformas web de *crowdsourcing offline* genérico, em que os solicitantes podem requerer qualquer tipo de trabalho, como a *Taskrabbit.com* ou a *Gigwalk.com*.

7 DARIO GUARASCIO, "Mansione, competenze e rapporti di produzione nell'economia delle piattaforme", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2/2017, pág. 43.

8 Cf. JANINE BERG/MARIANNE FURRER, ELLIE HARMON, UMA RANI, SIX SILBERMAN, "Digital labour plataforms and the future of work ...", *cit.*, pág. 82.

9 "The rise of the "just-in-time workforce": on demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy", *Conditions of work and employment series*, n.º 71, pág. 5, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/-travail/documents/publication/wcms_443267.pdf

10 DARIO GUARASCIO, "Mansione, competenze e rapporti...", cit.,pág. 45.

II. É neste contexto que se coloca na ordem do dia, nos sistemas jurídicos nacionais, a questão do estatuto laboral destes prestadores, ou, dito de outra maneira, a questão da natureza do vínculo que une o prestador do serviço à plataforma digital. Em traços gerais, o problema consiste em saber se estes prestadores são ou não protegidos pelo Direito do Trabalho, o que, no estado actual da dogmática jus-laboral, equivale a perguntar se *ainda* podemos estar perante trabalhadores subordinados.

Suscitada sobretudo a propósito do vínculo dos prestadores de serviços no chamado *crowdwork offline* ou trabalho sob demanda via *apps*[12], a questão não tem conhecido uma clara e consolidada linha de rumo, divergindo entre si as respostas, sob múltiplos aspectos.

Se na doutrina, alguns autores admitem que os prestadores da economia *on demand* possam ser qualificados como trabalhadores subordinados, seja readoptando a técnica tradicional para essa qualificação[13], seja recorrendo a abordagens mais finalistas[14], para outros estarão em causa trabalhadores subordinados, mas as particularidades do vínculo laboral reclamam a criação legislativa de uma relação de trabalho especial[15]. Ao nível da jurisprudência, o ambiente que se vive é também particularmente oscilante, de movimentações pendulares no sentido ora do alargamento ora da contenção da disciplina laboralística. Tomemos o exemplo do *Juzgado Social de Madrid* da vizinha Espanha que, só este ano, a propósito da qualificação dos estafetas da *Glovo*, proferiu no mesmo período duas decisões de sentido oposto: uma qualificando a relação de trabalho como trabalho subordinado[16] e outra como contrato de prestação de serviço[17]. Ou ainda a abundante jurisprudência que tem sido produzida a propósito dos motoristas da plataforma *Uber*. Em Inglaterra, estes últimos foram requalificados pelo *Central London Employment Tribunal*[18] como *workers*, categoria intermédia existente em alguns sistemas jurídicos, entre os quais o nosso (através da figura do "trabalhador autónomo economicamente dependente"), à qual são aplicados apenas alguns dos mecanismos de tutela próprios do contrato de trabalho[19]. Já num caso decidido pela *Cour d'Appel de Paris*, em 10 de Janeiro de 2019[20], o tribunal optou pela qualificação como contrato de trabalho. Também nos EUA se constata uma certa permeabilidade e indefinição do estatuto dos motoristas das plataformas. Depois do Tribunal Federal da Califórnia ter vindo qualificar os motoristas da *GrubHub* como trabalhadores independentes ("independent contractors")[21], logo a seguir o *California Supreme Court* requalificava os prestadores da *Dynamex* como trabalhadores subordinados[22].

E de facto, pese embora o universo das plataformas não corresponda a um modelo único[23], são várias as notas diferenciadoras desta nova modalidade social de prestação de trabalho que dificultam o seu adequado enquadramento contratual. Antes, porém, recordemos em pinceladas largas os traços gerais do modelo de qualificação do contrato de trabalho vigente entre nós e que, *grosso modo*, se estende às experiências jurídicas próximas.

11 Esse é um aspecto unanimenente referido em vários estudos sobre o tema. Assim, por exemplo, VALERIO STEFANO, "The rise of the "just-in-time workforce", *cit.*, pág. 5. Também EMANUELE DAGNINO, "Labour and labour law in the time of the on-demand economy", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, Dezembro de 2016, págs. 8-9, identifica como aspectos problemáticos no que toca às condições de trabalho na economia das plataformas: a insegurança económica; a saúde e segurança dos prestadores; e a escassez de instrumentos que permitam representar colectivamente os prestadores. Já REBECCA SMITH/SARAH LEBERSTEIN, "Rights on demand: ensuring workplace standards and worker security in the on-demand economy", *National Employment Law Project*, 2015, págs. 5 e 6, https://studylib.net/doc/8779287/rights-on-demand---national-employment-law-project, apresenta quatro factores de risco: baixas remunerações; invasão da privacidade; aumento do isolamento; e flexibilidade ilusória. Por último, MAURIZIO FRANZINI, "Occupazione e disuguaglianza nel capitalismo digital", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2/2017, pág. 50 e ss., refere-se em geral aos riscos em matéria de desemprego, deterioração das condições de trabalho e desiguadade.

12 Embora não exclusivamente. Recentemente, têm também surgido alguns litígios no chamado crowdwork online, a propósito de plataformas como a Crowdflower e a Amazon Mechanical Turk.

13 Entre nós, por exemplo, JOANA VASCONCELOS, numa intervenção intitulada "Problemas de qualificação do contrato de trabalho – O caso das relações estabelecidas no contexto da economia on demand entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado, no âmbito do VII Colóquio sobre Direito do Trabalho, disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2015/07/profdrjoanavasconcelos.pdf , considera que não se trata de questionar ou de redefinir a noção de subordinação, de modo a conter nela estes novos casos, mas de repensar e reequacionar a/s forma/s por que a mesma se pode, em certos casos, exprimir - no que poderá implicar uma reformulação do elenco tradicional de indícios de subordinação.

14 Como é o caso da "purposive approach" apresentada por DAVIDOV em "Re-Matching Labour Laws with Their purpose", *The Idea of Labour Law*, org. de Guy Davidov/Brian Langille, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 179 e ss, e transposta para o universo dos prestadores de serviços na economia *on demand* em "The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach", *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 6, n.os 1-2, 2017. Partindo da ideia de que o Direito do Trabalho prossegue determinados objectivos gerais e específicos – designadamente a protecção do trabalhador, atentas as vulnerabilidades que tipicamente caracterizam a relação laboral (a subordinação e a dependência) – e de que a aplicação do Direito do Trabalho deve ter lugar sempre que essas vulnerabilidades sejam detectadas numa dada situação factual, o Autor considera que os motoristas da Uber reúnem ainda os requisitos para serem qualificados como "trabalhadores".

15 É a posição defendida por ADRIÁN TODOLÍ SIGNES, "El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales...", *cit.*, pág. 21.

16 *Sentencia 53/2019, de 11 de Fevereiro de 2019* (*Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid*), in https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059448.pdf. No mesmo sentido, veja-se o aresto n.º 1737 da *Cour de Cassation* (*Chambre Sociale*) *de 28 de Novembro de 2018* a respeito dos estafetas da Take Eat Easy, disponível em https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html.

17 Sentencia 12/2019, de 11 de Janeiro de 2019 (*Juzgado de lo Social* n.º 17 de Madrid), *in* https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059449.pdf.

18 Central London Employment Tribunal (case nos 2202550/2015, Mr Y Aslam; Mr. J Farrar v. Uber B.V; Uber London Ltd; Uber Britannia Ltd.) na decisão de 28 de Outubro de 2016.

19 Foi esta a orientação do *Central London Employment Tribunal* (case nos 2202550/2015, *Mr Y Aslam; Mr. J Farrar v. Uber B.V; Uber London Ltd; Uber Britannia Ltd.*), na decisão de 28 de Outubro de 2016.

20 *Arrêt* da *Cour d'Appel de Paris*, de 10 de Janeiro de 2019 (n.º RG 18/08357).

21 *Lawson v. Grubhub Inc*, *U.S. District Court for the Northern District of California*, No. 3:15-cv-05128, decisão de 6 de Junho de 2018.

22 *Dynamex Operations W., Inc. v. Super. Ct.*, No. S222732, decisão de 30 de Abril de 2018.

23 MARIA AMPARO GARCÍA RUBIO, "La prestación de servicios a través de plataformas digitales: nuevas cuestiones y soluciones jurídicas desde la perspectiva del derecho del trabajo?", Descentralización productive y transformación del derecho del trabajo, coordenação de Mercedes López Balaguer, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pág. 193, refere que mesmo ao nível da mesma marca as condições de fucionamento não são as mesmas em todos os países. A heterogeneidade estende-se também à própria mão de obra, como alerta EMANUELE DAGNINO, "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing /on-demand economy", *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 3, n.º 3, 2015, pág. 6, pois para além da variável trabalho presencial/à distância, há ainda que ter em conta o carácter principal ou acessório da actividade e o tipo de competência exigidas para a realização das tarefas.

(*i*) De acordo com o modelo de qualificação vigente entre nós, a qualificação de um contrato como contrato de trabalho depende da alegação e prova, pelo prestador da actividade dos termos juridicamente subordinados com que desempenha a actividade, sendo esse o elemento decisivo para a caracterização e qualificação do contrato de trabalho.

(*ii*) O elemento subordinação jurídica, que, no seu estado puro, identifica um estado de heterodirecção, isto é, de sujeição às ordens e instruções de outrem na prestação da actividade, foi desde cedo reconhecido pela doutrina e jurisprudência como uma noção de conteúdo variável que admite graus muito diversificados de concretização (consoante o grau de qualificação do prestador e o contexto produtivo/organizativo), o que leva a que, em alguns contextos, a subordinação se deixe reconduzir apenas a uma hetero-organização, no sentido em que o prestador está sujeito a medidas organizativas e a uma disciplina em cuja definição não participa (caso, por exemplo, das prestações de actividade com autonomia técnica ou artística).

(*iii*) Atendendo à problematicidade aplicativa do conceito de subordinação jurídica, tem sido proposto e geralmente utilizado pelos tribunais o método indiciário, técnica qualificativa através da qual o tribunal recorre a uma bateria de elementos indiciários (são apontados como mais relevantes a observância de um horário de trabalho e o exercício da actividade nas instalações ou em local fixado pelo beneficiário da actividade, a propriedade deste sobre os equipamentos e instrumentos de trabalho, a remuneração certa e paga periodicamente, a exclusividade da ocupação, a impossibilidade de recurso a colaboradores e/ou substituição na realização da prestação, efectivação de descontos para a Segurança Social, pagamento de subsidies de férias e de Natal) como forma de testar a existência de uma situação de subordinação na prestação de trabalho. Foi de resto, tendo como base alguns desses indícios, que foi consagrada, entre nós, a presunção legal de laboralidade, constante do art. 12.º do Código do Trabalho, que numa tentativa de "simplificação do método indiciário tradicional"[24], selecciona um determinado conjunto de elementos indiciários, considerando que a verificação de alguns deles (dois) bastará para a inferência da subordinação jurídica[25].

(*iv*) Qualquer que seja o expediente utilizado, determinante para a qualificação de uma relação como laboral ou não, não é tanto o nome atribuído pelas partes ao contrato ou mesmo o teor cláusulas estipuladas no documento escrito dos direitos e deveres, mas sobretudo a situação de facto, isto é, dinâmica relacional que se estabeleceu entre os respectivos sujeitos, em nome do princípio da primazia da realidade[26].

24 JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho – Noções básicas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, pág. 67.

25 Presunção essa ilídível (*iuris tantum*, portanto, de acordo com o art. 350.º do Código Civil), pelo que nada impede o beneficiário da actividade de afastar a presunção, demonstrando factos que provem o contrário, isto é, factos que infirmem ou neutralizem o significado, enquanto indícios de subordinação, dos provados pelo prestador, bem como factos que evidenciem os termos autónomos do desempenho da actividade em causa.

26 Sobre este princípio, entre nós, por todos, veja-se JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, *cit.*, pág. 61. Este princípio encontra-se também estabelecido na Recomendação n.º 198 relativa à relação de trabalho, adoptada pela Organização Mundial do Trabalho em 2006: "Com a finalidade da proteção das políticas nacionais para os trabalhadores em uma relação de trabalho, a determinação da existência de tal relação deve ser guiada primeiramente pelos factos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador, não resistindo como a relação é caracterizada em qualquer acordo contrário, contratual ou que possa ter sido acordado entre as partes." (parágrafo 9). Aspecto que vem sendo também enfatizado ao nível do Direito da União Euopeia, como se lê no Considerando da recente Directiva relativa a Condições de Trabalho Transparentes e Previsíveis na União Europeia: "A determinação da existência de uma relação de trabalho deve basear-se nos factos relativos à prestação efetiva de trabalho e não no modo como as partes descrevem a relação."

III. Se a aplicação, em concreto, do critério da subordinação jurídica, como operador de distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço, deu sempre margem a dúvidas de solução controvertida – o que explica o desenvolvimento de procedimentos de qualificação dotados de acentuada ductilidade aplicativa, baseados na avaliação de índices de subordinação/autonomia, como o método indiciário ou mesmo a consagração legal de presunções de laboralidade que facilitam em certos termos a tarefa probatória do prestador da actividade -- não será difícil antever as dificuldades com que se defrontará a (re)qualificação, segundo este modelo, dos vínculos entre prestadores de serviços e detentores das aplicações e plataformas *online*.

O *punto crucis* não estará tanto em determinar se a prestação realizada por estes prestadores está ou não sujeita a uma certa conformação e controlo por parte da empresa gestora da aplicação. Decerto, assiste-se neste universo a uma certa desmaterialização do poder de direcção, já que as indicações quanto ao modo de executar a prestação são muitas vezes fornecidas, ora aprioristicamente através de formações teóricas extremamente constringentes (procedimentos a observar no desempenho e nos contactos com os clientes, a imposição de uniforme ou *dress code* ou a indicação de materiais ou equipamentos vedados), ora pelo algoritmo que mais não exige do prestador senão a obediência passiva a essas mesmas instruções. Como também *sui generis*, se revela a forma de controlo exercida sobre a actividade (não apenas sobre o resultado) dos prestadores, através das avaliações dos clientes e outras informações colhidas através da *app* para monitorizar os prestadores e garantir o cumprimento das regras.

Igualmente peculiar, mas não determinante, é a questão da propriedade dos instrumentos de trabalho, pois se, por um lado, de acordo com o modelo de negócio destas empresas, os bens materiais – veículos, motorizadas, *smartphone* – são propriedade dos prestadores – já os bens *imateriais* – a aplicação[27] – instrumento determinante, sem o qual o prestador não consegue levar a cabo a actividade económica própria, é detida pela entidade gestora da plataforma[28].

O mesmo se diga da possibilidade normalmente reconhecida a estes prestadores para se fazerem substituir por terceiros. Tal circunstância, invocar-se-á, demonstra que o que interessa à entidade gestora da plataforma é a produção de um determinado resultado, como é próprio de um contrato de prestação de serviço, e não tanto as qualidades pessoais do prestador, como é característico do contrato de trabalho. Trata-se, porém, de um elemento que também não deve ser sobrevalorizado. Em rigor, "não há qualquer incompatibilidade ontológica entre o contrato de trabalho e a possibilidade de o trabalhador se fazer substituir por outrem, sobretudo quando essa substituição é consentida pela entidade empregadora e o "substituto" é, também ele, alguém que possui um vínculo contratual com a entidade empregadora, isto é, um colega do substituído"[29], como sucede no contexto de muitas prestações realizadas através de plataformas digitais em que a substituição fica dependente de uma autorização da entidade gestora[30].

Sem dúvida que o elemento mais controvertido nesta avaliação tem que ver com o grau de autonomia na gestão e organização do tempo de trabalho e de não trabalho. Na verdade, um dos argumentos vulgarmente mobilizados para justificar que o trabalho prestado através destas plataformas apresenta características conotadas com a autonomia é o facto destes prestadores gozarem de certa liberdade para decidirem *se querem* trabalhar, *quando querem* trabalhar e quanto querem trabalhar – optando por estarem ou não ligados a *app*. Objectar-se-á que a referida liberdade não passa de uma ilusão[31], porquanto os prestadores são fortemente pressionados a estar "ligados" à *app* e a trabalhar, desde logo porque se optarem por estarem "desligados" ou recusarem realizar a prestação são valorados negativamente pela empresa gestora da plataforma. Por outro lado, sendo as remunerações baixas, os prestadores são incentivados a trabalhar muitas horas, sobretudo quando essa é a sua principal fonte de rendimento. A verdade é que uma objecção deste tipo não convence totalmente, já que ela aponta para a situação de necessidade vivencial da retribuição, e como tal, de dependência económica, mas não afasta, em rigor, o valor sintomático da autonomia jurídica.

O que porventura tem sentido destacar é a desvalorização deste indício de autonomia, atendendo às características deste modelo de trabalho. Com efeito, a faculdade reconhecida ao prestador de, a cada momento, aceitar ou não a microtarefa que se lhe oferece, mais não é do que a consequência lógica de um fenómeno de atomização do tempo de trabalho caracterizador deste novo sistema de trabalho[32], que, no fundo, substituiu o modelo da jornada de trabalho tradicional, em que o trabalhador se vinculava a permancer de forma continuada e durante um certo período de tempo à disposição do empregador e em que os tempos mortos eram tempos de trabalho para todos os efeitos, por um modelo em que se prescinde dessa presença continuada e balizada no tempo – e prescinde, recorde-se, porque o negócio se baseia em acumular uma grande quantidade de prestadores de serviços e, precisamente esse dado, o facto de poder contar com um número elevado de colaboradores torna elevada a probabilidade de se encontrar sempre um colaborador disponível para responder à solicitação[33] – e o tempo de trabalho se atomiza numa sucessão de microtarefas em função da demanda. Ora, porque se prescinde dessa presença contínua e balizada no tempo do prestador, mas do mesmo passo, a disponibilidade do prestador também não pode ser absoluta – sob pena de se traduzir num estado de servidão – cabe ao prestador a cada momento aceitar cada microtarefa.

27 Em alguns casos, outros equipamentos são ainda fornecidos pela entidade gestora da plataforma como sucede com as plataformas que prestam serviço de entrega de refeições ao domícilio (v.g. Glovo, Ubereat) que fornecem o vestuário, as bolsas térmicas e se responsabilizam pela substituição dos equipamentos danificados.

28 GEMMA PACELLA, Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?", Labour Law Issues, vol. 3, n.º 1, 2017, pág. 6.

29 Palavras de JOÃO LEAL AMADO, "Enfermagem, trabalho dependente e trabalho autónomo: comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de janeiro de 2017", Questões Laborais, n.º 49, 2016, pág. 176.

30 Veja-se, a esse respeito, a Sentencia Núm. 244/2018, de 1 de Junho d e2018 (Juzgado de lo Social n. 6 de Valencia.

31 Sublinham-no, por exemplo, REBECCA SMITH/SARAH LEBERSTEIN, "Rights on demand:...", cit., pág. 6.

32 O que sucedia com a plataforma Glovo, como evidenciou a Sentencia 53/2019, de 11 de Fevereiro de 2019 (Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid).

33 ADRIÁN TODOLÍ SIGNES, "El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales...", cit., pág. 6.

IV. Pelo exposto, são várias as objecções, adaptações, *nuances* que a prestação de serviços através de plataformas digitais suscita, pelo que não admira que não exista, ao nível das experiências jurídicas nacionais, uma clara e consolidada linha de rumo quanto à tutela social destes prestadores. E ao nível do Direito da União Europeia? Estarão estes prestadores abrangidos pelas normas que compreendem aquilo que podemos designar como Direito do Trabalho da União Europeia?

É verdade que o Tribunal de Justiça já foi instado a pronunciar-se sobre dois litígios envolvendo a empresa gestora da plataforma digital *Uber*[34]. Contudo, em nenhum deles foi analisada a relação contratual entre a plataforma e os prestadores, mas antes a qualificação da empresa como *plataforma de intermediação ou plataforma de serviços*. A resposta a esta questão supõe, por isso, que se afronte uma outra, a do âmbito subjectivo ou pessoal de aplicação do Direito do Trabalho ao nível da União Europeia, ou se quisermos, a do conceito de trabalhador para efeitos das normas laborais da União Europeia, normas essas nas quais se inclui quer o direito primário (oriundo dos tratados) quer o direito derivado (maioritariamente resultante de directivas). Pergunta-se: qual o centro de imputação subjectiva das normas do Direito do Trabalho da União Europeia? Podemos falar de um conceito autónomo e uniforme de trabalhador ao nível do Direito do Trabalho da União Europeia? Em caso afirmativo, em que medida esse conceito se afasta do conceito de trabalhador mobilizável ao nível das experiências jurídicas nacionais de cada Estado-Membro?

V. Cumpre começar por dizer que, no plano legislativo, reina uma forte heterogeneidade de situações quanto ao modo de previsão desta questão[35]. Uma noção legal de trabalhador apenas surge expressamente consagrada na Directiva 79/7/CEE, do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, a qual consagra um conceito amplo de trabalhador (população activa, incluindo trabalhadores independentes), e na Directiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, para a qual trabalhador é "qualquer pessoa ao serviço de uma entidade patronal e bem assim os estagiários e os aprendizes, com excepção dos empregados domésticos". Nos restantes instrumentos normativos, a opção foi: (*i*) ou remeter para a definição de trabalhador de acordo com o direito nacional dos Estados-membros – o que sucede com a Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial, com a Directiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário, com a Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, com a Directiva 2001/23/CE do Conselho de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos; ou (*ii*) não referir nenhum conceito explicitamente nem conter qualquer remissão – o que sucede ao nível do direito primário, nas normas do TFUE pertinentes em matéria de política social (v.g. art. 157.º do TFUE), mas também no direito derivado, em directivas como a Directiva 2003/88/CE do Parlamento e do Conselho de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, a Directiva 98/59/CE do Conselho de 20 de Julho de 1998, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos colectivos, a Directiva 2000/78/CE do Conselho de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional e a Directiva 92/85/CEE, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho.

A ausência de uma definição legal explícita de trabalhador em parte significativa desses instrumentos normativos acabou por ser colmatada através do labor do Tribunal de Justiça[36] que, ao longos dos anos, vem construindo um conceito europeu de trabalhador tendencialmente *transversal e autónomo*[37].

Um conceito *transversal* a todo o Direito do Trabalho da União Europeia[38]. De facto, desenvolvido, primeiramente, no contexto da liberdade de circulação de trabalhadores estabelecida no art. 45.º do TFUE[39], o conceito de trabalhador acabou por assumir projecção no domínio da política social propriamente dita, quer ao nível do *direito primário* para efeitos de aplicação do princípio da igualdade de tratamento remuneratório entre trabalhadores e trabalhadoras (art. 157.º do TFUE)[40] quer ao nível do *direito derivado*[41] [42].

Um conceito *autónomo* em relação às definições, qualificações e exclusões constantes da legislação

34 Acórdão *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain*, S.L, acórdão do TJUE de 20 de Dezembro de 2017 (processo C-434/15) e o *Acórdão Uber France SAS contra Nabil Bensalem*, acórdão do TJUE de 10 de Abril de 2018 (processo C-320/16), disponíveis em www.curia.eu.

35 Mas também quanto à própria terminologia, como realçam MARTIN RISAK/THOMAS DULLINGER, *The concept of worker in EU law – Status quo and potential for change*, Report 140, European Trade Union Institute, Bruxelas, 2018, pág. 25 (https://www.etui.org/Publications2/Reports/The-concept-of-worker-in-EU-law-status-quo-and-potential-for-change) que reputam a terminologia de heterogénea e inconsistente.

36 Todas as decisões deste tribunal referidas no texto podem ser consultadas em www.curia.eu.

37 Sobre esta evolução, veja-se, entre nós, o importante estudo de CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, "O conceito de "trabalhador subordinado" na jurisprudência do Tribunal de Justiça (UE) – Primeiras reflexões", Desafios Laborais, Colecção Estudos n.º 7, Instituto do Conhecimento-Abreu Advogados, Almedina, 2018, págs. 22 e ss..

38 O que não significa que seja o único conceito de trabalhador. Por diversas vezes, o Tribunal de Justiça alertou para o facto de não existir um conceito único de trabalhador no Direito da União. A definição de trabalhador usada para efeitos de liberdade de circulação e depois transposta para a política social não coincide necessariamente com a noção mobilizada no art. 48.º do TFUE e no Regulamento 1408/71 (Segurança Social).

39 Acórdão Lawrie Blum, acórdão de 3 de Julho de 1989 (processo C-66/85).

40 Acórdão Allonby, acórdão do TJUE de 13 de Janeiro de 2004 (processo C-256/01).

41 Já foi sustentado que, embora o Tribunal de Justiça ainda não se tenha pronunciado até ao momento sobre o alcance do conceito de trabalhador para efeitos do art. 153.º do TFUE – preceito que atribui aos órgãos comunitários competências normativas próprias em matéria social – o conceito desenvolvido ao nível do direito secundário deve estender-se logicamente a esta disposição, assim, TEMMING apud MARTIN RISAK/THOMAS DULLINGER, "The concept of worker in EU law...", cit., pág. 19.

42 Acórdão Isère, acórdão do TJUE de 14 de Outubro de 2010 (processo C-428/09), Acórdão May, acórdão do TJUE de 7 de Abril de 2011 (processo C-519/09), e o Acórdão Fenoll, acórdão do TJUE de 26 de Março de 2015 (processo C-316/13), a respeito do conceito de trabalhador para efeitos da Directiva 2003/88/CE do Parlamento e do Conselho de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. A propósito da Directiva 92/85/CEE, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, veja-se o acórdão Danosa, acórdão do TJUE de 11 de Novembro de 2010 (processo C-232/09) e o Acórdão Kiiski, acórdão do TJUE de 20 de Setembro de 2007 (processo C-116/06).

interna de cada Estado-Membro. Como vimos, algumas directivas remetem explicitamente para o conceito de trabalhador elaborado de acordo com a legislação nacional de cada Estado-Membro. Ora, por diversas ocasiões, o Tribunal de Justiça já veio precisar que, não obstante o reconhecimento formal dessa competência, o conceito de trabalhador não pode definir-se mediante essa simples remissão para as legislações nacionais, sob pena de por essa via se por em causa o "efeito útil", a "plena eficácia", a "efectividade" das normas do Direito da União. Através do Acórdão O'Brien[43], o Tribunal esclarece que "o poder de apreciação atribuído aos Estados-Membros não é ilimitado, já que aqueles não podem aplicar uma legislação suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos prosseguidos por uma diretiva e, por isso, privá—la do seu efeito útil". Em especial, refere, "um Estado—Membro não pode afastar a seu bel—prazer, pondo em causa o efeito útil da diretiva 97/81, certas categorias de pessoas do benefício da proteção pretendida por esta diretiva e pelo acordo—quadro relativo ao trabalho a tempo parcial". De forma mais contundente, no Acórdão *Ruhrlandklinik*[44], acaba mesmo por afirmar que a remissão para a legislação dos Estados-membros "significa apenas que o legislador da União entendeu preservar o poder dos Estados—Membros para determinar as pessoas abrangidas pelo conceito de «trabalhador» na aceção do direito nacional e que devem ser objeto de proteção no âmbito da sua legislação interna". Em contrapartida, sublinha, "a referida disposição não pode ser interpretada como uma renúncia do legislador da União a determinar ele próprio o âmbito deste conceito na aceção da Diretiva 2008/104 e o seu âmbito de aplicação pessoal". Como refere YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "não se trata somente de impor uma liberdade condicionada aos Estados-membros ou de impor limitações excessivas ao conceito nacional, mas reconhecer a competência do legislador da União para determinar por si mesmo o alcance desse conceito no sentido das directivas sobre política social."[45].

Por outra banda, mesmo quando não está em causa qualquer remissão para a legislação dos Estados-membros, sublinha-se a independência do conceito europeu de trabalhador face a eventuais exclusões operadas no âmbito do direito interno de cada Estado-Membro. Pretendem-se evitar situações em que os Estados–membros limitem de forma excessiva e injustificada o âmbito de aplicação das directivas, excluindo determinadas categorias de pessoas da protecção nelas estabelecida. Assim, o Tribunal declarou por diversas vezes que a natureza *sui generis* de certas relações laborais face ao direito nacional – funcionários públicos[46], membros dos orgãos de direcção de uma sociedade[47], estagiários[48], colaboradores em centros de apoio[49] – não pode ter quaisquer consequências sobre a qualidade de trabalhador na acepção do direito comunitário.

No tocante aos elementos definidores do conceito de trabalhador propriamente dito, a posição assumida pelo Tribunal é, porventura, menos ambiciosa.

Com efeito, desde o célebre acórdão *Laurie-Blum*[50], o Tribunal afirma que a característica essencial da relação de trabalho é a circunstância de uma pessoa realizar, durante certo tempo, em benefício de outra e sob a sua direção, as prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração, devendo preencher três elementos, a saber: (*i*) a prestação deve corresponder a uma actividade real e efectiva; (*ii*) ter carácter oneroso; (*iii*) e realizada sob a direcção do beneficiário da prestação. A respeito dos dois primeiros elementos, o Tribunal tem dado mostras de uma interpretação particularmente abrangente (e quiçá mesmo em alguns casos, demasiado ampla). Desta feita, não obsta ao carácter real e efectivo da actividade o facto de aquela ser realizada num número limitado de horas[51], ter uma duração curta[52] ou assumir a forma de estágio[53] ou ter carácter social[54], o facto de a remuneração ser baixa ou não cobrir a subsistência do prestador[55] ou ainda ter origem em fundos públicos[56].

Quanto ao terceiro elemento, o Tribunal assume, de forma consistente, que o critério para definir o estatuto de trabalhador é a subordinação jurídica propriamente dita. Não apontando com precisão o conteúdo dessa subordinação, opta antes, sistematicamente, por apresentar os elementos ou índices para aferir da sua existência, numa clara evocação do método indiciário, a que recorre também a maior parte da jurisprudência dos Estados-membros.

Mas se analisarmos o tipo de indícios a que o Tribunal atribui relevância para aferir da existência de subordinação, depressa nos damos conta que esse processo de selecção não obedece a uma lógica uniforme, oscilando em função da matéria e/ou do instrumento legislativo em apreciação.

De facto, *nas decisões que contendem com a liberdade de circulação de trabalhadores*, o Tribunal mobiliza um critério misto, apoiado sobretudo em indícios que apontam ora para o conceito tradicional de subordinação jurídica, enquanto heterodirecção, ora para o conceito mais elástico de hetero-organização (v.g. indicação do tipo de tarefas a executar, indicação do modo de execução

43 Acórdão *O'Brien*, acórdão do TJUE de 1 de Março de 2012 (processo C-393/10), sobre o conceito de trabalhador na Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial.

44 Acórdão *Ruhrlandklinik*, acórdão do TJUE de 17 de Novembro de 2016 (processo C-216/15), a respeito do conceito de trabalhador para efeitos da Directiva Directiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário.

45 "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", La Ley Union Europea, n.º 50, 2017, pág. 11.

46 Acórdão Kiiski, acima citado.

47 Acórdão Danosa, acima citado.

48 Acórdão Balkaya, Acórdão do TJUE de 9 de Julho de 2015 (processo C-229/14).

49 Acórdão Fenoll, acima citado. Para uma análise crítica desta decisão, veja-se PEDRO MOTA PINHO, "Da ductilidade do conceito de trabalhador: brevíssimo comentário ao acórdão do TJUE G. Fenoll contra centre d'aide par le travail "La Jouvene" e APEI d'Avignon" (Processo C-316/13)", Questões Laborais, n.º 49, 2016, págs. 183 e ss..

50 Trata-se do primeiro acórdão em que o Tribunal se pronunciou explicitamente sobre o conceito de trabalhador para efeitos de liberdade de circulação, embora existam pronúncias anteriores como referem MARTIN RISAK/THOMAS DULLINGER, "The concept of worker in EU law...", cit., págs. 27 e 28.

51 Acórdão Genc, acórdão do TJUE de 4 de Fevereiro de 2010 (processo C-14/09). Embora possa ser um indício de que a actividade seja marginal e acessória – assim, acórdão Raulin, acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 1992 (processo C-357/89).

52 Acórdão Ninni-Orasche, acórdão do TJUE de 6 d Novembro de 2003 (processo C-413/01).

53 Acórdão Bernini, acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 1992 (processo C-3/90); e Acórdão Krannman, acórdão do TJUE de 17 de Março de 2005 (processo C-109/04).

54 Acórdão Trojani, acórdão do TJUE de 7 de Setembro de 2004 (processo C-456/02); Acórdão Fenoll, acima citado, contrariando a posição tomada inicialmente no Acórdão Bettray, acórdão do TJUE de 31 de Maio de 1989 (processo 344/87).

55 Acórdão Levin, acórdão do TJUE de 23 de Março de 1982 (processo 53/81); Acórdão Vatsouras Koupatantze, acórdão do TJUE de 4 de Junho de 2009 (processo C-22/08).

56 Acórdão Bettray, acima citado.

dessas tarefas, observância de regulamento, observância de um horário, desempenho da actividade em local escolhido pelo beneficiário[57], etc.), complementando-os esporadicamente com aspectos/factores económicos (v.g. não participação nos riscos comerciais da empresa[58]).

Já nas decisões que se ocupam de matérias relacionadas com a política social, designadamente aquelas em que se discute a noção de trabalhador para efeitos de aplicação da Directiva sobre organização do tempo de trabalho, da Directiva sobre trabalho a tempo parcial ou da Directiva sobre trabalho temporário, a análise do Tribunal de Justiça é algo contida, fazendo essencialmente apelo aos indícios que convocam a noção tradicional de subordinação (modo de organização do trabalho, cumprimento de horários, benefício de certos direitos laborais[59]). Há apenas um segmento particular em que o Tribunal parece adoptar um conceito mais amplo de subordinação, que ultrapassa os limites tradicionais: os dos membros da direcção das sociedades. No acórdão *Danosa*[60], no qual o Tribunal foi instado a decidir sobre a destituição de uma mulher grávida enquanto membro da direcção de uma sociedade, o Tribunal tomou como circunstâncias relevantes para concluir pela existência de subordinação as condições em que o membro da direcção foi recrutado, a natureza das funções que lhe foram confiadas, a extensão dos poderes do interessado e o controlo de que é objecto na sociedade, bem como as circunstâncias nas quais pode ser destituída. Uma leitura ampla deste tipo foi, posteriormente, reproduzida no Acórdão *Balkaya*[61], a respeito da destituição de um gerente de uma sociedade por quotas, hipótese em que se discutiu a noção de trabalhador para aplicação da Directiva 98/59 sobre despedimentos colectivos[62].

Por fim, é no contexto das *decisões relacionadas com o direito da concorrência*, que o Tribunal de Justiça dá passos mais consistentes para uma revisão interpretativa do conceito de subordinação, atribuindo relevância a um conjunto de indícios mais reveladores de uma dependência económica do que jurídica. No Acórdão *FNV*[63], estava em causa uma convenção coletiva de trabalho que fixava remunerações mínimas para os prestadores de serviços independentes (músicos) que exerciam, a favor de um empregador, a mesma atividade que os trabalhadores assalariados deste empregador. Chamado a decidir se a disposição do referido acordo estava ou não sujeita ao âmbito de aplicação do art. 101.º do TFUE (o qual proibe práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno), o Tribunal teve pois de apurar se os substitutos independentes eram afinal "trabalhadores" ou "empresas". Embora não pondo de lado os indícios tradicionais de subordinação jurídica, o Tribunal advoga como critério de uma genuína autonomia o da liberdade empresarial, ao referir "um prestador de serviços pode perder a sua qualidade de operador económico independente, e, portanto, de empresa, quando não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas depende totalmente do seu comitente, pelo facto de não incorrer nos riscos financeiros e comerciais resultantes da atividade deste último e operar como auxiliar integrado na empresa do referido comitente."[64].

57 Acórdão Lawrie-Blum, acima citado, Acórdão Fisheries and Food, acórdão do TJUE de 14 de Dezembro de 1989 (processo C-3/87), e Acórdão Haralambidis, acórdão do TJUE de 10 de Setembro de 2014 (processo C-270/13).

58 Acórdão Fisheries and Food, acima citado.

59 Assim, no Acórdão O'Brien, acima citado, mas igualmente nos Acórdãos Isère, Fenoll, May e Ruhrlandklinik, já citados.

60 Acórdão do TJUE de 11 de Novembro de 2010, acima citado.

61 Acima citado.

62 Veja-se, no entanto, o Acórdão P. H. Asscher v Staatssecretaris van Financiën, acórdão do TJUE de 27 de Junho de 1986 (processo C-107/94), que a propósito do conceito de trabalhador para efeitos de livre circulação, entendeu não ser trabalhador assalariado o director, sócio único, de uma sociedade de capitais.

63 Acórdão do TJUE de 4 de Dezembro de 2014 (processo C-413/13).

64 Acórdão FNV, acima citado.

VI. Este breve excurso pela jurisprudência comunitária, permite-nos concluir que, apesar de, por diversas vezes, o legislador da União remeter para o conceito de trabalhador elaborado ao nível das legislações nacionais, existe um evidente esforço da parte do Tribunal de construção de um conceito autónomo e uniforme de trabalhador ao nível do Direito do Trabalho da União. Trata-se de uma opção de bondade discutível, pelo menos tendo em conta o ponto de partida dessa construção, o conceito de trabalhador para efeitos da liberdade de circulação de trabalhadores consagrada no art. 45.º do TFUE. De facto, aí a ideia-rectora é reconhecer uma liberdade fundamental, é garantir o acesso ao mercado de trabalho de outros Estados- membros, tendo em vista permitir grandes benefícios para o Mercado Comum. Ora, como observam MARTIN RISAK e THOMAS DULLINGER[65], este propósito de eficiência é bastante diferente do propósito habitualmente perseguido pelas disposições que integram a política social propriamente dita, sejam elas relacionadas com a organização do tempo de trabalho, protecção em caso de despedimento, direito a férias, de protecção e compensação de desigualdades.

Já quanto às notas definidoras desse conceito de trabalhador a nível europeu, dir-se-á que, pelo menos quando convocado no contexto das matérias tipicamente laborais, o conceito não se afasta sensivelmente daquele outro mobilizado nas experiências jurídicas nacionais dos Estados-Membros. O Tribunal assume, de forma consistente, que o critério para definir o estatuto de trabalhador é a subordinação jurídica, apoiado sobretudo em indícios que apontam, ora para uma ideia de heterodirecção, ora para o conceito mais elástico de hetero-organização. A referência a um conceito mais amplo de subordinação apenas surge no contexto dos litígios que envolvem cargos dirigentes. É curioso observar, de resto, que essa exigência de uma formulação mais ampla e extensiva surge, pela primeira vez, como resposta aos objectivos de igualdade e não discriminação (particularmente no Acórdão *Danosa*)[66].

Em face deste panorama legislativo e jurisprudencial, não cremos que o Direito da União dê, até ao momento, um contributo decisivo à solução do problema do estatuto laboral destes novos prestadores de serviços das plataformas digitais. Decerto, no entender do Tribunal, não obsta à qualificação de trabalhador a circunstância de o prestador só ser recrutado um número reduzido de dias por semana ou de horas por dia[67] – embora esse deva ser um dado a ter em conta para a preciar se as actividades são reais e efectivas – ou inclusivamente o facto de a duração do trabalho ficar dependente do volume de trabalho , elementos que assumem ou podem assumir alguma relevância no contexto particular em questão. Contudo, questões relacionadas, por exemplo, com o grau de liberdade na organização do tempo de trabalho podem comprometer o enquadramento dos prestadores das plataformas como trabalhadores.

65 "The concept of worker in EU law – Status quo...", cit., pág. 18.

66 YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "El concepto de trabajador...", cit., pág. 14, considera que utilizar o princípio da igualdade e não discriminação como fundamento para um conceito amplo e estensivo de trabalhadornão tem uma base jurídica sólida, uma vez que o princípio, de contornos jurídicos nítidos, acaba por ficar diluído no valor da justiça social, de incçusão, de solidariedade, o que levaria à perda de identidade do Direito do Trabalho.

67 Acórdão Raulin, acima citado.

68 Acórdão Wippel, acórdão do TJUE de 12 de Outubro de 2004 (processo C-313/02).

VII. Foi, entretanto, aprovada no passado dia 24 de Maio de 2019, a Directiva do Parlamento e do Conselho relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia. O referido acto legislativo introduz novas regras relativas às informações a dar aos trabalhadores sobre as suas condições de trabalho – substituindo a Directiva Declaração Escrita (Directiva 91/533/CEE, de 14 de Outubro de 1991) – e direito mínimos – em especial limites máximos quanto à duração do período experimental, pluriemprego, previsibilidade mínima do trabalho, formação obrigatória – com o objectivo de "responder aos desafios do mercado de trabalho causados pela evolução demográfica, pela digitalização e pelas novas formas de emprego"[69].

Se analisarmos os Considerandos da recém-aprovada Directiva, aí se refere que: "Desde a adoção da Diretiva 91/533/CEE, os mercados de trabalho sofreram profundas alterações em virtude da evolução demográfica e da digitalização, resultando na criação de novas formas de emprego que favoreceram a criação de postos de trabalho e o crescimento. Muitas vezes, as novas formas de emprego não são tão regulares ou estáveis como as relações de trabalho tradicionais e induzem menor previsibilidade para os trabalhadores em causa, criando incertezas quanto aos direitos aplicáveis e à cobertura da proteção social. Neste contexto evolutivo, existe, pois, uma necessidade acrescida de os trabalhadores serem plenamente informados sobre os aspetos essenciais das condições de trabalho, o que deverá ocorrer por escrito e em tempo útil. A fim de adequadamente enquadrar o desenvolvimento de novas formas de emprego, aos trabalhadores da União deve também ser concedido um conjunto de direitos mínimos que visem promover a segurança e a previsibilidade nas relações de trabalho, assegurando simultaneamente uma maior convergência ascendente entre os Estados-Membros e preservando a adaptabilidade do mercado de trabalho." Ou seja, estamos perante um instrumento que nasce com o propósito de colmatar lacunas em matéria de protecção sobretudo em relação às novas formas de emprego, criadas em resultado da evolução do mercado de trabalho.

Tratando-se de um instrumento que "visa garantir um nível básico de protecção universal em todas as formas contratuais existentes e futuras", facilmente se percebe que a questão do *âmbito de aplicação pessoal* tenha sido uma das mais espinhosas e que maior discussão suscitou durante os trabalhos preparatórios conducentes à nova Directiva.

Afinal, qual o universo de prestadores que irão beneficiar do nível de protecção reconhecido pela Directiva? A referência à protecção universal circunscreve-se ao universo do trabalho subordinado nos termos tradicionais ou representa um salto qualitativo nesta matéria? Quem é afinal trabalhador na acepção da Directiva em questão? Estarão os trabalhadores das plataformas abrangidos pela Directiva? Em que termos?

De acordo com o art. 1.º, n.º 2 da Directiva, a directiva estabelece "direitos mínimos aplicáveis a todos os trabalhadores na União", concretizando de seguida o universo dos sujeitos abrangidos, atendendo a três ordens de factores: (*i*) a extensão e/ou duração da actividade; (*ii*) a natureza da actividade; (*iii*) a natureza da relação entre as partes.

Tomando em consideração o primeiro critério, pretende-se precisar o estatuto dos trabalhadores ocasionais. Na Proposta de Directiva, lia-se:" Os Estados-Membros podem decidir não aplicar as obrigações decorrentes da presente diretiva aos trabalhadores que tenham uma relação de trabalho inferior ou igual a 8 horas num período de referência de um mês" (art. 1.º, n.º 3). Fruto das orientações posteriormente apresentadas, quer pelo Conselho[70] quer pelo Parlamento[71], a versão consolidada da Directiva mantem a possibilidade de os Estados decidirem não aplicar a Directiva, admitindo essa derrogação em relação aos trabalhadores cuja relação de trabalho *se caracterize por um tempo de trabalho predeterminado e efetivo de duração inferior ou igual a três horas por semana*, em média, num período de referência de quatro semanas consecutivas (art. 1.º, n.º 3)[72]. A faculdade de exclusão encontra-se, porém, afastada no caso de relações de trabalho em que não seja determinado qualquer volume garantido de trabalho remunerado antes do início da actividade – caso dos contratos de zero horas. Estas, mesmo que não perfaçam três horas por semana, devido à imprevisibilidade e incerteza que lhes é inerente, beneficiarão sempre de um mínimo de protecção.

A natureza da actividade prestada não é, em princípio, um factor que justifique o afastamento da tutela mínima prevista na Directiva. Esta solução-regra, decai, todavia, em duas situações: (*i*) Os Estados-Membros podem prever, com base em critérios objetivos, que as disposições estabelecidas no capítulo III não se aplicam aos funcionários públicos, aos serviços públicos de emergência, às forças armadas, às autoridades policiais, magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público, investigadores ou outros serviços de aplicação da lei (art. 1.º, n.º 6); (*ii*) A Directiva prevê ainda a faculdade de os Estados-Membros afastarem a aplicação de certos deveres impostos pela directiva a pessoas singulares que empregam trabalhadores domésticos (art. 1.º, n.º 7)[73].

É, pois, ao nível da natureza da relação estabelecida entre as partes que maiores desafios se colocam. À luz deste critério, e atendendo à inspiração básica assumida pela Directiva, poderíamos ser

69 Como se lê na exposição dos motivos da Proposta de Directiva em questão, várias tinham sido as vozes que se tinham manifestado favoráveis a essa adaptação do Direito da UE: "O Parlamento apelou à extensão das atuais normas mínimas a novos tipos de relações de trabalho, à melhoria da aplicação efetiva do direito da UE, ao aumento da segurança jurídica no mercado único e à prevenção da discriminação, completando a legislação da UE em vigor a fim de assegurar aos trabalhadores um conjunto essencial de direitos a cumprir, independentemente do tipo de contrato ou relação de trabalho. Na sua Resolução sobre condições de trabalho e emprego precário, de julho de 2017, o Parlamento Europeu solicitou à Comissão a revisão da Diretiva Declaração Escrita de modo a ter em conta novas formas de emprego. O Comité Económico e Social Europeu e o Comité das Regiões, nos respetivos pareceres sobre o Pilar, chamaram a atenção para lacunas na proteção dos trabalhadores e para a necessidade de agir a nível da UE para criar um quadro que garanta condições de trabalho justas, e encontrar um equilíbrio entre flexibilidade e segurança." Na sequência desse repto, a Comissão lançou duas fases da consulta dos parceiros sociais europeus sobre a orientação e o conteúdo possíveis da acção da União, tal como previsto no artigo 154.º do TFUE. Os parceiros sociais optaram por não encetar o processo de diálogo sobre o tema com vista ao estabelecimento de relações contratuais e com base nas opiniões expressas na consulta dos parceiros sociais, a Comissão avançou para a elaboração da directiva.

70 Cf. Orientação geral do Conselho sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia de 2018, disponível em http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10054-2018-INIT/PT/pdf.

71 Cf. a Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 16 de abril de 2019, sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, disponível em http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0379_PT.html

72 Ainda assim trata-se de um avanço em relação à Directiva Declaração Escrita, a qual admitia o afastamento da protecção no caso de relações de trabalho cuja duração semanal não excedesse as oito horas e as que que assumissem carácter ocasional (art. 1.º).

73 Este afastamento mereceu críticas por parte do Comité Económico e Social Europeu (no seu Parecer sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia de 2017, disponível em https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2017:0797:FIN:PT:PDF) por originar uma desigualdade de tratamento injustificada dos trabalhadores domésticos, no que respeita ao acesso a melhores formas de trabalho, mais formação e ao exercício dos seus direitos. Esta diferença de tratamento é, no entender do Comité, infundada e de facto proibida, uma vez que vários países da União Europeia já ratificaram a Convenção n.º 189 da Organização Internacional do Trabalho sobre as condições de trabalho dos trabalhadores domésticos e, por conseguinte, estão vinculados pela mesma.

levados a pensar que, através dela, o legislador da União procuraria superar o esquema binário subordinação-autonomia, reconhecendo algo semelhante a direitos de emprego[74], ou seja, uma tutela básica, uma protecção que não dependeria da categoria laboral ou não laboral dos prestadores[75]. Não foi esse, todavia, o caminho seguido, tendo a opção acabado por se revelar bem menos abrangente.

Quando confrontados com a versão apresentada pela Proposta de Directiva, logo nos damos conta disso mesmo. É certo que, em termos inovadores, a proposta avança com uma disposição que define trabalhador, contrariando o modo de previsão habitual da maioria das Directivas em matéria de Política Social. Analisando, porém, a noção apresentada e os restantes elementos interpretativos fornecidos, não se vislumbra, ao nível da proposta, uma ruptura com o quadro normativo estabelecido até ao momento. Opta-se por definir "trabalhador", como qualquer pessoa singular que, durante um determinado período de tempo, presta serviços por conta e sob a direção de outra pessoa, mediante remuneração", reproduzindo a noção de trabalhador que tem sido mobilizada pelo Tribunal de Justiça, noção essa que, como vimos, ainda assenta na vincada dicotomia subordinação-autonomia. Quanto aos critérios para determinar o estatuto de trabalhador, de acordo com a explicação pormenorizada das disposições específicas da proposta, os critérios deverão basear-se jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal como decorre do processo C-66/85 *Lawrie-Blum* e recentemente reiterada no processo C-216/15 *Ruhrlandklinik*, não se afastando, portanto, substancialmente de uma ideia de heterodirecção e/ou de hetero-organização.

Por pressões oriundas do Parlamento[76] e do Conselho[77], avessos a uma total autonomia da União na definição do âmbito pessoal das directivas, o texto final da Directiva, mantendo a orientação geral da Proposta, acabou por representar um passo para trás. Contrariamente à proposta, a versão final não fornece uma noção de trabalhador, limitando-se a prever que a Directiva é aplicável "a todos os trabalhadores na União que tenham um contrato de trabalho ou outra relação de trabalho definidos na legislação, nas convenções coletivas ou nas práticas vigentes em cada Estado-Membro, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça."

Em face do exposto, pode questionar-se se a opção do legislador comunitário através desta última previsão veio, de facto, contribuir para uma redefinição do conceito de trabalhador que ultrapassa a clássica dicotomia trabalho subordinado/trabalho autónomo de forma a englobar estes novos prestadores em situação de elevada ou permanente precariedade. Nesta matéria, o legislador comunitário parece emitir sinais contraditórios. Por um lado, o facto de ter optado por uma técnica remissiva para definir o conceito de trabalhador deixa em aberto a possibilidade de o âmbito do direito social comunitário ganhar novos contornos e acompanhar a evolução do mercado de trabalho e de emprego[78]. Mas, por outra banda, como vimos *supra*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não se afastou, *até ao momento actual*, em termos significativos, do conceito tradicional de trabalhador. O critério para definir o estatuto de trabalhador é o da subordinação jurídica, assumindo aquela a conotação de heterodirecção ou de hetero-organização, ficando a ideia de dependência económica subalternizada. Mas se assim for, as novidades introduzidas pela nova Directiva não são, a nosso ver, tão promissoras no sentido de englobar na noção de trabalhador os prestadores com empregos atípicos. Sujeitos aos critérios acima mencionados[79], aqueles prestadores enfrentarão com esta Directiva o mesmo tipo de dificuldades que já enfrentariam para integrar o âmbito de aplicação pessoal de outros instrumentos legislativos no âmbito da União.

74 Expressão utilizada por MERCEDES LÓPEZ BALAGUER, "Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias", Labour Law Issues, vol. 4, n.º 2, 2018, C. 70.

75 Interpretação feita por alguns autores, designadamente por MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Anatomia del trabajo en la Plataform Economy", https://www.aadtyss.org.ar/docs/ANATOMIA_DEL_TRABAJO_EN_LA_PLATFORM_ECONOMY_MLRF.pdf. Observe-se que, na fase de consultas, os sindicatos também se manifestaram a favor de clarificar e alargar o âmbito de aplicação pessoal da diretiva, defendendo a inclusão dos trabalhadores independentes no âmbito de aplicação da Directiva.

76 Pode ler-se no Projecto de Resolução legislativa do Parlamento Europeu, sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, acima citada: "Os Estados-Membros mantêm o direito de definir quem é trabalhador para efeitos do direito e da prática nacionais. Os Estados-Membros devem assegurar que todas as pessoas singulares que, durante um determinado período de tempo, prestam serviços para e sob a direção de outra pessoa, mediante remuneração, beneficiem dos direitos previstos na presente diretiva, desde que os Estados-Membros tenham liberdade para determinar forma de transposição do âmbito de aplicação pessoal da presente diretiva."

77 Cf. a Orientação geral do Conselho sobre a Proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, acima citada.

78 As palavras são de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, O conceito de trabalhador..., cit., pág. 107, nota 165.

79 Como se lê no Considerando da Directiva: Desde que preenchidos tais critérios, os trabalhadores domésticos, os trabalhadores ocasionais, os trabalhadores intermitentes, os trabalhadores por cheque-serviço, os trabalhadores de plataformas, os estagiários e os aprendizes podem ser abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva (itálico nosso).

Bibliografia

AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho – Noções básicas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018.

AMADO, João Leal, "Enfermagem, trabalho dependente e trabalho autónomo: comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de janeiro de 2017", *Questões Laborais*, n.º 49, 2016, págs. 163 a 182.

BERG, Janine /Marianne Furrer, Ellie Harmon, Uma Rani, Six Silberman, "Digital labour plataforms and the future of work – Towards decente work in the online word", International Labour Office, Genebra, 2018, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm

CARVALHO, Catarina de Oliveira, "O conceito de "trabalhador subordinado" na jurisprudência do Tribunal de Justiça (UE) – Primeiras reflexões", *Desafios Laborais*, Colecção Estudos n.º 7, Instituto do Conhecimento - Abreu Advogados, Almedina, 2018?, págs. 19 a 33.

DAGNINO, Emanuele, "Labour and labour law in the time of the on-demand economy", *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, Dezembro de 2016, págs. 1 a 23.

DAGNINO, Emanuele, "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing /on-demand economy", *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 3, n.º 3, 2015, pág. 1 a 31.

DAVIDOV, Guy, "Re-Matching Labour Laws with Their purpose", *The Idea of Labour Law, org.* de Guy Davidov/Brian Langille, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 179 a 188.

DAVIDOV, Guy, "The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach", *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 6, n.OS 1-2, 2017.

FERNÁNDEZ, María Luz Rodríguez, "Anatomia del trabajo en la Plataform Economy", https://www.aadtyss.org.ar/docs/ANATOMIA_DEL_TRABAJO_EN_LA_PLATFORM_ECONOMY_MLRF.pdf

FRANZINI, Maurizio, "Occupazione e disuguaglianza nel capitalismo digital", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2/2017, págs. 49 a 58.

GARCÍA RUBIO, Maria Amparo, "La prestación de servicios a través de plataformas digitales: nuevas cuestiones y soluciones jurídicas desde la perspectiva del derecho del trabajo?", *Descentralización productive y transformación del derecho del trabajo*, coordenação de Mercedes López Balaguer, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pág. 189 a 215.

GUARASCIO, Dario, "Mansione, competenze e rapporti di produzione nell'economia delle piattaforme", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2/2017, págs. 41 a 47.

LÓPEZ, Mercedes Balaguer, "Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias", *Labour Law Issues*, vol. 4, n.º 2, 2018, C. 53 a C.78.

PACELLA, Gemma, "Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?", *Labour Law Issues*, vol. 3, n.º 1, 2017, R. 1 a R.34.

PINHO, Pedro Mota, "Da ductilidade do conceito de trabalhador: brevíssimo comentário ao acórdão do TJUE G. Fenoll contra Centre d'aide par le travail "La Jouvene" e APEI d'Avignon", *Questões Laborais*, 2016, n.º 49, 2016, págs. 182 a 196.

RISAK, Martin/Thomas Dullinger, "The concept of worker in EU law – Status quo and potential for change", Report 140, European Trade Union Institute, Bruxelas, 2018, https://www.etui.org/Publications2/Reports/The-concept-of-worker-in-EU-law-status-quo-and-potential-for-change

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", *La Ley Union Europea*, n.º 50, 2017, págs. 1 a 15.

SIGNES, Adrian Todoli, "O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho", *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*, coord. de Ana Carolina Reis Paes Leme/Bruno Alves Rodrigues/José Eduardo de Resende Chaves Júnior, LTR, São Paulo, 2017, págs. 28 a 43.

SIGNES, Adrian Todoli, "El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efetos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo", *IUSLabor*, n.º 3, 2015, pág. 1 a 25.

SMITH, REBECCA/SARAH LEBERSTEIN, "Rights on demand: ensuring workplace standards and worker security in the on-demand economy", *National Employment Law Project*, 2015, https://studylib.net/doc/8779287/rights-on-demand---national-employment-law-project

STEFANO, Valerio, "The rise of the "just-in-time workforce": on demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy", *Conditions of work and employment series*, n.º 71, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf

VASCONCELOS, Joana, "Problemas de qualificação do contrato de trabalho – O caso das relações estabelecidas no contexto da economia on demand entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado, no âmbito do VII Colóquio sobre Direito do Trabalho, disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2015/07/profdrjoanavasconcelos.pdf

A pós-eficácia do dever de lealdade do trabalhador: responsabilidade civil, o novo Código de Propriedade Industrial e as suas implicações jurídico-laborais (concorrência desleal e segredos de negócio) *

Jorge Artur Costa**
José Miguel Pinto***

I. Introdução 190

II. O contrato de trabalho como relação obrigacional complexa 191

III. Considerações gerais sobre o dever de lealdade do trabalhador 194

IV – A pós-eficácia do dever de lealdade 196

1. Enquadramento geral: a natureza dos deveres de proteção e responsabilidade pós-contratual (*culpa post pactum finitum*) 196

2. A pós-eficácia da obrigação de não concorrência 201

3. A pós-eficácia do dever de sigilo 205

3.1. Posição e enquadramento com o novo regime jurídico dos segredos de negócio 205

3.2. Distribuição do ónus da prova 214

3.2.1. Presunção legal de culpa (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil) 214

3.2.2. Normas de Proteção 217

3.2.3. Teoria das esferas de risco 219

3.3. Medidas de proteção jurídico-laborais dos segredos de negócio 222

IV – Conclusão. 223

Palavras-chave: Relações de trabalho, dever de lealdade, deveres de proteção, *terceira via* da responsabilidade civil, responsabilidade pós-contratual, pós-eficácia do dever de não concorrência, pós-eficácia do dever de sigilo, concorrência desleal, segredos de negócio, normas de proteção, teoria das esferas de risco, ónus da prova.

I. Introdução

O contrato de trabalho, como relação obrigacional, gera uma relação jurídica complexa, pródiga em deveres acessórios (ou laterais) de conduta, correspondendo o dever de lealdade [artigo 128.º, n.º 1, al. *f*), do Código do Trabalho (doravante CT)] a um dever acessório autónomo, que advém da boa-fé. Como tal, não se encontra imune perante as manifestações da pós-eficácia, pois, como *dever de proteção*, sobrevive à extinção dos deveres primários de prestação: é dotado de autonomia.

Uma vez que o contrato de trabalho já cessou, as consequências jurídicas emergentes da pós-eficácia do dever de lealdade se repercutirão em termos puramente civis. Porém, a consciência de que a relação laboral deve ser entendida como uma relação obrigacional complexa tem consequências dogmáticas, de não pequena monta, em sede de responsabilidade civil: havendo, por um lado, quem considere que estes deveres têm natureza delitual; por outro, quem entenda que a sua violação representa um ilícito contratual na forma de violação contratual positiva; outros, como nós, admitindo uma natureza heterogénea dos deveres de proteção, entendem que se integrará melhor na chamada terceira via da responsabilidade civil, à qual se aplicarão as regras próprias de uma ou outra modalidade de responsabilidade civil, consoante a analogia que se estabeleça, de acordo com uma ponderação casuística – o que tem especial interesse, designadamente, para efeitos do ónus da prova, responsabilidade por atos dos auxiliares e prazos de prescrição.

Se esta *terceira via* se aplica em face da execução do contrato, ela adapta-se facilmente às situações de responsabilidade pós-contratual (*culpa post pactum finitum*). Principalmente, no caso de ter sido criada uma situação de confiança, que justifique ser respeitada após a extinção do vínculo obrigacional. É com base nesta premissa que pretendemos analisar o âmbito da pós-eficácia do dever de lealdade do trabalhador, nomeadamente, nas suas vertentes de não concorrência e de sigilo: em especial a possibilidade de inversão do ónus da prova a cargo do (ex-)trabalhador, mesmo sem a existência de um pacto.

Acresce que a Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, que o Código da Propriedade Industrial de 2018 transpôs, implica a existência de consequências para o Direito do Trabalho, reavivando velhas disputas sobre os limites dos deveres de sigilo.

Sem esquecer que a rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de segredos, o que apela à constante adaptação por parte do empregador. O Direito do Trabalho é frequentemente o primeiro, ou um dos primeiros, a debater-se com uma realidade económica produtiva em constante evolução, o que revela a sua "*função de reconhecimento, ou de batedor*"[1], no confronto com novos perigos e na procura de novas respostas para os mesmos.

* O presente artigo encontra-se publicado no *Prontuário de Direito do Trabalho*, II-2019, Centro de Estudos Judiciário, pp. 297-257. Sublinhe-se, no entanto, que a presente versão sofreu atualizações doutrinais e jurisprudências. Devemos um especial agradecimento a **MIGUEL CUNHA MACHADO** pelo convite para participar no II Congresso Internacional de Direito do Trabalho: "LABOUR 2030 – "*WORK INNOVATION, ARE WE READY? THE FUTURE IS DIGITAL. AND IT'S ON!*", organizado por *Law Academy*, Nuno Cerejeira Namora, Pedro Marinho Falcão & Associados, CIELO Laboral e Associação de Jovens Juslaboralistas. Acresce uma nota de agradecimento ao nosso pai, **ABÍLIO GONÇALVES COSTA**, Juiz Desembargador, pelas sugestões e comentários. Os erros, omissões e imprecisões são imputáveis, em exclusivo, aos Autores. Optou-se por seguir o Acordo Ortográfico de 1991.

** Advogado. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Segurança Social. Pós-Graduado em Direito à Proteção de Dados Pessoais.

*** Advogado.

1 **JÚLIO GOMES**, *Direito do Trabalho, Vol. I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 268-269.

II. O contrato de trabalho como relação obrigacional complexa

Atenta a definição legal e os traços gerais que caracterizam o contrato de trabalho [artigo 11.º do CT e artigo 1152.º do Código Civil (doravante CC)], integra-se este na classe dos contratos de troca[2]. O cerne da situação jurídica laboral é constituído pelo dever de trabalhar, a cargo do trabalhador, e pelo de remunerar, a cargo do empregador. Porém, o contrato de trabalho gera uma relação jurídica complexa[3], pródiga em deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais) – por oposição a uma relação meramente obrigacional (económica)[4]: "*ao lado dos deveres de prestar – sejam eles principais de prestação ou acessórios da prestação principal – floresce, na relação obrigacional complexa, um leque mais ou menos amplo de deveres que disciplinam o desenrolar da relação contratual, que podem designar-se deveres laterais ou simples deveres de conduta*"[5].

Ora, os deveres de prestação correspondem ao conteúdo obrigacional do contrato, celebrado e estipulado de acordo com o princípio da autonomia privada (artigo 398.º, n.º 1, do CC)[6]; já os deveres acessórios de conduta ou deveres laterais[7] correspondem a uma complementação do conteúdo obrigacional do contrato fundada no princípio da boa-fé (artigo 762.º, n.º 2, do CC)[8].

A boa-fé é compreendida como regra de conduta ou regra de valoração da conduta[9]. Representa um limite à liberdade negocial (artigo 405.º do CC), determinando os sujeitos a atuar, na realização do direito e no cumprimento das obrigações correspondentes, de forma leal e honesta, observando elevados padrões de lisura e de probidade, em termos que contemplem o interesse da contraparte. Nesta medida, a boa-fé conforma os termos da execução da prestação debitória, impondo um cumprimento, não meramente formal, mas também material[10] – perspetiva de adequação funcional da prestação ao interesse do credor[11]. A boa-fé reclama, pois, estritos deveres de cooperação e solidariedade[12]. Todavia, não se pode olvidar que o princípio da boa-fé funciona em termos bidirecionais[13], orientando os diferentes

2 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 177.

3 NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 49: "*a relação obrigacional múltipla ou complexa – relação obrigacional em sentido amplo – concretiza-se num conjunto ou num sistema de direitos subjetivos propriamente ditos e de deveres jurídicos, de direitos potestativos e de estados de sujeição, de exceções, de ónus e de expectativas jurídicas*". Do mesmo Autor, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *Revista de Direito Civil*, ano II, n.º 2, 2017, pp. 244 ss. Cfr. C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 330 ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 64 ss.; MENEZES CORDEIRO, "Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980", in *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 123 ss., e *Direito do Trabalho*, II, *Direito Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 427; "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", in Estudos de *Direito Bancário* I, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 13 ss. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata do volume XXVIII do Suplemento ao BFDUC, Coimbra, 1994, pp. 36 ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 118 ss.; PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 44-46; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, Cascais, 2017, pp. 408 ss.

4 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 339, nota 1; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 72.

5 CARNEIRO DA FRADA *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 443.

6 Paradigmaticamente, pois pode haver deveres de prestar não-contratuais: seguem, tendencialmente, o mesmo regime, filiando-se, então, nas normas legais que os imponham (MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, in *Código Civil Comentado*, II, Das *Obrigações em Geral*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 946, nota 32).

7 Entre nós, é essencialmente a C. A. MOTA PINTO que se deve o mérito de ter desenvolvido, sistematizado e estabelecido o regime jurídico desses deveres, os quais tiveram origem na ciência jurídica alemã (*Cessão da Posição Contratual*, cit., pp. 337 ss. e 409 ss.). Quanto à evolução, nomeadamente em Portugal, dos deveres acessórios, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 465 ss., "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", cit., pp. 17-18 (quanto à sua origem, pp. 14-15), Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., pp. 945.

8 A base jurídica dos deveres de prestar e dos deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais) é muito distinta: os primeiros assentam no negócio ou outra fonte comum que esteja em jogo; os segundos têm base legal. Daí resultam logo diferenças: enquanto os deveres de prestar se obtêm por interpretação (artigos 236.º a 238.º do CC) e por integração negociais (artigo 239.º do CC), os deveres acessórios advêm da interpretação (artigo 9.º do CC) e da integração da lei (artigo 10.º do CC) – MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 946, e "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", cit., p. 19.

9 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 344.

10 O cumprimento é um conceito-quadro. Ele exprime as condutas devidas por via da obrigação de cujo cumprimento se trate, condutas essas que podem variar, na sua natureza, *ad infinitum*, em função do que esteja em jogo [MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil (Introdução), cit., pp. 938].

11 Esta diretriz tem, assim, de ser contextualizada no denominado *dever de diligência do devedor* (artigo 398.º, n.º 2, do CC). Com efeito, a boa-fé fundamenta e modela o "*quantum* de esforço" requerido ao devedor, na realização da prestação a que está adstrito. Abrange, de igual modo, os atos preparatórios e instrumentais quanto ao cumprimento, assim como os comportamentos subsequentes à entrega do bem ou à realização da prestação (ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações* em Geral, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 1031). A boa fé, enquanto norma de conduta (ou boa-fé objetiva) exprime, em cada situação concreta, os valores do ordenamento. Ela atua, por vezes, com recurso a princípios mediantes: a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente (efetividade social e axiológica) – MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., pp. 942-943). Segundo este último Autor, a boa-fé tem, na área do cumprimento, um papel alargado. Distinguindo quatro funções: (1) na determinação da prestação principal; (2) na fixação dos deveres acessórios; (3) na delimitação do esforço exigível ao devedor; (4) na integração da relação obrigacional (p. 944).

12 BAPTISTA MACHADO, "Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de novembro de 1983", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 118, pp. 280, 330 e 331; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 563; CALVÃO DA SILVA, "Não Cumprimento das Obrigações", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977,* Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 483; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 56.

sujeitos do vínculo obrigacional, como, ainda, impõe uma apreciação casuística e não em abstrato.

Os deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais) explicitam ou concretizam a consideração e a correção do agir com que as partes hão de tratar-se uma à outra quando unidas por um contrato[14]. Eles constituem uma relação jurídica, fundada no direito objetivo, que é feita de deveres de comportamento. Emergem (e fundamentam-se) por força da boa-fé em face das circunstâncias concretas, não se deixando determinar com exatidão *ex ante*[15] (a não ser genericamente). A sua existência e intensidade prende-se com o tipo de relação e qualidade dos parceiros contratuais[16]. Têm, portanto, a feição de uma cláusula geral, de âmbito e conteúdo indeterminado.

No entanto, e em bom rigor, há que distinguir os deveres acessórios da prestação[17] – secundários, instrumentais ou complementares, não autónomos da prestação principal – dos deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais)[18] – autónomos da prestação principal, por natureza "*rebeldes a qualquer enumeração ou descrição enunciativa*"[19], e caracterizados por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual (função positiva)[20] e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes (função negativa[21])[22].

13 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., p. 1032; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, p. 56 (o credor deve disponibilizar-se a "*receber o cumprimento, a torná-lo possível e a conservar o bem até à sua restituição*", assim como "*abster-se da exigência do cumprimento em circunstâncias pessoalmente penosas para o devedor*"). O "*dever de assistência*" é a formulação "complementar" assumida pelo dever lateral de lealdade a cargo do empregador (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, cit., p. 75, nota 144). CARNEIRO DA FRADA, Contrato e Deveres de Protecção, cit., pp. 147-148, alude a que determinados deveres de organização e programação do trabalho, com vista à proteção do trabalhador (condições adequadas de higiene e segurança), concretizam deveres de proteção que vigoram na relação empregador-trabalhador. Relativamente aos deveres acessórios que impendem sobre o empregador, vide MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, cit., pp. 735 ss.

14 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, *cit.*, p. 89: "*A Ordem Jurídica prescreve-os para obviar a que, sob um formalismo aparentemente conforme com o Direito, o sentido das obrigações seja desvirtuado por cumprimentos vazios ou outras fórmulas chicaneiras ou a que, a coberto da obrigação, sejam infligidos danos às partes*".

15 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 346: "*não se trata de elementos da relação contratual, existentes, ab initio, num numerus clausus e com um conteúdo fixo. O seu surgimento, melhor, a sua concretização depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia*". *Vide* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 1031; CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, vol. I, 2013, p. 273; BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", in *Obra Dispersa* I, Braga, 1991, p. 539. AUJ 21/06/2016: "*V – A boa fé contratual impõe às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos, expressamente, no texto contratual, nomeadamente, os deveres de informação, guarda e restituição, segredo, clareza e proteção, conservação e lealdade, de modo a não serem alcançados resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar*".

16 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 240: "*a concretização dos comportamentos exigidos pelos deveres acessórios deve atender, designadamente, ao fim do contrato, às expectativas determinadas pelo comportamento dos sujeitos da relação contratual e às expectativas determinadas pelas funções económicas e sociais dos sujeitos da relação contratual*". Já BAPTISTA MACHADO, "Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de novembro de 1983", *cit.*, p. 330, apontava um elemento de *normogénese social* que vai impregnar a concretização judicial do princípio da leal colaboração.

17 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 337 e 375; MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 13 (nota 2). Enquanto os deveres primários de prestação tipificam a respetiva relação obrigacional, os deveres secundários apoiam a preparação, execução e segurança da prestação principal (*v. g.*, guarda, embalagem e transporte). Abrangem, por exemplo, o dever do trabalhador de participar de modo diligente em ações de formação profissional que lhe sejam proporcionadas pelo empregador [artigo 128.º, n.º 1, al. *d*), do CT], ou velar pela conservação e boa utilização dos bens relacionados com o seu trabalho [artigo 128.º, n.º 1, *g*), do CT]. No entanto, estes deveres (secundários) acessórios da prestação não se confundem com os deveres secundários substitutivos ou sucedâneos da prestação principal. *Vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 409: dentro dos deveres secundários "*se integram os deveres acessórios da prestação principal (todos os deveres cujo cumprimento se exige em nome da perfeita execução da prestação principal), e os deveres relativos às prestação substitutivas ou complementares da prestação principal (dever de indemnização, decorrente dos prejuízos sofridos pelo não-cumprimento, a mora ou o cumprimento defeituoso do dever de prestação principal)*". O incumprimento destes deveres acessórios da prestação pode gerar mora e incumprimento definitivo se o mesmo determinar o retardamento ou incumprimento definitivo da obrigação principal cujo cumprimento visa assegurar – Acs. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 9/3/2010 e de 28/6/2011 (Moreira Alves).

18 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 339 e 375-376. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/I, cit., pp. 481-485, e *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 436, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 947, e "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 22, agrupa os deveres acessórios em três modalidades essenciais: deveres de lealdade, informação e segurança (inicialmente "*deveres de proteção*", *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 604-631). Todavia, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 42, nota 72, parece entender que esta tripartição tão habitual se apresenta essencialmente descritiva e dogmaticamente pouco útil, impondo-se antes uma diferenciação teleológica-valorativa. A fluidez terminológica é grande (*vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/I, cit., p. 465, nota 1543, e "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 17 (nota 13); C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 338; SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Almedina, Coimbra, 1989, p. 396, nota 178; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 40, nota 68). Havendo, na moderna doutrina alemã, quem adote o termo de "deveres de consideração" [CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 268; NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 240, nota 4].

19 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 40.

20 *V. g.*, o dever de entregar com celeridade a documentação relativa à coisa vendida (BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, cit., p. 56). Ac. do STJ de 17/8/2009 (Fonseca Ramos), em que estava em causa a falta de entrega dos documentos que permitiam legalizar a aquisição do veículo (porém, BRANDÃO PROENÇA entende, e bem, que, no caso *sub judice*, trata-se, em rigor, do incumprimento de um dever secundário de prestação – p. 56, nota 146). Com vários exemplos possíveis, referindo que esta primeira frente dos deveres acessórios opera um fenómeno de "substancialização dos deveres de prestar", RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, Almedina*, Coimbra, 2015, pp. 987-988.

21 *V. g.*, o dever do trabalhador de não se apropriar de bens do empregador (ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 474); adoção de comportamentos incorretos ou manuseamento de valores pertencentes à contraparte; dever do empreiteiro de prevenir a inundação pela chuva no cumprimento de um contrato de demolição/reconstrução do telhado de uma moradia [Ac. do STJ de 1/7/2010 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)]; o sigilo que se deve observar quanto aos dados organizativos da contraparte a que se teve acesso e cuja divulgação pode prejudicar a sua imagem de mercado (RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, *cit.*, p. 990).

22 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 338-339; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 396; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., pp. 1031-1032. A este propósito, apesar de alguma variação terminológica, MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil Português*, II/I, cit., pp. 478 ss., Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, pp. 947-948, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, pp. 22-24, e *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, pp. 435 ss.) diferenciando um "*círculo interno*" do "*círculo externo*", e CARNEIRO DA FRADA [*Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 40-42, e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 432 e 447 (nota 460)], separando os que prosseguem um interesse conexo da prestação dos que pretendem proteger a contraparte do risco de danos na sua pessoa e património.

23 *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, p. 51, e "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 242.

Já NUNO PINTO OLIVEIRA[23] classifica estes deveres acessórios de conduta ou deveres laterais como (1) deveres de promoção ou de fomento do fim do contrato[24] – têm por finalidade alterar a atual situação jurídica dos bens, atribuindo ao credor as vantagens e impondo ao devedor as desvantagens decorrentes do cumprimento – e como (2) deveres de proteção[25] – têm por finalidade conservar a atual situação jurídica dos bens de ambos os sujeitos da relação obrigacional, tutelando-os contra ingerências externas lesivas na sua pessoa, na sua propriedade ou no seu património. Enquanto os primeiros pressupõem que haja um contrato válido e eficaz, os segundos não o pressupõem.

Ora, é precisamente este segundo feixe dos deveres acessórios – normalmente designados como *deveres de proteção* – que, pela sua característica independência e autonomia em relação ao negócio jurídico (vontade) ou contrato (consenso/acordo), uma vez que são integrados pela lei, podem sobreviver à extinção dos deveres primários de prestação.

24 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, pp. 242-243, suportando-se em doutrina alemã, relaciona estes deveres com o princípio da fidelidade ao contrato.

25 Especificamente para uma caracterização, fundamentação e ordenação dogmática dos deveres de proteção, procurando mostrar a pertinência e justificação do seu reconhecimento, veja-se CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.* Sobre a controvérsia da teoria dos deveres de proteção no direito civil português, em detalhe, veja-se NUNO PINTO OLIVEIRA, "Deveres de Proteção", in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto de 2002, pp. 502 ss.

III. Considerações gerais sobre o dever de lealdade do trabalhador

No âmbito particular das relações laborais, o dever de lealdade corresponde a um dever acessório autónomo da prestação laboral[26], que advém da boa-fé, ínsita no princípio geral constante do artigo 126.º do CT e do artigo 762.º, n.º 2, do CC. Ao contrário de uma mera permuta entre trabalho e salário, da situação laboral nasce uma comunidade empregador-trabalhador que envolve, por natureza, uma situação de lealdade, com deveres conexos. Aliás, a relação laboral será, porventura, de todas as situações jurídicas típicas, a mais rica em deveres acessórios[27]. O que é um reflexo da importância acrescida do princípio da boa-fé na relação laboral[28].

Ultrapassadas as construções comunitário-pessoais – enquanto sinónimo da situação jurídica global do trabalhador subordinado – o dever de lealdade é compatível com uma conceção contratualista e comutativa das relações laborais, admitindo-se outros sentidos não especificados na lei, reconduzidos à boa-fé, e que decorrem não só das regras gerais dos contratos, mas também diretamente do dever geral de boa-fé (artigo 126.º do CT)[29]. Deste modo, "*o dever de lealdade, mesmo entendido numa relação anónima, massificada, terá de ser apreciado perante a situação concreta*"[30].

Assim, consagra-se um dever de lealdade como um dever geral de conteúdo elástico e adaptável[31] do trabalhador para com a entidade patronal e, ao mesmo tempo, referem-se dois deveres específicos em que aquele se concretiza – o dever de não concorrência e o dever de sigilo – assumindo estes, invariavelmente, um carácter exemplificativo. Sendo estes dois deveres os que "*mais caracteristicamente conflituam com o dever de adequação funcional do trabalhador à realização do interesse do empregador e os que, in abstracto, maiores prejuízos lhe podem causar, mesmo que para a sua consumação não seja exigível a verificação de qualquer prejuízo efectivo*"[32].

Ao dever de lealdade é reconhecida uma dimensão ampla – concretização do dever orientador geral da conduta do trabalhador no cumprimento do contrato de trabalho, com previsão legal expressa no artigo 126.º, n.º 1, do CT – com uma faceta objetiva[33], que se reconduz à necessidade de ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações, numa perspetiva de adequação funcional da prestação ao interesse do credor (obrigações de conteúdo negativo e obrigações de conteúdo positivo), e uma faceta subjetiva do dever de lealdade, que decorre da sua estreita relação com a confiança permanente que deve existir entre as partes[34]. E uma dimensão restrita, referindo-se esta última ao dever de não concorrência e dever de sigilo[35].

Torna-se, assim, claro que o dever de lealdade tem uma dimensão obrigacional[36], que corresponde à exigência geral de cumprimento pontual dos contratos (artigo 762.º, n.º 2, do CC), impondo-se um cumprimento, não meramente formal, mas também material, e uma dimensão especificamente laboral, que valoriza o elemento de pessoalidade[37]

26 ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 411 ss., distingue entre deveres integrantes (assiduidade, pontualidade, obediência, zelo e diligência, produtividade) e deveres autónomos da prestação principal, justificando a inclusão do dever de lealdade nestes últimos em função da falta de associação direta destes deveres ao dever principal, pelo que são exigíveis tanto na pendência da atividade principal, como em situações em que o trabalhador não se encontra adstrito ao cumprimento desta atividade.

27 MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 438.

28 Note-se, por outro lado, que a própria Lei prevê projeções dos deveres gerais das partes, de boa fé e de colaboração, perante terceiros, numa especificidade própria deles. Assim sucede com o dever do empregador de favorecer a atividade do trabalhador com a sua vida familiar (artigo 127.º, n.º 3, do CT) ou com o dever de urbanidade do trabalhador para com os seus companheiros ou para com as pessoas que se relacionem com o empregador (MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 440).

29 CLARA SOTTOMAYOR, "Dever de Lealdade dos Trabalhadores e Tutela do Fim das Pessoas Coletivas", in *Para Jorge Leite, Escritos Jurídico-Laborais – Vol. I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 981.

30 ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 474. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., p. 1032: "*impõe-se uma apreciação casuística e não em abstrato*".

31 MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 12.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 232. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 374, faz referência a um "*dever de conteúdo bastante ambíguo*".

32 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 570.

33 MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pp. 233-234, distingue entre uma faceta objetiva e uma faceta subjetiva do dever de lealdade.

34 A dimensão subjetiva será mais acentuada consoante o grau de responsabilidade das funções do trabalhador, assumindo um conteúdo mais intenso em relação a trabalhadores que ocupem cargos de responsabilidade, de cujo bom desempenho depende a viabilidade e o equilíbrio da entidade empregadora (v. g., sector bancário; atividades de secretariado de administração de empresas; trabalhador titular de poderes representativos; "*trabalhadores dirigentes*").

35 ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, *cit.*, pp. 442 ss.; Acs. do STJ de 22/4/2009 (Mário Pereira) e de 9/9/2015 (Ana Luísa Geraldes).

36 Dimensão enfatizada na doutrina, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 442, MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 1999, p. 96, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pp. 473-474, CLARA SOTTOMAYOR, "Dever de Lealdade dos Trabalhadores e Tutela do Fim das Pessoas Coletivas", *cit.*, p. 983.

37 RITA CANAS DA SILVA, "Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 587, salienta, como fator de consideração, o "*especial envolvimento do trabalhador no contrato de trabalho – ao ponto de se falar, por vezes, em participação da sua personalidade na execução da prestação*".

(lealdade ao empregador) e o elemento organizacional[38] (lealdade à empresa), devendo ambas as dimensões ser valoradas em conjunto.

Os grupos de sociedades constituem uma nova forma de organização da empresa moderna. Fenómeno que, naturalmente, tem consequências de relevo ao nível do direito laboral, nomeadamente no que diz respeito aos diferentes deveres dos trabalhadores, que podem sofrer um alargamento em virtude da inserção grupal do empregador. Poderá, assim, ser exigido aos trabalhadores de sociedades agrupadas uma conduta leal dimensionada à escala do próprio grupo (dever de lealdade grupal)[39].

38 ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho,* II, *cit.*, p. 446, descortina esta dimensão organizacional no artigo. 126.º, n.º 2, primeira parte, do CT, "*na medida em que a exigência estabelecida nesta norma de que o comportamento das partes tenda para a obtenção da maior produtividade possível tem subjacente o contexto organizacional do vínculo, como contexto normal de aferição dessa produtividade*". PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 5, fazem referência a alguns "*fins superiores*" que vinculam as partes no contrato de trabalho: "*acima ou ao lado dos fins prosseguidos pelo trabalhador e pela entidade patronal* (...) *há o interesse mais elevado da empresa*". Também BAPTISTA MACHADO, "Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de novembro de 1983", *cit.*, p. 330.

39 ENGRÁCIA ANTUNES, "Os grupos de sociedades no direito do trabalho", *Questões Laborais*, n.º 39, 2012, p. 64.

IV. A pós-eficácia do dever de lealdade

1. Enquadramento geral: a natureza dos deveres de proteção e responsabilidade pós-contratual (*culpa post pactum finitum*)

Os deveres acessórios de conduta (ou laterais), como *deveres de proteção*, podem vigorar antes, durante e, mesmo, após a extinção dos deveres de prestação[40]. Eles constituem uma relação jurídica, fundada no direito objetivo, que é feita de deveres de comportamento e, nesse sentido, autónomos dos deveres primários de prestação.

Deste modo, o dever de lealdade do trabalhador, na medida em que configura um dever legal de proteção, pode prevalecer para lá da extinção do contrato de trabalho. Trata-se, assim, de um dever dotado da caraterística da pós-eficácia que, movendo-se nas coordenadas impostas pelo princípio da boa-fé, se deve harmonizar com os vetores do sistema ante uma relação alimentada pela confiança recíproca. Ou seja, uma pós-eficácia[41] em sentido estrito[42], referindo-se aos deveres acessórios de conduta (ou laterais) que sobrevivem à extinção dos deveres principais e secundários de prestação e que, por isso, são dotados de autonomia[43].

Uma vez que o contrato de trabalho já cessou – o que, obviamente, afasta a ideia de qualquer sanção disciplinar – tal permite-nos afirmar que as consequências jurídicas emergentes da pós-eficácia do dever de lealdade se repercutirão em termos puramente civis[44]. Porém, a consciência de que a relação laboral deve ser entendida como uma relação obrigacional complexa[45] tem consequências dogmáticas, de não pequena monta, em sede de responsabilidade civil[46].

---

40 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 346; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, p. 51; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 81; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, I, cit.*, p. 127, n. 1; MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., p. 946, e "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", cit., pp. 16 e 20; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, p. 57, no sentido de que a boa-fé é "um princípio de atuação que atinge todo o ciclo obrigacional, permanecendo mesmo para lá da estrita extinção contratual".

41 Neste sentido: ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 442; JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, pp. 572 ss.; MÁRIO PINTO *et alii, Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I, *Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho*, Lex, Lisboa, 1994, p. 170; e MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, pp. 440 e 1036 ss. Contra, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 534, e ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 476. Defendendo a pós-eficácia da boa fé, BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, p. 824, e SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência com efeitos "post contractum finitum"*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 22-24. Na jurisprudência, quanto a esta temática, Acs. do STJ de 3/5/2000 (Manuel Pereira), do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 5/11/2009 (Fernandes da Silva), do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 30/5/2013 (Helena Melo), do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 16/12/2015 (António José Ramos), do TRG de 11/07/2017 (Alda Martins), e do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 14/07/2020 (Mário Branco Coelho). No Direito Comparado, nomeadamente na doutrina e jurisprudência espanhola e alemã, veja-se JÚLIO GOMES, "As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho – Algumas questões", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1, 1999, p. 12, n. 17, e NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *Questões Laborais*, n.º 47, 2015, p. 227, nota 49. Para uma abordagem aprofundada sobre o tema, Evaristo Mendes, "Segredos de negócio e liberdade profissional", *Revista de Direito Comercial*, 2021-05-30, pp. 783-848.

42 Segundo MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, pp. 1037-1038, cessando a relação laboral, mantém-se, pelo tempo necessário e a cargo de ambas as partes, deveres de segurança, de lealdade e de informação (pós-eficácia em sentido estrito). Mas, para este Autor, estando o trabalhador adstrito a segredo profissional, numa situação que se prolonga depois do termo do contrato, esta já será qualificada de pós-eficácia continuada.

43 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, cit., p. 73: "*Os deveres de lealdade não podem, por essência, extinguir-se com a relação de trabalho, antes continuando para além dela*". Acrescentando, "*Se, depois da extinção das obrigações, mas mercê das circunstâncias por elas criadas, se mantiverem ou surgirem condições que, na sua vigência, podem motivar a constituição de deveres acessórios, eles mantêm-se. As razões de busca de saídas jurídicas materiais que levam, independentemente da vontade das partes, a admitir deveres acessórios durante a vigência da obrigação são sobejamente fortes para os impor depois da extinção*" (pp. 89 ss.). Para uma abordagem aprofundada da pós-eficácia das obrigações, José Miguel Pinto, "A pós-eficácia das obrigações e a *culpa post pactum finitum*", *Revista de Direito Civil VII* (2022), 2, pp. 377-413 (no prelo).

44 Não se esqueça que o Código do Trabalho prevê diretamente que o empregador, cessando o contrato, se encontra obrigado a entregar ao trabalhador um certificado de trabalho e outros documentos destinados a fins oficiais, que por aquele devam ser emitidos e que este solicite, designadamente, os previstos em legislação de segurança social (artigo 341.º), situação cuja inobservância tem sido reconduzida à responsabilidade pós-contratual – pós-eficácia aparente (MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 1038) –, admitindo-se um dever de indemnizar a cargo do ex-empregador (JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 913; JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, pp. 576-577; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 565, nota 374, relativamente a informações falsas referidas no certificado de trabalho). Em contrapartida, o trabalhador deve devolver imediatamente ao empregador os instrumentos de trabalho e quaisquer outros objetos pertencentes a este, sob pena de incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados (artigo 342.º) – pós-eficácia virtual (MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 1038).

45 O contrato de trabalho, enquanto negócio jurídico obrigacional (bilateral, nominado, típico e sinalagmático) é uma figura de direito privado especial, o que pressupõe a aplicação de princípios e de regras de Direito Civil, sempre que não se tenham estabelecido regimes com especificidades (ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pp. 56-57 e 276 ss.).

46 "*O interesse da opção entre as duas conceções expostas não é despiciendo: incluindo-se os deveres de proteção no conteúdo da relação obrigacional complexa, fica aberto o caminho para a aplicação de regras incluídas na disciplina contratual ou obrigacional aos casos de lesão da integridade pessoal ou patrimonial da contraparte – designadamente, das regras do n.º 1 do art. 799.º e do n.º 1 do art. 800.º*" – NUNO PINTO OLIVEIRA, *"Deveres de Proteção", cit.*, p. 496.

A solução não é, contudo, pacífica. Havendo, por um lado, quem considere que estes deveres têm natureza delitual[47], recusando a mobilização contratual, e, por outro lado, quem entenda que a sua violação representa um ilícito contratual na forma de violação contratual positiva[48]. Por outras palavras, o âmbito de relevância da responsabilidade contratual assimilaria não só os casos de incumprimento *tout court*, ou de cumprimento defeituoso, como, também, as hipóteses em que o dever de prestar é cumprido, mas em que deveres de proteção são preteridos, gerando-se uma lesão na pessoa ou no património do credor.

Confrontadas estas duas óticas, propenderíamos para a conceção "contratualista", ou seja, a tendencial aplicação em bloco da disciplina do incumprimento e da responsabilidade civil contratual.

Todavia, somos obrigados a admitir a natureza heterogénea[49] dos deveres de proteção (ou deveres de segurança "*externos*"[50]). Por um lado, não só protegem bens e interesses cobertos pela tutela delitual[51], como a sua vigência se impõe independentemente da vontade das partes a este propósito[52]. Por outro lado, outros elementos aproximam-nos dos vínculos obrigacionais: os deveres de proteção exprimem uma "*heteronomia evitável*"[53], visto que a oneração do vinculado é mais evitável em comparação ao sector delitual, bastando-lhe não praticar o ato de que depende o seu surgimento; configuram-se perante pessoas determinadas ou determináveis, conhecendo um conteúdo razoavelmente específico[54]; por fim, apresentam uma conexão funcional com o *iter* negocial, uma vez que são impostos para prevenir danos na integridade causados por procedimentos exigidos pela própria dinâmica do negócio[55].

Em suma, não está em causa o desrespeito de meros deveres delituais[56], nem a inobservância de deveres

47 ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso – em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 244: "*não se torna necessário ficcionar que do contrato emergem deveres acessórios de protecção, de segurança, etc., se eles já decorrem das regras gerais da responsabilidade civil*". Este Autor (pp. 236 ss.) separa os danos *circa rem*, relativos ao objeto contratual e com tutela contratual, isto é, aplicam-se as regras do cumprimento defeituoso (*v. g.*, dano da privação do uso ou os lucros cessantes), dos danos *extra rem*, não dependentes do contrato e com tutela delitual (*v. g.*, danos pessoais por explosão de garrafa ou danos patrimoniais por explosão de máquina comprada na fábrica onde foi instalada). CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 76-81 e 95-6, considera que os deveres acessórios escapam à lógica do contrato, recusando, respetivamente, a existência de uma lacuna contratual que pudesse ser suprida por via de uma interpretação complementadora, bem como a valência do contrato como fundamento ou pressuposto constitutivo de responsabilidade por violação dos deveres acessórios. Segundo este Autor, estes deveres apenas revestem natureza contratual em duas situações: quando o dever contratual típico se esgota ele mesmo num dever de proteção, como é o caso do contrato celebrado entre o médico e o seu paciente, ou quando os contraentes elevaram, por estipulação contratual, os deveres de proteção à categoria de deveres de prestar – como sucede com o pacto de concorrência ou com uma cláusula de confidencialidade (p. 60). Especificamente no âmbito da pós-eficácia do dever de lealdade laboral, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, pp. 578 e 807, defende que a violação do dever de lealdade, por princípio, tem natureza delitual, "*pois não há como discernir no contrato de trabalho deveres não previstos pelos sujeitos*". Suportando-se na doutrina de CARNEIRO DA FRADA (*Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 68-69), o mesmo Autor sublinha, "*Ao contrário, (...) radicalizando-se a violação do dever de lealdade pós-eficaz numa situação de incumprimento contratual, ter-se-á que admitir a existência de consequências contratuais que prescindem do consenso como elemento de conexão ao contrato, correndo-se o risco de atingir no coração a legitimação voluntarística deste instituto*", p. 578, nota 2175. Para uma referência às conceções delituais na doutrina alemã, por todos, veja-se RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 997 ss. Na doutrina italiana, veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 411, nota 893.

48 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 342 e 405; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral,* Vol. II, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 135; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, *cit.*, pp. 189 ss., "Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980", *cit.*, pp. 123 ss., e "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, pp.16-17; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, *cit.*, pp. 126 ss.; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, *cit.*, pp. 137 e 354 ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, 2017, pp. 410 ss.; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., p. 1032; MARIA DA GRAÇA TRIGO/ RODRIGO MOREIRA, Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 1103.

49 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 1002-1003.

50 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/I, cit., p. 483, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, pp. 437-438, Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, pp. 19 e 23-24, e Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., pp. 946 e 948.

51 Em determinadas situações, o incumprimento de deveres acessórios de conduta coloca o problema complexo do concurso de responsabilidades [BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, *cit.*, p. 220, nota 850, e "A responsabilidade civil extracontratual nos 50 anos de vigência do código civil: um olhar à luz do direito contemporâneo", *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, pp. 259-260 e 282-283; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 19-21; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 23-26; CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 276, nota 13]. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, Tomo III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 398 ss., considera que, se em causa estiver a violação de deveres acessórios de segurança, poderá haver concurso real relativamente à tutela aquiliana.

52 BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, pp. 539, 546, 556 ("*justamente adentro do sedimento normativo em que nos achamos não importa a consciência da juridicidade, mas apenas a consciência do dano a que expomos quem em nós confia*"), 573, nota 164, 601. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 92 ss., alude a uma "*descontratualização dos deveres de proteção*", o que os lançam para a proximidade do delito (p. 111). Salienta que não dependem de previsão, compromisso ou acordo das partes, nem são descartáveis unilateralmente por vontade de alguma delas ["Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 268].

53 BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, pp. 539, 557 ("*basta não assumir ou não aceitar aquela posição, ou 'relação particular' de facto, a que vai inerente certo 'estatuto relacional'*"), e 576, nota 169; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 182 e 271 (nota 594).

54 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Deveres de Protecção", *cit.*, p. 511, salienta que os deveres de proteção se constituem no contexto de ligações especiais entre lesante e lesado, compensando com deveres específicos (reforçados) os riscos específicos de ingerência.

55 BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", cit., pp. 571, 579. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 144 e 168, e "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 276, realça esta função e esta instrumentalidade: "*estes deveres de comportamento, ainda que no conteúdo possam apresentar-se em parte, coincidentes com adstrições de outro tipo – maxime delituais, nomeadamente deveres do tráfego –, têm um sentido e fundamento específico que resulta de estarem ao serviço da relação contratual*". Já RUI MASCARENHAS ATAÍDE, quebrando a sua recondução unitária à boa fé, vai mais longe e afirma que "*os deveres de segurança externos mais não são do que deveres no tráfego "contratuais" que absorvem, por via dos critérios de imputação objetiva (...), os deveres no tráfego delituais, constituindo a concreta fisionomia jurídica adquirida pelo dever geral de cuidado, quando transposto para as relações obrigacionais*". Contando que o negócio em preparação, vigente ou já extinto, tenha incrementado, segundo os critérios de imputação objetiva, o perigo de lesão dos bens de integridade (Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit., pp. 1003 e 1116).

56 CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 762, nota 847, sublinha que não só os deveres impostos pela boa fé superam em vários pontos os quadros típicos do delito, como representam em diversos aspetos uma responsabilidade agravada em relação à aquiliana. Embora num contexto diferente – no da guarda de uma coisa pelo gestor de negócios – também afirma BAPTISTA MACHADO, a autonomia dos deveres de proteção em relação à responsabilidade aquiliana ("A cláusula do razoável", *cit.*, pp. 557 ss.). No entanto, este Autor não deixa de abordar as hipóteses de assunção, por mero ato de conduta, de deveres "relacionais" de proteção (ou seja, casos de serviços prestados sem contrato) entendendo que "*estes deveres de protecção 'extracontratuais', quando autónomos, reportam-se justamente a relações de obsequidade e entreajuda, de carácter espontâneo e gratuito*" (p. 556, nota 140).

de prestar, mas uma ordem normativa de condutas, dita intercalar[57] (situada entre o contrato e o delito): os deveres de proteção aproximam-se do círculo económico-social do contrato pela sua *estrutura* – constituindo-se no contexto de "ligações especiais" entre sujeitos individualizados – e aproximam-se do círculo económico-social do ilícito pela sua *função* – de defesa da integridade[58]. Portanto, e seguindo CARNEIRO DA FRADA, têm uma dimensão quase negocial ou, mais amplamente, de ato jurídico relevante[59].

Assim, tal heterogeneidade material não se coaduna com a sua recondução em bloco (ou automática) ao regime obrigacional[60]. O que nos leva a concluir que a responsabilidade pela infração de deveres de proteção se integrará melhor na chamada *terceira via* da responsabilidade civil[61], à qual se aplicarão as regras próprias de uma ou outra modalidade de responsabilidade civil, consoante a analogia que se estabeleça, de acordo com uma ponderação casuística. O que tem especial interesse para efeitos, designadamente, do ónus da prova, responsabilidade por atos dos auxiliares e prazos de prescrição: ordenada que está à tutela da relação obrigacional, seguirá, tendencialmente (e sem prejuízo das necessárias adaptações), o respetivo regime (artigos 799.º[62] e 800.º do CC)[63]; podendo, no entanto, ser aplicadas, nos casos em que tal se mostre adequado, regras delituais isoladas[64], designadamente relativas a limitação da responsabilidade em caso de mera culpa (artigo 494.º do CC)[65], a reparação de danos não patrimoniais (artigo 496.º do CC)[66] e ao prazo de prescrição de três anos (artigo 498.º do CC)[67]/[68] . O que faz deste setor um *tertium genus*.

57 BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", cit., p. 517. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 762, nota 847.

58 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde", in *Responsabilidade Civil dos Médico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 170.

59 CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 278. Para BAPTISTA MACHADO, o quase-contrato deve ser reservado para cobrir responsabilidades emergentes de entendimentos formados entre pessoas no concerto da interação cooperativa e da coordenação das respetivas condutas ("A cláusula do razoável", cit., pp. 595 e 602). Também considerando que a responsabilidade pela confiança, na maioria das suas hipóteses, aparece designada como responsabilidade quase-negocial ("Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117, p. 295).

60 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 261, e "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 276; RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 1003; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 531.

61 A construção da ideia da *terceira via* da responsabilidade deve-se a CANARIS. Entre nós, a favor desta "responsabilidade intermédia": BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, pp. 579-589 e 615-621 (neste sedimento normativo intermédio estaria englobado o instituto da gestão de negócios); SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, pp. 509 ss., "Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 479-480, (referindo-se especificamente à *culpa in contrahendo*, ligação corrente de negócios e ao contrato com eficácia de proteção para terceiros), e "Rudimentos da Responsabilidade Civil", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II, 2005, pp. 350-351; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 92 ss. e 529 ss., e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 757 ss.; NUNO PINTO OLIVEIRA, "Deveres de Protecção", *cit.*, p. 512, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 256, "Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde", *cit.*, p. 170, e "Tópicos sobre a distinção entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual", in *Estudos em Comemorações dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 525-526; MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 348 ss.; RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 1002 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, "Culpa na Formação dos contratos", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 275 ss. (no âmbito da responsabilidade pré-contratual). Contra: ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed., Almedina, Coimbra, pp. 540 ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 22 ss., defende que não existe verdadeiramente uma diferença entre interpretação e integração e, consequentemente, deixamos de estar presos às estritas fronteiras em que o problema se coloca; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, *cit.*, pp. 400 ss., "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, pp. 21-22, e Comentário ao artigo 406.º do Código Civil, cit., pp. 141-142, considera que a *terceira via* é inaceitável para identificar o que o Autor designa por *paracontratualidade*, mas admitindo que essa *terceira via* possa existir em matéria de violação de deveres do tráfego, como uma dependência da responsabilidade aquiliana.

62 Segundo CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 192, nota 394, "*a violação de simples deveres de conduta durante a execução do contrato (...) não dá lugar, pelo menos sem mais, à inversão da prova consignada no art. 799, n.º 1*". Acresce, "*é sim de propor uma diferenciação cautelosa em função do tipo, âmbito e intensidade do risco a que a execução do contrato expõe a integridade pessoal ou patrimonial das partes*" (p. 195). Só a ponderação do tipo de risco concretamente envolvido dá a chave definitiva da distribuição do ónus da prova. Logo, como sublinha o Autor, *ob. cit.*, p. 217, "*justifica-se em relação aos deveres de protecção a inversão do ónus da prova, ocorrida a sua violação, por estarem em jogo riscos específicos do contrato que as partes têm o dever de evitar*". Todavia, a vantagem daí resultante poderá, tão só, ser aparente ou escassa, na medida em que ficaria tragada na dificuldade bem maior, a cargo do lesado, de provar a existência dos próprios deveres de proteção. O ónus da argumentação no que toca à sua pertinência, na situação concreta e face ao direito objetivo, cabe a quem deles se queira prevalecer [CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 279; NUNO PINTO OLIVEIRA, "Deveres de Protecção", *cit.*, pp. 509-510; MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 639].

63 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 278, e "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", cit., p. 279.

64 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 1004; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 218-219.

65 Defendendo a aplicação do artigo 494.º do CC em sede de responsabilidade contratual, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, pp. 232 ss.; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 365-366.

66 No entanto, é hoje pacífico na generalidade da doutrina e da jurisprudência a compensação de danos não patrimoniais em sede de responsabilidade obrigacional (por todos, MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, *Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, cit.*, p. 1105).

67 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Deveres de Protecção", *cit.*, p. 523, referindo-se expressamente às situações de responsabilidade por inobservância de deveres de proteção: "*o recurso às regras da responsabilidade contratual, em tais situações, a obrigação de indemnizar ao prazo prescricional de vinte anos do art. 309.º, conduziria a resultados incompatíveis com a valoração subjacente ao art. 498.º*". V. "Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde", *cit.*, pp. 184-185 (no mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 218). Fazendo referência à aplicação da regra do artigo 497.º do CC, sobre a responsabilidade solidária, à responsabilidade por violação de deveres de proteção, NUNO PINTO OLIVEIRA, "Tópicos sobre a distinção entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual", *cit.*, p. 526. Por outro lado, sublinhe-se que, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, o Código Civil declara aplicável o prazo de prescrição delitual (artigo 227.º, n.º 2). Esta norma serve de bússola ao intérprete.

68 SINDE MONTEIRO, integrando a relação corrente de negócios na *terceira via* – dado que "*parece razoável admitir que nasce ex lege uma "relação obrigacional especial", não originando na verdade deveres de prestação, mas gerando deveres de lealdade e de proteção*", o que a aproxima da culpa *in contrahendo* –, defende que deve valer o prazo de prescrição delitual (por aplicação analógica do artigo 227.º, n.º 2, do CC), parecendo em geral mais apropriado o conceito amplo de "auxiliar" (artigo 800.º do CC) do que o de "comissário" (artigo 500.º do CC), e propendendo a ver esta figura mais próxima de uma relação contratual para efeitos do ónus da prova da culpa (*Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, pp. 529-530). V. Ac. do STJ de 18/11/2004 (Ferreira Girão): "*O regime aplicável, no caso da obrigação de indemnizar por responsabilidade pré-contratual (artigo 227 Código Civil), deve ser construído a partir da aplicação de normas de responsabilidade contratual ou responsabilidade delitual, consoante o que se considerar mais adequado ao caso*".

Porém, e uma vez que o fim do contrato extravasa a simples realização do programa contratual[69], será fundamental determinar qual o perímetro do contrato. Neste ponto, não podemos deixar de seguir RUI MASCARENHAS ATAÍDE[70]: "*o critério jurídico – transposto dos processos de imputação objetiva – que deve decidir da aplicação ou não do regime obrigacional ao ressarcimento das ofensas de integridade, depende, em suma, de os quadros relacionais terem criado ou incrementado riscos específicos de lesão que se concretizem no efetivo resultado lesivo*". Não sendo possível apurar esta conexão material entre o evento lesivo e a relação obrigacional, a reparação dos danos deve submeter-se ao crivo das regras delituais, pois apenas se verificou um nexo meramente acidental, produzido no âmbito da fenomenologia negocial, tal como poderia ter ocorrido no plano do trato indiferenciado[71].

Não obstante a exposta controvérsia doutrinal, é hoje pacífico que a violação de deveres acessórios de conduta pode acarretar efeitos indemnizatórios, resolutivos[72] ou levar a qualificar como abusivo o exercício da posição creditória[73]. A violação destes deveres, apesar de escapar à tradicional dicotomia entre mora e incumprimento por impossibilidade culposa da prestação, desencadeará um cumprimento defeituoso do contrato que pode certamente incluir-se dentro da noção ampla de incumprimento que o artigo 798.º do CC apresenta[74]/[75] .

Se esta *terceira via* se aplica em face da execução do contrato, ela adapta-se facilmente às situações de responsabilidade pós-contratual[76] (*culpa post pactum finitum*)[77]. Principalmente no caso de ter sido criada uma situação de confiança, que se pressupõe ser respeitada após a extinção do vínculo obrigacional.

A aproximação das esferas nascida nos preliminares

69 Como refere CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 268, os deveres de proteção, tal como os deveres acessórios em geral, decorrem do direito objetivo (advêm da interpretação e da integração da lei). Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VI, Direito das Obrigações*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 511-513, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 946, e "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 19.

70 *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 996.

71 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 997. Com um resultado prático semelhante, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 412: "*os danos que se podem reconduzir ao âmbito contratual são aqueles que deveriam ser obliterados com o cumprimento do referido dever* [*de proteção*]. *Por outro lado, a fonte tem de ser a boa-fé e não um dever genérico de respeito pelo outro, o que quer dizer que o surgimento do dever se deve justificar em nome da relação especial que existe entre as partes e estar ao serviço do interesse contratual*" (porém, RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 1116, difere da Autora, na medida em que defende que não se deve sedear, apenas, na boa fé a origem dos específicos deveres de proteção, v. supra nota 55). Também C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 406-411, recorrendo à causalidade adequada, alude à exigência de uma "*íntima conexão com ela* [atuação ou execução do contrato] *e não por ocasião dela*" (contudo, veja-se as objeções de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 412), e CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 169, n. 335, remete o que designa por "*danos concomitantes*" para os esquemas de imputação delitual, que deverá englobar todos as situações em que "*o dano só tem uma relação de mera ocasião com o contrato*".

72 BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, pp. 57 e 359; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, *cit.*, p. 127; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit.*, p. 1032; BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, p. 505, nota 76.

73 Nesta eventualidade, pode justificar-se o recurso ao artigo 334.º do CC. Assim, "*não configura um ato de cumprimento válido e eficaz, v. g., a realização da prestação devida pelo devedor, sem horário estipulado na lei ou no contrato, durante a madrugada ou noutro período com graves inconvenientes para o credor*". De igual modo, "*deve entender-se que atua com má-fé o credor que faz exigências quanto ao modo do cumprimento que se figure ser ostensivamente desrazoáveis e sem fundamento material evidente*" (ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit.*, pp. 1032-1033).

74 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 251: "*a limitação decorrente do facto de o artigo 798.º do Código Civil tratar tão-só dos casos de violação dos deveres de prestação, foi já praticamente superada – através da interpretação do artigo 798.º como cláusula geral de responsabilidade pela violação dos deveres compreendidos na relação obrigacional*" [assim, CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 276, e MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, cit., p. 1103]. No entanto, para NUNO PINTO OLIVEIRA, a "*limitação decorrente do facto de os artigos 801.º, n.º 2, 802.º e 808.º do Código Civil tratarem, tão-só, de dois tipos de violação de deveres, essa ainda não foi* superada". Sugerindo que o problema poderá, porventura, resolver-se através da integração, por analogia geral, das disposições do Código Civil (p. 251).

75 CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios" e o arrendamento', *cit.*, p. 276, entende que a natureza destes deveres não exclui a possibilidade de uma interpelação admonitória [segundo BAPTISTA MACHADO, "Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de novembro de 1983", *cit.*, pp. 318 e 332, não pode falar-se em mora; assim, Ac. STJ 29/6/2011 (Moreira Alves)], nem de uma ação de condenação ao seu cumprimento (nomeadamente, com a função da *actio negatória*, de índole preventiva): ponto é que eles sejam definíveis perante um situação de facto minimamente estável [*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 629, nota 675; "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 277] – também neste sentido, MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", cit., p. 21, e Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit., pp. 946-947 ("*O problema residirá noutro ponto: na imprevisibilidade de certos deveres acessórios, que apenas se irão consubstanciando à medida que a realidade se desenvolva. Logicamente: as pretensões relativas ao seu cumprimento, são sempre subsequentes à sua determinação. Muitas vezes o credor só dará por eles após o dano; daí a sequência indemnizatória*"). Diferentemente, para MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 123, nota 267, "*esse alargamento só se concebe se as partes elevarem os deveres acessórios a deveres de prestação em sentido próprio* (*como na hipótese de assunção específica de uma obrigação de não concorrência para além do dever de lealdade*)". CARNEIRO DA FRADA refere, ainda, a hipótese de a exceção de não cumprimento do dever de prestar poder ser atuada perante o não acatamento de deveres acessórios ["Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 277].

76 Quanto à pós-contratualidade, no sentido da sua inclusão na *terceira via da responsabilidade civil*: MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, *cit.*, pp. 357-358; NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 251; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 107 e 264, nota 566. Inserindo no âmbito de relevância da responsabilidade contratual: C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 354 ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, cit., p. 93, e "Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980", cit., p. 135; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, *cit.*, pp. 131 ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 415; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, cit.*, p. 1033. Quanto ao fundamento jurídico-positivo da relação pós-contratual, C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 355-356, entende que "consiste numa integração do negócio jurídico, segundo critérios do art. 239.º [do Código Civil]: *vontade hipotética ou conjectural das partes e, sobretudo, ditames da boa fé*" (contra, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 71, nota 140, e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 441, nota 452). Já MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, cit.*, p. 631, recorre ao artigo 762.º do CC. Todavia, como alude NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, p. 168, "*os dois artigos conduzem a resultados semelhantes, pelo que o aplicador do direito pode conjugá-los na fundamentação de decisões judiciais*".

77 A *culpa post pactum finitum* não deriva de uma criação racional e voluntarística do Direito. Antes se verificou que determinados problemas práticos, após algumas hesitações, obtinham saídas equilibradas à luz do que depois se convencionou ser um instituto autónomo (MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao artigo 406.º do Código Civil, cit.*, p. 140). Coube a C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 354 ss., a primeira referência, entre nós, a este instituto. Quanto à evolução doutrinal e jurisprudencial da *culpa post pactum finitum* na Alemanha, nomeadamente no Direito do Trabalho, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, *cit.*, pp. 62 ss., e "Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980", *cit.*, p. 126, nota 19.

do contrato funda uma relação de confiança de base legal apoiada na boa-fé objetiva[78], que mantém essa natureza durante a execução, podendo alargar-se, se necessário, ao período posterior à sua extinção e resistir, inclusive, à sua invalidade, além de, verificados os necessários pressupostos, essa eficácia protetora se poder estender a favor ou valer, conforme os casos, contra determinados terceiros[79].

Como *supra* referido, os deveres acessórios de conduta (ou laterais) prosseguem, como finalidades basilares, o interesse de cumprimento (positiva) e o interesse de conservação (negativa), sendo precisamente estes últimos (deveres de proteção) que, dirigindo-se à preservação dos interesses (circundantes e colaterais)[80] de integridade dos contraentes, cuja ofensa é facilitada pelas situações de proximidade entre esferas, podem subsistir após a extinção do contrato[81]. É este segundo feixe dos deveres acessórios que, pela sua característica de autonomia e independência em relação ao negócio jurídico[82], surge em relações obrigacionais sem deveres de prestação[83], como a relação pré e pós-negocial, onde a doutrina entende não ser necessária a existência de um contrato válido e eficaz[84]/[85] .

Em suma, para a *terceira via* da responsabilidade civil são reconduzidas pela doutrina, habitualmente, situações como: a responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pela *culpa in contrahendo*[86], a responsabilidade pela confiança, a responsabilidade pela violação de deveres decorrentes da boa-fé (no seio de uma relação contratual), a responsabilidade pós-contratual, a responsabilidade do gestor de negócios[87], a responsabilidade nas obrigações nascidas de quase-contratos e a responsabilidade no quadro dos contratos com eficácia de proteção para terceiros[88]. No fundo, aquilo que se pode designar como situações de "terra de ninguém, entre o delito e contrato". Pois, como conclui SINDE MONTEIRO[89], "*a existência de um tertium genus já vem de trás, tendo-se apenas consolidado e fortalecido com a consagração legal da culpa in contrahendo*"[90].

Feito este enquadramento, importa concretizar o âmbito da pós-eficácia do dever de lealdade do trabalhador, nomeadamente nas suas vertentes de não concorrência e de sigilo.

78 No artigo 762.º, n.º 2, do CC releva-se a aceção objetiva da boa-fé, enquanto norma de conduta ou critério do agir humano (ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 1030). MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, cit., p. 451, defende a tutela da confiança como princípio fundamental de concretização da boa-fé objetiva. Por outro lado, recusando a articulação entre boa-fé e confiança, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 431 ss.

79 Como resulta do enunciado teórico da relação legal unitária de proteção proposto por CANARIS (apud RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 663).

80 MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 438.

81 BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, p. 531, não deixa de salientar «*a possibilidade de a própria conclusão de um contrato – em si, segundo o valor normativo, destinada a criar vínculos jurídicos – poder ser havida como um "dado de facto" relevante para a dita ordem normativa envolvente. Neste caso, e ainda que o contrato seja nulo ou caduque a relação nele nascida, a sua conclusão pode ter criado uma situação de confiança e de risco tal para uma das partes que um "dever de protecção" vincule a outra a executar certas obrigações que se diriam emergentes do contrato*». Apresentando o seguinte exemplo: «*pense-se num mandato para a prática de acto urgente que o mandatário descobre ser nulo antes de o executar; ou num mandato que caduca e imediatamente surge a inopinada necessidade de praticar um acto relacionado com o exercício anterior do mandato, sem que o mandante possa ser informado a tempo. Em qualquer dos casos, o mandatário agirá como um gestor de negócios "forçado" devendo entender-se que, em dadas circunstâncias, se lhe impõe um dever de "continuar a gestão", como "dever de protecção" nascido da particular relação de confiança preexistente, que originou uma "absentia domini" relativamente ao negócio em causa*» (nota 110). Veja-se, ainda, "Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*", *cit.*, p. 323. Este Autor vai mais longe e afirma que um dever de proteção (dever de administração societária, acrescentámos a título de exemplo) pode mesmo obrigar, de certo modo e muito excecionalmente, a não cumprir um contrato (p. 532)...

82 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 409: "*o dano pode ser causado por inadimplemento dum dever lateral sem qualquer má execução do dever principal de prestação*". Acresce que os deveres acessórios se mantêm a salvo dos efeitos da invalidade negocial (RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 663).

83 SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 514; C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 403, nota 3. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 463, nota 476, e p. 578, nota 616 (preferindo esta designação à do "*dever unitário de proteção*"); NUNO PINTO OLIVEIRA, "*Os deveres acessórios 50 anos depois*", *cit.*, p. 252.

84 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 990; MENEZES LEITÃO *Direito das Obrigações*, I, *cit.*, p. 123; NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 242; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o método do caso*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 81 e 88; MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 20, e Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 946.

85 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 664-665, entende que, quando se contratualiza a proteção de interesses de integridade, a sua correspondência dogmática transfere-se dos deveres acessórios (que continuam a veicular a defesa dos demais interesses de conservação que se mantiveram à margem do consenso) para os deveres principais da prestação que, à semelhança da função desempenhada pelos deveres acessórios na contratação comum, devem também resistir à invalidade da fonte, precisamente porque se destina a acautelar a integridade pessoal e/ou patrimonial visada pela regulação.

86 Sobre a questão da natureza da responsabilidade pré-contratual, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *anotação ao artigo 227.º, in Comentário ao Código Civil*, Parte Geral, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 507-508; Ac. STJ de 7/11/2019 (Maria da Graça Trigo); MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 39.

87 BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", cit., pp. 557 ss.; SINDE MONTEIRO, "Rudimentos da Responsabilidade Civil", *cit.*, p. 351.

88 Abrangendo terceiros que, embora não sendo partes no contrato enquanto ato de autonomia privada, se encontram, de qualquer forma, inseridos na relação instaurada por este (contratos com eficácia de proteção para terceiros). *Vide* SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, pp. 525 ss.; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 263, nota 566, e "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 278; C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, pp. 419 ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 412 ss.; MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, *Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, cit.*, p. 1103.

89 "Rudimentos da Responsabilidade Civil", *cit.*, p. 351.

90 Todavia, sublinhe-se que CARNEIRO DA FRADA não configura esta responsabilidade entre o contrato e o delito de forma monolítica, antes estabelecendo *nuances* a propósito das diversas hipóteses que para a categoria são reconduzidas, ao contrário da maioria dos seus defensores que apontam para uma homogeneidade neste setor. No fundo, as expressões "*responsabilidade ou respondência pela confiança*" e "*responsabilidade pela violação de deveres de conduta*" designariam duas categorias distintas. Portanto, para este Autor, a "respondência pela confiança" constitui uma *quarta via de responsabilidade*, intercalada entre o contrato e o delito e ao lado da responsabilidade por violação de deveres de conduta impostos pela boa-fé (*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 345 ss. e p. 765, "A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – balanço e perspectivas", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, ob. cit., pp. 285 ss., e "A responsabilidade pela confiança (por ocasião do cinquentenário do Código Civil)", *Católica Talks – Responsabilidade 1*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, pp. 92 ss.). No sentido de que a responsabilidade pela confiança acontece ainda dentro da categoria da responsabilidade pela violação de deveres acessórios de conduta, decorrendo da subordinação da responsabilidade pela confiança a requisitos específicos, BAPTISTA MACHADO, "Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*", *cit.*, pp. 295 (responsabilidade quase-negocial) e 325. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, cit.*, pp. 1234-1251, reconduz a confiança à boa-fé e explicita esta, em larga medida, através do pensamento da proteção das expectativas (*vide* Comentário ao artigo 406.º do Código Civil, *cit.*, p. 140-141). Para uma breve destrinça entre a *terceira via* e *quarta via* da responsabilidade civil, veja-se JORGE ARTUR COSTA/JOSÉ MIGUEL PINTO, "Entre o contrato e delito: 'cláusula do razoável, *terceira via* da responsabilidade civil e culpa *post pactum finitum*", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 67, julho-setembro 2019, CEJUR, pp. 30-33 (também publicado, sob o título «Entre o contrato e delito: à procura da "cláusula do razoável" e da *terceira via* da responsabilidade civil. A *culpa post pactum finitum* como um exemplo típico. Rudimentos da respondência pela confiança», *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 24, ano 7, 2020, São Paulo, Brasil, pp. 223-264).

2. A pós-eficácia da obrigação de não concorrência

Uma das manifestações típicas do dever de lealdade traduz-se na proibição de concorrência, vedando ao trabalhador, no decurso da situação juslaboral, qualquer atuação que possa entrar em concorrência com a atividade desenvolvida pelo empregador. Esta obrigação, contínua e exigível a todo o tempo do contrato[91], é um efeito natural e normal daquele, não se confundindo com as cláusulas ou pactos de não concorrência – cuja obrigação pós-contratual não deriva do contrato de trabalho, mas de um pacto autónomo que pode estar relacionado com aquele –, nem tão pouco com a proibição da concorrência desleal, "*até porque ao trabalhador são proibidos comportamentos que, na ausência de contrato de trabalho, seriam perfeitamente lícitos*[92] .

Este especial dever de "*non facere*" perante o empregador encontra plena justificação, fruto dos interesses que visa proteger: tutela "*riscos específicos*", redundando numa tentativa legal de proteção da esfera mais sensível do empregador, ou seja, a sua posição no mercado.

Do contrato de trabalho, onde o "*contacto social*" é particularmente intenso, emerge uma situação de risco e de insegurança para o empregador, pelo facto de admitir um terceiro na sua esfera jurídica, abrindo-se a possibilidade daquele o prejudicar. Assim, a doutrina sustenta a construção de uma concorrência diferencial[93]. Diferença que deriva da circunstância de a concorrência movida pelo trabalhador (direta ou indiretamente) se revestir de particular perigosidade, uma vez que este adquire uma posição relevante na situação estratégica da empresa relativamente ao sector de mercado em que atua.

No entanto, a obrigação de não concorrência no decurso da situação juslaboral não se confunde com um dever de exclusividade e é, por princípio, compatível com o pluriemprego. O que não é permitido ao trabalhador é colaborar com os concorrentes do primitivo empregador, em particular, desviar clientela[94]. Portanto, só haverá incumprimento deste dever quando se observe uma efetiva concorrência entre as atividades em questão, "*ou porque se inserem na mesma área e desde que a atividade suplementar seja suscetível de vir a prejudicar o negócio do empregador, ou porque aquela atividade desvia ou pode desviar clientes do empregador*"[95]. Essencial é a natureza concorrencial da atividade desenvolvida: o prejuízo, atual ou potencial[96], da posição que a empresa assume no mercado em que está inserida[97].

A contratação de trabalhadores não é, nem pode ser, entendida como um risco de concorrência[98]. Aliás, se a contratação de trabalhadores visa contribuir para o desenvolvimento e o sucesso da empresa, seria absurdo aceitar que aqueles pudessem desenvolver atividades suscetíveis de conduzir ao desvio de clientela da própria empresa onde trabalham e, dessa forma, potenciar uma limitação do seu volume de negócios e dos seus proveitos[99]. Sobretudo, quando é sabido que, na execução do contrato de trabalho, os trabalhadores devem colaborar e contribuir para a obtenção de maior produtividade para o empregador, e não constituir um entrave ou bloqueio ao seu crescimento – o que seria desconforme com a boa-fé (artigo 126.º, n.º 2, do CT).

A temática do dever de não concorrência convoca a ponderação e a necessidade de concordância prática de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados que são basilares no Direito do Trabalho e que estão necessariamente ligados ente si: de um lado, a liberdade de trabalho, de outro, a liberdade de empresa, a iniciativa económica e a proteção da economia[100].

Em sede de execução do contrato de trabalho, por força do princípio da boa-fé, a atividade a exercer pelo trabalhador sofre espartilhos que, *per difinitionem*, se justificam à luz dos deveres de cooperação creditória a que o trabalhador está adstrito[101]. Todavia, a liberdade de trabalho não é suprimida, mas apenas restringida ou comprimida em nome de outros valores, pois aquela é um elemento absolutamente essencial no âmbito do Direito do Trabalho e da disciplina de contrato de trabalho. Após a cessação deste, a liberdade de trabalho volta a imperar, por norma, na sua plenitude[102].

Por conseguinte, em abstrato, o termo da situação laboral esgota a proibição da concorrência, salvo na hipótese de ter sido pactuada a sua pós-eficácia[103]. Assim, expirado o contrato de trabalho, o trabalhador readquire a sua plena liberdade de emprego e de trabalho, e até, como qualquer

91 Subsiste durante a suspensão do contrato (artigo 295.º, n.º 1, do CT) e, inclusive, durante o período de pré-aviso (JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 534, nota 1349).

92 JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, pp. 533-534.

93 MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 235. Já JÚLIO GOMES, "Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho", *Revista do Ministério Público*, n.º 127, 2011, p. 78, e JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, pp. 595-596, vão mais além e entendem que na pendência do contrato está em jogo toda e qualquer concorrência.

94 RAÚL VENTURA, "Extinção das relações Jurídicas de trabalho", *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1 e 2, 1950, p. 358. Porém, como refere JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 536, com o qual concordamos, "*seria demasiado restritivo falar-se de concorrência apenas quando se verifica um desvio ou um perigo de clientela, podendo existir genuína concorrência mesmo quando não há sequer consumidores comuns, mas existe a outro nível, uma competição económica entre vários agentes*" (*v. g.*, matérias primas, fornecedores, distribuidores, trabalhadores, etc.). V. Ac. do STJ de 11/2/2015 (Mário Belo Morgado).

95 ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 443; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 237.

96 A violação deste dever laboral não está dependente da verificação de prejuízos, nomeadamente, o efetivo desvio de clientela, nem da existência de culpa grave (MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 233; JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 572, n. 2142), sendo suficiente que esse desvio seja meramente potencial (ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 430). Isto é, não é imperioso que se verifique a prática efetiva de negócios, bastando que o comportamento do trabalhador seja meramente preparatório ou de molde a criar a expetativa de uma atividade concorrencial – "*espécie de ilícito de perigo*" (MONTEIRO FERNANDES, "Dever de lealdade e proibição de concorrência", in *Temas Laborais*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 65; GUILHERME DRAY, "Liberdade & Dever de não concorrência", in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Nova Causa – Edições Jurídicas, 2017, p. 476). Logo, o empregador não terá de fazer a prova de um dano real, bastando o perigo desse dano e, consequentemente, a perda de confiança.

97 Para uma análise prática desta obrigação durante a execução do contrato, veja-se o nosso, JORGE ARTUR COSTA, "O dever de lealdade do trabalhador, em especial a obrigação de não concorrência. A pós-eficácia do dever de lealdade", *Questões Laborais*, n.º 53, 2018, pp. 103-109.

98 ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 476.

99 Ac. do STJ de 9/09/2015 (Ana Luísa Geraldes).

100 SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência com efeitos "post contractum finitum", cit.*, p. 14, referindo-se ao pacto de não concorrência em termos aqui transponíveis. Devendo, ainda, acrescentar-se a tutela da propriedade (artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa) – NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, pp. 261-262.

101 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 553.

102 GUILHERME DRAY, "Liberdade & Dever de não concorrência", *cit.*, pp. 471 ss.

103 MENEZES CORDEIRO, "Concorrência Laboral e Justa Causa de Despedimento", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. II, 1986, p. 506; GUILHERME DRAY, "Liberdade & Dever de não concorrência", cit., p. 477.

cidadão, a sua liberdade empresarial, nada o impedindo de operar no mercado, direta ou indiretamente, contra o seu antigo empregador[104]. Aliás, numa economia de mercado, a concorrência de um antigo trabalhador é um facto perfeitamente normal, sendo legítimo que o trabalhador utilize nessa nova atividade a experiência e o saber técnico que adquiriu e que fazem agora parte do seu capital humano[105].

Qualquer indivíduo, independentemente da atividade profissional desempenhada, vai, ao longo dos anos, adquirindo conhecimentos que se vão agregando e consolidando sucessivamente, sendo que, obviamente, quando determinada relação contratual cessa, não é possível reverter ou apagar tais conhecimentos e aptidões da mente do trabalhador. Aliás, é este "*património profissional*" que dota o trabalhador de especiais qualidades no mercado, devendo, naturalmente, poder ser utilizado livremente em seu proveito[106].

Não podemos deixar de sublinhar que "*numa economia de mercado a clientela é livre e não suscetível de apropriação*"[107], não entrando no conceito de oportunidades de negócio. Findo o contrato, é lícito ao trabalhador negociar com a clientela do antigo empregador, conquanto o conhecimento da sua existência não resulte de informações confidenciais, não se trate de clientes pelos quais recebeu uma indemnização de clientela[108], e não os tenha induzido, no decurso do contrato de trabalho, a transferir-se conjuntamente consigo.

Todavia, importa ter presente o seguinte: uma coisa é a possibilidade, inerente ao princípio da liberdade de trabalho, de o trabalhador, na ausência de pacto, concorrer com o seu antigo empregador; outra, distinta, é a necessidade desse mesmo trabalhador observar determinados deveres pós-contratuais, os quais, em determinadas situações, podem conhecer uma intensificação aplicativa[109].

Como refere JOÃO ZENHA MARTINS[110], posição com a qual concordamos, "*a inexistência de um pacto de não concorrência não designa uma desproteção do empregador em relação a condutas futuramente assumidas que, pelos seus contornos, podem conflituar com o princípio da boa-fé*". Princípio este que, "*sem que se olvide que a relação de subordinação jurídica desapareceu e que a gestão de interesses alheios demandada pela execução do contrato de trabalho já não existe qua tale (..), pode conduzir a uma responsabilidade do trabalhador após a extinção do contrato, sempre que, em violação do dever de confiança subsequente, venham a ser causados danos ao seu antigo empregador*".

À partida, dificilmente se poderá falar num dever de não concorrência pós-laboral. Todavia, e sem perder de vista que, finda a relação laboral, o pacto de não concorrência é o meio legalmente previsto para sujeitar o ex-trabalhador a uma obrigação de não concorrência[111], a atividade concorrente exercida por este estará sempre restringida aos limites gerais da proibição da concorrência desleal. Assim, a falar-se numa (eventual) pós-eficácia do dever de não concorrência, esta deve, porém, ficar contida nos limites da proibição de concorrência desleal, "*numa inter-relação valorativa que atenda ao direito ao trabalho, à harmonização dos vetores do sistema e ao enquadramento restritivo relativo aos pactos de não concorrência*"[112].

A concorrência desleal [artigo 311.º do Código de Propriedade Industrial (doravante CPI)] é um instituto jurídico que, através de uma cláusula geral, determina a ilicitude de um conjunto de comportamentos económicos considerados contrários a certos princípios éticos. Exige-se um ato de concorrência que seja contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, a deslealdade do ato e a censurabilidade da conduta[113]. Surge como um ilícito de mera ordenação social (repercussões contraordenacionais e/ou penais) e, se estiverem preenchidos os respetivos pressupostos, como um ilícito civil delitual, criando-se *ex novo* um dever de indemnizar em virtude da ocorrência de um facto danoso, que corresponde a um dever primário. Numa conceção objetivista, não está em causa a atribuição de quaisquer direitos subjetivos aos concorrentes[114], mas sim um dever geral de conduta (artigo 311.º do CPI como norma de

104 Neste sentido a maioria dos sistemas jurisdicionais europeus (*vide* JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 575). Na jurisprudência nacional, v. Acs. do TRG de 30/05/2013 (Helena Melo) e do TRP de 16/12/2015 (António José Ramos).

105 JÚLIO GOMES, "As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho – Algumas questões", *cit.*, p. 11.

106 Excluindo a possibilidade de tomar medidas precisamente por se tratar de informação que, na opinião do tribunal, já integrava o património pessoal do trabalhador, Ac. do TRC de 5/11/2009 (Fernandes da Silva). No mesmo sentido, mas com referência a jurisprudência alemã, NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 233, n. 82.

107 JÚLIO GOMES, "As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho – Algumas questões", *cit.*, pp. 938-939.

108 Relativamente a cláusulas de clientes, *vide* JÚLIO GOMES, "Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho", *cit.*, p. 96.

109 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 573.

110 *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, pp. 577-578.

111 Não podemos deixar de concordar com a doutrina que defende que, quando há uma cláusula de não concorrência, a obrigação de não concorrência que dela resulta é uma obrigação inteiramente nova e não a obrigação de não concorrência que existia durante a vigência do contrato de trabalho (JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 534, nota 1351). Entendendo que o pacto de não concorrência é o meio legalmente previsto para produzir uma extensão da obrigação de não concorrência a um estádio ulterior à cessação da situação laboral, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 574.

112 Neste sentido, embora referindo-se ao "*dever geral de lealdade pós-eficaz*", JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 578. No entanto, como o próprio Autor salienta (nota 2171), os resultados práticos a que aporta não se afastam substancialmente daqueles a que JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 537, chega (recorde-se que este último Autor nega a pós-eficácia da obrigação de não concorrência, *supra* nota 42). Veja-se, ainda, GUILHERME DRAY, "Liberdade & Dever de não concorrência", *cit.*, p. 477, e, na jurisprudência, Ac. do TRC de 5/11/2009 (Fernandes da Silva): "*a cessação da relação de trabalho não significa o fim dos riscos de exercício de actividades concorrenciais por banda do ex-trabalhador, o que permanecerá para além da cessação da relação juslaboral (dever geral de lealdade pós-eficaz, de conteúdo indefinido, embora contido nos limites da proibição de concorrência desleal)*".

113 PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 324-332; Este Autor entende, em matéria contraordenacional, que se deve acrescentar um quarto elemento, o dolo (genérico), visto que a concorrência desleal não é punível a título de negligência, enquanto contraordenação [artigo 330.º do CPI; artigo 8.º, n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (doravante RGIMOS)]. Assim, também, NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 237, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75 - Vol. I, 2015, p. 251, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 227-228. Porém, em matéria de tutela civil valem os requisitos gerais de responsabilidade civil (artigo 483.º do CC), a qual se basta com uma conduta meramente negligente. No entanto, existe alguma controvérsia acerca da exigibilidade do dolo (PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais, cit.*, p. 340).

114 O que distingue a Concorrência Desleal face à Propriedade Intelectual (NUNO SOUSA E SILVA, "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 227).

proteção)[115]. Admite-se que a cláusula geral é um dispositivo de proteção de concorrentes (interesses particulares), para além de proteção da concorrência (interesse coletivo)[116]. Estabelece a proibição de determinados comportamentos concorrenciais (proibição de atos desleais), reconhecendo um interesse juridicamente protegido, por forma a garantir que não seja prejudicada a afirmação autónoma de uma empresa e/ou seja possível a afirmação desleal de uma outra[117]/[118] .

Neste contexto, a pós-eficácia do dever de não concorrência, "*não podendo ser exaltada de forma a forjar uma proibição de concorrência avant la lettre*"[119], operará no quadro do conceito móvel e contingente de honestidade profissional subjacente ao artigo 311.º do CPI, reforçando os critérios necessários à sua concretização. A maleabilidade do conceito não descurará que a condição de ex-trabalhador é passível de um juízo de censura acrescida, de acordo com um sentido valorativo que é fruto da ponderação dos interesses envolvidos e com sentido conformativo do princípio da boa-fé[120].

Sem esquecer que, para lá do artigo 126.º do CT e do artigo 762.º, n.º 2, do CC, assume especial relevância o instituto do abuso de direito, nos termos do artigo 334.º do CC, que vai funcionar como bitola para aferição da correção do comportamento do ex-trabalhador[121]. Será precisamente o caso dos atos "*disfarçados*", cujo objetivo não é outro senão prejudicar o antigo empregador[122].

Uma vez que a (eventual) pós-eficácia do dever de não concorrência se encontra contida nos limites da proibição de concorrência desleal, e sendo esta um ilícito civil delitual, não nos surgem, à primeira vista, grandes dúvidas que terá de se submeter às regras da responsabilidade extracontratual (segunda modalidade de ilicitude)[123]. Contudo, dada a insuficiência dos mecanismos da concorrência desleal[124] e as dificuldades de prova que lhe estão associadas[125], não descuramos a importância da celebração de pactos de não concorrência[126], na medida em que, em caso de incumprimento, se

115 COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 405-406; PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais, cit.*, p. 317; NUNO SOUSA E SILVA, "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 227; PAULA COSTA E SILVA, "Meios de reacção à concorrência desleal", in AAVV Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 1997, p. 102; CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 272; MARIA PESTANA DE VASCONCELOS, "Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português", in *Novas tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 185.

116 ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 470. Para ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2 (vol. 19), 2019, p. 18, a disciplina da concorrência desleal assenta hoje num princípio de dupla proteção, que abrange a garantia dos interesses dos concorrentes e dos consumidores. No entanto, o artigo 311.º do CPI não configura uma norma de proteção dos consumidores para efeitos de responsabilidade civil (MARIA PESTANA DE VASCONCELOS, "Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português", cit., p. 187). *Vide* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 473. Para esta autora o campo por excelência e de relevância prática autónoma para o recorte delitual das normas de proteção incide sobre a proteção patrimonial: "*Atendendo ao menor interesse que as normas de protecção alcançam no domínio da tutela da pessoa (...) a área por excelência deste tatbestand delitual se situa no campo da tutela de interesses patrimoniais específicos, v. g. nas áreas do mercado e da concorrência*". Constroem-se ilícitos específicos, como o da concorrência desleal (p. 623).

117 COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial, cit.*, p. 405. Para maiores desenvolvimentos, na doutrina nacional mais recente, veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual – Os atos de aproveitamento*, Almedina, Coimbra, 2020, e, TOMÁS CASTRO RODRIGUES RABAÇAL, *Interpretação Actualista da Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2020.

118 JÚLIO GOMES, "As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho – Algumas questões", *cit.*, p. 39, nota 70, tem fundadas dúvidas que o desvio de trabalhadores possa representar um ato de concorrência desleal. Em sentido contrário, PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais, cit.*, p. 336, ressalvando, todavia, que este desvio seja "*com o objectivo de o privar de elementos-chave da sua estrutura empresarial e, com isso, fragilizá-lo ou desorganiza-lo*". Assim, COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial, cit.*, p. 405: "*com o fim desleal de prejudicar a empresa concorrente*". Também NUNO SOUSA E SILVA, ("Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 241, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 246, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", cit., p. 229) defende que o desvio de trabalhadores de empresas concorrentes pode, em casos de flagrante aproveitamento de prestações alheia (nomeadamente, segredos de negócio), constituir ato de concorrência desleal. Ainda, PATRÍCIO PAUL, "Os pressupostos da concorrência desleal", in AAVV Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 1997, p. 43, e "Concorrência desleal e direito do consumidor", *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, n.º 2 alínea a), e ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 17. Na jurisprudência, Acs. do TRP de 13/6/2018 (Aristides Rodrigues de Almeida) e do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 12/9/2019 (António Santos). Quanto à possibilidade de responsabilidade de novo empregador pela violação do pacto de não concorrência, *vide* ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pp. 611-612, MÁRIO PINTO *et alii, Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, p. 172, e JÚLIO GOMES, "As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho – Algumas questões", *cit.*, pp. 38-39. Também NUNO SOUSA E SILVA refere que a indução à violação de contrato pode igualmente consistir em abuso do direito, conquanto seja feita em condições contrárias aos bons costumes ["Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 252].

119 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 582.

120 A violação do dever de não concorrência no decurso contrato pode também coexistir com a qualificação como ato de concorrência desleal [*vide* JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 579; Ac. do STJ de 9/09/2015 (Ana Luísa Geraldes): desdobrou-se sobre o comportamento do trabalhador que se torna sócio de uma sociedade comercial com objeto social idêntico ao do empregador e que prossegue a mesma atividade]. A usurpação de negócios da empresa, sempre que a oportunidade de negócio surge antes da cessação do vínculo e o (agora antigo) trabalhador se aproveita dela para benefício próprio, situa-se já no domínio da pós-eficácia, embora, como alude JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 584, a jurisprudência não se baseie em critérios absolutamente precisos.

121 Relativamente à diligência requerida, em termos gerais, MENEZES CORDEIRO, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 941-942.

122 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 802, nota 3058.

123 NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 237, "O segredo de negócio como escudo e como espada", cit., pp. 228 e 232, e "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 252; PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais, cit.*, p. 341.

124 A exigência de uma relação de concorrência afasta a aplicação do artigo 311.º do CPI a um ex-trabalhador, na medida em que este, na grande maioria dos casos, não é concorrente, mas outrossim alguém que vai laborar para um concorrente (NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 238, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 228). Ao contrário do que se verifica no (novo) regime de proteção de segredos comerciais (v. infra 3.1).

125 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, pp. 594-595.

126 Sem esquecer que o pacto se cinge à concorrência diferencial (e, naturalmente, leal), a concorrência proibida pelo pacto seria lícita na ausência deste. Não se confundindo, pois, com a concorrência desleal, esta vedada a qualquer um (JÚLIO GOMES, "Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho", cit., pp. 78-79; JOÃO ZENHA MARTINS, Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, *cit.*, pp. 595-596). Logo, "*importará sublinhar que o reconhecimento da pós-eficácia do dever de boa-fé não é apto a dispensar a formalização do pacto de não concorrência já que só este protege verdadeiramente o empregador da concorrência diferencial do ex-trabalhador*" (SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência com efeitos "post contractum finitum", cit.*, p. 24). V. Ac. do TRP de 16/12/2015 (António José ramos): "*Mas mesmo que se*

presume a culpa do trabalhador. Cabendo, então, a este o ónus da prova da falta de culpa, ou seja, a prova de que, nas concretas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente (artigos 334.º e 799.º do CC)[127]. Tudo contribuindo para a proliferação dos respetivos pactos, considerando que a sua estipulação tem um efeito dissuasor[128].

defenda que, na ausência da celebração de um pacto de não concorrência, após a cessação do contrato de trabalho existe uma pós-eficácia do dever de lealdade e de boa-fé para com o empregador (...) a verdade, é que esta (pós eficácia) não é apta a dispensar a formalização do pacto de não concorrência já que apenas este protege o empregador da concorrência diferencial do ex-trabalhador".

127 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 595. Contudo, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 472, apesar de referir que no direito português da concorrência desleal, à semelhança do direito alemão, se afirma a existência de um princípio de culpa, não deixa, também, de salientar: "*neste campo, tem-se referido a erosão do princípio da culpa, nomeadamente pelo recurso processual à prova da primeira aparência (Anscheinsbeweis), que se satisfaz com um juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente, permitindo-se, assim, ao lesado o difícil onus probandi da culpa do lesante por a probabilidade da sua existência poder ser inferida do circunstancionalismo concreto do facto ilícito causador do dano, tendo em conta a experiência da vida e o curso típico dos acontecimentos*". Todavia, a Autora, considerando que o dano característico da concorrência desleal se traduz, normalmente, numa diminuição do volume efetivo ou potencial de negócios do lesado gerado pelo desvio de clientes, não deixa de referir as enormes dificuldades no preenchimento do ónus da prova em relação ao dano e ao estabelecimento das necessárias relações causais entre o ato de concorrência desleal e a produção do dano (p. 473). Não obstante, acresce adiante, "*a jurisprudência alemã tem considerado que a experiência de vida aponta para que a violação da norma de protecção seja sempre a causa da ocorrência do dano. Por esta razão, tem optado por inverter o ónus da prova ou trabalhar com a prova prima facie no âmbito da causalidade*" (p. 621).

128 Em suma, apesar das recentes alterações legislativas que culminaram no novo CPI, não houve alteração na posição que já vínhamos defendendo ao abrigo do anterior diploma. *Vide* JORGE ARTUR COSTA, "O dever de lealdade do trabalhador, em especial a obrigação de não concorrência. A pós-eficácia do dever de lealdade", *cit.*, pp. 116-120.

3. A pós-eficácia do dever de sigilo

3.1. Posição e enquadramento com o novo regime jurídico dos segredos de negócio

Contrariamente à obrigação de não concorrência, a pós-eficácia do dever de sigilo[129] não se concretiza de forma tão linear. Se já não o era ao abrigo do anterior regime, a Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, que o CPI de 2018[130] transpôs, trouxe, adicionalmente, novos desafios nesta matéria.

Através daquela Diretiva visou-se a instituição de um *standard* comum de proteção dos segredos de negócio na União Europeia[131], derivado das disparidades até recentemente existentes entre os regimes jurídicos nacionais, por forma a reforçar a tutela daqueles[132]. Apesar das várias preocupações jurídico-laborais[133] perfeitamente percetíveis dada a circunstância dos trabalhadores (e ex-trabalhadores) constituírem, frequentemente, uma das principais "ameaças" à confidencialidade dos segredos de negócio[134] a Diretiva não tem, pelo menos diretamente, consequências ao nível do Direito do Trabalho. Todavia, não deixou de "*reavivar velhas disputas sobre o que constitui a legítima experiência profissional de um trabalhador e a fronteira entre esta e o segredo comercial, os limites dos deveres de sigilo, tanto daquele que resulta implicitamente do contrato de trabalho como dever acessório de conduta, como dos que possam ter outra fonte (seja impostos pelo empregador, seja resultantes de pactos ou cláusulas expressas nesse sentido, mormente cláusulas de confidencialidade) e o próprio sentido e alcance das obrigações de sigilo dos representantes dos trabalhadores que devem ser interpretadas de modo a permitir um exercício eficaz e democrático das tarefas ou funções de representação*"[135].

Como princípio, o dever de sigilo pós-laboral impede a divulgação/revelação de factos, dados ou situações que não sejam do conhecimento público e que, não se inserindo em padrões comuns de cognoscibilidade, tragam consigo

129 Defendo a pós-eficácia do dever de sigilo: ESTÊVÃO MALLET, "Cláusula de Não Concorrência em Contrato Individual de Trabalho", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 3-4, 2007, p. 257; JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 798; LAURA MOTA, *Dever de lealdade após a cessação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 179 ss.; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, 2011, pp. 51 e 168; NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, pp. 227-228, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 244, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 226; ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 1036; RAÚL VENTURA, "Extinção das relações Jurídicas de trabalho", *cit.*, p. 359; RITA CANAS DA SILVA, "Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão", *cit.*, p. 592; SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência com efeitos "post contractum finitum"*, cit., pp. 24-26; BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho, cit.*, p. 824, relaciona este dever de sigilo pós-contratual com a obrigação de proceder segundo normas de boa fé. Em sentido contrário, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 543; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 480. Sobre a divergência no Direito Comparado, nomeadamente na Alemanha e Itália, *vide* JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1-4, 2018, p. 96, n. 17; NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-) trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, pp. 252 ss, analisa três ordens jurídicas (EUA, Reino Unido e Alemanha), especialmente em matéria de segredo de negócios.

130 Criticando a revogação do CPI anterior (2003) em vez de o alterar, NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2019, p. 52, nota 11 [=*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 2175-2209]. Aliás, este Autor sugere várias alterações no sentido de suprir as insuficiências, algumas a seu ver graves, deste novo regime.

131 Em todo o caso, a Diretiva apenas almejou uma harmonização mínima (ou parcial) da matéria, não se excluindo, por conseguinte, a possibilidade de os Estados-Membros preverem no seu Direito interno uma proteção mais ampla para os segredos de negócio (artigo 1.º, n.º 1; Considerando 10).

132 DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, 2018, pp. 102-104; TITO RENDAS, "O segredo de negócio: breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (UE) 2016/943", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, p. 2836.

133 São várias as referências aos direitos dos trabalhadores, tanto individuais como coletivos: "*nenhuma disposição da presente diretiva pode ser entendida como constituindo um fundamento para limitar a mobilidade dos trabalhadores*" (artigo 1.º, n.º 3; Considerando 13); "*não se destina a afetar a possibilidade de celebrar acordos de não concorrência entre empregadores e empregados, nos termos do direito aplicável*" (Considerando 13); "*A definição de segredo comercial exclui informações triviais e a experiência e as competências adquiridas pelos trabalhadores no decurso normal do seu trabalho*" [artigo 1.º, n.º 3, al. b); Considerando 14]; "*deverá ser considerada legal para efeitos da presente diretiva (...) nomeadamente o caso da aquisição e divulgação de segredos comerciais no contexto do exercício dos direitos dos representantes dos trabalhadores à informação, à consulta e à participação, em conformidade com o direito da União e com as legislações e as práticas nacionais, bem como da defesa coletiva dos interesses dos trabalhadores e empregadores, incluindo a cogestão*" [Considerando 18; artigo 3.º, n.º 1, al. c); artigo 5.º, al. c)]; "*a presente diretiva não afeta (...) a autonomia dos parceiros sociais e o seu direito de celebrar convenções coletivas, em conformidade com o direito da União e com as legislações e as práticas nacionais*" [artigo 1.º, n.º 2, al. d)]; "*os Estados-Membros podem limitar a responsabilidade dos empregados perante os respetivos empregadores por prejuízos causados em virtude da aquisição, utilização ou divulgação ilegais de um segredo comercial do empregador caso o seu comportamento não tenha sido doloso*" (artigo 14.º, n.º 1). Acresce que a Diretiva não pretende, também, constituir um obstáculo à denúncia de irregularidades (*whistleblowing* ou direito de alerta ético) – artigo 5.º, al. b); Considerando 20. Sublinhe-se que foi recentemente promulgada a Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, que estabelece o regime geral de proteção de denunciantes de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do Direito da União (*whistleblower*).. Relativamente ao problema do *whistleblowing*, no âmbito laboral, veja-se, MENEZES CORDEIRO, Direito do Trabalho, II, *cit.*, pp. 967-970, NUNO SOUSA E SILVA, "*A Concorrência Desleal como limite à mobilidade de trabalhadores*", in AAVV, Los actuales câmbios sociales y laborales: nuevos retos para el mudo del trabajo, vol. IV (Peter Lang 2017), p. 279, JÚLIO GOMES, "*Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado : ou a proteção laboral do whistleblower*", *cit.*, pp. 127-160, e RODRIGO SERRA LOURENÇO, "*Aprender a denunciar na era da técnica: o whistleblowing e o impacto da sua consagração legal para as organizações e relações de trabalho*", *Revista do CEJ*, 2019-II, pp. 181-189. Neste ponto, tem-se entendido que será lícito a divulgação de segredos de negócio no quadro de sistemas de *compliance*, na medida em que as regras criadas pelo empregador tenham sido observadas, porquanto a instituição de um sistema de compliance acarreta o consentimento do empregador para a referida divulgação (JÚLIO GOMES, "Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado : ou a proteção laboral do *whistleblower*", *cit.*, p. 105).

134 OLIVEIRA ASCENSÃO, Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 2002, p. 466: "*A relação de trabalho é aquela em que mais frequentemente se suscita a problemática da violação do segredo*". Considerando que, "*atualmente a mobilidade de trabalhadores é considerável, sendo um dos fatores que coloca maior pressão sobre a proteção de segredos de negócio das empresas*" (NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", cit., p. 219; veja-se, do mesmo Autor, "A Concorrência Desleal como limite à mobilidade de trabalhadores", *cit.*, pp. 263-294). No entanto, "*A presente diretiva não deverá ser entendida como limitando a liberdade de estabelecimento, a livre circulação dos trabalhadores ou a mobilidade dos trabalhadores previstas no direito da União*" (Considerando 13). Aos interesses privados, contrapõem-se, todavia, interesses sociais que depõem contra uma tutela excessivamente ampla dos segredos de negócio. Pois, limitar a mobilidade de trabalhadores é também limitar a melhor alocação de recursos. Devendo ser tido em conta, entre outros interesses, a mobilidade dos trabalhadores, "*nomeadamente daqueles que acedem, em razão das sua funções profissionais, a informação confidencial das empresas para que trabalham, os quais podem mais tarde aspirar legitimamente a exercer a sua atividade laboral por conta de terceiros, fazendo uso nela de conhecimentos obtidos junto de um anterior empregador*" (DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 95).

um interesse legítimo, razoável ou justificado do empregador nessa reserva[136]. Delimita-se a partir do esquema de interesses que envolve o contrato de trabalho cessado e em função da confiança inerente à situação juslaboral[137].

Os deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais) adquirem uma configuração particular nas relações de cooperação decorrentes dos contratos duradouros. Estes caracterizam-se por um programa de cooperação mútua entre as partes, orientado para a prossecução continuada de fins comuns. O seu longo período de vigência[138] encontra-se, muitas vezes, aliado à complexidade do programa contratual e à consequente dependência da sua execução de uma multiplicidade de fatores, o que reclama flexibilidade e adaptabilidade perante vicissitudes e alterações de circunstâncias, nunca completamente previsíveis e, por isso, inelutáveis[139].

O contrato de trabalho, enquanto contrato duradouro, essencial à existência da pessoa (*life time contracts*)[140], rege-se pelo princípio segundo o qual, no centro do seu regime, deve estar o indivíduo na sua concreta realidade material e moral, o que implica um dever acrescido ou reforçado de consideração dos interesses da contraparte.

Ora, é precisamente nos contratos duradouros que a responsabilidade pós-contratual tem verdadeiramente razão de ser[141]. Esta delimita-se a partir do esquema de interesses que envolve o contrato cessado e em função da confiança inerente à situação contratual. Corresponde, assim, a uma concretização da tutela da confiança, cujo sentido será tanto mais forte quanto maior a personalização da relação[142].

A conceção ética postula a presença de deveres de cuidado e de indagação que, por simples que sejam, exigem ao agente uma consideração elementar pelas posições dos outros[143]. A celebração do contrato de trabalho, como contrato duradouro, titulou a formação da situação de confiança, com consequente aproximação das esferas dos contraentes, dando lugar a uma certa ordenação de assuntos. O empregador, como sujeito confiante[144], fruto do próprio contrato, abranda as suas defesas ficando, de certa forma, vulnerável. A proteção da confiança está associada a uma ideia de segurança do tráfico interindividual e, ao mesmo tempo, tem uma componente de ética-jurídica[145], aspetos que são indissociáveis.

Existe uma notória coincidência nos campos de atuação do dever de não-concorrência e da obrigação de sigilo: encontram-se relacionados, visto que a respetiva violação pode conduzir ao mesmo resultado. Contudo, não se confundem. A pós-eficácia do dever de sigilo é significativamente mais ampla do que a que caracteriza o dever de não concorrência, uma vez que a intensidade compressória do princípio da liberdade de trabalho não se suscita, correspondendo com a maior latitude do dever de sigilo na constância do contrato. O que justifica, também, a nosso ver, a diversidade de tratamento entre ambas as obrigações no âmbito pós-contratual (além da dificuldade em aceitar uma pós-eficácia do dever de não concorrência em sentido pleno, isto é, que vá para além dos limites da concorrência desleal). No entanto, o dever de sigilo pós-contratual é, inevitavelmente, menos intenso do que durante a vigência do contrato de trabalho, ou seja, restringe-se na sua extensão, abrangendo um círculo mais restrito de matérias[146]. E se este, durante a execução, tem, naturalmente, limites, estes são ainda mais prementes no âmbito pós-contratual, dado a sua menor intensidade[147].

Dito isto, e em primeira linha, não vislumbramos razão para afastar a pós-eficácia do dever de sigilo, sobretudo, se o que estiver em causa for qualificado como segredo de negócio.

De modo genérico, os segredos de negócio protegem informações que, por serem de conhecimento sigiloso, conferem uma vantagem competitiva ao seu titular (isto é, a pessoa, singular ao coletiva, que exerce legalmente controlo sobre o mesmo – artigo 313.º, n.º 3, do CPI). O artigo 313.º do CPI, reproduzindo o conceito de segredo comercial vertido na Diretiva, exige que as informações cumpram cumulativamente três requisitos (n.º 1): a) serem secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente

135 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, pp. 89-90.

136 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 807.

137 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 802: "*trata-se de uma lealdade que se reporta às características do vínculo, formalmente extinto, e não de uma lealdade pessoal ao empregador*".

138 Inevitavelmente, o fator tempo tem influência na intensidade dos deveres (SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 515, nota 216).

139 CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 562. Também BAPTISTA MACHADO, "Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de novembro de 1983", cit., pp. 318 e 331, considerava que é, especialmente, nas relações contratuais duradouras que ganham particular relevo (intensidade) os deveres acessórios de conduta, nomeadamente o dever de leal colaboração ou de fidelidade: "*base de confiança do contrato*". De tal modo que, dado o seu carácter de meio indispensável à consecução do fim do contrato, pode conferir o valor de uma obrigação principal ("Pressupostos da resolução por incumprimento", in *Obra Dispersa I*, Braga, 1991, p. 141).

140 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 248.

141 Para ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, Comentário ao artigo 762.º do Código Civil, *cit.*, p. 1033, com base na boa-fé, pode desenhar-se uma pretensão indemnizatória com fundamento na responsabilidade pós-contratual (ou *culpa post pactum finitum*) por violação de deveres de proteção, de consideração e de cuidado: "*Esta hipótese (...) tem verdadeira razão de ser relativamente a contratos duradouros e de execução diferida no tempo, assim como em contextos caracterizados pelo acesso a informação privilegiada e que, por este motivo, devem continuar reservadas mesmo depois do termo do vínculo contratual, pese embora a ausência de uma diretriz legal explícita ou de uma cláusula contratual que imponha o dever de sigilo ou de não concorrência, durante um determinado período temporal*".

142 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, *cit.*, p. 451, defende a tutela da confiança como princípio fundamental de concretização da boa-fé objetiva. Recusando a articulação entre a boa-fé e confiança, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 431 ss.

143 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/I, *cit.*, p. 406.

144 BAPTISTA MACHADO, "Tutela da confiança e venire contra factum proprium", *cit.*, p. 267: "*o credor tem direito a confiar*".

145 BAPTISTA MACHADO, "*Tutela da confiança e venire contra factum proprium*", *cit.*, p. 232: "*poder confiar é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre homens (...) da paz jurídica*".

146 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 97. O mesmo se verificando, quer na Alemanha quer nos EUA (nota 19).

147 Desde logo, o dever de sigilo não existe quando o trabalhador corre o risco, pelo seu silêncio, de ser penalmente responsável. Não vemos onde esse limite não se possa verificar no âmbito pós-contratual. *Vide* JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", cit., p. 95, n. 16 – no mesmo sentido quanto ao dever de confidencialidade que incide sobre os membros das estruturas de representação coletiva dos

com o tipo de informações em questão[148]; b) terem valor comercial (real ou potencial[149]) derivado do secretismo; e c) terem sido objeto de diligências consideráveis no sentido de a manter secreta[150].

Excetuando a alteração da designação de "segredo de negócio" para "segredo comercial", não há aqui uma modificação de fundo relativamente ao regime anterior. No entanto, atendendo à noção jurídica de comércio deve preferir-se "segredos de negócio" a "segredos comerciais", ainda que o legislador nacional tenha seguido a formulação da Diretiva. Apesar disso, deve entender-se que esta noção inclui os chamados segredos industriais[151].

A Diretiva visou a definição de segredo de comercial (de negócio) de modo uniforme para todos os Estados-Membros. Adotou uma aceção bastante ampla abrangendo, não apenas informações de carácter técnico ou tecnológico, mas igualmente de carácter comercial ou empresarial propriamente dito[152]. Pode tratar-se, por exemplo, de *know-how*[153], mas pode igualmente tratar-se de dados comerciais, tais como informações sobre os clientes e os fornecedores, planos de negócios e estudos e estratégias de mercado[154]. No entanto, a avaliação da existência de um segredo deve ser feita de forma integrada, admitindo alguma compensação de fatores[155]. A proteção é extensiva aos produtos cuja conceção, características, funcionamento, processo de produção ou comercialização beneficia significativamente de segredos de negócio obtidos, utilizados ou divulgados ilicitamente (artigo 313.º, n.º 2, do CPI). Não obstante, considera-se excluída "*a experiência e as competências adquiridas pelos trabalhadores no decurso normal do seu trabalho*" (Considerandos 2 e 14 da Diretiva)[156].

Todavia, o conteúdo do dever de sigilo pós-laboral não se esgota nos segredos de negócio: "*o trabalhador está obrigado a manter o sigilo sobre os assuntos que não sejam do domínio público e cuja divulgação seja susceptível de prejudicar a entidade patronal*"[157]. Se assim é durante a execução do contrato de trabalho, não vemos razão para o afastar no âmbito pós-laboral. Excluindo, como *supra* referido, os conhecimentos que se incluem na "*bagagem profissional*" do trabalhador, pois, isso seria, "*no caso concreto, pretender impor-lhe uma obrigação de não concorrência sem celebrar uma cláusula de não concorrência (e sem pagar a correspondente contrapartida)*"[158].

Embora reconheçamos as dificuldades em destrinçar a informação que merecerá tutela *post pactum finitum*, daquela que diz respeito ao património profissional do trabalhar ("*tool kit*")[159], parece-nos que só através da devida ponderação

trabalhadores: artigo 412.º do CT (p. 108, nota 44)

148 O conceito depende de um secretismo relativo (DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 113; NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 57; TITO RENDAS, "O segredo de negócio: breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (UE) 2016/943", *cit.*, p. 2838). Neste sentido, ficam excluídas do conceito as informações conhecidas da generalidade dos trabalhadores (*vide* ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 22)

149 Considerando 14 da Diretiva. Criticando este valor potencial, no sentido de que qualquer informação preencherá este requisito, NUNO SOUSA E SILVA, "*O segredo de negócio como escudo e como espada*", *cit.*, p. 222, nota 72. Nessa linha, "*os juízes deverão, pois, resistir à tentação de desvalorizar a informação que compõe o segredo. Não é (apenas) pelo facto de esta ser relativamente trivial ou de valor diminuto que se deve afastar a tutela*" ("*A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões*", *cit.*, p. 59).

150 Estas diligências podem ser de carácter jurídico (*v. g.*, acordos de confidencialidade) ou fatual (*v. g.*, o controlo de acesso á informação através da implementação de palavras-chave).

151 Assim, NUNO SOUSA E SILVA, ""A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 55, e TITO RENDAS, "O segredo de negócio: breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (UE) 2016/943", *cit.*, pp. 2837, nota 17. Tradicionalmente segredos comerciais dizem respeito ao comércio, distinguindo-se de segredos industriais, relativos à indústria (DÁRIO MOURA VICENTE, Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 92).

152 *Vide* JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 91; DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, pp.104-105 e 112 ("não se estabelece, contudo, na Diretiva a forma a que deve obedecer a proteção dos segredos de negócios pelo seu titular a fim de que os mesmos mereçam a tutela legal"); COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial, cit.*, p. 408 (criticando esta opção, por ser redutora); NUNO SOUSA E SILVA, "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 215 e 219, e "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, pp. 254-255; ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, pp. 21-23 ("*afastada a alusão às informações "não divulgadas" previstas no anterior diploma (...), o novo CPI deixa de suscitar uma confusão face ao requisitos enunciados*").

153 Considerando 14 da Diretiva. DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 92: "*apesar de frequentemente utilizado em sinonímia com o conceito de segredo de negócio,* o know-how *é tão-só um dos objetos possíveis deste*", o que o transcende conceptualmente. Vide NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 55, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 236, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 218.

154 Compreendendo, entre outras coisas, saber-fazer, listas de clientes, cadeias de distribuição, preços e datas de lançamento de produtos, estruturas de custos, receitas, fórmulas, procedimentos, código-fonte de *software* e algoritmos, planos, factos, descobertas, ideias e conceitos abstratos e até a chamada informação negativa (*v. g.*, os erros mais frequentes) – *vide* NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 62; VÍTOR PALMELA FIDALGO, "O direito à portabilidade de dados pessoais", *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 1, 2019, p. 126; TITO RENDAS, "O segredo de negócio: breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (UE) 2016/943", *cit.*, pp. 2836-2838. Para COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial, cit.*, p. 408, esta opção terminológica impõe a distinção entre segredos comerciais em sentido amplo e segredos comerciais em sentido estrito. Assim, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 23.

155 Neste sentido, NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 62: "*a informação com valor relativamente diminuto, mas sujeita a intensas medidas de protecção pode ser qualificada como segredo, o mesmo sucedendo com a informação mais valiosa, mas menos protegida*".

156 Em termos de Direito Comparado, tem havido alguma jurisprudência relativa a contas em redes sociais e respetivos contactos. *Vide* NUNO SOUSA E SILVA, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 242, nota 108: uma decisão alemã do Tribunal de Trabalho de Hamburgo de 24 de Janeiro de 2013 (29 Ga 2/13) negou o pedido de uma ordem de proibição (ao abrigo do § 17 UWG) de utilização dos contactos adquiridos (durante o trabalho) por uma ex-trabalhadora através de uma conta na rede social *Xing*. Em contrapartida o Tribunal do Distrito de Colorado no caso Christou v. Beatport, LLC [N.º 2010-02912 (D. Colo. Mar. 14, 2012)] considerou que uma conta de *Myspace* poderia constituir um segredo de negócio. No mesmo sentido decidiu o Tribunal para o Distrito Norte da Califórnia no caso *PhoneDog* v. *Kravitz* [N.º 11-03474 (N.D. Cal. Nov. 8, 2011)] relativo a uma conta de *Twitter*.

157 MÁRIO PINTO *et alii, Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, p. 96. Também, NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, pp. 227-228.

158 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 97.

159 RAÚL VENTURA, "Extinção das relações Jurídicas de trabalho", *cit.*, p. 359; MÁRIO PINTO *et alii, Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, p. 171; JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 588; NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de

casuística e holística se poderá efetuar a devida destrinça. Devendo ser tidos em conta critérios como a posição do trabalhador na empresa, o carácter da informação[160], o significado da informação (a sua importância para a empresa, bem como para o exercício da sua profissão pelo trabalhador[161]), ou o modo como aquela foi obtida (sobretudo se a obteve ilicitamente)[162].

Com efeito, podemos estar perante informação confidencial ou "não divulgada" que, respeitando a aspetos prejudiciais ao empregador, poderá não constituir, por si só, motivo suficiente para considerar tal informação como segredo de negócio na aceção do artigo 313.º do CPI[163]. Como poderão ser, a título de exemplo, a utilização de informações sobre a estrutura da empresa e a sua direção ou seu "clima social"[164]. Pois, recorde-se que os segredos de negócio são informações confidenciais, mas, por força desse secretismo, têm valor comercial próprio (real ou potencial)[165]. Porém, tal falta de qualificação não lhe retira a tutela que lhe é devida, pois a sua divulgação pode ser apta a causar prejuízos patrimoniais avultados, como também materialmente suscetível de constituir fonte de perdas significativas ou quebras de acesso. O que terá de ser concretizado através da devida ponderação casuística: no fundo, trata-se de aferir um interesse legítimo para a transmissão ou divulgação de factos conhecidos pelo trabalhador em razão do vínculo laboral.

Seguindo certa doutrina[166], podemos catalogar três círculos concêntricos, em ordem decrescente de raio, de categorias de informação: (1) as informações abrangidas pelo dever legal de sigilo [artigo 128.º, n.º 1, al. *f*), do CT], cuja utilização ou divulgação apenas está vedada durante a relação de trabalho[167]; (2) as informações "sensíveis no plano da concorrência" e que, assim, podem fundamentar a admissibilidade de um pacto de não concorrência *post pactum finitum*[168] ou uma cláusula de confidencialidade – este círculo intermédio engloba informações confidenciais que, por si só, não chegam a ser qualificadas como segredos de negócio na aceção do artigo 313.º do CPI, sem que, porém, isso lhe retire a tutela devida; (3) os verdadeiros segredos de negócio (artigo 313.º do CPI).

É precisamente aquele segundo círculo de informações que, para quem, como nós, o admita, estarão também cobertas pelo dever legal de sigilo pós-laboral[169] e, consequentemente, sujeitos ao regime da *terceira via* da responsabilidade civil que temos vindo a defender. Sendo o dever de lealdade do trabalhador (e, consequentemente, o dever de sigilo) um *dever de proteção*, de natureza jurídica heterogénea, aplicar-se-ão, consoante a analogia que se estabeleça e de acordo com uma ponderação casuística, as regras próprias de uma ou outra modalidade de responsabilidade civil: artigos 799.º, 800.º e 498.º, todos do CC[170].

trabalhar?", *cit.*, pp. 231-232.

160 Quanto mais próxima uma informação técnica estiver de uma invenção, quanto mais estiver incorporada num documento ou mais distante das capacidades normais de um trabalhador, mais provável será merecer tutela *post pactum finitum*. Porém, um trabalhador que tenha contactado pessoalmente com clientes, já poderá, na ausência de uma cláusula contratual, e em princípio, continuar a contactá-los depois de cessado o contrato (JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 97, nota 22).

161 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 97, nota 22: "*se este não puder utilizar a sua experiência profissional sem aqueles conhecimentos, mormente atendendo ao grau de especialização no ramo então a proibição de utilização acaba por corresponder a uma cláusula de não concorrência*".

162 *Vide* JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 97, nota 22. Acresce que a Diretiva, a propósito da fronteira entre experiência profissional e segredos de negócio, não é inteiramente líquida. Segundo JÚLIO GOMES – considerando que o artigo 1.º, n.º 3, afirma, relativamente ao exercício da mobilidade dos trabalhadores, que a Diretiva não proporciona fundamento, nem para "*limitar a utilização pelos trabalhadores de informações que não constituam um segredo comercial na aceção do artigo 2.º, ponto 1*" [al. a)], nem para "*limitar a utilização pelos trabalhadores da experiência e das competências adquiridas de forma honesta no decurso normal do seu trabalho*" [al. c)] –, "*da articulação das duas alíneas parece que a experiência e as competências adquiridas podem afinal ser segredos comerciais, mas os trabalhadores podem utilizá-los no âmbito da sua mobilidade profissional* (e *sublinhe-se que a Diretiva permite sobretudo a sua utilização*)" ("A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 99). Contra, NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 61, nota 54.

163 JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit.*, p. 589; JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, pp. 109-110.

164 Considerando que o dever de sigilo do trabalhador, durante a vigência do contrato de trabalho, abrange, além dos segredos de negócio, este tipo de informações, JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 95. Acrescentando, "*o trabalhador também tem um dever de sigilo sobre factos da vida pessoal ou privada do seu empregador, como resulta do artigo 16.º, n.º 1 sobre a reserva da intimidade da vida privada – podendo, mesmo, defender-se, parece-nos, que este dever de reserva é extensivo a factos da vida privada de outras pessoas* (*superiores hierárquicos e outros colegas, por exemplo*)". Aliás, "*Em rigor o dever de sigilo poderá também incidir sobre outras informações confidenciais, designadamente dados pessoais do empregador, de colegas e até de terceiros* (*fornecedores ou clientes*)" (*Direito do Trabalho, cit.*, p. 541). A informação pessoal é excluída do âmbito de tutela do segredo de negócio (NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 60).

165 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 110: "*Assim, por exemplo, a circunstância de que uma empresa pretende introduzir um processo de produção que acarretará a supressão de muitos postos de trabalho, processo de produção conhecido e já implementado, por exemplo, no estrangeiro, mas não utilizado pelos concorrentes nacionais, pode ser uma informação que a empresa pretende manter confidencial, sem que pareça, em rigor, um segredo comercial*".

166 NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, pp. 232-233.

167 Podemos incluir aqui o património profissional do trabalhador.

168 JOÃO ZENHA MARTINS, "O pacto de não concorrência no Código de Trabalho", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.ºs 3-4, 2006, pp. 316 ss., parece fazer a distinção entre segredos de negócio e informação particularmente sensível no plano da concorrência (artigo 136.º do CT). NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 233, nota 80, realça: "*um aspecto que pode contribuir para esta confluência* (*que reputo tendencial*) *é a circunstância de, na ausência de um pacto de concorrência, ser frequentemente difícil afirmar que o empregador tomou medidas razoáveis no sentido de proteção do segredo*".

169 *Vide* NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-) trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 233, nota 79.

170 Pois, na linha de NUNO PINTO OLIVEIRA, parece-nos certo que, a responsabilidade por violação de deveres de proteção compreendidos no conteúdo de relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação – isto é, contendo como posições jurídicas passivas, exclusivamente, deveres acessórios de conduta (como é o caso da *culpa post pactum finitum*) – deve sujeitar-se a princípios e regras particulares ("Tópicos sobre a distinção entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual", *cit.*, p. 518). Por outro lado, o Autor também não deixa de afirmar que a responsabilidade resultante da violação de deveres de prestação, compreendidos no conteúdo de relações obrigacionais em sentido estrito (com deveres primários de prestação) – em que a um *direito de crédito* específico corresponde um dever de prestação específico ("Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 244) –, deva sempre sujeitar-se aos princípios e às regras da responsabilidade contratual. Como sugere, também, SINDE MONTEIRO, "[*t*]*alvez que às obrigações nascidas de alguns quase-contratos, particularmente a gestão de negócios, não devam ser de plano aplicadas todas as disposições do incumprimento*

Sendo certo que uma pretensão indemnizatória só poderá ser considerada precedente quanto estejam preenchidos todos os requisitos da responsabilidade civil e que, em matéria processual, aquele que invoca um direito tem de provar os respetivos factos constitutivos, torna-se meridianamente clara a importância prática que a prova daqueles pressupostos pelo lesado reveste. Não raras, aliás, são as ações em que aquele decai por falta de cumprimento do ónus *probandi*[171].

No âmbito deste segundo círculo de informações justifica-se a inversão do ónus da prova da (ilicitude e da) culpa a cargo do ex-trabalhador, mesmo sem a existência de um pacto – e é aqui que se encontra o busílis da questão – por estarem em causa deveres de proteção configurados perante pessoas determinadas (empregador e trabalhador), conhecendo um conteúdo razoavelmente específico, e por apresentarem uma conexão material com o perímetro do contrato, isto é, estão em jogo riscos específicos do contrato de trabalho que o ex-trabalhador tem o dever de evitar.

Todavia, estará em causa "apenas" uma inversão do ónus da prova da culpa (e da causalidade) a cargo do ex-trabalhador[172]/[173], pelo que a tarefa de fundamentação/demonstração da existência de um dever acessório pode esbater muito a relevância e a amplitude da aludida presunção[174] — o ónus da argumentação no que toca à sua pertinência, na situação concreta e face ao direito objetivo, cabe a quem *dele* se queira prevalecer, ou seja, o ex-empregador.

Os deveres acessórios de conduta emergem por força da boa-fé, em face das circunstâncias concretas. Quer isto dizer que só é possível falar de violação de tais deveres quando eles forem exigíveis, naquele caso específico, atentas as suas idiossincrasias[175]. Se forem exigíveis, é porque a sua preterição fez recair sobre o sujeito a reprovação do direito. Se, como é o caso, os deveres de conduta tiverem sido incorporados pelo ordenamento jurídico positivo e prescritos em termos gerais e abstratos por lei, isso significa que o legislador considerou que, naquelas circunstâncias, por referência a um determinado tipo contratual, eles eram devidos[176]. Fundamental será, em qualquer caso, observar deveres estritos de fundamentação e razoabilidade[177].

Por outro lado, a analogia funcional entre os deveres de proteção e os deveres delituais conduzirá à aplicação, em matéria de prescrição, do regime do artigo 498.º do CC[178]. Contudo, também aqui não descuramos a importância da celebração de pactos de não concorrência (ou de confidencialidade) como meio preventivo[179], mais não seja, como "cristalização" da obrigação em causa. Para além de que, se certos deveres laterais (*ex lege*) são elevados pelas partes à categoria de deveres (convencionais) de prestar, deixam, por consenso/acordo, de constituir deveres acessórios e passam a estar subordinados ao regime dos deveres de prestar. Logo, será aplicável o regime obrigacional em bloco (o que releva, e de que maneira, em termos de prescrição: artigo 309.º do Código Civil).

Reportemo-nos, agora, aos segredos de negócios (terceiro círculo). Como *supra* referido, estes (e especialmente estes) também integram o âmbito do dever de sigilo pós-laboral.

---

das obrigações" (*"Rudimentos da Responsabilidade Civil"*, *cit.*, p. 351).

171 Para um exemplo prático, jurisprudencial, desta dificuldade nesta temática, nomeadamente estando em causa segredos de negócio, vide NUNO SOUSA E SILVA, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, pp. 255 ss.

172 De facto, em termos gerais e de acordo com o entendimento maioritário, a culpa do agente tem de ser provada pelo lesado (artigo 487.º do CC) e a culpa do devedor é presumida (artigo 799.º do CC). Todavia, como sublinha ROMANO MARTINEZ, na prática, a diferença poderá estar, nalguns casos, um pouco esbatida: "*de facto, na responsabilidade delitual bastará, muitas vezes, uma prova prima facie da ilicitude, baseada num critério de normalidade e, em caso de violação contratual, ao credor cabe a prova do incumprimento. Assim, ao lesado incumbe, em qualquer caso, a prova do facto ilícito, pelo que a diferença reside na forma de determinação da culpa. Enquanto, na responsabilidade aquiliana, ela deduz-se de critérios de normalidade, na contratual, é presumida*" ("Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 461).

173 Ao contrário do entendimento predominante – segundo o qual o artigo 799.º, n.º 1, do CC, faz uma distinção clara entre a ilicitude e a culpa (por todos, MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, *Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, cit.*, p. 1111) –, segundo MENEZES CORDEIRO (*Tratado de Direito Civil Português*, IX, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 389-391, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 26 ss., e Comentário ao artigo 799.º do Código Civil, *cit.*, pp.1024-1026) apenas quando estão em causa deveres de prestação incumpridos (o dever de prestação contém em si a própria delimitação do dano, sendo a indemnização o mero reflexo patrimonial do dever de prestação não cumprido ou mal cumprido), não se limita a ser uma presunção de culpa, mas abrange também os pressupostos da ilicitude e do nexo de causalidade entre o facto e o dano (quanto aos danos em valor equivalente ao da prestação principal ou secundária incumprida, cabendo ao credor provar os danos em excesso), isto porque a culpa, no sistema português da responsabilidade obrigacional, seria herdeira da «*faute*» do modelo de responsabilidade civil francês, o qual corporiza um misto de ilicitude e culpa (a "falta") (no mesmo sentido, Mafalda MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 420 ss.). Para CARNEIRO DA FRADA (*Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 190 ss., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 301, nota 282 e *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o método do caso, cit.*, pp. 81-82) a presunção de culpa pode ser (só) uma presunção de culpa ou, simultaneamente, uma presunção de ilicitude e uma presunção de culpa, consoante se estiver perante o não cumprimento de uma obrigação de meios (dever acessório de diligência) ou o não cumprimento de uma obrigação de resultado (dever acessório de diligência e de resultado), respetivamente. Em conjugação com a presunção anterior, CARNEIRO DA FRADA (*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 304, nota 282) concebe, também, uma presunção de causalidade, como presunção da existência de uma conexão causal entre a conduta ilícita do devedor e o incumprimento ou cumprimento defeituoso (causalidade fundamentadora da responsabilidade civil: nexo de imputação) – diferentemente de MENEZES CORDEIRO que concebe, nos casos de responsabilidade contratual, além de uma presunção de ilicitude, de culpa e de causalidade fundamentadora da responsabilidade, também, e em conjugação simultânea, uma presunção da existência de uma conexão causal entre a conduta ilícita do devedor e os danos correspondentes à supressão das vantagens asseguradas pelo vínculo de prestação violado (a causalidade atinente ao bem jurídico frustrado corresponde à frustração da prestação principal ou secundária: o dano a considerar é o valor desta) [causalidade preenchedora ou delimitadora da responsabilidade civil – quais os danos que devem ser reparados ou compensados: relação entre o facto responsabilizante e os prejuízos que surgem na esfera jurídica de outrem: danos consequenciais].

174 V. *supra* nota 62. *Vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 420.

175 CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", *cit.*, p. 274: "*A concretização que* [*os deveres acessórios, em especial, de proteção*] *reclamam requer forçosamente ponderações de exigibilidade, considerando o binómio sacrifício/benefício que o seu estabelecimento e observância implicam para os sujeitos. De facto, se estes deveres não resultam de uma vontade contratual* (*precedente*) *emitida, há que sopesar as posições das partes: não se pode onerar unilateralmente uma delas em proveito da outra.* (..) *exprimem, nesse sentido um "justo meio", o equilíbrio e a razoabilidade que a justiça exige e expressa".*

176 MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 420.

177 NUNO PINTO OLIVEIRA "Os deveres acessórios 50 anos depois", *cit.*, p. 247; e CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 562.

178 Como refere NUNO PINTO OLIVEIRA, "Tópicos sobre a distinção entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual", *cit.*, p. 526: "*o artigo 227.º, n.º 2, do Código Civil, ao determinar a aplicação do prazo de prescrição do artigo 498.º à responsabilidade pré-contratual, corresponde a uma explicitação do regime geral da terceira pista ou da terceira via do direito da responsabilidade civil*".

179 NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador

A proteção conferida pela Diretiva não se estende a todo e qualquer ato de aquisição, utilização e divulgação de segredos de negócio por pessoas além do titular, o regime substantivo baseia-se numa distinção fundamental entre *atos lícitos* (artigo 315º do CPI) e *atos ilícitos* (artigo 314.º do CPI) [180].

Em contraste com o anterior CPI (2003), a principal novidade da Diretiva, que o CPI de 2018 transpôs – além de uma maior concretização da lei[181] – e que cumpre aqui destacar, passa pela extensão da tutela dos segredos de negócio a terceiros[182]. Ou seja, a qualificação como ilícito de um ato de obtenção, utilização ou divulgação de um segredo de negócio[183] é agora independente do facto de quem o praticou ser ou não concorrente do titular daquele (artigo 314.º do CPI). Por conseguinte, há um manifesto alargamento do âmbito da tutela conferida ao segredo de negócio relativamente a quem pode ser qualificado como infrator, por comparação com o regime anterior, na medida em que não se limita a sujeitar os segredos de negócio ao regime da concorrência desleal – a qual era a sua sede principal de tutela –, como sucedida até aqui por força do Acordo TRIPS. O que pressupunha, além do preenchimento cumulativo dos três requisitos a respeito da natureza da informação em causa – a) serem secretas, b) terem valor comercial derivado do secretismo, e c) terem sido objeto de diligências consideráveis no sentido de a manter secreta –, a exigência de uma relação de concorrência: que o agente (trabalhador ou ex-trabalhador) e a vítima (empregador ou ex-empregador) dispusessem da mesma clientela[184]. Ora, a exigência de uma relação de concorrência afastava a aplicação da tutela conferida pela concorrência desleal a um ex-trabalhador, na medida em que este, na grande maioria dos casos, não é concorrente, mas outrossim alguém que vai laborar para um concorrente[185].

Outro tanto pode dizer-se da qualificação como utilização ilícita de segredo da comercialização de «mercadorias em infração» por terceiros que desconhecessem a circunstância de estas terem origem no acesso não autorizado a informação confidencial (artigo 314.º, n.º 3 e 4, do CPI) – violação dita secundária[186]. Não se cingindo, assim, aos atos de acesso e utilização não autorizados de informação confidencial, antes se estendendo à própria comercialização, *lato sensu*, dos bens concedidos ou produzidos com base nessa informação[187]/[188].

ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 226: "*a sua consagração tem um interesse dissuasor e pode servir como meio de prova da consciência da ilicitude e, ainda, de que o titular do segredo tomou medidas adequadas à sua proteção*". *Vide* MÁRIO PINTO *et alii, Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, p. 171.

180 A violação de segredo de negócio constitui um ilícito contraordenacional (artigo 331.º do CPI) e, se estiverem preenchidos os respetivos pressupostos, como um ilícito civil, dando origem a indemnização pelos danos sofridos (artigo 347.º do CPI). Embora também possa constituir um ilícito penal (artigos 195.º e 196.º do Código Penal) – DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, 115; NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 73. Podem, ainda, ser aplicadas sanções acessórias (artigos 348.º, 349.º e 350.º do CPI). No plano laboral, a revelação, por um trabalhador, de segredos de negócio da sua empresa traduz uma pesada quebra de confiança, claramente integradora de justa causa de despedimento por violação do dever de sigilo, manifestação típica do dever de lealdade [artigo 128.º, n.º 1, f), do CT] – *vide* JORGE ARTUR COSTA, "O dever de lealdade do trabalhador, em especial a obrigação de não concorrência. A pós-eficácia do dever de lealdade", *cit.*, pp. 91-127. Neste ponto, "*o Direito do Trabalho pode ser mais exigente do que o Código da Propriedade Industrial, com ressalva da matéria que tenha a ver com a defesa dos trabalhadores, mormente no plano sindical, ou em geral, coletivo*" (MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *cit.*, p. 969).

181 Cria-se um regime de *enforcement* do segredo de negócios mais preciso e potencialmente mais eficaz (medidas cautelares e inibitórias), mas, também, o reforço dos segredos nos próprios processos judiciais (artigo 352.º do CPI) e prevê uma nova fórmula de cálculo do valor das indemnizações (artigo 347.º, n.º 2 e 3, do CPI): pode ter uma função punitiva do infrator (DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 117) – *vide* Vítor Palmela Fidalgo, "A tutela dos segredos comerciais: os procedimentos cautelares e a indemnização", *Propriedades Intelectuais*, n.º 11 (janeiro/junho 2019). Contudo, para ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 21, nem sempre a referência aos segredos de negócio corresponde a um reforço da proteção, redundando frequentemente numa reiteração desnecessária de normas legais ao nível dos mecanismos sancionatórios.

182 ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 18: "*ou sequer um ato de intervenção no mercado com fins concorrenciais*".

183 O segredo não constitui propriedade intelectual. A responsabilidade pela violação de segredos de negócio resulta da forma de apropriação, ao contrário das regras da propriedade intelectual, cuja responsabilidade nasce da apropriação propriamente dita. Em bom rigor, apenas se protegem segredos de negócio contra a aquisição, utilização ou divulgação indevidas. Como realça Nuno Sousa e Silva, "*A nova disciplina dos segredos de negócio...", cit., p. 53, "A relação dos segredos de negócio com os direitos de propriedade intelectual é multifacetada. Os segredos de negócio são frequentemente o embrião destes direitos, outras vezes funcionam como complemento ou ainda como alternativa aos direitos exclusivos*". Assim: *i*) todos os direitos privativos em que a novidade é requisito de concessão *começam* com um segredo – nesses casos, o objeto da proteção requerida tem que superar a arte prévia/estado da técnica, isto é, o conjunto de informação tornada acessível ao público antes da data do pedido de patente ou registo/depósito; deste modo, só pode ser concedida uma patente relativamente a uma invenção que seja secreta até à data do pedido; *ii*) por vezes o segredo de negócio *é complemento* de direitos de propriedade intelectual, ocorrendo a utilização conjunta de patentes e segredos de negócio, nomeadamente através de um pedido de patente para a tecnologia fundamental e a reserva confidencial do chamado *know-how* complementar; neste caso, os segredos de negócio e os direitos exclusivos atuam em simbiose, protegendo aspetos diferentes de uma determinada invenção; *iii*) o segredo de negócio apresenta-se amiúde como *alternativa* aos direitos exclusivos: dependendo, entre outros fatores, da informação em causa, dos custos envolvidos e da natureza da empresa que detêm a informação, não é raro que se opte por manter essa informação secreta ao invés de procurar obter um exclusivo temporalmente limitado (p. 54).

184 DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 99.

185 *Vide* NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-) trabalhador ser proibido de trabalhar?", cit., p. 238, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 228; PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais, cit.*, p. 341. Considerando este alargamento, também podem ser qualificados como infratores, p. ex., os jornalistas que divulguem ilicitamente informação protegida, sem fundamento de interesse público (ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 18). Para esta Autora, a proteção dos trabalhadores, sobretudo após a cessação da relação laboral, decorre do próprio conceito de segredos de negócio enunciado no artigo 313.º, n.º 1, do CPI e da licitude da aquisição realizada em conformidade com as práticas comerciais honestas previstas no artigo 315.º, al. e), do CPI. Todavia, se um ex-trabalhador (ou qualquer outra pessoa) consegue, por via de análise independente, chegar a uma fórmula da qual não teve conhecimento durante a relação de trabalho, adquiriu essa informação de forma livre e poderá utilizá-la sem qualquer constrangimento (NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 236). Há doutrina que parece entender que a aquisição de informação por parte de um empregado através da sua memória à partida não é ilícita por não ser desleal (para referências, NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 68).

186 DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 114.

187 DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 107.

188 Para ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 29: "*No exercício de atividade por conta alheia, a aquisição dos segredos comerciais pelo trabalhador, seguida de divulgação ao novo empregador, determina igualmente a qualificação*

Outra novidade – isto é, que pode ser vista como tal – passa pela objetivação dos requisitos de tutela em matéria de responsabilidade civil (à semelhança do instituto do abuso do direito[189]), prescindindo da exigência de dolo ou negligência grave (artigo 347.º, n.º 1, do CPI). Dizemos que esta pode ser vista como novidade, pois, parte da doutrina defende, no âmbito da concorrência desleal, ser de afastar a imposição de uma obrigação de indemnizar com fundamento na mera negligência, na medida em que a deslealdade supõe uma intenção qualificada[190]. Uma vez que, ao abrigo do anterior regime, a sede principal de tutela dos segredos de negócio era a concorrência desleal, por conseguinte, a mesma lógica seria aplicável no âmbito da tutela da responsabilidade civil por violação de segredos de negócio. Já em termos contraordenacionais por violação de segredo de negócio (artigo 331.º do CPI) exige-se o dolo, visto aquele não ser punível a título de negligência (artigo 8.º, n.º 1, do RGIMOS)[191]. Sublinhe-se, no entanto, que, apesar de a Diretiva não impedir os Estados-Membros de preverem no seu Direito nacional que a responsabilidade dos trabalhadores pelos prejuízos causados seja limitada caso estes tenham agido sem dolo (artigo 14.º, n.º 1; Considerando 30), tal não foi adotado pelo regime jurídico português.

Passando, então, os segredos de negócio a ser protegidos independentemente da qualidade da pessoa que os viola, tal fez surgir, em contraponto, uma discussão quanto à sua natureza. O que suscitou o problema de uma eventual transposição fora do quadro da concorrência desleal[192]. Defende-se que o segredo de negócio assume um estatuto híbrido: "*sem ser objeto de um direito de exclusivo*[193]*, beneficia de um regime muito próximo do dos direitos de propriedade industrial. É nesta medida, objeto de um quase exclusivo*"[194]. Também se defende que é um direito "*sui generis*", constituindo uma disciplina autónoma, não exclusivo ou absoluto, mas em que a proteção da confidencialidade é, agora, reforçada por um regime jurídico que, em alguns aspetos, é tributário do aplicável, com as devias adaptações, aos direitos de propriedade industrial – mais a um "*quase direito*" que se desrespeita do que uma simples conduta que se pune[195]. Havendo, ainda, quem afirme que, não obstante a aproximação aos direitos de propriedade industrial, o regime jurídico dos segredos de negócio continua a revelar-se tributário da disciplina da concorrência desleal: "*adota ainda como critério normativo as práticas comerciais honestas, mantendo a dimensão valorativa característica da concorrência desleal*"[196]/[197].

deste como adquirente indireto, nos termos do artigo 314.º n.º 3 do CPI. Ou seja, tanto o trabalhador como o novo empregador são considerados infratores para os efeitos da aplicação dos mecanismos sancionatórios. Em suma, enquanto os deveres contratuais de lealdade tutelam especialmente o empregador, após a cessação da relação laboral, a proteção dos segredos comerciais passa a depender da ponderação dos vários interesses em conflito, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Considerando a dimensão valorativa deste regime jurídico, bem como a garantia constitucional da liberdade de trabalho, importa atender sobretudo à forma de aquisição da informação, às funções desempenhadas e à duração do contrato de trabalho no caso concreto".

189 MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade, A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 321-322.

190 PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial – Noções Fundamentais, cit.*, p. 340; PAULA COSTA E SILVA, "Meios de reacção à concorrência desleal", *cit.*, pp. 122-124 (ao abrigo do CPI de 1995); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 217-218; Contra, PATRÍCIO PAUL, "Concorrência Desleal e segredos de negócio", in *AAVV, Direito Industrial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 149-150; NUNO SOUSA E SILVA, "Trabalho e segredos de negócio – Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?", *cit.*, p. 237; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, *cit.*, p. 472.

191 Nos termos do artigo 4.º da Diretiva, que corresponde ao artigo 314.º do CPI, omitiu-se a exigência, constante da proposta de Diretiva, de dolo ou negligência grave do infrator do segredo como elemento da ilegalidade da aquisição não consentida deste. Fazendo assentar a ilicitude dos comportamentos apenas no desvalor do resultado (ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 26). DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 106: "*o que bem se compreende, porquanto embora essas formas de culpa possam ser relevantes como pressupostos da responsabilidade civil do infrator, não o são necessariamente quanto a outras formas de tutela, máxime a cautelar*".

192 Por influência norte-americana (ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, pp. 21 e 37).

193 DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 106: "*a Diretiva não cria verdadeiros direitos subjetivos de exclusivo sobre os segredos de negócio, sendo lícita a aquisição e utilização destes (...) quando descobertos de forma independente ou mediante engenharia inversa*". Veja-se o artigo 315.º do CPI. Para ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 27, ao contrário do que resulta da Diretiva (artigo 3.º, n.º 2), o legislador nacional regula apenas a licitude da aquisição, não prevendo, por conseguinte, a possibilidade de a utilização e divulgação serem lícitas quando resultem de imposição ou permissão da lei: "*A licitude da aquisição dos segredos comerciais determina tendencialmente a licitude da sua divulgação ou utilização. No entanto, ainda que a obtenção da informação resulte do exercício normal da atividade do agente, a divulgação ou utilização podem ser contrárias às práticas comerciais honestas*" (*v. g.*, divulgação no âmbito de negociações goradas). No entanto, segundo NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 66, há situações em que o segredo foi fortuitamente adquirido (logo de forma lícita) mas que, havendo uma notificação por parte do titular do segredo de negócio ao adquirente, passará a ser ilícito divulgar ou utilizar o segredo. O mesmo autor entende que há situações em que um segredo ilicitamente adquirido pode ser licitamente divulgado ou utilizado com fundamento em defesas, previstas no artigo 352.º do CPI (p. 67). Contra, PATRÍCIO PAUL, "Concorrência Desleal e segredos de negócio", *cit.*, p. 149; JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 93.

194 DÁRIO MOURA VICENTE, "Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 118. Nesta linha, NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 80. Ainda durante a vigência dos anteriores diplomas, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Arte, tecnologia e propriedade intelectual", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, II, 2002, p. 473, não obstante o enquadramento legislativo na disciplina da concorrência desleal, entendia que os segredos de negócio integravam um "*direito de exclusivo imperfeito*".

195 COUTO GONÇALVES, Manual de Direito Industrial, *cit.*, p. 411. Na doutrina alemã já tem sido defendido como um "*direito de propriedade intelectual imperfeito*", *vide* VÍTOR PALMELA FIDALGO, "O direito à portabilidade de dados pessoais", *cit.*, p. 126.

196 ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, pp. 10-20 e 37. Por outro lado, não se esqueça que o legislador previu no artigo 314.º, n.º 1, al. b), do CPI, uma cláusula geral de conteúdo valorativo, adotando como critério normativo as práticas comerciais honestas, à semelhança do que se verifica na disciplina da concorrência desleal (artigo 311.º do CPI) – (p. 24). Ainda neste sentido, NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 81, nota 130, para quem a tutela se mantém nos quados da concorrência desleal ("o sistema é construído com base no mesmo referencial – as práticas honestas – e tem a mesma lógica de posições de mercado"), e TITO RENDAS, "O segredo de negócio: breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (UE) 2016/943", *cit.*, pp. 2852-2853, nota 65 ("*O regime dos segredos de negócio é, ao invés, um regime firmado em normas proibitivas, que impõem a omissão de condutas que não observam determinados padrões de valoração ética, e não um conjunto de normas que conferem direitos exclusivos de propriedade intelectual*"). Aliás, para este último Autor, o alicerce do regime da Diretiva e da proteção dos segredos de negócio em geral passa pela garantia da observância de um dever geral de agir honestamente no mercado. Também DÁRIO MOURA VICENTE, embora defenda que os segredos de negócio são objeto de um quase direito, não deixa de afirmar a "*manifesta filiação daquela primeira disposição no regime da concorrência desleal*" ("Proteção do *Know-How*, Segredo de Negócios e Direito Intelectual", *cit.*, p. 106).

197 Para JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 93: "*não se nos afigura ser a criação de um direito absoluto, mas apenas a tutela contra o acesso, a utilização e a divulgação ilícitas do segredo comercial, ainda que tal tutela se estenda a terceiros que desconhecessem ou devessem desconhecer a ilicitude*".

198 As normas de proteção não concedem ao titular do interesse protegido um direito subjetivo, por não lhe atribuírem em exclusivo o aproveitamento de um bem, mas uma proteção indireta (ELSA VAZ DE SEQUEIRA, Comentário ao artigo 483.º CC, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 276). A qualificação como norma de

Independentemente da qualificação jurídica em concreto, bem como da consagração expressa do artigo 347.º do CPI, a doutrina parece continuar a entender que a indemnização por violação de segredos de negócio resulta do regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual, cuja a ilicitude coincide com a violação de uma norma de proteção[198] que visa diretamente a tutela dos interesses privados do titular da informação (segunda modalidade de ilicitude – artigo 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC)[199].

No entanto, é nosso entendimento que a violação de um segredo do negócio por parte do ex-trabalhador reporta-se, antes, à *culpa post pactum finitum*, que tem vindo a ser inserida na *terceira via* da responsabilidade civil, uma vez que está em causa a violação de um concreto dever de proteção decorrente do contrato de trabalho[200].

Logo, questionamo-nos se repudiaria à consciência jurídica, estando em causa a violação de um segredo de negócio por banda de um ex-trabalhador (verificando-se em concreto uma conexão funcional com o perímetro do contrato de trabalho), que a norma contida no artigo 347.º do CPI seja interpretada em conjugação com o artigo 799.º do CC. Permitindo-se, assim, uma inversão do ónus da prova.

Não está em causa nem o desrespeito de meros deveres delituais[200], nem a inobservância de deveres de prestar. Os deveres de proteção configuram-se como um estrato normativo intercalar: a responsabilidade resultante da sua inobservância não é nem uma responsabilidade contratual, nem uma responsabilidade extracontratual. Nesse sentido, a responsabilidade pela infração de deveres de proteção (nomeadamente aqueles que, consoante o caso concreto, se prolonguem para lá da extinção dos deveres de prestar) configura-se melhor enquanto *terceira via* da responsabilidade civil que, ordenada que está à tutela da relação obrigacional, seguirá tendencialmente (e sem prejuízo das necessárias adaptações) o respetivo regime[202]. Por outras palavras, existe materialidade bastante para legitimar a autonomia dos deveres de proteção, justificando-se que a sua infração não se submeta ao regime aquiliano, mas à disciplina obrigacional ou, preferencialmente, a uma solução mista, que comporte elementos de uma e de outra[203].

Trata-se, a nosso ver, de uma questão que transcende o campo delitual, desde logo, na medida que é possível apurar-se uma conexão material entre o evento lesivo e o contrato de trabalho[204]. Ou seja, estão em causa danos que deveriam ser evitados com o cumprimento do referido dever de sigilo pós-laboral. Sendo este um dever de proteção[205], alicerçado no contacto social "fático" (e qualificado) das partes, a sua fonte é a boa-fé e não um dever genérico de respeito pelo outro[206]. O que quer dizer que, tanto o surgimento como a manutenção daquele dever após a extinção do contrato, se justificam em nome da relação especial[207] que existe (ou existia) entre as partes e está ao serviço do interesse contratual. Podemos falar aqui de uma "*heteronomia evitável*", num sentido que seria de todo inaplicável aos deveres integrativos da ordem da responsabilidade aquiliana – é possível evitar ficar sujeito a um dever de proteção com eficácia pós-contratual, cuja violação nos responsabiliza,

proteção convoca critérios próprios para identificar a existência do ilícito: a) que à lesão dos interesses do particular corresponda a violação de uma norma legal; b) que a tutela dos interesses particulares figure entre os fins da norma violada; c) que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, *cit*., p. 451)

199 ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit*., p. 36. Podendo implicar simultaneamente responsabilidade contratual na eventualidade da existência de um pacto de confidencialidade, gerando um concurso de pretensões (NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit*., p. 71). Este Autor afirma que, na falta de outra resposta do sistema legal, a utilização de segredos de negócio constitui igualmente enriquecimento sem causa, havendo restituição do indevido ("Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit*., p. 252, e "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit*., p. 232).

200 A pós-eficácia do dever de sigilo não carece de expressa previsão normativa, sendo com base no princípio da boa fé, em relação com as circunstâncias de cada situação, que se haverá de estabelecer (ou não) a observância desse dever (JOÃO ZENHA MARTINS, Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, cit., p. 587). A fundamentação positiva dos deveres de boa fé pós-contratuais, na ausência de disposição expressa pode inferir-se, quer do artigo 239.º do CC, quer do artigo 762.º, n.º 2, do CC (v. supra nota 76).

201 Os deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais) não se confundem com os deveres do tráfego: os primeiros têm uma génese relativa (ocorrem entre dois polos predeterminados), os segundos correspondem a concretizações do dever geral de respeito; os primeiros beneficiam do regime geral das obrigações e, designadamente perante o incumprimento, dão azo à presunção de culpa/ilicitude do artigo 799.º, n.º 1, do CC, os segundos caem na responsabilidade aquiliana, exigindo, por parte do lesado, a prova da culpa (artigo 487.º, n.º 1, do CC) e, logo ilicitude; os primeiros podem dar azo a pretensões de cumprimento, os segundos têm finalidades indemnizatórias (MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", cit., p. 21, e Comentário ao artigos 406.º e 486.º do Código Civil, cit., pp. 121 e 423-425). Menezes Cordeiro defende atualmente que os deveres no tráfego têm natureza aquiliana, e não obrigacional, no entanto, nem sempre foi esta a sua posição, tendo defendido a natureza jurídico obrigacional dos deveres no tráfego, visto que se estaria perante a violação de deveres específicos (obrigações) e não genéricos (dever geral de respeito); com esta classificação, aplicar-se-ia o disposto no 799.º do CC, presumindo-se a culpa do obrigado. No entanto, e apesar de ter aderido à natureza aquiliana dos deveres no tráfego, posteriormente, a posição deste Autor não deixa de fazer uma ressalva significativa no que concerne à presunção de ilicitude-culpa, uma vez que constitui um toque "contratual", que poderia justificar uma terceira via na responsabilidade civil, depurada da paracontratualidade.

202 CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) 'acessórios' e o arrendamento", cit., p. 279.

203 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit., p. 996, "nomeadamente, sempre que o domínio de determinadas organizações de meios cujo controlo constitui título de imputação delitual, requeira cuidados específicos no trato de tipo negocial de modo a evitar danos nos interesses de integridade da contraparte".

204 Apesar do manifesto alargamento do âmbito da tutela conferida ao segredo de negócio relativamente a quem pode ser qualificado como infrator, não nos parece que se poderá considerar, em caso algum, que o ex-trabalhador se situa no mesmo plano fáctico que qualquer terceiro que não tenha tido contacto prévio com a empresa (LAURA MOTA, Dever de lealdade após a cessação do contrato de trabalho, cit., p. 197).

205 Pois os deveres não mudam de natureza com a conclusão do contrato (CARNEIRO DA FRADA, Contrato e Deveres de Protecção, cit., p. 274, nota 601).

206 Os deveres de proteção distinguem-se das normas de conduta (normas genéricas e não escritas, que concretizam a primeira modalidade de ilicitude do artigo 483.º do CC: deveres gerais de respeito oponíveis erga omnes), que conferem uma proteção delitual geral da propriedade e da pessoa, por visarem (os deveres acessórios de proteção) uma defesa de integridade individualizada no âmbito de uma relação social limitada e particularizada como é o contrato (de trabalho). Estes intencionam a direção e controlo de riscos de modo a garantir uma adequada execução da relação contratual, ao passo que as normas de conduta são talhadas, antes de tudo, pela função específica de garantir as bases da convivência geral (*vide* CARNEIRO DA FRADA, Contrato e Deveres de Protecção, cit., pp. 168-169).

207 CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., p. 848: "*pode dizer-se que aí onde não há nenhuma forma de inter-relacionamento entre os sujeitos, a ordem jurídica se contenta apenas com a necessidade de um conduta que não ultrapasse as fronteiras básicas e gerais que ergue à actividade humana, mas afina as exigências de comportamento logo que os sujeitos constroem entre eles relações específicas, pois a estas correspondem também vínculos especiais*". A boa fé tem sido utilizada para se reconhecer a existência de uma relação jurídica especial e, em seguida, regular os direitos e os deveres no interior dessa mesma relação. Face ao direito português, além do exemplo quase indiscutível da *culpa in contrahendo*, é com recurso ao princípio da boa fé que podemos fundamentar outras figuras de relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, cujo reconhecimento,

na medida em que basta não assumir aquela posição contratual.

Os danos decorrentes da violação de deveres de proteção não podem ser valorados de forma idêntica aos danos ocasionados pelos contactos gerais que em sociedade se estabelecem entre os diversos membros que a integram. Deve, assim, configurar-se uma tutela reforçada pela *terceira via* da responsabilidade civil, com fundamento num argumento axiológico[208], baseado em exigências acrescidas do princípio da boa-fé[209]. Esta *terceira via* cumpre uma função de alargamento da proteção da esfera jurídica, concretizado na aplicação dos artigos 799.º[210] e 800.º, ambos do CC, criando uma zona de especial proteção no envolvimento do contrato (responsabilização acrescida a coberto do contacto negocial[211], ou seja, mais rigorosa no campo das relações particulares)[212].

A tudo isto acresce que a presente violação do dever de sigilo (pós-contratual) pelo ex-trabalhador, enquanto dever de proteção, coloca a possibilidade (complexa) do concurso de responsabilidades, na medida em que pode preencher, como *supra* referido, simultaneamente um ilícito extracontratual delitual[213] (violação de normas de proteção – artigo 483.º, n.º1, 2.ª parte, do CC e artigo 347.º do CPI). Há, assim, vários fundamentos para uma só pretensão indemnizatória[214].

segundo SINDE MONTEIRO, parece imperioso ("Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude", cit., p. 480): "*esta é uma função legítima do princípio da boa fé e nem sequer existe um numerus clausus para este moderno tipo de relações obrigacionais, situadas a meio caminho entre o contrato e o deleito, que no direito português poderemos desenvolver praeter legem a partir da regulação do art. 227.º CC*". Este Autor, referindo-se à figura da "ligação corrente de negócios", de onde nasce *ex lege* uma relação obrigacional especial, não originando na verdade deveres de prestação, mas gerando deveres de proteção, como é o dever de segredo, propende a ver esta figura mais próxima de uma relação contratual para efeitos do ónus da prova da culpa (ibidem, pp. 515 ss.). V. supra nota 68. Quanto a esta figura, realçando os pontos de contacto com as relações duradouras, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 574 ss. Veja-se, ainda, BAPTISTA MACHADO, "Tutela da confiança e venire contra factum proprium", cit., p. 362.

208 NUNO PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", cit., p. 254: "*a tendência para a diferenciação dos tipos de deveres e de tipos de responsabilidade corresponde a um fenómeno comum de desenvolvimento dos sistemas de direito civil. O facto de a diferenciação estar ou não codificada é (quase) irrelevante*". Por outro lado, nada no Código Civil aponta para a consagração de um *numerus clausus* dos fundamentos e das modalidades da responsabilidade civil (CARNEIRO DA FRADA, "A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – balanço e perspectivas", cit., p. 306).

209 O princípio da boa-fé enforma todo o direito das obrigações, autêntica e primordial regra de atuação (BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, p. 528, refere mesmo a boa-fé como princípio suprapositivo e, como tal, capaz de impor restrições à aplicabilidade das próprias normas legisladas). Por conseguinte, a boa-fé tem, não só uma função reguladora da execução contratual, mas também uma função fundamentadora de deveres jurídicos (CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 437). Por outro lado, com a constituição do vínculo, as partes transplantaram-se para a esfera da intersubjetividade normativa e, neste plano, acham-se sempre vinculadas pelo critério do razoável (BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, p. 480). Este último Autor salienta a dupla função do critério do razoável: por um lado, funciona como critério justificativo de uma conduta que, de outro modo, seria ilegítima; por outro lado, funciona negativamente como limite (proibição da conduta abertamente irrazoável), demarcando a fronteira a partir da qual uma conduta em princípio legitimada por uma liberdade, direito ou poder, passa a ser ilegítima. Nestes termos, a função do dito critério normativo, "*ao mesmo tempo que limitadora de poderes ou liberdades (..), é fundamentadora de deveres*" (p. 468, nota 24). Grosso modo, nas relações comuns exige-se o homem razoável, enquanto nas relações particulares ou interpessoais se exige o homem razoável e de boa-fé (p. 465). Sendo que a necessidade de atuar de acordo com a boa-fé é mais exigente, em regra, num vínculo obrigacional de duração indeterminada, como é, por norma, o contrato de trabalho.

210 Repare-se que, quanto à aplicação da presunção do artigo 799.º, n.º 1, do CC em caso de violação de deveres de proteção, se chegaria à mesma solução se, ao invés de aderir à *terceira via* da responsabilidade, se entenda que está em causa uma situação de responsabilidade contratual. Isto é, inserindo a *culpa post pactum finitum* no âmbito de relevância da responsabilidade contratual (*supra* nota 76) – o mesmo não se diga quanto ao prazo de prescrição. *Vide* C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 410; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 415; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, *cit.*, p. 93.

211 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 258 ss; BAPTISTA MACHADO, "A cláusula do razoável", *cit.*, pp. 566, 579. Este último autor faz mesmo referência a um "*dever de justiça*" (dever de solidariedade assumida): "*porque, embora não seja diretamente um «debitum legale», a sua violação implica desrespeito pela pessoa do outro e, quando sistemática, tornaria inviável a ordem de convivência cooperativa (ou de coordenação das acções) que o direito tem de instituir*" (p. 576, n. 169).

212 Realce-se que, NUNO SOUSA E SILVA, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 256, dando conta da dificuldade de prova da culpa no âmbito dos segredos de negócio, chegou a afirmar, no âmbito do anterior CPI, que "*faria sentido estabelecer (de iure constituendo) uma inversão do ónus da prova*".

213 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 181, nota 375.

214 V. *supra* nota 51.

3.2. Distribuição do ónus da prova

3.2.1. Presunção legal (799.º/1 CC)

Nos termos gerais, o critério que o legislador adotou para solucionar a questão da repartição do ónus da prova entre litigantes é o seguinte: tratando-se de *factos constitutivos* do direito invocado pelo autor, quer esses factos sejam positivos, quer sejam negativos, é ao requerente que compete fazer a sua prova (artigo 342.º, n.º 1, do CC); de igual modo, tratando-se de *factos impeditivos, modificativos* ou *extintivos* do direito do autor, quer eles sejam positivos, quer sejam negativos, é ao réu que cabe fazer a prova da sua verificação (artigo 342.º, n.º 2, do CC)[215]. O legislador procurou fixar um princípio geral sobre toda a matéria do ónus da prova apelando para a *natureza funcional dos factos* perante o direito alegado pelo autor.

O critério de distribuição tem por base a relação jurídica material subjacente à relação processual, independentemente da posição da parte nesta. Pelo que é à luz do direito substantivo aplicável que deve operar-se a distinção entre os factos *constitutivos* da pretensão, de um lado, e os factos *impeditivos, modificativos* ou *extintivos* dela, do outro. A natureza dos factos apenas pode ser identificada numa ação em concreto, em virtude do direito aí invocado, e nunca em abstrato com base na posição de autor ou de réu.

Contudo, a classificação dos factos pode revelar-se difícil. Se, na prática, a classificação dos factos *constitutivos* ou *extintivos* do direito invocado pelo autor não suscita grandes dificuldades na generalidade dos casos, a mesma facilidade não se encontra na destrinça entre factos *constitutivos* e os *factos impeditivos* do direito[216].

Como critério auxiliar nesta matéria destaca-se a teoria da norma, da autoria de ROSENBERG, a qual assenta na estrutura da norma: a repartição do ónus da prova entre as partes tem que processar-se de harmonia com a *previsão* (geral e abstrata) traçada na norma jurídica que serve de fundamento à pretensão de cada uma delas. Isto significa que é fundamental qualificar dentro do âmbito jurídico aplicável ao caso concreto, diferentes classes de normas que se relacionam entre si como *regra* e *exceção*, norma e contra-norma, cada uma delas aproveitando as diferentes partes do litígio, sendo o ónus da prova distribuído em conformidade[217].
Por conseguinte, o autor terá o ónus de provar os factos (*constitutivos*) correspondentes à situação de facto traçada na norma substantiva em que funda a sua pretensão. Isto é, que os factos integrantes da previsão daquela norma (pressupostos da norma que lhe são favoráveis) se verificam no caso concreto litigado. Feita a prova desses factos constitutivos pelo autor – pois é efetivamente o autor quem tem de demonstrar a veracidade ou exatidão desses factos, desde que eles sejam impugnados[218] –, incumbirá ao réu, por sua vez, a prova dos factos *impeditivos, modificativos* ou *extintivos* da pretensão da contraparte, determinados de acordo com a norma em que assenta a exceção por ele invocada[219]. As normas que constituam fundamento de exceção ao direito invocado contêm na sua previsão os factos *impeditivos, modificativos* ou *extintivos* do direito, pelo que aí se identificarão os factos cujo ónus da prova cabe ao réu.

Se, na responsabilidade extracontratual, o lesado arca, em regra, com a prova de todos os elementos, objetivos e subjetivos, que fundamentam o seu direito indemnizatório (isto é, os factos *constitutivos* da sua pretensão indemnizatória: facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade), já na responsabilidade obrigacional a relação de proximidade entre o credor e devedor faz repartir de modo mais equilibrado o ónus probatório[220]. Pois, ao contrário da responsabilidade aquiliana, na qual o primeiro ponto de contacto entre o lesante e lesado é o facto ilícito e culposo, na responsabilidade obrigacional está em causa um dano ocorrido no âmbito de uma relação preexistente, ou seja, o *ponto de partida* é, em regra, um *contrato*. É do contrato que nasce o dever que é incumprido (ou cumprido defeituosamente), um *dever especial*.

O problema da repartição do ónus da prova no âmbito da responsabilidade civil obrigacional tem sido tratado de diversas formas pela doutrina, havendo abordagens da mais variada índole, o que resulta numa inevitável flutuação terminológica e sistemática[221]. Desde logo, em relação ao pressuposto da ilicitude (desconformidade injustificada ente a prestação devida e a conduta observada pelo devedor).

A violação de deveres de conduta é, frequentemente, apresentada como forma de cumprimento defeituoso (violação contratual positiva)[222]. Deste modo, em termos gerais, há um relativo consenso quanto ao facto de caber ao credor (ex-empregador) a prova do cumprimento defeituoso (inexatidão qualitativa da prestação realizada tendo em conta o programa obrigacional acordado): "*caberá ao credor, isto é, ao lesado, demonstrar ter ocorrido a violação objetiva dum dever, ou seja, a contrariedade objetiva do comportamento danoso ao direito do credor e o devedor terá o encargo de provar a ausência de culpa*"[223]. No entanto, mesmo que se entenda

215 Em termos de conteúdo, corresponde à regra contida no artigo 414.º do Código de Processo Civil.

216 ANTUNES VARELA, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1981", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117, pp. 26 ss.

217 RITA LYNCE DE FARIA, Comentários aos artigos 341.º a 351.º CC, in *Comentário ao Código Civil*, Parte Geral, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 813; ANTUNES VARELA, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1981", *cit.*, pp. 30 ss.

218 Ao réu bastará para se defender o preenchimento do ónus de impugnar especificamente os factos constitutivos do direito, não lhe sendo necessário provar que eles não se verificaram. O autor é que tem, desde que eles sejam especificamente impugnados, o ónus de os provar. Por outro lado, o juiz não pode aplicar, no silogismo judiciário subjacente à decisão, a norma que serve de apoio à pretensão formulada pelo autor, quer quando positivamente se convença da inexistência dos factos correspondentes à previsão abstrata dessa norma, quer quando (em face de todo o material probatório recolhido na ação) fique em dúvida acerca da existência deles (ANTUNES VARELA, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1981", *cit.*, p. 30, n. 2)

219 Note-se, porém, que a ideia de que o réu (abstraindo do ónus da impugnação especificada) só tem de preocupar-se com a prova dos factos *impeditivos, modificativos* ou *extintivos* do direito do autor depois de estes ter feito prova dos factos constitutivos pouco lhe aproveita na prática, porque a mais das vezes o réu só vem a saber se a contraparte conseguiu ou não a prova desses factos depois de concluída a instrução e discussão da causa e de efetuado o julgamento da matéria de facto (ANTUNES VARELA, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1981", *cit.*, p. 346).

220 BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, p. 227.

221 Para uma abordagem geral, veja-se MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, *Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, cit.*, pp. 1107 ss.

222 MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, *cit.*, p. 1103; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 192, nota 394, e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit.*, p. 854, nota 952; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, p. 355; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 410 e 419; C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 405; MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 16; Ac. do STJ de 28/6/2011 (Moreira Alves).

223 C. A. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual, cit.*, p. 410.

que o caso em concreto – violação de um dever acessório de conduta (dever de proteção) – se enquadra antes nas situações de *incumprimento definitivo*, nomeadamente nas prestações de facto negativo – uma vez que, para que a pretensão indemnizatória do autor se constitua é necessário que ocorram factos distintos dos que levaram à constituição do vínculo obrigacional, pois o seu incumprimento pressupõe a adoção de um conduta positiva pelo devedor, por oposição à abstenção devida –, também aqui há um relativo consenso no sentido de caber ao credor (ex-empregador) a prova do incumprimento, cabendo ao devedor (ex-trabalhador) provar eventuais causas justificativas[224].

A fixação de presunções repercute-se na distribuição do ónus da prova, significando a sua inversão: aquele a quem caberia, nos termos gerais, provar certo facto, fica dispensado de o fazer, recaindo sobre outro sujeito o ónus de provar o facto contrário. Ao conhecimento de um determinado facto (facto-base), associa a lei um outro que, apesar de desconhecido, se dá como assente como consequência da prova do primeiro (facto presumido). A esta presunção encontram-se subjacentes regras de probabilidade e da experiência que fazem associar o facto desconhecido ao facto conhecido. Existe, por conseguinte, um nexo lógico entre o facto-base e o facto presumido. A relevância desta prova ressalta, sobretudo, nas situações de grande dificuldade na prova direta de alguns factos (como será a maioria das situações enquadráveis na pós-contratualidade) que, de outro modo, poderiam ficar por provar. Deste modo, subjacente à presunção encontra-se a possibilidade de uma prova indiciária ou indireta, ao permitir que o juiz conheça o facto através de outro facto. A presunção, ao criar no espírito do julgador a convicção racional de que o facto presumido ocorreu, permite dá-lo como provado[225].

A inversão probatória operada pelas presunções legais (artigos 349.º e 350.º, n.º 1, do CC) ocorre na medida em que a parte onerada pelo ónus da prova, nos termos gerais, se possa limitar a provar o facto base da presunção, ficando desonerada da prova do facto presumido. Estabelecida a certeza quanto a tais factos (cujo ónus recai sobre o autor), o Direito considera verificado um facto desconhecido, até que seja provado (pelo demandado) o contrário desse facto (ou afastada a certeza quanto à factualidade que está na base da presunção). Será à contraparte que caberá o ónus da prova do contrafacto presumido, o que corresponderá à ilisão da presunção – presunções ilidíveis (*iuris tantum*).

Neste caso, a inversão do *onus probandi* é derivada[226]/[227] , na medida em que apenas ocorre mediante prova pelo empregador, enquanto demandante, dos factos instrumentais que integram o fundamento factual da presunção[228]. E dado que esta demonstração da base da presunção pode ser muito difícil, as provas indiretas ou indiciárias da sua ocorrência, alicerçadas nas regras da experiência, são aqui bastante pertinentes. Com efeito, o insucesso probatório de tais factos é um risco alocado ao próprio empregador, enquanto demandante. Mas, uma vez provada a base da presunção, o risco da improcedência deixa de correr por conta deste, passando o ex-trabalhador, como réu, a assumir o risco de procedência da causa[229].

A título de exemplo imagine-se a seguinte situação: um trabalhador, derivado do desempenho da sua função, tinha acesso a determinado método ou técnica de produção (configurando a mesma, nos termos do artigo 313.º do CPI, um segredo de negócio); meses após a cessação do seu contrato de trabalho, esse mesmo trabalhador começa a laborar para um concorrente direto do, então, agora ex-empregador; pouco tempo depois, este novo empregador (concorrente direto do anterior) começa a utilizar, na sua produção, aquele específico método ou técnica.

Ora, numa situação como esta, ao ex-empregador (demandante) basta, como forma de provar o facto base da presunção do artigo 799.º, n.º 1, do CC, (alegar e) provar: que aquele ex-trabalhador laborou durante anos para si[230]; devido ao desempenho das suas funções teve acesso a um específico método ou técnica de produção, que só um número restrito de funcionários tinha conhecimento; que este específico método ou técnica de produção configura, nos termos do artigo 313.º do CPI, um segredo de negócio, e, consequentemente, encontra-se abrangida por um dever de sigilo [artigo 128.º, n.º1, al. *f*), do CT], com eficácia pós-contratual; que meses após a cessação do contrato de trabalho, aquele ex-trabalhador foi recrutado por uma empresa concorrente direta; que meses após aquele ex-trabalhador começar a laborar, esta empresa concorrente começou utilizar na sua produção aquele específico método ou técnica, o que até aquele momento não tinha feito; e que, consequentemente, aquele ex-trabalhador violou (ilicitude) o dever de sigilo pós-eficaz que sobre si impendia, derivado do contrato de trabalho, já cessado, celebrado com o autor.

Todavia, não se poderá dizer que o demandante, ao provar a base da presunção do 799.º/1, fica, em absoluto, dispensado de provar (1) a exigibilidade do dever acessório pós-contratual imposto pela boa-fé, (2) a razoabilidade da sua pós-eficácia e (3) o incumprimento (ou o cumprimento defeituoso), ou seja, a ilicitude[231], ou seja, a ilicitude. C*om efeito, os factos instrumentais que integram a*

224 MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, Comentário ao artigo 798.º do Código Civil, *cit.*, p. 1108; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, pp. 626-627 (recorrendo à figura das obrigações negativas). As divergências doutrinais mais acentuadas surgem no âmbito das obrigações de prestação de facto positivo, por força das contribuições da doutrina que faz apelo à distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado. Sem esquecer as posições doutrinárias que defendem que a presunção do artigo 799.º, n.º 1, do CC não se limita a ser uma presunção de culpa, mas abrange também os pressupostos da ilicitude e do nexo de causalidade entre o facto e o dano (v. *supra* nota 173).

225 LEBRE DE FREITAS, *Ação Declarativa Comum à luz Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª Ed., Coimbra editora, Coimbra, 2013, p. 208: "*a presunção legal apela sempre a regras da experiência que, atendido o elevado grau de probabilidade ou verosimilhança da ligação concreta entre o facto que constitui base da presunção e o facto presumido, permitem dar este por assente quando o primeiro é provado*".

226 Seguimos aqui a exposição de CARNEIRO DA FRADA/DIOGO COSTA GONÇALVES, "Diligências de prova do cumprimento das obrigações da concessionária em Acidentes de Viação ocorridos em auto-estradas", in *Responsabilidade civil, cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil, Juspodivm*, 2017, pp. 191 ss., suportando-se na doutrina de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Análise lógico-jurídica da decisão de improcedência – Uma reflexão sobre a *evidentiary defeasibility* e a dupla ordem jurídica", 2014 (disponível em <https://www.academia.edu/6324516>).

227 Por contraponto ao que sucede na inversão originária. Nesta a inversão do ónus opera sem que aquele a quem a inversão aproveita seja onerado com qualquer esforço. O facto desconhecido é firmado pelo Direito, sem que aquele a quem aproveita tenha realizado qualquer diligência probatória. Um dos exemplos será, porventura, o do artigo 1260.º, n.º 2, do CC.

228 RITA LYNCE DE FARIA, Comentários aos artigos 341.º a 351.º CC, *cit.*, p. 824: "*a presunção não constitui um verdadeiro meio de prova uma vez que será necessário recorrer a outros meios para que fique demonstrado o facto base da presunção*".

229 Para CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, pp. 190-191, "*a inversão do ónus da prova esconde, na verdade, um esvaziamento do princípio da culpa em favor de uma quase-responsabilidade pelo risco*".

230 Inevitavelmente o fator tempo tem influência na intensidade dos deveres (SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 515, nota 216).

231 O incumprimento deve entender-se como uma categoria ampla (MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, p. 416).

232 O ónus da demonstração da existência de um dever acessório de conduta, com eficácia pós-contratual, cabe a quem dele se queira prevalecer (v. *supra* nota 62). MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/IV, *cit.*, p. 93: "*no tocante*

base da presunção concorrem para a prova da violação daquele dever de sigilo com eficácia pós-contratual[232]. Estes factos instrumentais podem não permitir, por si só, provar de forma completa o incumprimento: podem não representar indícios suficientemente seguros que possibilitem, segundo as regras de experiência, dar como demonstrada a violação do dever de sigilo pelo ex-trabalhador. Mas integram, sem dúvida, o esforço probatório exigido ao demandante[233].

Por outras palavras, e independentemente de se concordar ou não com as posições doutrinárias que defendem a resolução dos problemas da distribuição do ónus da prova mediante a simples subsunção das concretas relações obrigacionais entre as categorias de obrigações de meios e obrigações de resultado[234], parece-nos que o ex-empregador terá sempre de demonstrar a ilicitude, ou seja, o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever de sigilo com eficácia pós-contratual, nem que seja através de uma prova indiciária, de modo a demonstrar a base da presunção[235].

Perante tais factos, o ex-trabalhador, enquanto demandado, poderá afastar a certeza quanto à factualidade que está na base da presunção, tornando duvidosos os factos que indiciam o incumprimento ou o cumprimento defeituoso do dever post pactum finitum (por exemplo, que foi um terceiro, e não ele, quem divulgou aquele segredo de negócio ao seu atual empregador ou que este último o adquiriu de forma lícita). Deste modo, poderá fazer a contraprova da base da presunção, cujo equilíbrio probatório exige que também possa ser provado de modo indiciário, através dos factos («indícios suŁcientes») que tornem manifestamente improcedente a *probabilis conjectura*. Se não o conseguir fazer, presume-se um facto que era desconhecido: o não cumprimento é imputável ao devedor, por ter sido causado com culpa[236] (presume-se que foi ele que deu a conhecer culposamente aquele segredo de negócio ao seu atual empregador – concorrente direto do demandante). Presumido(s) este(s) facto(s) [ilicitude-culpa-causalidade constitutiva], o ex-trabalhador (demandado) terá de provar, positivamente, o contrário desse(s) facto(s) presumido(s): fica com o encargo de demonstrar que o não cumprimento tem uma justificação jurídica ou não foi causado por si, ou de que foi causado sem culpa sua; aqui já não pode ser por prova indiciária (a não ser que se demonstrem «fortes indícios»), mas pode ser através de qualquer meio de prova (direita ou indireta), pois, as presunções legais (como é o caso do artigo 799.º, n.º 1, do CC) possuem, como regra, força probatória plena, sendo necessária a prova da certeza da existência do facto contrário (do facto presumido ou do nexo lógico subjacente: debilidade da máxima da experiência) para a afastar (artigos 347.º e 350.º, n.º 2, do CC). Pelo que não basta ao ex-trabalhador limitar-se a colocar em dúvida o valor da conclusão presuntiva, ou seja, tornar o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever *post pactum finitum* meramente incerto: não bastando que o julgador acabe por duvidar da realidade desse facto, não sabendo se ele se verificou ou não (artigo 346.º do CC), é preciso que se crie no seu espírito uma *convicção* contrária, que o leve a concluir que o facto presumido afinal não se verificou ou que se verificou um outro com ele incompatível. Então, se o ex-trabalhador (réu) fizer prova do contrário, poderá, depois, o ex-empregador (demandante) colocar em dúvida esse cumprimento, ou justificação, ou exculpação,

ao aspecto primordial da prova da existência [do dever lateral ou acessório]: *o credor deve demonstrar a ocorrência de pós-eficácia – artigo 342.º/1; feita tal demonstração, cabe ao devedor provar a sua extinção, nomeadamente pelo cumprimento - artigo 342.º/2 -, ou, se ele violar o direito, que não fez com culpa – artigo 797.º/1*".

233 CARNEIRO DA FRADA/DIOGO COSTA GONÇALVES, "Diligências de prova do cumprimento das obrigações da concessionária em Acidentes de Viação ocorridos em auto-estradas", *cit.*, p. 194.

234 Distinguindo, semelhantemente ao que ocorre nas obrigações, entre deveres de resultado e os deveres de meios ou de mera diligência, CARNEIRO DA FRADA, Direito Civil, *Responsabilidade Civil: o método do caso, cit.*, pp. 81-82. Para este Autor, quanto a estes últimos, "*requer-se que o lesado identifique e demonstre a diligência exigível. A não demonstração do resultado a que a adstrição de meio ia endereçada não justifica de modo algum a presunção (legal) de que a causa do dano sofrido tem origem num comportamento do sujeito (vinculado) contrário a ela*". Contudo – e independentemente de se concordar com esta dicotomia (no sentido que deve ser afastada a sua absolutização e dogmatização, assim como a resolução dos problemas da distribuição do ónus da prova mediante a simples subsunção das concretas relações obrigacionais numa dessas categorias, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, cit.*, p. 227; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, pp. 32-42) –, parece-nos que o dever de sigilo pós-contratual, nomeadamente quanto a segredos de negócio, é um dever de resultado (a preservação de danos da integridade): "*oferece-se com toda a nitidez o verdadeiro alcance da admissão da inversão do ónus da prova da culpa na violação dos deveres de proteção da integridade, sobretudo quando estes são entendidos ou formulados como deveres de resultado*", CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 194. A diferenciação entre deveres de meios e de resultado (*ainda que não tendo por objeto prestações propriamente ditas e não sejam, assim, consubstanciadores de obrigações em sentido próprio*) traça-se, não pelo escopo, mas pelo teor do dever (CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o método do caso, cit.*, p. 82).

235 Em termos gerais, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência, é ao credor que cabe a prova do nexo de causalidade entre o incumprimento da obrigação ou cumprimento defeituoso e o dano. Em sentido contrário, defendendo que o artigo 799.º, n.º 1, interpretado em conjugação com os artigos 487.º e 563.º, todos do CC, conduz a uma presunção de culpa e de causalidade preenchedora dos danos (não se presumindo a ilicitude), em geral, para todas as obrigações, no que toca aos danos em valor equivalente ao valor da prestação incumprida, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, p. 628 (de forma simplificada, podemos dizer que a *causalidade fundamentadora* diz respeito ao *Tatbstand* da norma que fundamenta a responsabilidade; a *causalidade de preenchimento* diz respeito à ligação entre a conduta ilícita e lesiva e o dano). V. *supra*, nota 173. Contudo, recentemente, Menezes Cordeiro não deixou de afirmar que, enquanto na responsabilidade contratual, o inadimplemento da prestação principal é, lógica e normativamente, imputado ao devedor faltoso, abrangendo a causalidade, desde logo, o valor dessa prestação, ou seja, fica envolvida na "presunção de culpa" do 799.º, n.º 1, do CC (uma vez que o juízo de culpa é absorvido pelo da ilicitude, decorrendo este do simples facto do não-cumprimento, e sendo o 563.º delimitado pelo 799.º/1, a presunção de ilicitude-culpa tem, anexa, um juízo de causalidade: a adequação cede, aqui, perante a causalidade normativa), já a inobservância dos deveres acessórios "obriga" o lesado a explicar a situação, a provar os danos daí decorrentes e os factos suscetíveis de alicerçar um juízo de causalidade: "*parece claro que quer os danos, quer o nexo causal não são automaticamente redutíveis à violação da prestação principal*" ("Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 46). O Autor entende que a solução deve ser procurada na causalidade normativa, agora temperada pela adequação – "*a causalidade juridicamente relevante verifica-se em relação aos danos causados pelo facto, em termos de conditio sine qua non, nos bens tutelados pela norma jurídica violada*" (p. 30) – pelo que há que verificar quais são os bens jurídicos tutelados pelos deveres acessórios violados (p. 38), ou seja, até onde vão os interesses tutelados pelos deveres acessórios e em que medida era "provável" o círculo de danos propiciado pela inexecução (*Código Civil Comentado*, II, *Das Obrigações em Geral, cit.*, pp. 570-571, 999, 1023, 1024-1025).

236 NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos, cit.*, p. 443.

237 RITA LYNCE DE FARIA, Comentários aos artigos 341.º a 351.º CC, *cit.*, p. 811: "*Daí que as regras sobre o ónus da prova sejam mais regras de decisão do que regras de distribuição de prova propriamente ditas*". Por outro lado, não se esqueça que a prova, "*não se trata de uma certeza absoluta acerca da realidade dos factos, que nunca seria alcançável, mas de um grau de convicção suficiente para as exigências da vida*" (p. 810). A prova tem, atenta a inelutável precaridade dos meios de conhecimento da realidade, de contentar-se com certo grau de probabilidade do facto: a probabilidade bastante, em face das circunstâncias concretas da espécie,

através da contraprova (artigo 346.º do CC).

À inversão (do ónus da prova) derivada preside a intenção de proceder a uma repartição do esforço probatório e do consequente risco de insucesso da ação. Permite atenuar a rigidez resultante da abstração da regra geral, introduzindo desse modo uma maior equidade de distribuição do ónus da prova. «Ter o ónus da prova» significa, sobretudo, determinar qual a parte que suporta a falta de prova de determinado facto, mais do que qual a parte que tem de efetuar a prova de determinado facto[237]. Porém, não deixa de existir uma repartição do ónus da prova entre demandante e demandado: ao demandante (ex-empregador) cabe provar a base factual da presunção e ao demandado (ex-trabalhador) a inexistência do facto desconhecido firmado pelo Direito[238]. Logo, ambas as partes podem ter sucesso no esforço probatório que lhes é exigido: nesses casos, o Tribunal dará por provado, quer os factos que fundamentam a inversão, quer o facto contrário ao facto desconhecido/presumido, que a inversão postula.

3.2.2. Normas de Proteção.

Contudo, mesmo que se entenda que a aplicação do regime da *terceira via* da responsabilidade civil, ou da responsabilidade contratual, não têm aqui cabimento, devendo esta matéria ser tratada exclusivamente pela responsabilidade delitual, por violação de normas de proteção[239] (segunda modalidade de ilicitude), importa, quanto ao ónus da prova da culpa, referir a existência de duas grandes posições na doutrina, qualquer uma delas a apontar para uma alteração à regra geral da prova da culpa pelo lesado (artigo 487.º, n.º 1, do CC): os que defendem a existência de uma verdadeira inversão do *onus probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples[240].

Seguindo ADELAIDE MENEZES LEITÃO, tudo depende da forma como a norma de proteção descreve o ilícito, como de ação ou de resultado, ou como de perigo abstrato ou de perigo concreto. Assim, "*se se tratar de um ilícito de conduta, a acção recortada pela norma implica que do facto conhecido – a violação da norma – se infira o facto desconhecido – a culpa do agente. Assim, será materialmente justificada*

---

para convencer o julgador da verificação ou realidade do facto. O contrário, *i.e.*, a exigência de uma certeza absoluta, comportaria que a atividade jurisdicional saldar-se-ia por uma constante e intolerável denegação da justiça (ANTUNES VARELA, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 1981", *cit.*, p. 339).

238 RITA LYNCE DE FARIA, Comentários aos artigos 341.º a 351.º CC, *cit.*, p. 817: "*Em rigor, pode afirmar-se que as presunções legais não operam uma verdadeira inversão do ónus da prova. O que ocorre é uma deslocação do ónus da prova para um facto tendencialmente mais fácil de demonstrar. Mas o ónus da prova mantém-se na parte inicialmente onerada. Apenas em parte existe uma inversão, relativamente ao facto presumido*".

239 Para RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 1041, as disposições de proteção representam deveres no tráfego normativizados (positivados), que se individualizam por demarcarem esferas de responsabilidade fixas, combinando vários pontos de vista que convergem na delimitação do seu âmbito específico de aplicação. Visam defender apenas alguns face a perigos dominados por círculos determinados ou determináveis de outros sujeitos que ocupam certos espaços circunscritos do tráfego geral e nos quais desempenham específicas competências sociais ("Acidente de viação em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p 175). Também neste sentido, PEDRO BAPTISTA LIMA, "A Causalidade virtual e o comportamento lícito alternativo na responsabilidade civil aquiliana – uma perspetiva integrada", *Revista de Direito Civil*, n.º 4, 2017, pp. 1000 e 1003. Pelo que, para RUI MASCARENHAS ATAÍDE, "*com respeito às normas de proteção, os deveres no tráfego servem para operacionalizar a sua concretização. Atendendo às características típicas das regras legais, estas disposições limitam-se a fixar a medida de segurança genérica e abstractamente devida, pelo que a sua concretização carece de um procedimento que viabilize a respectiva aplicação (...) são precisamente os deveres no tráfego que vêm cumprir essa função (...) por isso se afirmou que os deveres no tráfego têm cariz forçosamente judicial*". Apontando para a criação dos deveres no tráfego os seguintes critérios: criação ou manutenção de um perigo; poder de controlo do perigo; utilidades propiciadas pela fonte do perigo e os custos com a sua eliminação ou condução; capacidade de autoprotecção dos lesados ("Os deveres no tráfego", *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, pp. 991 ss.). Já ADELAIDE MENEZES LEITÃO, entende que as normas de proteção só podem ter fonte legislativa. Afastando, deste modo, a criação jurisprudencial dos deveres do tráfego para proteção de interesses puramente patrimoniais, quando não exista fonte legal que os permita fundamentar, e a parificação entre normas de proteção e deveres do tráfego. Contudo, não deixa de referir que, embora as normas de proteção não estejam sujeitas a um rígido princípio de tipicidade, podem ser configuradas enquanto cláusulas gerais, pelo que os deveres do tráfego podem servir para sua explicitação ou concretização (*Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, pp. 637, 835 e 839).

240 *Vide* CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 201; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 170, n. 386 e 177-178 ("*se o legislador considerou pertinente a adoção de um dado comportamento cauteloso, pela proscrição do seu oposto (...) raros serão os casos em que, mesmo que atento o circunstancialismo concreto, se pode dizer que não houve culpa. Poder-se-á, portanto, falar de uma inversão do ónus da prova*"); BRANDÃO PROENÇA, "Balizas e Responsabilidade Civil", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 17, 2007, p. 39, nota 22 ("*presunção simples (...) considerando-se (...) indiciada a culpa naquela violação*"); SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, cit.*, p. 265, referindo a existência de uma diferença de estrutura entre as diferentes normas de proteção, que justificaria soluções diferenciadas em matéria de *onus probandi*, restringindo a sua análise às normas de proteção que visam prevenir perigos abstratos, considera haver uma analogia entre as questões de prova das normas de perigo abstrato e a responsabilidade obrigacional: seria tecnicamente defensável que a prova da inexistência de culpa incumbisse ao lesante. Sendo esta solução, aliás, compaginável com as restantes presunções legais dos artigos 491.º a 493.º do CC do ponto de vista sistemático e valorativo. Porém, não deixa de referir que neste ponto o direito da prova acompanharia a maior facilidade para o lesante de excluir a sua culpa em face das circunstâncias do caso concreto; e "Rudimentos da Responsabilidade Civil", *cit.*, p. 365 ("*a orientação dominante vai aliás no sentido de que, provada a infração, deve presumir-se a existência de culpa*"). Para PEDRO BAPTISTA LIMA, "A Causalidade virtual e o comportamento lícito alternativo na responsabilidade civil aquiliana – uma perspetiva integrada", *cit.*, p. 1006, nota 186, "*não bastará per si, a existência de uma norma de proteção para se afirmar uma presunção de culpa do lesante. Sendo necessário que a própria norma a preveja, ou que, a norma compartilhe a teologia dos artigos 491.º, 492.º e 493.º do CC, e, portanto, justifique a extensão das presunções legais aí previstas*". Por último, refira-se que corresponde à tradição da jurisprudência alemã inverter, na violação da norma de proteção, o ónus da prova da culpa e onerar o lesante com a prova da sua inexistência. As formulações para este efeito oscilam entre a prova prima facie e a verdadeira inversão do ónus da prova (*vide* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 729). Na jurisprudência nacional é predominantemente o entendimento "*que a prova de inobservância de leis ou regulamentos faz presumir culpa na produção dos danos dela decorrentes*" – Ac. do STJ de 8/09/2011 (Oliveira Vasconcelos).

241 *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 733. No entender da Autora, "*Se a norma de protecção não descreve um dever do tráfego, limitando-se a proibir um resultado, o ónus da prova da culpa incumbe ao lesado, com base no critério da diligência de um bom pai de família face às circunstâncias do caso (artigo 487.º, n.º 1), de forma idêntica à violação de direitos subjectivos. Se as normas de protecção, que visam a protecção de bens jurídicos protegidos enquanto direitos subjectivos, descreverem condutas objectivas para a sua protecção, através do estabelecimento de deveres do tráfego, também em relação a estas normas se promove uma alteração do ónus da prova. Não se trata de uma verdadeira inversão do ónus da prova, embora o critério estabelecido para aferir a ilicitude seja o mesmo que serve ao critério da culpa*" (p. 839). Sublinhe-se que, para esta Autora a ilicitude

a aplicação in casu dos artigos 349.º e 350.º do Código Civil e o afastamento do artigo 487.º, n.º 1, quando existe presunção legal de culpa, que não deve ser circunscrita aos casos específicos dos artigos 491.º, 492.º e 493.º, mas que pode ser entendida com carácter mais geral no domínio das normas de protecção"[241]. Embora esta autora não deixe de referir que não existe uma verdadeira inversão do ónus da prova, mas apenas um caso em que o lesado ao provar a ilicitude do ato está simultaneamente a provar a culpa ("*caso em que prova da ilicitude se confunde com a prova da culpa*").

Ora, pode-se considerar que no âmbito do regime de segredos de negócio estamos perante normas de conduta, especialmente o artigo 314.º do CPI, pois não atribui uma tutela absoluta, mas meramente valorativa quanto à forma de apropriação, dada a licitude de aquisição de segredos comerciais prevista no artigo 315.º do CPI. À semelhança da concorrência desleal que está orientada para a repressão de condutas que desvirtuam o normal funcionamento do mercado, o que significa que é essencialmente reprimida enquanto forma de atuação e não enquanto resultado[242].

Por conseguinte, pode-se questionar se não podemos chegar à seguinte conclusão: provando o ex-empregador (lesado) a violação da norma de proteção (artigo 314.º do CPI), isto é, a ilicitude, presume-se a culpa do ex-trabalhador (lesante)[243]. Com efeito, parece-nos que a realização no resultado lesivo do perigo que se queria prevenir indica a inobservância da referida norma de proteção e presume-se a falta do cuidado interno[244]. Ou, por outro lado, poder-se-á falar de uma inversão do ónus da prova, pois se o próprio legislador considerou pertinente a adoção de um dado comportamento, pela proscrição do seu oposto, raros serão os casos em que, mesmo que atento o circunstancialismo concreto, se pode dizer que não houve culpa[245]. Onerando, desta forma, o lesante com a prova da sua inexistência.

Porém, o mesmo se diga quanto à causalidade: "*se a conduta violou certa disposição de proteção e o evento subsequente verificado é uma instanciação do tipo de evento-prevenido cuja ocorrência a disposição pretendia prevenir, consuma-se a*

na violação de normas de proteção comporta-se como um pressuposto dominante em relação aos demais, em especial à culpa e ao nexo de causalidade: "*Esta função dominante da ilicitude contribui para que a culpa e o nexo de causalidade, na resolução de casos concretos, funcionem essencialmente como pressupostos negativos, assistindo-se a uma maior dificuldade em autonomizá-los da ilicitude sobre a qual vão incidir*" (p. 837).

242 PAULA COSTA E SILVA, "Meios de reacção à concorrência desleal", *cit.*, p. 114, esclarece que aquilo que não se permite através das regras da concorrência não é o desvio de clientela em si mesmo, mas sim que alguém utilize determinados procedimentos (conduta contrária às normas e usos honestos) para conseguir a expansão do seu volume de negócios: "*o desvalor não está no resultado que é o desvio, mas no desvio causado ou obtido através do emprego de determinadas condutas que se proíbem*". *Vide* MARIA PESTANA DE VASCONCELOS, "Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português", *cit.*, p. 188, nota 127. A repressão da concorrência desleal configura-se como a reação da lei contra a inobservância de um dever geral de proceder honesta e corretamente na luta mercantil: "*proibição de determinados comportamentos concorrenciais*", COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial, cit.*, p. 405.

243 Para PEDRO BAPTISTA LIMA, "A Causalidade virtual e o comportamento lícito alternativo na responsabilidade civil aquiliana – uma perspetiva integrada", *cit.*, p. 1003, nas normas de proteção deve o lesado provar que o resultado lesivo verificado proveio da fonte de perigo sob o controlo do vinculado, uma vez que é esta possibilidade de controlo do vinculado que assegurará a legitimidade de orientação e valoração de condutas.

244 ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 675: "*A conduta imposta por uma determinada norma de protecção refere-se ao designado "cuidado externo" (...) Em virtude de se entender que o lesado tem de provar a violação do cuidado externo integrado no tipo normativo, passou a presumir-se a violação do cuidado interno no caso em que o elemento normativo deu origem a uma norma de prevenção do perigo. De acordo com a jurisprudência* [germânica], *retira-se um comportamento culposo da violação do cuidado externo nos casos em que há uma violação primária da norma de protecção. Neste ponto, retrocede-se ao contexto de cuidado externo e de cuidado interno, dependendo da força da norma em causa podemos evoluir de uma situação de prova prima facie para uma situação de inversão do ónus da prova*".

245 MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Lições de Responsabilidade Civil, cit., pp. 170, nota 386 e 177-178.

246 JOÃO MARQUES MARTINS, *Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Extracontratual, Princípia, Cascais*, 2017, p. 43. *Vide* PEDRO BAPTISTA LIMA, "A Causalidade virtual e o comportamento lícito alternativo na responsabilidade civil aquiliana – uma perspetiva integrada", *cit.*, p. 1001: "*as normas de proteção só representam condutas que o legislador considerou potencialmente lesivas, e portanto, estamos perante normas de perigo (independentemente de se classificarem enquanto abstratas ou concretas), no sentido em que bastará ao lesado provar que o resultado lesivo proveio da fonte de perigo sob controlo do vinculado, para nascer a presunção que a violação da norma de proteção causou a produção do resultado lesivo*".

247 Em matéria de nexo de causalidade, a jurisprudência alemã vai no sentido da existência de uma presunção simples ou de facto entre a prova da violação da norma e o dano, com base na ideia que, se da violação de norma resultam danos do tipo que ela visa evitar, estará preenchida a conexão causal (*vide* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 737). Também a jurisprudência portuguesa, nas normas de perigo abstrato, tem recorrido a presunções judiciais do nexo de causalidade. *Vide* Ac. do STJ de 13/11/2003 (Ferreira Girão); SINDE MONTEIRO, "Seguro automóvel obrigatório. Direito de regresso, anot. ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (STJ) n.º 6/2002, de 28 de Maio", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 2, p. 52; RUI TORRES VOUGA, "A responsabilidade civil médica", in *Responsabilidade Civil Profissional* [em linha], Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017 [consultado em 10/11/2019], disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ResponsabilidadeProfissional.pdf, pp. 134 ss.

248 Para ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "O regime jurídico dos segredos comerciais no novo Código de Propriedade Industrial", *cit.*, p. 37, o nexo de causalidade entre a violação do segredo de negócio e o dano sofrido "*traduz uma imputação objetiva e concreta, não traduzindo apenas a idoneidade da conduta para produzir determinado resultado*". Como refere MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexo de causalidade", *cit.*, p. 30: "*Com efeito, a norma de proteção, ao contrário do direito subjetivo absoluto, apenas confere uma tutela limitada. Saber até onde vai essa tutela é, antes de mais, uma questão de interpretação da regra em causa: não uma questão de adequação abstrata – tanto mais, acrescentaríamos nós, que a adequação não comporta uma bitola material abstrata, de resto inexistente*".

249 ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais, cit.*, p. 739: "*Facilidades de prova são deslocações de responsabilidade. Por esta razão, têm que ser fundamentadas na sua área jurídica. Nesta função, inversões do ónus da prova e numerosos deveres do tráfego concordam. Esta consideração básica sugere o facto de aproveitar as razões do nascimento dos deveres do tráfego também para as considerações do ónus da prova, designadamente o aumento do risco, a possibilidade de domínio da fonte de perigo e de tirar dela vantagem*". Acrescenta, "*O domínio do facto surge como critério*

imputação desse evento à conduta (...) *dir-se-á que este juízo imputacional é fundado por uma presunção* (*judicial*) *de verificação do nexo causal*". Cabendo ao ex-trabalhador demonstrar "*a irrelevância do seu comportamento para a ocorrência do evento-prevenido*"[246]. Aliás, se uma norma de proteção procura reagir contra uma possibilidade de colocar em perigo típica e se, em violação dessa norma, ocorrer um prejuízo do género que a norma visa impedir, é de considerar, em primeira aparência, uma relação causal entre a violação da norma de proteção e o prejuízo[247]. De modo a que a violação em causa estabeleça de forma clara e de acordo com critérios de experiência de vida que aquele risco se havia de concretizar tipicamente naquela marcha de acontecimentos[248]/[249].

3.2.3. Teoria das esferas de risco.

Mesmo no âmbito do entendimento de que esta matéria deve ser tratada exclusivamente pela responsabilidade delitual (ou, por outro lado, se entenda que não se aplica a presunção legal do artigo 799.º do Código Civil), parece-nos que o regime da distribuição dos encargos probatórios se poderá fundamentar na teoria das esferas de risco[250], a qual propõe que se indague qual das partes, no caso concreto, está "em melhor posição", em função das circunstâncias, para suportar as consequências da falta de prova – repartição do ónus da prova segundo ou de acordo com zonas ou círculos de perigo[251].

Através da teoria das esferas de risco é possível praticar genuínas inversões do ónus da prova não cobertas por presunções legais de "culpa"[252], sempre que, à semelhança daquelas, a lesão tenha origem numa certa esfera de meios sob controlo de um determinado sujeito (ideia da "proximidade do dano")[253].

Trata-se de um imperativo de justiça *supra* positivo[254], que radica num estado de emergência probatória, atribuindo ao presumível lesante (ex-trabalhador) o ónus de identificar as *causas* do evento (*v.g.*, a forma lícita como o seu atual empregador – concorrente direto do anterior – teve acesso ao segredo de negócio daquele), porque, dominando os factos, tem o poder de influir sobre eles e, portanto, de adotar as medidas

---

importante em termos de prova jurídica, mas também o princípio da utilidade e do aumento de risco o são. O conteúdo de certos deveres do tráfego baseia-se num resultado devido pelo seu titular, ou numa medida de segurança que é de garantir. Neles, o ónus da prova da causalidade inverte-se (...) *Sem a inversão do ónus da prova da causalidade, que fundamenta a responsabilidade, a fixação dos objetivos nos "standards" destes tipos de deveres seriam inúteis*" (p. 740).

250 Com origem na doutrina alemã (pioneiramente PRÖLSS), que terá sido influenciada pelo pensamento das esferas ou da chamada teoria do risco. Com uma larga referência à sua aplicação na jurisprudência alemã, *vide* RIBEIRO DE FARIA, "Novamente a questão da prova na responsabilidade médica – reflexões em torno do Direito Alemão", in *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos, In Memoriam, U. Porto Editorial,* 2009, pp. 244 ss.: "*trata-se de um entendimento que o BGH chamou largas vezes à pedra para fundamentar quer a culpa na ofensa dos deveres de proteção ou violação contratual positiva, quer a atribuição da própria causalidade e em contradição ou ao arrepio do princípio geral da distribuição da prova.* (...) *é principio geralmente reconhecido na jurisprudência adoptar ou aceitar nas relações jurídicas de base contratual, delitual ou mesmo pré-contratual uma repartição do ónus da prova em função de zonas ou esferas de risco*". Noutra perspetiva, MAFALDA MIRANDA BARBOSA analisa a teoria das esferas de risco no âmbito do nexo de imputação objetivo e não propriamente ao nível do ónus da prova. Centra o seu es¬tudo da causalidade e/ou imputação normativa na "ação humana" e na valoração, em paralelo, das diferentes esferas de risco (avaliando as esferas do lesado, de terceiro ou do risco geral da vida), considerando a causalidade adequada como mero elemento do nexo de imputação objetiva, numa linha próxima do Direito Penal (*Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 249-297; "Ónus da prova da causalidade e a tentativa de compre¬ensão do problema à luz de um perspetiva imputacional – breves considerações", *Revista de Direito Civil,* Ano III, n.º 1, 2018, pp. 93-140).

251 Sublinhe-se que, segundo CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 197, a "*possibilidade de uma aplicação analógica do art. 799 nº 1 ao sector dos deveres de proteção atenta a ratio que a inspira, não haverá entretanto de diferir muito daquela que resulta da doutrina das esferas de risco*". Aliás, o Autor refere não haver diferença entre a adoção da teoria das esferas de risco e a inversão do ónus da prova como expressão do risco da prestação no cumprimento defeituoso (p. 200). Todavia, não deixa de referir "*a restritividade com que em geral se admite a inversão do ónus da prova no terreno delitual* (...) *talvez seja suficiente para afirmar que neste último campo* [deveres de proteção] *se aceitará com maior largueza o agravamento dos termos da responsabilidade por ofensa da integridade na direção de uma quase-responsabilidade pelo risco* (...) *teríamos, em suma, abertas as portas para um alargamento do princípio do risco* (*camuflado, como foi visto, pela presunção de culpa*) *no sector das relações particulares como o são os contratos*" (pp. 202-203).

252 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 883-885: "*abrindo, assim, caminho às necessárias equiparações de tratamento sempre que se verifique idêntica razão jurídica, procedimento que é metodologicamente legítimo uma vez que, ao contrário de um entendimento relativamente disseminado, as regras que consignam presunções de culpa não se revestem de carácter excecional*". Acresce, "*tanto podem ser teorizadas como regras especiais* (...) *como, preferencialmente, afloramentos de um princípio geral que determina a inversão do ónus probatório sempre que, à semelhança daquelas previsões legais, a lesão tenha origem numa certa esfera de meios sob controlo de um determinado sujeito, contanto que as presunções delituais sejam compreendidas não segundo considerações avulsas de tipo casuístico mas pela coordenação de sentido material que as liga e lhes dá unidade dogmática*".

253 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, "Acidente de viação em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários", *cit.*, p 174: "*a violação de normas de proteção já opera no interior de áreas de vinculação, isto é, campos em que certas pessoas, por dominarem determinados círculos de risco, estão adstritas a deveres específicos de conduta, pensados para obstar à realização desse potencial lesivo* (...) *as disposições de proteção criaram um novo arquétipo delitual, por força do qual se considera que os responsáveis por essas esferas de risco, porque conhecem e conduzem os respetivos processos internos, se torna mais fácil demonstrar que cumpriram de forma diligente esses deveres, do que aos lesados provarem o incumprimento culposo*". Acresce, "*as presunções aquilianas de culpa, na medida em que operam no seio de disposições de proteção, provocando a correspondente inversão do ónus da prova, estão materialmente justificadas*" (p. 176).

254 RIBEIRO DE FARIA, "*Novamente a questão da prova na responsabilidade médica – reflexões em torno do Direito Alemão*", *cit.*, pp. 284 ss., admite que a teoria as esferas de risco possa valer como princípio subjacente do nosso direito positivo, embora alerte para a delicadeza do procedimento à luz da disciplina rígida do art. 344.º CC. HUGO LUZ DOS SANTOS, "Plaidoyer por uma "distribuição dinâmica do ónus da prova" e pela 'teoria das esferas de risco' à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) "mundo novo" no *homebanking*?", *RED*, 2014, p. 25, defendendo a mobilização da teoria das esferas de risco, além do responsabilidade civil médica, cuja aplicação mais se cingiu, para o âmbito do Direito Bancário.

255 SINDE MONTEIRO, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 131, p. 112: "*no plano da política jurídica, parece acertado, até do ponto de vista da análise económica do direito, o agravamento do estatuto de responsabilidade daquele que domina a fonte de perigo*". Por exemplo, em casos de acidentes de viação em autoestrada causados pelo aparecimento de um animal ou outros objetos aí encontrados, a existência de uma clara esfera de domínio sobre a concessionária [quem detém o poder de facto sobre a coisa "autoestrada" (p. 378)] aconselha uma distribuição do ónus da prova em seu desfavor (hoje artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 24/2007, de 18/7). V. RUI MASCARENHAS ATAÍDE, "Acidente de viação em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários", *cit.*, p. 173, e *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 376.

256 Para RIBEIRO DE FARIA, "Novamente a questão da prova na responsabilidade médica – reflexões em torno do Direito Alemão", *cit.*, pp. 258-259, n. 98 e 100, esse será o mérito (utilidade) da teoria: "*uma vez determinada a zona de perigo a partir de outros elementos* (*v. g. grave violação do dever e adequação abstracta da conduta em relação ao dano*), *se pode pretender uma inversão do ónus da prova. Isto é, a teoria*

necessárias para evitar a concretização do seu potencial lesivo[255].

De todo o modo, mantém-se a cargo do lesado (ex-empregador) a prova de alguns dos factos constitutivos do seu direito, concretamente, os factos indiciários do facto principal. Determinada a proveniência da *causa*, ainda assim é necessário justificar que a prova sobre *ela* seja da conta do titular da esfera respetiva. Será dizer que, precisamente porque o facto se integra na sua esfera de domínio, sobre ele impende o ónus de provar que nem por isso ele foi a causa dos danos[256]: a causa do dano é afinal diversa ou que não lhe pode ser assacada culpa na sua ocorrência.

A aplicação deste critério do ónus da prova depende de se comprovar que a lesão teve origem claramente identificada na esfera delimitada de riscos a cargo do presumível lesante (ex-trabalhador). Pelo que será improdutiva sempre que não exista essa certeza, em especial, por fenómenos de sobreposição de círculos de domínio ou de campos de risco que, admitindo relações de interpenetração, tornem duvidoso o nexo de ligação a um ou a outro desses círculos ou, sobretudo, quando nem sequer é possível delinear tal demarcação[257].

Ora, um ex-trabalhador que por via do seu anterior cargo teve acesso a informação que configura segredo de negócio e, mesmo assim – pois é claramente livre de o fazer –, decide laborar, integrando a estrutura, de um concorrente direto do seu anterior empregador, tendo este último acesso, posteriormente, àquele segredo, parece-nos que a origem da lesão é identificada na esfera delimitada de riscos a cargo do ex-trabalhador (e poderá questionar-se até senão mesmo na esfera do concorrente direto, atual empregador). Ao que, também, se poderia chegar por via de uma prova de aparência de que o facto se poderia imputar a uma circunstância de que o agente, de acordo com a experiência, seria responsável com base no entendimento de que a causa provém de uma zona de perigo pelo qual, no caso de dúvida, o ex-trabalhador é responsável[258].

Não se elimina de todo a possibilidade de más decisões, mas possibilita-se no limite mínimo aceitável a proteção do ex-empregador, que, apesar de tudo, não deixa de estar desprotegido num ror de casos.

Por outro lado, também por uma razão ou fim de prevenção, justifica-se a divisão do encargo de prova que se propõe. Pois, se o ex-trabalhador, o autor do dano, tem o domínio sobre os factos, tem também o poder de atuar sobre eles. Isto é, de adotar as medidas que condicionem os seus efeitos, abdicando, porventura, de os praticar mesmo; e isto tanto mais quanto saiba que, sobre ele impenderá o risco de não clareza das situações em que se incluem os danos típicos, de acordo com as regras da experiência.

Demonstrada a violação de um dever lateral ou acessório (de proteção) e provado que o evento lesivo representa a concretização do perigo que

das zonas de perigo não terá por função determinar ou individualizar essas zonas mas simplesmente dizer ou justificar que, havendo sinais concludentes (que não certezas ainda) de que a causa se localiza ou situa num certo âmbito de poder ou em alguma organização, se possa levar a cabo uma outra distribuição".

257 CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 198; RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, p. 886.

258 Analogicamente veja-se o caso jurisprudencial alemão (BGH, NJW, 1968), referido por RIBEIRO DE FARIA, "Novamente a questão da prova na responsabilidade médica – reflexões em torno do Direito Alemão", *cit.*, p. 254, no qual estava em causa uma promessa de não concorrência numa situação de trespasse de um estabelecimento comercial, que apesar de o obrigado não abrir nenhuma empresa concorrente com aquela, não deixou de prestar ajuda a um concorrente da empresa alienada, e que, coincidência ou não, começa a ter lugar um desvio de clientela (e até mesmo de alguns trabalhadores). Vindo o BGH dar razão à firma trespassada, uma vez que o trespassante devia ter feito a prova de que o seu comportamento não tinha sido causal ou concausal para os danos sobrevindos e que, pelo contrário, o descaminho da clientela (e dos trabalhadores) se tinham de imputar a situações internas desta firma: "*quando a causa dos danos não aparece determinada mas se situa dentro de uma zona de risco de que o devedor é o responsável, e em especial se se lhe pode imputar a violação objetiva de um dever, é de presumir que a causa dos danos está no comportamento ilícito e culposo do devedor. Nesse caso sobre o devedor impende o ónus de provar que a causa (decisiva) é uma outra ou que ele não tem culpa*".

259 Dadas as dificuldades da prova, a prova da primeira aparência, consoante o contexto, pode assumir importância determinante no que respeita à culpa e ao nexo de causalidade (*v. g.*, erro grosseiro na responsabilidade civil médica). No entanto, sublinhe-se, a "simples prova da aparência" serve para facilitar ao juiz a formulação da convicção sobre a verdade de um dado facto afirmado – limita-se ao campo da apreciação da prova. Ao contrário da teoria das esferas de risco, em que está em causa a repartição do encargo ou ónus da prova segundo zonas de perigo (CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção, cit.*, p. 198). A prova *prima facie* não logra no juiz a convicção sobre a ocorrência do facto, apenas a mera probabilidade da respetiva ocorrência (não se cofunde, pois, com as "verdadeiras" presunções). No sentido de que, a prova de primeira aparência, podendo constituir um recurso importante para o lesado, falham pela fragilidade que as contamina: em termos processuais bastar-se-á a contraparte com a produção da contraprova (alegação de um possível curso causal alternativo), MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Ónus da prova da causalidade e a tentativa de compre¬ensão do problema à luz de um perspetiva imputacional – breves considerações", *cit.*, p. 97. No entanto, "*para a destruição da prova da primeira aparência de nexo causal não se considera bastante a demonstração de uma mera (..) possibilidade de um outro desenrolar atípico de acontecimentos*". "*À contraparte, para o aniquilamento da "prova prima facie" exige-se uma contraprova, que lance dúvidas (sérias) sobre a realidade da aparência construída*" (RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e A Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 343, nota 917).

260 As presunções *hominis* traduzem um afloramento da regra da livre apreciação da prova. Sendo a prova do facto presumido consequência natural, segundo as regras da experiência, da prova do facto-base, isso significa que o onerado não deixou de provar o facto presumido, ainda que por meio de prova indiciária. No entanto, a convicção do juiz cede perante contraprova que, também ela, pode assentar numa presunção judicial. Como meio de prova dotado de força probatória bastante, sofrem das restrições comuns a outros meios de prova como a prova testemunhal, como resultado da menor fiabilidade que o legislador associa a estes meios de prova (*vide* RITA LYNCE DE FARIA, Comentários aos artigos 341.º a 351.º CC, cit., p. 825; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/IV, *cit.*, p. 484). Com este tipo de demonstração permite-se, em alguns casos, uma moderação do sacrifício imposto pelo ónus da prova, dispensando-se a sua produção em situações nas quais se revelaria excessivamente difícil o esforço necessário para o efeito (CARNEIRO DA FRADA/DIOGO COSTA GONÇALVES, "Diligências de prova do cumprimento das obrigações da concessionária em Acidentes de Viação ocorridos em auto-estradas", *cit.*, p. 198).

261 RIBEIRO DE FARIA, "Novamente a questão da prova na responsabilidade médica – reflexões em torno do Direito Alemão", *cit.*, p. 289.

262 RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 893-894: "*esta distribuição dos encargos probatórios deve ser totalmente independente da qualificação delitual ou contratual da responsabilidade, porque, qualquer que seja essa natureza jurídica, existia um estado de insegurança na zona normativa a cargo do vinculado que produziu comprovadamente a lesão danosa*". Acrescentado, "*não existe, de facto, (..) 'nenhuma razão radical' para tratar o dever de segurança no tráfego jurídico-delitual diferentemente do que resulta dos deveres acessórios contratuais ou in contrahendo, devendo esta concordância reinar também na repartição do ónus da prova*". As disposições legais que mais claramente devem ser interpretadas como regras de ónus da prova assentes na teoria das esferas de risco são os artigos 491.º, 492.º, 493.º e 799.º, n.º 1, do CC (p. 887, nota 1731) – assim, também, RIBEIRO DE FARIA, "Novamente a questão da prova na responsabilidade médica – reflexões em torno do Direito Alemão", *cit.*, pp. 274-275; PEDRO MÚRIAS/MARIA DE LURDES PEREIRA, "Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação", in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 1012-1013, nota 23 (disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/read/13054022/a-distincao-entre-obrigacoes-de-meios-e-murias-juridico>). De

se queria prevenir com a sua imposição, pode razoavelmente dar-se como primeiramente reconhecido ou presumir-se – quanto mais não seja, em termos de (prova de) primeira aparência[259], dada a latitude com que são admitidas as *presunções hominis*[260] (presunção de experiência)[261] – que esse resultado negativo é imputável àquela infração, cabendo ao ex-trabalhador contrariar tal (razoável) aparência ou presunção simples/natural, demonstrando a falta de causalidade entre a violação do dever e a lesão (*com o que se ingressa no domínio dogmático do comportamento lícito alternativo*).

Em suma, trata-se de fazer prevalecer os fundamentos materiais da liberdade vs. responsabilidade civil, independentemente das qualificações que, em concreto, se suscitem[262].
Dada a especial dificuldade de prova, o formalismo de repartição de ónus da prova imposta pelo artigo 342.º do CC pode ser "compensado" através da liberdade de apreciação de prova pelo tribunal. Quer dizer, assiste ao tribunal a faculdade de considerar, na própria avaliação da prova, as naturais dificuldades da sua realização e de, nessas circunstâncias, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto. Sem esquecer, no entanto, que uma eventual diminuição no grau de exigência de prova produzida pelo autor (lesado) só é justificável na exata medida em que tal seja necessário para criar uma situação de igualdade entre as partes na ação[263].

3.3. Medidas de proteção jurídico-laborais dos segredos de negócio

É ponto assente a crescente relevância dos segredos de negócio, como instrumentos de inovação e de criação intelectual especialmente importantes para a competitividade das empresas, particularmente as pequenas e médias. Contudo, o risco de apropriação indevida daqueles aumentou na sequência de fatores como a globalização, o aumento da externalização, as maiores cadeias de abastecimento e o uso acrescido de tecnologias da informação e comunicação. Uma vez obtidos e divulgados ilicitamente os segredos de negócio, é possível a sua disseminação de forma quase imediata e universal. A indemnização até pode ser avultada e a tutela contraordenacional, ou até penal, severa, porém, o segredo desapareceu. Por conseguinte, a prevenção e a repressão da violação de segredos de negócio tornam-se uma preocupação fundamental[264].

Entre as medidas adequadas para conservar o segredo contam-se medidas juslaborais, pois são, sobretudo, os trabalhadores quem conhece os segredos de negócio, o que apela à constante adaptação por parte do empregador (como empresário). Por outro lado, recorde-se que para que uma informação possa ser entendida como segredo de negócio é necessário que tenha "*sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas*" [artigo 318.º, n.º 1, al. c), do CPI]. Tais medidas ou diligências razoáveis – que tanto a Diretiva, como o novo CPI não definem – variarão consoante o caso concreto, pois têm de estar em harmonia com o valor e importância do segredo em causa, procurando conserva-lo dentro e fora da empresa. Este requisito implica um mínimo de atuação, apoiando-se numa noção de voluntariedade de proteção e impondo um cuidado adequado, concretizando uma ideia de proporcionalidade e funcionando como critério de repartição entre a tutela privada e a tutela pública. Acresce que a prova da existência de diligências de proteção constitui indício do valor comercial do segredo[265].

Entre as medidas factuais destacam-se, desde logo, as relativas à segurança informática, central em quase todas as atividades, tais como a encriptação, medidas técnicas de salvaguarda (palavras passe, armazenamento em nuvem) e diferentes níveis de acesso – a informação pode ser difundida apenas num círculo restrito de pessoas que dela carecem para o desempenho das suas funções (*v.g.*, os que integram a equipa de investigação). Além destas, destacam-se a classificação de documentos, avisos, instituir medidas de controlo, tratar o lixo e procurar a destruição controlada de documentos contendo informação sensível[266]. Podem instituir-se regras para o caso de viagens (atendendo a que algumas alfândegas e serviços aduaneiros, como o norte-americano, se arrogam do direito de controlar o conteúdo de telemóveis

---

facto, como sublinha, ROMANO MARTINEZ, ("Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional", *cit.*, p. 473: "*tal como noutras previsões legais – arts. 491.º, 492.º e 493.º do CC -, a presunção de culpa do devedor* [artigo 799.º, n.º 1, do CC] *justifica-se porquanto é o agente que domina o risco da prestação a seu cargo; assim, sendo incumprida, é difícil ao lesado fazer prova da culpa do agente. Pelo contrário, o agente, tendo especial conhecimento do modo como a prestação se realiza, é o que se encontra em condições de fazer a prova negativa, demonstrando a existência de causa externa, facto de terceiro, etc*". Acresce que, uma orientação da doutrina, que tem colhido crescente apoio, defende que a presunção de culpa dos arts. 491.º, 492.º e 493.º do CC é indissociável da presunção da própria ilicitude, abrangendo ambos os pressupostos (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, *cit.*, p. 584; RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego, cit.*, pp. 857-864; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 244-245). O que pode ser importante quando se estabeleça o paralelismo entre estes artigos que consagram presunções delituais e o artigo 799.º, n.º 1, do CC.

263 Teixeira de Sousa, *As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 224: "*A eventual dificuldade de prova não constitui, em si mesma, fundamento para a inversão do onus probandi. Mas o direito positivo não permanece completamente insensível a essa dificuldade, procurando preveni-la por uma de duas soluções legislativas. Uma delas consiste no estabelecimento de presunções legais e, portanto, na dispensa da prova dos factos presumidos (art.º 350.º, n.º 1, CC), o que geralmente se traduz num benefício para a parte onerada com a prova do facto presumido. A outra consiste na permissão do julgamento segundo a equidade em situações em que a prova do facto é difícil ou mesmo impossível*", e p. 227: "Em matéria de inversão de ónus da prova encontra-se na jurisprudência (...) *uma orientação que a vem admitindo em casos não legalmente previstos. Integram essa corrente jurisprudencial os arestos em que foi defendida a inversão do ónus da prova quando esta não seja possível ou se torne muito difícil para a parte que, segundo as regras gerais previstas no art.º 342.º CC estaria onerada com ela*".

264 A matéria das informações confidenciais é uma daquelas em que é mais evidente a tensão entre os interesses dos empregadores e os interesses dos trabalhadores. Essa tensão é ainda mais intensa nos casos em que a empresa se encontra em situação económica difícil: o conhecimento dessa informação por concorrentes, credores, fornecedores ou até clientes pode determinar a insolvência da empresa. *Vide* JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 110, nota 48.

265 NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 59.

266 NUNO SOUSA E SILVA, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 244, "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 225, e "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 59.

267 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 92. Em Portugal os segredos de negócio poderão gozar de tutela a nível aduaneiro (NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 80).

268 Talvez um trabalho de sensibilização à semelhança do que houve ao nível do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE [Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Doravante RGPD)].

269 Há, ainda, que ter atenção ao novo Direito à portabilidade dos dados (artigo 20.º do RGPD) que, em termos sintéticos, permite aos titulares dos dados receber os dados pessoais que tenham fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem impedimentos. (*vide*, para uma abordagem

e computadores portáteis)[267]. Importantes serão igualmente as ações de consciencialização e de formação dos trabalhadores para a necessidade de conservar o segredo e para o valor económico do que está em causa[268]/[269].

O recurso a códigos de conduta (que conhecem, de resto, muitas outras designações como, entre outras, códigos ou cartas de boas práticas, ou éticos) podem revelar-se um instrumento útil para precisar quais as informações que devem considera-se confidenciais e abrangidas pelo dever de sigilo do trabalhador na vigência do contrato[270]. Todavia, não podem cair num grau de indeterminação que leve a questionar a sua validade.

As medidas jurídicas são, sobretudo, contratuais. Desde logo, os pactos de não concorrência (artigo 136.º do CT) embora estes, por norma, possam apenas indiretamente ter o efeito de impedir a divulgação ou a utilização de informações confidenciais. Assim como, em menor medida, os pactos de permanência (artigo 137.º do CT). Nesta sede são particularmente importantes as cláusulas de confidencialidade (*non-disclosure agreements*), que tanto a Diretiva [artigo 4.º, n.º 3, al. *b*)] como o CPI [artigo 314.º, n.º 2, al. *b*)] vieram potencializar a sua utilização: "*Constitui ainda ato ilícito a utilização ou divulgação de um segredo comercial, sem o consentimento do respetivo titular, por pessoa que preencha uma das seguintes condições* (...) *Viole um acordo de confidencialidade ou qualquer outro dever de não divulgar o segredo comercial*". Estas, além de precisarem o conteúdo das informações sigilosas e de prolongarem tal dever na fase pós-contratual, são frequentemente acompanhadas de cláusulas penais[271].

Estas medidas contratuais visam criar uma obrigação de sigilo pós-contratual, embora, como vimos demonstrando, também possam invocar-se, consoante o caso concreto, deveres de sigilo com eficácia pós-contratual (deveres de proteção). Contudo, há que ter presente o seguinte: uma coisa é a violação de *deveres de proteção*, decorrentes da boa-fé, que, como tentamos demonstrar, se inserem na *terceira via* da responsabilidade civil; outra é a violação de *deveres de prestação*, decorrentes da autonomia privada – como é o caso de qualquer destes pactos ou cláusulas *supra* enunciados – que se inserem na responsabilidade contratual, aplicando-se, então, o regime obrigacional em bloco[272]. Esta distinção é fundamental, designadamente, em matéria de prescrição.

Estabelece o artigo 353.º, n.º 1, do CPI: "*O prazo de prescrição no que se refere à violação de segredos comerciais é de 5 anos e começa a correr no momento em que o direito puder ser exercido*". Questiona-se qual o alcance deste prazo, especialmente tendo em conta a diversidade de institutos que podem ser invocados no caso de violação de segredos de negócio. Este prazo parece ser aplicável à responsabilidade extracontratual, à responsabilidade contraordenacional e, ainda, no âmbito de violação de dever de sigilo com eficácia pós-contratual (dever acessório de conduta ou dever lateral – *terceira via* da responsabilidade civil). Ora, quando esteja em causa responsabilidade contratual (*v.g.*, violação de um acordo de confidencialidade), parece que não restam dúvidas que se deverá aplicar o prazo ordinário de 20 anos (artigo 309.º do CC)[273]. Porém, quando esteja em causa a violação de deveres de proteção (*v.g.*, dever de sigilo) – *terceira via* –, como referimos *supra*, a analogia funcional entre estes e os deveres delituais conduzirá à aplicação, em matéria de prescrição, do regime do artigo 498.º do CC (3 anos). No entanto, uma vez que o artigo 353.º, n.º 1, do CPI prevê um regime específico de prescrição de 5 anos, que "*começa a correr no momento em que o direito puder ser exercido*", pode-se concluir ser antes este o prazo aplicável nas situações de incumprimento do dever de sigilo pós-contratual do ex-trabalhador devido a um ato de utilização ou divulgação de um segredo de negócio.

Em jeito de conclusão, é recomendável para uma empresa que queira optar ou já utilize de forma intensiva segredos de negócio a elaboração de um plano de proteção de segredos de negócio[274].

aprofundada, Jorge Artur Costa, "O direito de portabilidade de dados pessoais: uma análise geral, com especial incidência no âmbito laboral", *Revista de Direito e Estudos Sociais, Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro/Dezembro - Ano 2021 N 1-4, pp. 365-458). Segundo TERESA MOREIRA, "Algumas implicações laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Questões Laborais*, n.º 51, 2017, p. 30, "*atendendo às novas formas de prestar trabalho na sharing economy onde o trabalho é realizado online através das plataformas digitais* (...) *este direito adquire grande importância e poderá implicar, até, que as empresas tenham de coordenar de certa forma os respetivos formatos de portabilidade de dados pessoais, protegendo, simultaneamente os seus sistemas de informação e tornando-os interoperativos*". Contudo, o exercício do direito de portabilidade dos dados pessoais, principalmente a possibilidade de transmissão direta de dados pessoais (*v. g.*, de uma entidade empregadora para outra), não deixa de levantar outros problemas: por um lado, relativos a direitos de propriedade intelectual, que podem estar envolvidos na informação a ser cedida ou transmitida (v. g., base de dados, *software*); por outro lado, a cedência ou a transmissão direta dos dados poderá implicar, por vezes, a divulgação de informação valiosa e protegida, eventualmente, pelo regime dos segredos de negócio, podendo beneficiar, desta feita, o novo responsável pelo tratamento dos dados pessoais, que será, na maioria das vezes, um concorrente . Podendo gerar um aproveitamento (ou mesmo enriquecimento) injustificado do transmissário, que assim beneficiaria do tratamento de dados feito pelo transmitente, sem suportar os custos que lhe são inerentes. Assim, teme-se que com o exercício do direito de portabilidade possam vir a transmitir-se segredos de negócio dos responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais (designadamente, da entidade empregadora). No fundo, antevê-se que os responsáveis pelo tratamento possam vir a recusar o exercício do direito à portabilidade, total ou parcialmente, por recear que informação que consideram secreta acabe nas mãos de concorrentes, sendo que, considerando a amplitude da informação que pode ser alvo do regime dos segredos de negócio, este conflito poderá ter uma dimensão prática bastante significativa. Por conseguinte, pode dizer-se que "*ainda que se adote um conceito mais amplo de dados pessoais fornecidos pelo titular, a existência de segredos comerciais irá, amiúde, restringir a portabilidade desses mesmos dados*" (VÍTOR PALMELA FIDALGO, "*O direito à portabilidade de dados pessoais*", *cit.*, p. 130). *Vide* ANA ALVES LEAL, "Aspetos jurídicos da análise de dados na Internet (*big data analytics*) nos setores bancário e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação", in *Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 130, nota 145; DIOGO PEREIRA DUARTE/ALEXANDRA GUSEINOV, "O Direito de portabilidade de dados pessoais", in *Fintech II: Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 109; GRAÇA CANTO MONIZ, "Direitos do titular dos dados pessoais: o direito à portabilidade", in *Anuário da Proteção de Dados 2018*, CEDIS, Centro de I & D sobre Direito e Sociedade, pp. 32-33.

270 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, p. 100: "*Em um sistema legal como o nosso em que a existência de regulamentos internos não é legalmente obrigatória, nem sequer nas grandes empresas, e em que, consequentemente, a lei não prevê um conteúdo mínimo obrigatório para o regulamento interno, torna-se difícil equipará-los a regulamentos internos, mesmo que, porventura, alguns desses códigos, ou melhor, algumas das suas disposições sejam já, porventura, expressão do poder regulamentar do empregador*".

271 JÚLIO GOMES, "A Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais", *cit.*, pp. 101 ss.

272 Se certos deveres são elevados pelas partes à categoria de deveres de prestar, deixam naturalmente de constituir deveres acessórios e passam a estar subordinados ao regime dos deveres de prestar. V. *supra* nota 47.

273 NUNO SOUSA E SILVA, "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 74.

274 NUNO SOUSA E SILVA, "Um retrato do regime dos segredos de negócio", *cit.*, p. 245, "O segredo de negócio como escudo e como espada", *cit.*, p. 226, e "A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões", *cit.*, p. 60.

IV. Conclusão

A *culpa post pactum finitum* é um polo em crescimento da Ciência Civil, que oferece novas luzes na dogmática do cumprimento. Na verdade, a boa-fé é uma porta de entrada para novos desenvolvimentos do Direito Civil postulados pela sociedade atual[275]. Sobretudo, na sua aplicação enquanto veículo para a realização da Justiça. O presente contributo para a pós-eficácia do dever de lealdade do trabalhador acaba por tentar impor um esquema de mediação entre a liberdade e responsabilidade. "*Porque assim é, porque cada um não é uma ilha no confronto com os demais, mas só se realiza plenamente na abertura ao outro, a liberdade não se opõe à responsabilidade, antes sendo intrinsecamente indissociável daquela*"[276].

Póvoa de Varzim
1 de abril de 2021

275 BAPTISTA MACHADO, "Tutela da confiança e venire contra factum proprium", *cit.*, p. 268.

276 MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade, A precaução como fundamento da imputação delitual?, cit.*, p. 389.

A PÓS-EFICÁCIA DO DEVER DE LEALDADE DO TRABALHADOR

1. *CULPA POST PACTUM FINITUM* (RESPONSABILIDADE CIVIL)

- O contrato de trabalho enquanto **relação jurídica complexa**, prodiga em **deveres acessórios de conduta (ou deveres laterais)**, que correspondem a uma complementação do conteúdo obrigacional do contrato fundada no princípio da **boa fé**.
- O dever de lealdade do trabalhador (artigo 128.º/1, al. f) CT) corresponde a um **dever acessório autónomo** da prestação laboral.
- Os deveres acessórios de conduta (ou laterais), como **deveres de proteção**, podem vigorar antes, durante e, mesmo, após a extinção dos deveres de prestação.
- O dever de lealdade, como **dever legal de proteção**, está **dotado da caraterística da pós-eficácia (pós-eficácia em sentido estrito)**.
- **As consequências jurídicas emergentes da pós-eficácia do dever de lealdade ao repercutirão em termos puramente civis.**
- A solução não é, contudo, pacífica:
  - **natureza extracontratual**;
  - natureza contratual: **violação contratual positiva**;
  - **Terceira via da responsabilidade civil**: [illegible] heterogénea dos deveres de proteção não está em causa o desrespeito de meros deveres deliturais, nem a inobservância de deveres de prestar, mas uma ordem normativa de condutas, dita intercalar – situada entre o contrato e o delito).

POSIÇÃO ADOTADA:

A responsabilidade pela violação de deveres de proteção ou integridade melhor no chamado **terceira via da responsabilidade civil**, à qual se aplicarão as regras próprias de uma ou outra modalidade de responsabilidade civil, consoante a analogia que se estabeleça, de acordo com uma ponderação casuística.

- O que tem especial interesse para efeitos, designadamente, do ônus da prova, responsabilidade por atos dos auxiliares e prazos de prescrição:
  - ordenada que está à tutela da relação **obrigacional**, seguirá tendencialmente (e sem prejuízo das necessárias adaptações) o respetivo regime (799.º e 800.º CC); será fundamental determinar qual o **perímetro do contrato**: conexão material entre o evento lesivo e a relação obrigacional;
  - podendo, no entanto, ser aplicadas, nos casos em que tal se mostre adequado, regras **deliturais** isoladas, designadamente, relativas à limitação da responsabilidade em caso de mera culpa (494.º CC), a reparação do danos não patrimoniais (496.º CC) e o prazo de prescrição de três anos (498.º CC).
- Se esta terceira via se aplica em face da execução do contrato, ela adapta-se facilmente às situações de responsabilidade pós-contratual (***culpa post pactum finitum***). Principalmente no caso de ter sido criada uma situação de confiança, que se pressupõe ser respeitada após a extinção do vínculo obrigacional.

2. A PÓS-EFICÁCIA DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA

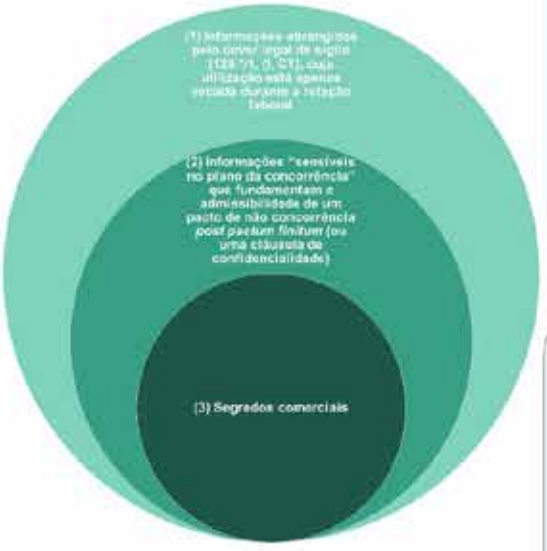
- Finda a relação laboral, o **pacto de não concorrência** é o meio legalmente previsto para sujeitar o ex-trabalhador a uma obrigação de não concorrência.
- Expirado o contrato de trabalho, o trabalhador readquire a sua plena liberdade de emprego e de trabalho, e até, como qualquer cidadão, a sua liberdade empresarial, nada o impedindo de operar no mercado, direta ou indiretamente, contra o seu antigo empregador.

A fazer-se nunca (eventual) pós-eficácia de dever de não concorrência, esta deve ficar, porém, contida nos limites gerais da proibição de concorrência desleal (311.º CPI) – responsabilidade extracontratual (segundo maioritária doutrina).

A ilicitude do concorrer não decorrerá que a condição de ex-trabalhador é passível de um juízo de censura acrescida, de acordo com um sentido valorativo que é fruto da ponderação dos interesses envolvidos e com sentido conformador da atuação da boa fé.

- Especial relevância ao **instituto do abuso de direito**: o caso dos anos "dilatados", cujo objetivo não é outro senão prejudicar o antigo empregador.
- A exigência de uma relação de concorrência afasta a aplicação do artigo 311.º CPI a um ex-trabalhador, na medida em que este, **na grande maioria dos casos, não é concorrente**, mas outrossim alguém que vai laborar para um concorrente.
- **Importância da celebração de pactos de não concorrência**, na medida em que, em caso de incumprimento, se presume a culpa do ex-trabalhador (799.º CC).

3. A PÓS-EFICÁCIA DO DEVER DE SIGILO



(2) Informações "sensíveis no plano da concorrência" que fundamentam a admissibilidade de um pacto de não concorrência *post pactum finitum* ou cláusula de confidencialidade – (que, por si só, não chegam a ser qualificadas como segredos de negócio na aceção do 313.º do CPI)

- Estarão **cobertas pelo dever legal de sigilo pós-laboral** e, consequentemente, sujeitas ao regime da ***terceira via da responsabilidade civil*** — concretização da tutela da confiança: responsabilização mais rigorosa aberta do contacto negocial (relação especial); exigências acrescidas do princípio da boa fé.
- No âmbito deste segundo círculo de informações justifica-se a **inversão do ônus da prova a cargo do ex-trabalhador, mesmo sem a existência de um pacto (799.º/1 CC)**, por estarem em causa deveres de proteção configurados perante pessoas determinadas (empregador e trabalhador), conhecendo um conteúdo razoavelmente específico, e por apresentarem uma conexão material com o perímetro do contrato, isto é, estão em jogo riscos específicos do contrato de trabalho que o ex-trabalhador tem o dever de evitar.
- Por outro lado, a analogia funcional entre os deveres de proteção e os deveres deliturais conduzirá à aplicação, em **matéria de prescrição**, do regime do artigo 498.º CC.

(3) Segredo comercial

- **Conceito de segredo comercial (313.º CPI)** exige que as informações cumpram cumulativamente três requisitos:
  - a) serem secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão;
  - b) terem valor comercial (real ou potencial) derivado do secretismo;
  - c) terem sido objeto de diligências consideráveis no sentido de a manter secreta.

  (considera-se excluída a experiência e as competências adquiridas pelos trabalhadores no decurso normal do seu trabalho)
- A **principal novidade do novo regime de segredos comerciais** passa pela **extensão da sua tutela a terceiros**: a qualificação como ilícito de um ato de obtenção, utilização ou divulgação de um segredo comercial é agora independente do facto de quem o praticou ser ou não concorrente do titular daquele (314.º CPI) → passando abranger ex-trabalhadores.
- A violação de um segredo comercial por parte do ex-trabalhador reporta-se à *culpa post pactum finitum*, que tem vindo a ser inserida na **terceira via da responsabilidade civil**: uma vez que está em causa a violação de um concreto dever de proteção decorrente do contrato de trabalho. Por conseguinte, a norma contida no artigo 347.º do CPI deve ser interpretada em conjugação com o artigo 799.º/1 do CC: permitindo-se, assim, uma **inversão do ônus da prova**.

* Poster apresentado no Congresso Internacional de Direito do Trabalho «Labour 2030», que se realizou na Centro de Congressos da Alfândega do Porto, nos dias 19 e 20 de setembro de 2019. Agradecemos a Miguel Cunha Machado pelo convite.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES: VALORACIÓN DEL ACUERDO SOBRE PREVENCIÓN DE INCENDIOS Y SEGURIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN EN BANGLADESH

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF LABOUR RIGHTS: EVALUATION OF THE ACCORD ON FIRE AND BUILDING SAFETY IN BANGLADESH

Josune López Rodríguez

Profesora Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Bilbao) e investigadora del grupo de investigación "Cooperativismo, fiscalidad, fomento, relaciones laborales y protección social"

Resumen

Abstract

En el actual contexto de globalización, la creciente descentralización productiva ha conllevado el replanteamiento del modelo de protección de los derechos laborales. Precisamente, la normativa interna de los Estados y la autonomía colectiva de dimensión nacional, que constituyen las instituciones clásicas de protección, son insuficientes para afrontar los nuevos retos que presenta la economía globalizada. Partiendo de estas premisas, el presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis crítico del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, adoptado en 2013, así como del Acuerdo de Transición aprobado en 2018. En términos generales, la elaboración del Acuerdo de 2013 tuvo su origen en el derrumbamiento en abril de 2013 del edificio Rana Plaza, en Bangladesh, el cual albergaba talleres de confección textil y en el que murieron más de mil trabajadores. A partir de este análisis, se pretende verificar si estos Acuerdos pueden constituir la antesala de futuros acuerdos laborales internacionales.

In the current globalization context, the growing decentralization has implied the need to reconsider the model of protection of labour rights. In fact, the State´s national regulation and the collective bargaining of national dimension, which are the classical protection institutions, are inadequate to address the new challenges of the globalized economy. From these premises, this work aims to carry out a critical analysis of the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, signed in 2013, as well as of the Transition Accord, approved in 2018. In general terms, the elaboration of the 2013 Accord originated in the collapse of the Rana Plaza building in Bangladesh, on April 2013, housing garment factories, where more than a thousand people were killed. From this analysis, we would like to conclude whether these instruments are the precursors of future international labour agreements.

Introducción

En el actual contexto de globalización, caracterizado por la fragmentación de la producción y la externalización de las actividades productivas, resulta indispensable replantear el modelo de protección de los derechos laborales. Ciertamente, la normativa interna de los Estados y la autonomía colectiva de dimensión nacional, que constituyen las instituciones clásicas de protección en el ámbito laboral, han resultado ser insuficientes para afrontar los nuevos retos que presenta la economía globalizada.

En este nuevo escenario, la regulación internacional cobra suma relevancia, en tanto en cuanto numerosos instrumentos jurídicos internacionales y regionales reconocen determinados derechos laborales como derechos humanos. Concretamente, especial mención merece la labor desempeñada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la promoción del respeto de los derechos fundamentales laborales. Ello no obstante, debe tenerse en consideración que los destinatarios directos de estos textos son los Estados y que, en este sentido, los instrumentos ratificados solamente se aplican en su respectivo territorio.

Ante estas lagunas, y ante la ausencia de una regulación internacional equiparable a los Derechos del Trabajo vigentes en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, resulta oportuno prestar atención al papel que desempeñan las empresas y las organizaciones de trabajadores en la materia. En esta labor, debe verificarse, muy especialmente, el rol que ejercen las empresas transnacionales, pues estas se han convertido en importantes actores internacionales cuyo comportamiento incide directamente en los derechos laborales. Durante las últimas décadas, y sobre todo tras la repercusión social de diversos escándalos laborales, las empresas multinacionales han venido promoviendo distintas iniciativas y políticas unilaterales enmarcadas en el ámbito de la Responsabilidad Social Empresarial con el objeto de regular, entre otros aspectos, las relaciones laborales. Sin embargo, estas acciones han resultado ser muy vagas e insuficientes, por lo que, en los últimos años, se advierte una ligera tendencia a superar el carácter unilateral de estas medidas y a evolucionar hacia la promoción de iniciativas negociadas. Y es, precisamente, en esta última cuestión en la que se centra el presente trabajo.

En concreto, la finalidad de este estudio radica en analizar y valorar el alcance del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, adoptado en 2013, así como del Acuerdo de transición, de 2018, ello con el fin último de verificar la trascendencia de estos instrumentos en el marco de la protección internacional de los derechos laborales y de considerar, asimismo, su posible traslación a otros sectores. Si bien es cierto que el Acuerdo de 2013 expiró en 2018, se considera esencial llevar a cabo una valoración crítica de su contenido y alcance, en aras de detectar sus principales fortalezas y debilidades. Precisamente, estas lecciones son fundamentales para sentar las bases de futuros instrumentos.

A tal fin, primero, se hará alusión al contexto en el que se elaboró y firmó el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, de 2013. A continuación, se analizará el alcance del texto, para lo cual se resaltarán y comentarán sus disposiciones más relevantes. Después, se abordará el Acuerdo de Transición adoptado en 2018, destacándose la decisión adoptada por la Corte Suprema bangladesí el pasado mes de mayo sobre su futuro. A partir de este análisis, se llevará a cabo una valoración crítica de ambos Acuerdos, con el objeto de verificar si pueden constituir la antesala de futuros acuerdos laborales internacionales. Por último, se enumerarán las principales conclusiones de la investigación.

1 Backer, Larry Catá, "Are Supply Chains Transnational Legal Orders? What We Can Learn from the Rana Plaza Factory Building Collapse", *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 1 (2016): 18-19; Donaghey, Jimmy y Reinecke, Juliane, "When Industrial Democracy meets Corporate Social Responsibility: a comparison of the Bangladesh Accord and Alliance as Responses to the Rana Plaza Disaster", *British Journal of Industrial Relations* 56, 1 (2017): 14; y Evans, Benjamin A., "Accord on fire and building safety in Bangladesh: an international response to Bangladesh labour conditions", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 40, 2 (2014): 597-598.

2 En profundidad, puede consultarse Motlagh, Jason, "The Ghosts of Rana Plaza", *Virginia Quarterly Review* (2014): 70.

3 Soler Arrebola, José Antonio, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales: el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh", en La transnacionalización de las relaciones laborales: experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas, dirigido por Wilfredo Sanguineti Raymond (Madrid: Cinca, 2015), 100.

I. Adopción del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, de 2013

1.1. Contextualización

La adopción del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh tuvo su origen en el incendio y derrumbamiento el 24 de abril de 2013 del edificio Rana Plaza, ubicado en el distrito de Savar en Dhaka, Bangladesh, que albergaba numerosos talleres de confección textil dedicados a la fabricación de prendas de vestir para las grandes marcas de ropa occidentales y en el que murieron más de mil trabajadores y resultaron heridas más de dos mil personas[1]. Este constituye uno de los accidentes industriales más graves ocurrido en el mundo hasta el momento, dato que evidencia su trascendencia[2].

Tras la tragedia del Rana Plaza, que tuvo una importante repercusión mediática y social, numerosas instituciones y empresas impulsaron iniciativas de diferente índole con el fin de mitigar, en la medida de lo posible, las graves consecuencias del accidente[3]. Entre dichas iniciativas, y a los efectos del presente estudio, deben destacarse dos de ellas, a saber: por un lado, la aprobación el 13 de mayo de 2013 del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, que será objeto de estudio en los siguientes apartados; y, por otro lado, la creación de la Alianza para la seguridad de los trabajadores de Bangladesh el 10 de julio de 2013, compuesta exclusivamente por empresas, tanto multinacionales como locales[4]. La principal diferencia entre el Acuerdo y la Alianza reside en su naturaleza jurídica; precisamente, mientras el Acuerdo tiene un carácter legalmente vinculante y exigible, la Alianza se basa en un modelo no vinculante de gobernanza de la cadena de suministro[5]. Asimismo, resulta de sumo interés hacer alusión a otra iniciativa, esto es, el Pacto por la Sostenibilidad de Bangladesh, adoptado el 8 de julio de 2013 inicialmente por el Gobierno bangladesí, la Comisión Europea y la OIT, y al que después se sumaron Estados Unidos y Canadá[6]. En general, el Pacto constituye un instrumento que pretende guiar al Gobierno bangladesí, con la ayuda de la Unión Europea y la OIT, en sus acciones para garantizar entornos laborales seguros. Sin embargo, se aprecia «una menor ambición en el Pacto que tiene que ver con la casi total ausencia de mecanismos que garanticen la aplicación de los compromisos»[7].

Respecto de esta multiplicidad de acciones y, en especial, en lo que se refiere a la implantación de las tres iniciativas mencionadas, resulta paradójico que ante un desastre de tal magnitud las partes implicadas no hayan logrado llegar a un consenso para adoptar un único instrumento. Estas discrepancias suponen un obstáculo para promover una acción efectiva y conseguir el objetivo último, a saber, garantizar unos entornos laborales seguros en el ámbito del sector textil en Bangladesh.

1.2. Firma del Acuerdo

La magnitud del desastre del Rana Plaza y la presión de la opinión pública internacional llevaron a constituir una mesa negociadora «en un tiempo record»[8] y a firmar el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh tan sólo tres semanas después del accidente, en concreto, el 13 de mayo de 2013[9]. Así, el colapso del edificio y sus trágicas consecuencias pusieron de manifiesto el fracaso de las auditorías sociales promovidas por algunas empresas multinacionales en el marco de sus compromisos de Responsabilidad Social Empresarial, pues algunas de las fábricas del edificio Rana Plaza habían sido auditadas poco antes del accidente[10].

La pronta firma del Acuerdo evidencia una rápida y eficiente reacción internacional ante un suceso de estas características, si bien es cierto que, en realidad, «la opinión pública internacional se hallaba alertada por los frecuentes incendios con resultados mortales que se venían sucediendo en Bangladesh»[11]. Incluso, en 2012, la federación sindical internacional IndustriAll, varios sindicatos locales y dos empresas multinacionales ya habían adoptado un primer acuerdo regulador que, sin embargo, no resultó eficaz[12]. Asimismo, deben destacarse otros factores que influyeron notoriamente en la inmediata adopción del Acuerdo, tales como, la significativa presencia e influencia ejercida por las organizaciones de derechos humanos comprometidas con el respeto de los derechos laborales en el ámbito del sector textil y las polémicas en las que se encontraban inmersas algunas empresas multinacionales por sus políticas contrarias a los derechos laborales básicos[13].

4 Consúltese http://www.bangladeshworkersafety.org/who-we-are/membership (última consulta: 26 de julio de 2019). Asimismo, vid. Motlagh "The Ghosts of Rana Plaza...", 78.

5 Caleca, Alexandra Rose, "The Effects of Globalization on Bangladesh' s Ready-Made Garment Industry: The High Cost of Cheap Clothing", *Brooklyn Journal of International Law* 40, 1 (2014): 305 y Salminen, Jaakko, "The Accord on fire and building safety in Bangladesh: a new paradigm for limiting buyer´s liability in global supply chains?", *American Journal of Comparative Law* 66, 2 (2018): 413 y 431.

6 Ojeda Avilés, Antonio, "La aplicación de los acuerdos laborales internacionales. El paradigma del Acuerdo de Bangladesh 2013", *Revista Derecho Social y Empresa* 4 (2016): 148.

7 *Ibídem*: 149.

8 *Ibídem*: 130.

9 Rubya, Tamanna, "The ready-made garment industry: an analysis of Bangladesh´s Labor Law provisions after de Savar Tragedy", *Brooklyn Journal of International Law* 40, 2 (2015): 687.

10 Donaghey y Reinecke, "When Industrial Democracy meets Corporate...", 15.

11 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 130. A este respecto, pueden consultarse Brown, Garret D., "Effective protection of worker´s health and safety in global supply chains", *International Journal of Labour Research* 7, 1-2 (2015): 45 y Claeson, Björn Skorpen, "Emerging from the tragedies in Bangladesh: a challenge to voluntarism in the global economy", *New Solutions* 24, 4 (2015): 496.

12 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 130.

13 *Ibídem*: 131.

II. Alcance del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, de 2013

A grandes rasgos, el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh es un instrumento independiente y jurídicamente vinculante que se estructura en un prólogo seguido de ocho apartados en los que se abordan las siguientes cuestiones: el ámbito de aplicación; la dirección; las inspecciones fiables; las medidas correctivas; la formación; el procedimiento de denuncia; la transparencia y comunicación; los incentivos para el proveedor; y el apoyo financiero.

2.1. Calificación jurídica: ¿se trata de un Acuerdo Marco Internacional?

Antes de entrar a analizar el contenido del Acuerdo, es importante hacer alusión a su calificación jurídica. A este respecto, se advierte que las partes firmantes se limitaron a utilizar el término «Acuerdo» para denominarlo. Ante tal designación, cabe preguntarse si el texto puede calificarse como Acuerdo Marco Internacional o, por el contrario, constituye una figura jurídica distinta. Precisamente, la naturaleza del texto no debe deducirse de la denominación otorgada por las partes, sino de su contenido y alcance reales. Y es que, en la práctica, no es extraño ver que las partes signatarias de los Acuerdos Marco Internacionales otorgan a estos instrumentos denominaciones variadas, tales como, «Pacto», «Acuerdo» o, incluso, «Código de Conducta»[14].

Para resolver esta cuestión, antes de nada, debe repararse en el significado del Acuerdo Marco Internacional. Pues bien, en términos generales, el Acuerdo Marco Internacional, que constituye una «novedosa fórmula fruto de la autonomía colectiva que surge cuando ésta se ejerce y manifiesta en el nivel transnacional»[15], se presenta como un instrumento innovador «para intentar domeñar»[16] el poder de las empresas transnacionales. Más concretamente, los Acuerdos Marco Internacionales son instrumentos negociados entre empresas multinacionales y federaciones sindicales mundiales que tienen por objeto «preservar en todos los lugares que ocupa la empresa globalizada un listado de derechos fundamentales»[17] y «promover una serie de principios de las relaciones laborales y de las condiciones de trabajo»[18]. Mediante la adopción de estos textos, «el sindicalismo internacional persigue la transformación de las reglas informales de empresa, expresadas de manera unilateral y voluntaria, en una formalidad contractual, "pre-positiva" en sentido normativo»[19].

Partiendo de esta noción, a lo largo del análisis del Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh se irá comentando su posible encaje dentro de la categoría de los Acuerdos Marco Internacionales y se irán resaltando, asimismo, sus principales particularidades respecto de los Acuerdos Marco Internacionales clásicos o tradicionales. Precisamente, ante la inexistencia, por el momento, de un marco jurídico que regule la negociación colectiva transnacional, la doctrina ha considerado que las características propias del Acuerdo de Bangladesh pueden llegar a constituir una nueva tendencia o una nueva corriente en los Acuerdos Marco Internacionales, de ahí que resulte de sumo interés su comparación[20] .

2.2. Finalidad

En el prólogo del Acuerdo se precisó la finalidad del mismo, esto es, lograr que la industria de la confección de Bangladesh sea segura y sostenible, y que ninguna persona trabajadora tema por incendios, derrumbamientos de edificios u otros accidentes evitables, ello a través del establecimiento de medidas de salud y seguridad razonables.

A tal fin, se señaló que los signatarios del Acuerdo se comprometían a establecer un programa de prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh por un período temporal de cinco años, esto es, hasta el año 2018. Más concretamente, dicho programa debía basarse en el Plan de Acción Nacional sobre prevención de incendios, el cual favorecía el desarrollo y ejecución por las partes interesadas de cualquier otra actividad que constituyera una contribución relevante a la mejora de la prevención de incendios en Bangladesh.

Cabe observar, pues, que el Acuerdo aborda una materia laboral muy concreta enmarcada en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, a saber, la prevención de incendios, derrumbamientos

14 Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 102.

15 Pérez Yáñez, Rosa María, "Los acuerdo marco internacionales como experiencias de la negociación colectiva transnacional", en *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, coordinado por Ricardo Escudero Rodríguez (Madrid: Cinca y Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2010), 480.

16 Fernández Domínguez, Juan José, "Empresas transnacionales", en *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, presidido por María Emilia Casas Baamonde y coordinado por Antonio Pedro Baylos Grau, Candy Florencio Thomé y Rodrigo García Schwarz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 860.

17 Baylos Grau, Antonio, "Empresas transnacionales y Acuerdos Marco-Globales", en *Ética empresarial y códigos de conducta*, dirigido por José Luis Goñi Sein (Madrid: La Ley, 2011), 208.

18 Papadakis, Konstantinos, Casale, Giuseppe y Tsotroudi, Katerina, "Acuerdos marco internacionales como elementos de un marco transfronterizo de relaciones industriales", en *Diálogo social y acuerdos transfronterizos ¿un marco global emergente de relaciones industriales?*, editado por Konstantinos Papadakis (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009), 96.

19 Baylos Grau, Antonio, "Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales", *Cuadernos de Relaciones Laborales* 27, 1 (2009): 115.

20 Donaghey y Reinecke, "When Industrial Democracy meets Corporate...", 24; Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 102; y Zimmer, Reingard, "Corporate responsibility in the «Bangladesh Accord»: Which regulations are transferable to other supply chains?", *Friedrich-Ebert-Stiftung* (2016): 2.

y otro tipo de accidentes. Este rasgo permite distinguirlo de los Acuerdos Marco Internacionales comunes, los cuales tienen por objeto, de manera más general, «la imposición de condiciones mínimas de trabajo en todos los centros de la empresa transnacional»[21].

2.3. Partes signatarias

Las partes firmantes del acuerdo fueron, por un lado, sindicatos mundiales, y, por otro lado, empresas multinacionales[22]. El carácter negociado de este instrumento es, ciertamente, uno de sus rasgos diferenciadores, en tanto le otorga un mayor grado de credibilidad y legitimidad que las iniciativas unilaterales propias de la Responsabilidad Social Empresarial[23]. Así, la determinación de los sujetos supone «la construcción de una relación de interlocución entre las partes de una relación obligatoria, contractual, que contiene en sí un significado muy evidente de reconocimiento mutuo de la subjetividad del otro y de su poder contractual en un espacio no predeterminado por la norma estatal ni internacional»[24] .

En concreto, en lo que a los sindicatos mundiales se refiere, el Acuerdo fue firmado por los sindicatos globales IndustriAll y UNI, a los que se unieron ocho federaciones textiles de trabajadores nacionales[25].

Y, en relación con las empresas signatarias, el Acuerdo fue firmado por 222 empresas multinacionales, principalmente movidas por la presión social[26]. Resulta oportuno señalar que el Acuerdo permitió a las empresas una «adhesión al texto con posterioridad a la firma inicial del mismo»[27]. Sin embargo, numerosas empresas, principalmente estadounidenses, rechazaron adherirse al texto al no querer asumir los compromisos vinculantes establecidos en el mismo[28]. Al hilo de esta cuestión, llama especialmente la atención la ausencia como partes firmantes de las empresas subcontratistas locales, en tanto en cuanto las mismas son las que «emplean a los trabajadores directamente y utilizan instalaciones obsoletas y peligrosas para fabricar las prendas de vestir»[29]. A pesar de que las empresas locales no firmaron el Acuerdo, hay consenso en admitir que las empresas multinacionales «son en último extremo responsables por su aprovechamiento del terreno en un país con un tenue nivel de normas laborales»[30]. Pues bien, en comparación con los Acuerdos Marco Internacionales tradicionales, en los que una sola empresa transnacional es la que avala el texto, en este supuesto confluye una pluralidad de empresas. Al respecto, se considera que la pluralidad de empresas signatarias puede otorgar una mayor cobertura al negocio jurídico[31].

Junto con los sindicatos mundiales y las empresas signatarias, en el Acuerdo concurrió una tercera parte compuesta por organizaciones no gubernamentales (ONGs). Tal y como se ha mencionado *supra* (1.2.), el papel desempeñado por estas organizaciones resultó fundamental en la elaboración y adopción del Acuerdo. Ahora bien, debe puntualizarse que la participación de las mismas fue indirecta, en tanto no figuraron como partes firmantes del Acuerdo sino como testigos signatarios, «probablemente con la idea de mantener su papel habitual, en realidad de "supervisores" o "controladores" de la correcta evolución del cumplimiento»[32]. Se entiende, por ende, que las ONGs que actuaron como testigos signatarios debían velar por el buen funcionamiento y el efectivo cumplimiento del Acuerdo[33].

Asimismo, debe señalarse que la OIT, organización que junto con las ONGs estuvo detrás del proceso de elaboración del Acuerdo, no firmó el texto final, ni siquiera como testigo signataria. Al respecto, es posible que la ausencia de la OIT y el papel secundario desempeñado por las ONGs en la firma del Acuerdo hubiera tenido por objeto «reforzar la presencia de los verdaderos actores, sindicatos y empresarios»[34].

En suma, se considera que la implicación de sindicatos mundiales en representación de los intereses de los trabajadores resulta crucial para desarrollar una regulación laboral efectiva y que, en principio, la estructura de gobierno del Acuerdo ayuda a garantizar un equilibrio entre los intereses de los trabajadores y de las empresas[35]. Sin embargo, la realidad ha demostrado la inexistencia de un equilibrio contractual verdadero «entre el bloque de las multinacionales firmantes –muy poderoso a pesar también de su explosiva heterogeneidad– y el resto de los sujetos operantes dentro o en el entorno del Acuerdo»[36].

2.4. Ámbito temporal

Tal y como se ha avanzado *supra* (2.2.), el Acuerdo de 2013 se negoció para ser aplicado durante un período de cinco años, es decir, hasta mayo del año 2018. Una vez consumado dicho plazo, y al comprobarse que no se habían cumplido todos los criterios establecidos en el Acuerdo, se aprobó un Acuerdo de Transición hasta 2021 que será analizado *infra* (III.)[37].

21 Baylos Grau, Antonio, "Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica", *Lan harremanak: revista de relaciones laborales* 12 (2005): 113.

22 *Vid*. Comisión Española de Ayuda al Refugiado, "Bangladés: informe general" (Madrid: 2018), 12. Disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/10/Bangladesh-Informe-General-2018.pdf (última consulta: 26 de julio de 2019).

23 Gordo González, Luis, "La negociación colectiva transnacional y sus efectos en las relaciones laborales nacionales: los Acuerdos Marco Globales", *Revista de Información Laboral* 12 (2016): 227.

24 Baylos Grau, "Un instrumento de regulación...", 118.

25 Sobre esta cuestión, puede consultarse https://bangladeshaccord.org/signatories/trade-union-signatories (última consulta: 26 de julio de 2019). Asimismo, *vid*. Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 138.

26 Para más información, https://bangladeshaccord.org/2018/07/20/achievements-2013-accord/ (última consulta: 26 de julio de 2019).

27 Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 104.

28 Hensler, Benjamin y Blasi, Jeremy, "Making Global Corporations' Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough", *Workers Rights Consortium* (2013), 3. Disponible en https://cleanclothes.org/resources/recommended-reading/making-global-corporations2019-labor-rights-commitments-legally-enforceable-the-bangladesh-breakthrough (última consulta: 26 de julio de 2019).

29 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 139. Asimismo, *vid*. Donaghey y Reinecke, "When Industrial Democracy meets Corporate...", 25.

30 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 147.

31 Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 104.

32 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 138. En un sentido similar, consúltese Backer, "Are Supply Chains Transnational Legal Orders...", 32.

33 Sobre esta cuestión, véase Fernández Domínguez, Juan José, "Los sujetos protagonistas de los acuerdos marco internacionales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 28 (2012): 21.

34 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...",139.

35 Donaghey y Reinecke, "When Industrial Democracy meets Corporate...", 16 y 25.

36 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 142.

37 Comisión Española de Ayuda al Refugiado, "Bangladés: informe general...", 12.

2.5. Ámbito espacial

La aplicación del Acuerdo objeto de estudio se circunscribe a un Estado concreto, esto es, Bangladesh. A diferencia de los Acuerdos Marco Internacionales comunes, que se aplican en la totalidad de países donde la empresa transnacional firmante tiene centros productivos o proveedores, este Acuerdo limita su ámbito de aplicación a un país y sector concretos. De este modo, el Acuerdo no se aplica en todos los centros de trabajo de las empresas signatarias, ni respecto de todos los proveedores de la misma, sino solamente en aquellos situados en Bangladesh[38].

2.6. Ámbito de aplicación

A grandes rasgos, el Acuerdo atañe a todos los proveedores que producen productos para las empresas signatarias y, por consiguiente, al conjunto de trabajadores que prestan servicios para las empresas proveedoras. En aras de asegurar una gestión transparente, el Acuerdo encomendó al Comité Directivo (*infra*, 2.7.) el deber de publicar y actualizar una lista completa de los proveedores de Bangladesh (incluidos los subcontratistas) usados por las empresas signatarias (cfr. apartado 19.a).

Más concretamente, el Acuerdo estructura a estos proveedores en tres categorías diferentes, con base en el volumen anual de producción de la empresa proveedora en Bangladesh para la empresa signataria. Así, constituirán fábricas de nivel 1 las empresas proveedoras que tengan no menos del 30% del volumen anual de producción en Bangladesh de cada empresa signataria; por su parte, integrarán el grupo de fábricas de nivel 2 las empresas proveedoras que representen no menos del 65% del volumen de producción en Bangladesh de cada empresa signataria, incluyéndose las fábricas de nivel 1; y formarán parte de las fábricas de nivel 3 las que representen menos del 10% del volumen de producción de la fábrica en Bangladesh y a las que se realicen pedidos ocasionales o pedidos únicos. Respecto de este nivel 3, se determina que las empresas signatarias deben garantizar que las empresas incluidas en este nivel representen, en total, no más del 35% de su volumen de producción en Bangladesh. Asimismo, en relación con el nivel 3, se establece expresamente que las instalaciones que, como resultado de una inspección inicial, se consideren de alto riesgo estarán sujetas a las mismas condiciones que las fábricas del nivel 2.

Sobre esta cuestión, resulta oportuno advertir que mientras las disposiciones del Acuerdo concernían a los proveedores que mantenían una conexión directa con las empresas multinacionales signatarias, resultó sumamente complejo llegar a la totalidad de las fábricas que componían el opaco sistema y entramado de subcontratación en Bangladesh[39].

2.7. Comités Directivo y Consultivo

Uno de los aspectos clave del Acuerdo fue el establecimiento de un órgano de gobierno tripartito, esto es, el Comité Directivo, con representación equitativa elegida por los sindicatos mundiales firmantes y por las empresas signatarias, junto con un representante de la OIT de su elección, que debía ejercer de presidente neutral (cfr. apartado 4)[40].

Igualmente, el Acuerdo previó el nombramiento de un Comité Consultivo designado por las partes signatarias y compuesto por marcas comerciales y minoristas, proveedores, instituciones gubernamentales, sindicatos y ONGs. La principal función de este Comité residía en promover un diálogo constructivo y fluido entre las partes interesadas y aportar información al Comité Directivo (cfr. apartado 6).

2.8. Obligaciones

En el Acuerdo se recogieron expresamente una serie de compromisos que no constituían declaraciones de intenciones, sino verdaderas obligaciones contractuales para las partes firmantes[41].

En concreto, el Acuerdo encomendó a las empresas proveedoras obligaciones de distinta índole según el nivel en el que estas estén enmarcadas[42]. Así, las fábricas de nivel 1 quedaban obligadas a llevar a cabo inspecciones de seguridad, a adoptar medidas correctivas y a impartir formación a los trabajadores sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción (cfr. apartado 1). Por su parte, las fábricas de nivel 2 quedaron sujetas a la realización de inspecciones de seguridad y a la aplicación de medidas correctivas (cfr. apartado 2). Y, en lo que concierne a las fábricas circunscritas al nivel 3, estas únicamente estaban obligadas a efectuar inspecciones iniciales con el fin de identificar riesgos elevados en las instalaciones (cfr. apartado 3).

La obligación común a todas las empresas consistía en realizar inspecciones. Sin embargo, las medidas correctivas solamente afectaban a las empresas de los niveles 1 y 2 y el deber de impartir formación sobre prevención de incendios y seguridad únicamente correspondía a las empresas situadas en el nivel 1.

En lo que concierne a las inspecciones, debe señalarse que esta fue una de las cuestiones más significativas del Acuerdo, ya que «por medio de las verificaciones "in situ" se puede comprobar la verdadera situación de las medidas de seguridad en los establecimientos fabriles de los proveedores»[43]. A tales efectos, se previó el nombramiento de un Inspector de Seguridad cualificado, con experiencia en prevención de incendios y seguridad en la construcción, que fuera independiente y no empleado al mismo tiempo en ninguna empresa, sindicato o fábrica (cfr. apartado 8). La designación de este cargo correspondió al Comité Directivo que, como se ha explicado *supra* (2.7.), constituyó un órgano tripartito en el que estuvieron representados los sindicatos mundiales, las empresas y la propia OIT. Más concretamente, las inspecciones de seguridad debían correr a cargo de personal cualificado seleccionado por el Inspector de Seguridad y debían ser publicadas por el Comité Directivo (cfr. apartado 19.b). Mediante estos criterios se pretendió, ciertamente, garantizar la imparcialidad, la independencia y la transparencia de las inspecciones.

En relación con el cumplimiento de las medidas correctoras, resulta de sumo interés destacar que, con base en el Acuerdo, las empresas signatarias debían exigir a su fábricas proveedoras inspeccionadas en el marco del programa que mantuvieran una relación laboral con los trabajadores y les pagasen un salario regularmente durante cualquier período de cierre de la fábrica para llevar a cabo las reformas necesarias por un período inferior a seis meses (cfr. apartado 13). Igualmente, en el Acuerdo se reconocía el derecho de los trabajadores a negarse a trabajar en el caso de tener motivos razonables para creer que era poco seguro, sin ser discriminados o privados del salario por ello (cfr. apartado 15).

38 *Vid.* Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 103.

39 Backer, "Are Supply Chains Transnational Legal Orders...", 28.

40 Rahman, Zillur, "Accord on fire and building safety in Bangladesh: a breakthrough agreement?", *Nordic journal of working life studies* 4, 1 (2014): 71 y Rubya, "The ready-made garment industry...", 711.

41 Hensler y Blasi, "Making Global Corporations' Labor...", 2.

42 *Vid.* Caleca, "The Effects of Globalization on...", 308-309.

Y, con respecto a las obligaciones formativas, el Acuerdo preveía la designación de un Coordinador de la Formación por el Comité Director, quien debía concretar un extenso programa sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción y seleccionar a personal cualificado para su impartición a los trabajadores, directores y personal de seguridad de las fábricas de nivel 1 (cfr. apartado 16). A este respecto, resulta sorprendente que los deberes relativos a la formación se dirigieran únicamente a las empresas adscritas al nivel 1, sobre todo, si se tiene en cuenta que la formación es un factor fundamental en materia de prevención de riesgos laborales y, en este supuesto concreto, en la prevención de incendios y en la garantía de la seguridad en la construcción, así como una herramienta imprescindible para para empoderar al colectivo de trabajadores [44]. En este sentido, se considera que hubiera sido conveniente extender las obligaciones relativas a la formación a todas las empresas con independencia del nivel en el que estuvieran ubicadas. En relación con la formación, en el Acuerdo se determinó que todas las empresas signatarias debían requerir a sus fábricas proveedoras de Bangladesh tener un Comité de salud y seguridad conformado por trabajadores y directores de la fábrica correspondiente. En aras de garantizar una representación eficaz de los trabajadores en el Comité, en el Acuerdo se señaló que el número de trabajadores miembros debía ser como mínimo del 50% y que los mismos debían ser elegidos por el sindicato de la fábrica y, en ausencia de sindicato, por elección democrática entre los trabajadores (cfr. apartado 17).

Respecto de los posibles incumplimientos de estas obligaciones por parte de los proveedores, en el Acuerdo se dispuso que las empresas signatarias debían poner en marcha un proceso de notificación y advertencia que podía dar lugar, incluso, a la rescisión de la relación comercial en el caso de que los esfuerzos no prosperaran (cfr. apartado 21). Así pues, con el objeto de inducir a las fábricas de nivel 1 y 2 a cumplir con sus obligaciones, en el Acuerdo se instó a las empresas signatarias a negociar con los proveedores una condiciones comerciales que garantizaran que era financieramente viable para la fábrica mantener lugares de trabajo seguros y cumplir con los requisitos establecidos por el Inspector de Seguridad (cfr. apartado 22).

Además, en el marco del Acuerdo, las empresas signatarias se comprometieron a mantener relaciones de externalización a largo plazo con Bangladesh (cfr. apartado 23)[45].

A partir de todo lo expuesto, cabe observar que el Acuerdo no recoge normas técnicas sobre seguridad y salud, sino que, en su defecto, se limita a establecer obligaciones sobre inspecciones, medidas correctivas y formación. La razón de ser de esta ausencia pudo ser, probablemente, la previsión de estas cuestiones técnicas en la normativa interna bangladesí[46].

2.9. Procedimiento de denuncia

En el Acuerdo de 2013 se recogió expresamente un procedimiento de denuncia para los trabajadores, con el fin de garantizar que los trabajadores de las fábricas proveedoras de las empresas signatarias pudieran presentar al Inspector de Seguridad sus inquietudes sobre los riesgos para la salud y la seguridad, de forma segura y confidencial (cfr. apartado 18). Sin duda alguna, esta medida que da voz al conjunto de los trabajadores resulta de suma importancia[47].

2.10. Resolución de conflictos

Ante el posible surgimiento de desavenencias y conflictos entre las partes firmantes del Acuerdo, en el texto se recogió un procedimiento concreto para la resolución de los mismos (cfr. apartado 5). Este procedimiento de resolución de conflictos es, ciertamente, uno de los aspectos más novedosos del Acuerdo en comparación con la mayoría de los Acuerdos Marco Internacionales tradicionales[48].

En concreto, las partes debían poner en conocimiento del Comité Directivo cualquier conflicto que pudiera surgir entre las mismas derivado de los términos del Acuerdo. En el plazo de 21 días tras la presentación de la solicitud por una de las partes, el Comité Directivo debía adoptar una decisión por mayoría de votos. Dicha decisión podía ser recurrida por cualquiera de las partes ante un tribunal de arbitraje definitivo y vinculante. Evidentemente, el sometimiento de las partes a un arbitraje vinculante garantiza un fallo neutral y objetivo[49].

43 Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 108.

44 Rahman, "Accord on fire and building safety...", 73 y Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 105.

45 Rubya, "The ready-made garment industry...", 714.

46 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 139.

47 Zimmer, "Corporate responsibility in the...", 3.

48 Ibídem.

49 Hensler y Blasi, "Making Global Corporations' Labor...", 2.

III. Adopción del Acuerdo de Transición, de 2018

3.1. Contextualización y adopción del Acuerdo de Transición

Tal y como se ha avanzado *supra* (2.2. y 2.4.), el Acuerdo de 2013 fue aprobado por un período de cinco años, de forma que su vigencia expiró en 2018. Indudablemente, el Acuerdo de 2013 ha tenido una enorme repercusión y ha conseguido importantes logros en materia de seguridad de edificios para que las fábricas de Bangladesh sean más seguras[50]. Sin embargo, no se han cumplido íntegramente todos los compromisos adquiridos y, como consecuencia, la seguridad en las fábricas bangladesíes sigue siendo una materia que requiere una intensa y constante atención[51]. Además, en el momento de expiración del Acuerdo se corroboró la inexistencia de un organismo nacional dotado de los recursos necesarios para asumir la responsabilidad de garantizar la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh.

Estas razones llevaron a las partes firmantes a elaborar y adoptar un Acuerdo de Transición, que entró en vigor en 2018, para garantizar la seguridad de los trabajadores en las fábricas hasta la asunción de esta responsabilidad por un órgano nacional. En principio, según lo establecido en el prólogo del Acuerdo de Transición, el mismo extiende su aplicación hasta el 31 de mayo de 2021, momento en el cual expirará y las acciones serán asumidas por un órgano nacional, con el apoyo de la OIT. A modo de excepción, se dispone que el Acuerdo perderá su vigencia en el caso de que, antes de la fecha de expiración señalada, un Comité conjunto de supervisión determine que debe producirse el traspaso de funciones a un organismo regulador nacional. Empero, como se explicará *infra* (3.4), el Acuerdo ha sido objeto de un litigio judicial, en virtud del cual se ha fijado la fecha concreta en la que el Acuerdo debe finalizar sus funciones y transferirlas a un órgano nacional.

Si bien el nuevo Acuerdo se configura como una continuación del Acuerdo de 2013, el mismo incorpora aspectos novedosos, como el reconocimiento expreso de la importancia de respetar la libertad de sindicación de los trabajadores en relación con la protección de su seguridad (cfr. apartado 13) y una mayor protección para los trabajadores cuyas fábricas estuvieran cerradas o fueran reubicadas por problemas de seguridad (cfr. apartado 8).

3.2. Partes signatarias

El Acuerdo de Transición de 2018 ha sido firmado, por un lado, por los sindicatos mundiales IndustriAll y UNI, y, por otro lado, por 194 empresas transnacionales de Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Chile, China, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Hong Kong, Italia, Japón, Malasia, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Suecia y Suiza[52]. Puede advertirse que la mayoría de las empresas firmantes son europeas. Más concretamente, el «núcleo duro»[53] del listado lo conforman empresas alemanas (con 48 empresas firmantes), holandesas (con 24 empresas signatarias) y británicas (con 23 empresas firmantes).

Asimismo, el Acuerdo cuenta con el apoyo de cuatro ONGs que actúan como testigos signatarios, a saber, la Campaña Ropa Limpia, el Foro Internacional de Derechos Laborales, la Red de Solidaridad de la Maquila y el Consorcio de Derechos de los Trabajadores[54].

3.3. Ámbito de aplicación

Al igual que el Acuerdo de 2013, el Acuerdo de Transición afecta a todos los proveedores que producen productos para las empresas signatarias. Ahora bien, el nuevo texto va más allá, al referirse también a cualquier intermediario que sea parte del modelo de negocio de la empresa multinacional signataria.

3.4. Acerca del futuro del Acuerdo

Tras la entrada en vigor del Acuerdo de Transición, el Gobierno de Bangladesh recurrió judicialmente los procedimientos establecidos en el texto, con el fin de impedir que el Acuerdo continuara desarrollando su actividad[55]. En noviembre de 2018, el Tribunal Superior de Bangladesh determinó que el Acuerdo debía concluir sus operaciones en Bangladesh. Sin embargo, finalmente, el 19 de mayo de este año 2019, la Corte Suprema de Bangladesh ha aceptado un Memorándum de Entendimiento presentado conjuntamente por el Comité Directivo del Acuerdo de Bangladesh y la Asociación de Empleadores en el Sector de la confección, en virtud del cual el Acuerdo de 2018 seguirá operando en Bangladesh durante un período transitorio de 281 días hábiles. A lo largo de los próximos meses, los sindicatos mundiales, las empresas multinacionales y la Asociación de Empleadores en el Sector de la confección deberán establecer un nuevo organismo nacional, el Consejo de Sostenibilidad RMG, que asumirá las funciones del Acuerdo[56]. Ante esta decisión, las ONGs que figuran como testigos signatarios han puesto de manifiesto que las agencias de inspección de seguridad del Gobierno bangladesí no están suficientemente preparadas para asumir esta responsabilidad[57].

---

50 Consúltese https://bangladeshaccord.org/updates/2018/07/20/achievements-2013-accord (última consulta: 26 de julio de 2019).

51 Karim, Naimul, "Complaints about safety in *Bangladesh factories hit a high in 2018*", Reuters (2019). Disponible en https://www.reuters.com/article/us-bangladesh-factories-safety/complaints-about-safety-in-bangladesh-factories-hit-a-high-in-2018-idUSKCN1R02C7 (última consulta: 26 de julio de 2019).

52 Consúltese https://bangladeshaccord.org/signatories/company-signatories (última consulta: 26 de julio de 2019).

53 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 137.

54 Para profundizar en esta cuestión, *vid.* https://bangladeshaccord.org/signatories/witness-signatories (última consulta: 26 de julio de 2019).

55 Garrido Sotomayor, Víctor, "Bangladesh: el Accord en peligro, 6 años después de su firma", *CCOO-Industria* (2019): 3. Disponible en https://industria.ccoo.es/df1c0646dc328e88eef3b0d72cbd6b88000060.pdf (última consulta: 26 de julio de 2019).

56 A este respecto, puede consultarse http://www.industriall-union.org/es/protegen-los-logros-alcanzados-por-el-acuerdo-de-bangladesh (última consulta: 26 de julio de 2019).

57 Campaña Ropa Limpia, Foro Internacional de Derechos Laborales, Red de Solidaridad de la Maquila y Consorcio de Derechos de los Trabajadores, *Bangladesh Government's Safety Inspection Agencies Not Ready to Take Over Accord's Work* (2019), 11. Disponible en https://laborrights.org/sites/default/files/publications/RCC%20report%204-1_4.pdf (última consulta: 26 de julio de 2019).

IV. Valoración de los Acuerdos de Bangladesh:¿la antesala de futuros acuerdos laborales internacionales?

La aprobación en 2013 del Acuerdo para la seguridad de los trabajadores de Bangladesh constituye un hito en la protección internacional de los derechos laborales mediante el establecimiento de compromisos jurídicamente vinculantes de manera consensuada entre sindicatos mundiales y empresas transnacionales[58]. Más aún, este Acuerdo conforma la primera iniciativa internacional que engloba a una multitud de empresas multinacionales y a través de la cual las mismas han asumido una serie de obligaciones para implementar una protección internacional de los derechos laborales[59].

No debe obviarse, sin embargo, que la principal razón que motivó la adopción de este instrumento fue la repercusión social que tuvieron las fatídicas consecuencias de uno de los accidentes industriales más graves ocurridos hasta la fecha, a saber, el derrumbamiento del edificio Rana Plaza que ocasionó más de un millar de muertes[60]. Es indispensable tener presente, además, que esta tragedia no puede considerarse un hecho repentino e inesperado, ya que fue precedida por numerosos incendios con resultados mortales que evidenciaron el grave problema de la falta de seguridad en las fábricas bangladesíes[61]. Claramente, estos sucesos pusieron de manifiesto el fracaso, la debilidad y la deficiencia de las iniciativas unilaterales y voluntarias de Responsabilidad Social Empresarial promovidas por las empresas multinacionales y la urgente necesidad de promover instrumentos jurídicamente vinculantes[62]. Sin embargo, se considera desafortunada la tardía reacción ante esta problemática de seguridad[63].

A pesar de los esfuerzos realizados y de los logros alcanzados en materia de seguridad de edificios durante los cinco años de vigencia del Acuerdo de 2013, su expiración requirió la inmediata adopción en 2018 de un Acuerdo de Transición para avanzar en la consecución de los compromisos adquiridos por las partes signatarias. Una de las razones que suscitó la elaboración de un nuevo Acuerdo en 2018 fue la inexistencia de un órgano nacional que pudiera asumir la responsabilidad de garantizar la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh. Este dato pone de manifiesto el distanciamiento y la resistencia del Gobierno bangladesí, posición que se ha acentuado en el último año, lo que supone un obstáculo para el efectivo cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo[64]. Más aún, las ONGs ven con recelo la pronta asunción de las funciones del Acuerdo por un órgano nacional, preocupadas por el posible deterioro de la situación de seguridad en las fábricas del país.

Pues bien, a grandes rasgos, la inclusión en ambos Acuerdos de una serie de obligaciones exigibles dirigidas a las empresas signatarias para garantizar la seguridad en el sector textil en Bangladesh supone, indiscutiblemente, un avance significativo y loable en la protección internacional de los derechos laborales. Así pues, la orientación de ambos instrumentos concuerda con los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, y, más concretamente, con el Objetivo 8.8 en virtud del cual resulta imprescindible «proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios». La resistencia de determinadas empresas a adherirse a estos dos Acuerdos revela, sin embargo, la existencia de un cierto recelo por parte de algunas multinacionales a asumir compromisos vinculantes en esta materia[65].

Sin perjuicio de lo comentado, resulta oportuno señalar que la puesta en marcha, de forma paralela, de dos iniciativas de naturaleza distinta, esto es, el Acuerdo y la Alianza, supuso un claro impedimento para conseguir resultados efectivos en la protección internacional de los derechos laborales en el sector textil en Bangladesh, desvirtuando, como consecuencia, los esfuerzos internacionales orientados a establecer compromisos vinculantes para las empresas multinacionales. Ante las dificultades que presenta esta duplicidad de acciones, se cree que la trascendencia de la materia exige una actuación consensuada y coordinada entre los distintos agentes orientada a la asunción de compromisos jurídicamente vinculantes.

Asimismo, a lo largo del estudio se ha planteado la posibilidad de calificar los Acuerdos de Bangladesh como Acuerdos Marco Internacionales. A partir del análisis realizado, cabe deducir que, en principio, parece no haber inconveniente en admitir que los textos poseen la naturaleza de los Acuerdos Marco Internacionales[66]. Precisamente, ante la ausencia de un marco jurídico regulador de la negociación colectiva de carácter transnacional, el proceso de desarrollo de los Acuerdos Marco Internacionales responde a un «notable casuismo»[67]. En este sentido, a pesar de que las partes firmantes no

58 Evans, "Accord on fire and building safety in Bangladesh...", 598 y Rahman, "Accord on fire and building safety...", 71.

59 Hensler y Blasi, "Making Global Corporations' Labor...", 2.

60 Zimmer, "Corporate responsibility in the...", 6.

61 Al respecto, puede consultarse Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 130-131.

62 Claeson, "Emerging from the tragedies...", 498.

63 Véase Evans, "Accord on fire and building safety in Bangladesh...", 620.

64 Ojeda Avilés, "La aplicación de los acuerdos laborales...", 145 y 156 y Rubya, "The ready-made garment industry...", 699.

65 Sobre esta cuestión, puede consultarse Rubya, "The ready-made garment industry...", 714.

66 Soler Arrebola, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales...", 102.

67 Fernández Domínguez, Juan José, "Los sujetos protagonistas de los acuerdos...", 4.

han denominado expresamente a los Acuerdos de Bangladesh como Acuerdos Marco Internacionales, no cabe descartar tal designación en tanto constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes negociados entre sindicatos mundiales y empresas multinacionales. Además, debe tenerse en cuenta que los Acuerdos Marco Internacionales son «instrumentos vivos»[68] en constante evolución.

No obstante esta interpretación, en el análisis realizado en los apartados previos se han ido resaltando determinados aspectos propios de los Acuerdos de Bangladesh que difieren de los Acuerdos Marco Internacionales clásicos y que podrían poner en entredicho esta primera deducción. Concretamente, una de las principales diferencias reside en los sujetos firmantes. En lo que a la parte empresarial se refiere, mientras los Acuerdos Marco Internacionales comunes son firmados por una única empresa multinacional, los Acuerdos de Bangladesh han sido firmados por una pluralidad de empresas multinacionales. Al respecto, se considera que, en la línea de los Acuerdos de Bangladesh, los Acuerdos Marco Internacionales deberían superar su actual configuración empresarial para convertirse en auténticos instrumentos «de ordenación de carácter sectorial o pluriempresarial»[69]. Precisamente, la implicación de una pluralidad de empresas multinacionales en un único instrumento permite favorecer la uniformidad de las condiciones de trabajo e impedir, al mismo tiempo, el recurso a la competencia entre las empresas multinacionales del mismo sector[70].

En suma, los Acuerdos de 2013 y 2018 constituyen un logro histórico en tanto son el resultado del consenso alcanzado entre sindicatos mundiales, en representación de los trabajadores, y numerosas empresas multinacionales para proteger a los trabajadores del sector textil de los riesgos laborales en Bangladesh[71]. En aras de que las condiciones laborales de los trabajadores del sector textil sean seguras, resulta indispensable la implicación del Gobierno bangladesí en coordinación con los sindicatos y empleadores[72].

A partir de todo lo expuesto, puede concluirse que los Acuerdos de Bangladesh conforman un precedente ejemplar para la negociación de futuros acuerdos laborales internacionales sectoriales entre sindicatos mundiales y empresas multinacionales orientados al respeto y la promoción de los derechos laborales[73]. A tal fin, resulta imprescindible avanzar hacia el establecimiento de un marco legal internacional «de apoyo a los procesos de negociación colectiva transnacional»[74].

Conclusiones

Con base en el análisis realizado en los apartados anteriores, a continuación se exponen las principales conclusiones del estudio.

Primera. Los rasgos propios de la economía globalizada demandan un modelo efectivo de protección de los derechos laborales. En este nuevo contexto, en el que la actuación de las empresas multinacionales tiene un impacto directo en los derechos laborales, debe prestarse especial atención a las nuevas fórmulas de negociación entre las mismas y los sindicatos mundiales.

Segunda. La tragedia del Rana Plaza en 2013 fue el detonante de la firma del primer Acuerdo de Bangladesh. Sin embargo, los accidentes e incendios registrados en el país con anterioridad al derrumbamiento del Rana Plaza ya venían advirtiendo los graves problemas de seguridad presentes en las fábricas y el fracaso de las iniciativas de Responsabilidad Social Empresarial. En este sentido, cabe deducir que la rápida adopción del Acuerdo se debió, principalmente, a la repercusión social que tuvo el accidente y a las presiones internacionales.

Tercera. La aprobación del Acuerdo de Bangladesh de 2013 debe valorarse de manera muy positiva, en tanto recogió expresamente obligaciones de importante calado dirigidas a las empresas para garantizar la seguridad en las fábricas del país. Debe destacarse, igualmente, la elevada cifra de empresas transnacionales que firmaron el acuerdo, a saber, más de doscientas.

Cuarta. La promoción de iniciativas de diferente naturaleza para afrontar la seguridad en el sector textil en Bangladesh, como el Acuerdo y la Alianza, dificulta la consecución de resultados efectivos. Esta duplicidad de acciones evidencia la disparidad de posturas existentes ante la protección de los derechos laborales y la resistencia de numerosas empresas transnacionales a asumir compromisos vinculantes en esta materia.

Quinta. La expiración del Acuerdo de 2013 y la ulterior adopción del Acuerdo de Transición de 2018 pusieron de manifiesto, por un lado, la necesidad de continuar implementando las acciones recogidas en el texto, y, por otro lado, la voluntad internacional para seguir apoyando estas medidas. Sin embargo, la resistencia mostrada por parte del Gobierno bangladesí y el recurso de los procedimientos del Acuerdo ante los Tribunales, han deteriorado la efectividad del Acuerdo. Según la decisión de la Corte Suprema, tras el período transitorio decretado, las funciones del Acuerdo serán asumidas por un órgano nacional.

Sexta. Las características de los Acuerdos de 2013 y 2018, en especial, la implicación de una pluralidad de empresas multinacionales y la circunscripción del mismo a un sector determinado, pueden servir de antesala para la negociación de futuros acuerdos laborales internacionales y para avanzar hacia el establecimiento de un marco jurídico que regule la negociación colectiva transnacional.

68 Drouin, Renée-Claude, "Promoting fundamental labor rights through international framework agreements: practical outcomes and present challenges", *Comparative Labour Law and Policy Journal* 31-10 (2010): 628.

69 Correa Carrasco, Manuel, "Acuerdos Marco Internacionales: de la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional", en *La globalización económica y el futuro del trabajo: algunas reflexiones*, dirigido por María Gema Quintera Lima (Madrid: Universidad Carlos III, 2018), 45.

70 *Ibídem*.

71 Rahman, "Accord on fire and building safety...", 73.

72 Rubya, "The ready-made garment industry...", 717.

73 Rahman, "Accord on fire and building safety...", 72.

74 Correa Carrasco, Manuel, *Acuerdos Marco Internacionales. De la Responsabilidad Social Empresarial a la Autonomía Colectiva Transnacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 125.

Bibliografía

Backer, Larry Catá, "Are Supply Chains Transnational Legal Orders? What We Can Learn from the Rana Plaza Factory Building Collapse", *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 1 (2016).

Baylos Grau, Antonio, "Empresas transnacionales y Acuerdos Marco-Globales", en *Ética empresarial y códigos de conducta*, dirigido por José Luis Goñi Sein (Madrid: La Ley, 2011).

Baylos Grau, Antonio, "Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales", *Cuadernos de Relaciones Laborales* 27, 1 (2009).

Baylos Grau, Antonio, "Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica", *Lan harremanak: revista de relaciones laborales* 12 (2005).

Brown, Garret D., "Effective protection of worker´s health and safety in global supply chains", *International Journal of Labour Research* 7, 1-2 (2015).

Caleca, Alexandra Rose, "The Effects of Globalization on Bangladesh' s Ready-Made Garment Industry: The High Cost of Cheap Clothing", *Brooklyn Journal of International Law* 40, 1 (2014).

Campaña Ropa Limpia, Foro Internacional de Derechos Laborales, Red de Solidaridad de la Maquila y Consorcio de Derechos de los Trabajadores, *Bangladesh Government's Safety Inspection Agencies Not Ready to Take Over Accord's Work* (2019).

Claeson, Björn Skorpen, "Emerging from the tragedies in Bangladesh: a challenge to voluntarism in the global economy", *New Solutions* 24, 4 (2015).
Comisión Española de Ayuda al Refugiado, "Bangladés: informe general" (Madrid: 2018). Disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/10/Bangladesh-Informe-General-2018.pdf.

Correa Carrasco, Manuel, "Acuerdos Marco Internacionales: de la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional", en La globalización económica y el futuro del trabajo: algunas reflexiones, dirigido por María Gema Quintera Lima (Madrid: Universidad Carlos III, 2018).

Correa Carrasco, Manuel, *Acuerdos Marco Internacionales. De la Responsabilidad Social Empresarial a la Autonomía Colectiva Transnacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

Donaghey, Jimmy y Reinecke, Juliane, "When Industrial Democracy meets Corporate Social Responsibility: a comparison of the Bangladesh Accord and Alliance as Responses to the Rana Plaza Disaster", *British Journal of Industrial Relations* 56, 1 (2017).

Drouin, Renée-Claude, "Promoting fundamental labor rights through international framework agreements: practical outcomes and present challenges", *Comparative Labour Law and Policy Journal* 31-10 (2010).

Evans, Benjamin A., "Accord on fire and building safety in Bangladesh: an international response to Bangladesh labour conditions", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 40, 2 (2014).

Fernández Domínguez, Juan José, "Empresas transnacionales", en *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, presidido por María Emilia Casas Baamonde y coordinado por Antonio Pedro Baylos Grau, Candy Florencio Thomé y Rodrigo García Schwarz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

Fernández Domínguez, Juan José, "Los sujetos protagonistas de los acuerdos marco internacionales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 28 (2012).

Garrido Sotomayor, Víctor, "Bangladesh: el Accord en peligro, 6 años después de su firma", *CCOO-Industria* (2019).

Gordo González, Luis, "La negociación colectiva transnacional y sus efectos en las relaciones laborales nacionales: los Acuerdos Marco Globales", *Revista de Información Laboral* 12 (2016).

Hensler, Benjamin y Blasi, Jeremy, "Making Global Corporations' Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough", *Workers Rights Consortium* (2013). Disponible en https://cleanclothes.org/resources/recommended-reading/making-global-corporations2019-labor-rights-commitments-legally-enforceable-the-bangladesh-breakthrough.

Karim, Naimul, "Complaints about safety in Bangladesh factories hit a high in 2018", *Reuters* (2019).

Motlagh, Jason, "The Ghosts of Rana Plaza", *Virginia Quarterly Review* (2014).

Ojeda Avilés, Antonio, "La aplicación de los acuerdos laborales internacionales. El paradigma del Acuerdo de Bangladesh 2013", *Revista Derecho Social y Empresa* 4 (2016).

Papadakis, Konstantinos, Casale, Giuseppe y Tsotroudi, Katerina, "Acuerdos marco internacionales como elementos de un marco transfronterizo de relaciones industriales", en *Diálogo social y acuerdos transfronterizos ¿un marco global emergente de relaciones industriales?*, editado por Konstantinos Papadakis (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009).

Pérez Yáñez, Rosa María, "Los acuerdo marco internacionales como experiencias de la negociación colectiva transnacional", en *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, coordinado por Ricardo Escudero Rodríguez (Madrid: Cinca y Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2010).

Rahman, Zillur, "Accord on fire and building safety in Bangladesh: a breakthrough agreement?", *Nordic journal of working life studies* 4, 1 (2014).

Rubya, Tamanna, "The ready-made garment industry: an analysis of Bangladesh´s Labor Law provisions after de Savar Tragedy", *Brooklyn Journal of International Law* 40, 2 (2015).

Salminen, Jaakko, "The Accord on fire and building safety in Bangladesh: a new paradigm for limiting buyer´s liability in global supply chains?", *American Journal of Comparative Law* 66, 2 (2018).

Soler Arrebola, José Antonio, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales: el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh", en *La transnacionalización de las relaciones laborales: experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, dirigido por Wilfredo Sanguineti Raymond (Madrid: Cinca, 2015).

Zimmer, Reingard, "Corporate responsibility in the «Bangladesh Accord»: Which regulations are transferable to other supply chains?", *Friedrich-Ebert-Stiftung* (2016).

LGPD e Desafios Recentes da Negociação Coletiva no Brasil

Luciane Cardoso Barzotto

Juíza do Trabalho | Professora da UFRGS (graduação/mestrado/ doutorado)

Negociação Coletiva para Proteção de Direitos dos Titulares de Dados: O Papel do Sindicato 235

Negociação Coletiva: Uso de Imagem em Teletrabalho 239

Negociação Coletiva e a Saúde dos Trabalhadores: A Vacinação e os Dados 241

Negociação Coletiva para Assegurar outros Direitos Constantes da LGPD 242

Conclusão 243

Bibliografia 243

A Reforma Trabalhista trouxe novos contornos para a negociação coletiva, agora regulada quanto ao conteúdo no art. 611 da CLT. O art. 611-A estabelece hipóteses nas quais a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei. Já o art. 611-B aduz os temas que não deverão ser tratados em convenção coletiva do trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Estes dispositivos devem ser lidos à luz da Constituição Federal em seu artigo 7º (inciso XXVI), no qual se estabelece o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Além disto, as Convenções de n. 98 e de n.154 da OIT, ratificadas pelo Brasil, destacam a necessidade de os países fomentarem e valorizarem as negociações coletivas como meio eficaz para estabelecer melhores condições do trabalho.

Portanto, o que se perquire neste curto artigo é se a privacidade dos empregados, agora regulada pela Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2020c), também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é passível de ter seu conteúdo esmiuçado e descrito em cláusulas de negociação coletiva entre empregados e empregadores e seus respectivos entes de representação coletiva.

A priori, pela interpretação dada ao art. 611 da CLT em conformidade com a Constituição Federal, responde-se positivamente para que negociações coletivas possam contemplar de modo explícito diversos direitos trazidos pela LGPD a todo o cidadão, incluindo-se o trabalhador, na proteção de sua autodeterminação informativa, visto que as negociações coletivas servem para atuar no vazio da lei, criando direitos e obrigações laborais.

Entretanto, discute-se se a negociação coletiva seria o meio adequado para regular direitos individuais de trabalhadores com relação a dados pessoais. Salienta-se que os direitos do titular dos dados expressam direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal, no art. 5º, inciso X da Carta Magna, adicionados a novos direitos. Tramita no Congresso projeto de lei - PEC 17/2019- tendente a dar ao direito à proteção de dados um caráter de direito fundamental autônomo, ou seja, categoria especial de direitos da personalidade.

Por enquanto, verifica-se em que medida alguns aspectos da proteção de dados já estão contemplados em cláusulas negociais coletivas. Como ilustra o teletrabalho, ou trabalho remoto da pandemia, encontram-se cláusulas sobre utilização de imagem, que é um dado sensível, à luz do art.5º da LGPD. Além da regulamentação do uso da imagem (biometria) mediante fontes negociais, no Brasil e no exterior, perquire-se sobre novas possibilidades de negociação com relação a vacina contra COVID-19, cujos contornos envolvem outro dado sensível, a saúde do trabalhador.

Por fim, elencam-se possibilidades de estipulações por meio de fontes normativas autônomas diversos temas trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados. As novidades da Lei nº 13.709/2018 tendem a dar novos contornos à negociação coletiva a ponto de constituírem verdadeira oportunidade para os sindicatos demonstrarem sua efetividade na defesa dos direitos individuais e coletivos da categoria, numa adequação aos novos tempos de autodeterminação informativa na sociedade em que os dados possuem valor.

Negociação Coletiva para Proteção de Direitos dos Titulares de Dados: O Papel do Sindicato

A entidade sindical terá papel central na efetividade da LGPD diante da necessidade de proteção de dados nas relações trabalhistas? Recorda-se que a Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2020c), é aberta, geral, transversal, com flexibilidade de interpretação, válida para qualquer organização, autorizando regulamentações supletivas dos sindicatos, porquanto traz uma ideia unificada do tratamento dos dados. Diante das inúmeras situações envolvendo concretamente os dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, a LGPD é um mandado de otimização legal, traçando metas para os empregadores se alinharem no tratamento dos dados gerados durante relação de trabalho.

Alguns entendem que cláusulas que disciplinam sobre proteção de dados não poderiam ser incluídas em negociação coletiva laboral por dizerem respeito a direitos individuais personalíssimos, para os quais o titular deve anuir (CORREIA e BOLDRIN, 2020), não sendo, em princípio, direitos de base coletiva.

Outros entendem que é possível a fixação por negociação coletiva de matéria que envolva proteção de dados (VÓLIA e IURI, 2020; PAMPLONA e CONI, 2020. Adota-se a segunda corrente por analogia ao GDPR, art. 88, o qual contempla matéria laboral, ou pela permissão do art. 8º da CLT. Entende-se a partir da ideia de negociação coletiva, que os diversos direitos do titular, por possuírem matriz constitucional, não podem ser flexibilizados.

Nas questões sindicais, a primeira pontuação importante é a própria filiação sindical do empregado. Temos expressamente na lei, que a filiação sindical é dado pessoal sensível, conforme o art.5º. A filiação a sindicato deve ser informação fornecida para o empregador desde que a contribuição sindical passou a ser facultativa (art. 545 da CLT). Como o pagamento da contribuição é sendo devido apenas pelos associados, o empregador deve saber a filiação, dispensando-se o consentimento do empregado visto que é exigência legal para o empregador o desconto da contribuição. No curso da relação de emprego e para a finalidade de recolhimento sindical questionar-se a filiação seria viável, mas não se pode utilizar a ideia do legítimo interesse do controlador (art. 10 da LGPD) a qual não está elencada entre as bases de tratamento dos dados pessoais sensíveis, constantes no art. 11 da LGPD, que abaixo se transcreve:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Entende-se que, no caso de requerimento do empregador ao empregado sobre o fato de ser ou não o empregado sindicalizado, ou mesmo a obrigação do sindicato fornecer o rol dos associados às empresas, com dever fixado em eventual cláusula decorrente de negociação coletiva, estaria embasado na forma de tratamento que é o cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador, por exemplo (art. 11, inciso II, a) .

Em um primeiro momento, pode-se dizer, em tese, que as entidades sindicais terão amplas possibilidades regulamentar direitos inerentes à lei, conforme o melhor interesse de seus representados.

O titular de dados é detentor de diversos direitos em relação aos seus dados, a iniciar pela liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da sua personalidade (art. 1º) além dos elencados no art. 18, direitos estes que poderiam ser explicitados por normas coletivas, a fim de que correspondam à principiologia legal do art. 6º da LGPD e respondam ao titular algumas perguntas: para que fim são guardados os dados, em que contexto, etc.

Nestes termos, cumpre referir que os direitos do titular dos dados correspondem aos princípios fixados na lei, como didaticamente indica-se:

princípios	perguntas sobre dados	direitos do titular
I- finalidade	PARA QUE FIM	INFORMAÇÃO -ART. 9º
II- adequação	EM QUE CONTEXTO	PORTABILIDADE- ART. 18, V.
III-necessidade	POR QUE É PRECISO	NEGATIVA- art. 18,VIII
IV - livre acesso	ONDE	ACESSO - art. 9º
V - qualidade dos dados	COMO	CORREÇAO - Art. 7, § 6º
VI – transparência	QUAL MODO	CONFIRMAÇAO- ART. 8º, 37
VII – segurança	COM QUE MEDIDAS	ELIMINAÇÃO - Art. 16.
VIII – prevenção	EM VISTA DE QUE	ANONIMIZAÇÃO - Art. 11, II, c
IX – não-discriminação	PARA QUE NÃO	REVISÃO - Art. 20.
X -responsabilizaçao e prestação	QUEM RESPONDE	REVOGAÇÃO Art. 8, § 5º

Todos estes aspectos acima elencados, de direitos de titulares de dados, com suas perguntas sobre o tratamento dos dados (art. 5º, X e art. 7º da LGPD), e designação do princípio a orientar o tratamento, podem receber uma resposta coletiva, enquanto trabalhadores sindicalizados. Este feixe de direitos enseja proteção pela via de negociação sindical porquanto dizem respeito ao tratamento de dados constantes em documentos individuais mas que são tratados homogeneamente, ou seja de modo coletiva e, diga-se, sem discriminação pelos empregadores. Documentos como fichas de registro de empregados, termos aditivos para adequação dos contratos de trabalho, necessidade de realização de exames de saúde periódicos, bem como a forma de armazenamento de diversos outros dados laborais, com expressa determinação de como se dará o tratamento pelo controlador de outras informações relevantes são aspectos os quais permitem tratamento coletivo. Estes itens são apenas uma síntese do que ao sindicato se faculta negociar sobre a política de tratamento e acesso de dados dos trabalhadores, a partir dos direitos elencados no art. 18 da LGPD.

Aqui o sindicato poderá indicar ao titular do dado (empregado) e ao controlador (empregador) de que modo os direitos podem ser exercidos concretamente, em conformidade aos princípios, constantes no art. 6º da LGPD, sob a égide do macro vetor da boa-fé, baliza orientadora do sistema (MENKE, 2021).

Aos sindicatos é autorizada a atuação de modo a dar efetividade aos diversos fundamentos, aparentemente colidentes e indicados no art. 2º da lei, a saber:

I - o respeito à privacidade;

II a autodeterminação informativa;

III a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Por outro lado, o sindicato além de garantidor dos fundamentos do sistema de proteção, também é agente ao desempenhar a função de controlador dos dados, no contexto de sua atuação. É imperioso ao sindicato adequar-se à LGPD, uma vez que trata dados dos sindicalizados. Anteriormente a LGPD já se discutiu no âmbito judicial a responsabilização do sindicato por repasse indevido de dados de representados (compartilhamento de dados), o que poderá ser doravante ajustado também em negociações coletivas. Neste sentido a jurisprudência abaixo transcrita, anterior à vigência da Lei geral de proteção de dados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. EMPREGADO NÃO SINDICALIZADO QUE TEVE DESCONTADA NO CONTRACHEQUE A CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/CONFEDERATIVA. O Regional, instância soberana na análise de matéria fática, a teor da Súmula 126 do TST, concluiu que não houve dano moral, fundamentando que o acesso aos dados do reclamante não foi feito pessoalmente pelo Sindicato recorrido, e sim pelo Estado do Piauí, a quem o autor se encontra vinculado estatutariamente, e, justamente por isso, possui suas informações pessoais e financeiras. Asseverou também que, embora o Sindicato, ao receber do Estado do Piauí valores descontados de seu contracheque, tenha conhecido seus dados funcionais, não se infere daí a existência de danos morais, pois não há informação de que houve divulgação desses dados sem permissão do autor. Em tal contexto, não há falar em violação dos arts. 5º, X, e 8º, V, da CF. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR-1739-76.2011.5.22.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 12/04/2013).

No caso acima, o sindicato não restou responsabilizado por repassar indevidamente dados de empregado não sindicalizado, eis que o ato de encaminhamento das informações foi do próprio estado do Piauí, no caso, empregador público. No entanto, com a entrada em vigor da LGPD o Sindicato enquanto guardião de direitos deve atuar de forma cada vez mais responsável no tocante à proteção de dados para não expor indevidamente os representados/associados em caso de eventual compartilhamento fora da base legal e das finalidades estritamente necessárias ao desempenho de sua missão.

Neste sentido, na jurisprudência espanhola (ASENCIO, 2013) encontrou-se uma relação difícil

entre direitos de informação dos representantes dos trabalhadores e proteção de dados pessoais porque deveriam equilibra-se direitos coletivos com o direito individual de privacidade ou mesmo intimidade. Vislumbra-se até eventual colisão entre direitos constitucionalmente protegidos: direitos coletivos e direitos individuais. Embora alguma jurisprudência tenha tentado subdividir dados pessoais em profissionais, econômicos e sociais, o Tribunal constitucional espanhol manteve o conceito unitário e amplo de dado pessoal, mantendo a possibilidade de oposição individual do trabalhador embora tendendo a entender que a informação repassada ao sindicato deva ser suficiente para garantir a efetividade das funções de representação dos trabalhadores. A concorrência de direitos em sede coletiva faz com que o dado transmitido aos representantes dos trabalhadores, por força de dispositivos legais, tenham nos sindicatos um papel de garantidores e novos "responsáveis" e pelos dados dos trabalhadores enquanto exercem o direito de representação. Estas questões são complexas e não estão resolvidas embora tenham surgido diretrizes na Agência Espanhola de proteção de dados[1].

Em Portugal, a partir da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que é a Lei de execução do Regulamento (UE) 2016/679 entende-se que as negociações vão aumentar.

Colacionam-se acordos coletivos que exemplificam a negociação sindical em busca de dados para exercício das próprias funções e em defesa dos representados. Conforme boletim de trabalho e emprego de Portugal de janeiro de 2021, aparecem algumas cláusulas de negociação coletiva sobre dados:

1. Acordo de empresa entre a Exide Technologie, L.da e o Sindicato das Indústrias Eléctricas do Sul e Ilhas - SIESI, a Cláusula 11.ª, que trata sobre o Relatório único (p.47), dispõe que "A empresa obriga-se a enviar o conteúdo do relatório anual referente à informação sobre a sua actividade social (Relatório Único) à comissão de trabalhadores e aos sindicatos representativos de trabalhadores da empresa que o solicitem, nos termos da lei vigente e tendo em conta a Lei de Proteção de Dados". Na mesma página, consta na Cláusula 12.ª que são deveres da empresa "i) Prestar aos sindicatos os esclarecimentos que por estes lhe sejam solicitados, relativos às relações de trabalho, nos termos do Código do Trabalho e da Lei da Proteção de Dados", e "q) Ouvir os órgãos representativos dos trabalhadores sempre que tal se justifique, nos termos do Código do Trabalho e Lei da Proteção de Dados".

2. Acordo de empresa entre a AGERE - Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de Entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro, a cláusula 5.ª é sobre proteção de dados pessoais (p.74), com início de vigência em 01/07/2020:

    1- A empresa não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações respeitantes à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

    2- A empresa não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações respeitantes à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

    3- As informações relativas à saúde ou ao estado de gravidez previstas no número anterior são prestadas a médico que só pode comunicar à empresa se o candidato a emprego ou o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade.

A cláusula 9.ª trata sobre utilização de dados biométricos:

"A empresa só pode proceder ao tratamento de dados biométricos se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir e observando a regulamentação em cada momento em vigor no âmbito da proteção de dados pessoais e demais regulamentação aplicável."

3. Acordo de empresa entre a BRAVAL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, SA e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de Entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro, encontra-se com a mesma redação da cláusula 5.ª sobre proteção de dados, conforme acima transcrita.

Todos estes exemplos, acima transcritos, revelam que a mesma complexidade negocial quanto a dados deverá ser enfrentada pelos sindicatos brasileiros ao se adaptarem a LGPD.

O certo é que em âmbito europeu, o acordo coletivo também tem um lugar importante na definição deste direito à privacidade e proteção de dados. O art. 88 do RGPD incorpora um regulamento específico em matéria laboral ao estabelecer que "os Estados membros podem, por meio de disposições legislativas ou acordos coletivos, estabelecer regras mais específicas para garantir a proteção de direitos e liberdades em relação ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no local de trabalho (...) ". O Considerando (155) do RGPD recorda o " Direito dos Estados membros editarem ou acordos coletivos, incluindo "acordos de empresa", podem estabelecer regras específicas relativas ao tratamento de dados pessoais de trabalhadores no campo do trabalho, em particular em relação às condições em que os dados pessoais neste contexto podem estar sujeitos a tratamento com base no consentimento do trabalhador para fins de contratação, a execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações estabelecidas por lei ou por acordo coletivo, a gestão, planejamento e organização do trabalho, igualdade e segurança no trabalho, saúde e segurança no trabalho, bem como as finalidades exercício e gozo, individual ou coletivo, de direitos e benefícios relacionados ao emprego e para efeitos de cessação da relação laboral". A limitação na autonomia da vontade nas relações privadas, por conta da subordinação da relação de emprego autoriza que outras instituições possam velar pela proteção de dados e, neste sentido, no art. 80 do GDPR há expressa autorização de que o sindicato seja autorizado a representar o titular de dados diante do empregados, perante a Agência Nacional de Proteção de Dados, ou mesmo em juízo. (UGUINA, 2018)

1 Guía de "la protección de datos en las relaciones laborales" de la propia Agencia Española de Protección de Datos (http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf).

A doutrina laboral defende o que poderia ser chamado de governança coletiva de proteção de dados, a partir dos sindicatos, os quais poderiam fiscalizar processos de seleção, avaliações e despedidas e a gestão dos dados nestes momentos contratuais (SIGNES, 2018). Isto acompanharia o tratamento e processos de coleta automatizados de dados, bem como uma espécie de vigilância para evitar-se discriminações algorítmicas e arbitrariedades no mundo do trabalho, atividades que demandariam a presença da atuação sindical.
A crítica que se faz é há um caráter individualista da proteção de dados presente no âmbito europeu, sendo que o GDPR, por sua vez influenciou a norma brasileira.

Cumpre lembrar que a LGPD alude explicitamente à tutela coletiva de dados pessoais (arts. 22 e 42, caput e § 3º), incidindo no caso de judicialização, a legislação específica: Lei n.º 7.347/1985 e os arts. 81 a 104 do CDC, a Lei n.º 4.717/1965, sobre a ação popular, e os arts. 21 e 22 da Lei n.º 12.016/2009, sobre o mandado de segurança coletivo. O sindicato é considerado associação civil para fins de legitimidade ativa para propositura de Ação Civil Pública, conforme pacífica jurisprudência do STF e consoante o art. 5º da Lei n.º 7.347/1985. Ou seja, tanto na negociação autônoma, quando do Sindicato produz fonte de Direito do Trabalho, como na ação judicial para assegurar os direitos de proteção de dados, temos uma autorização legal para a atuação sindical em questão de proteção de dados, especialmente no interesse da categoria, em situações de evidentes violações a direitos individuais homogêneos, como seria o resguardo de dados de uma determinada coletividade laboral de eventual incidente de segurança ou violação do tratamento legal em desconformidade com a finalidade declarada pelo controlador. Por estes motivos, entendemos viável e legal a existência de cláusula convencional prevendo a autorização de envio de dados dos trabalhadores aos sindicatos, pela categoria econômica, cuja autorização foi feita em assembleia geral e em conformidade com a vontade dos associados.

Negociação Coletiva: Uso de Imagem em Teletrabalho

Neste momento, examinam-se cláusulas negociais específicas sobre dados de empregados. Em rápida busca no sistema MEDIADOR[2] da Secretaria do Trabalho, sobre de negociações sindicais, é possível que se encontrem acordos e convenções coletivas as quais trazem regras atinentes ao uso da imagem do empregado como se transcreve abaixo, num contexto de teletrabalho ou trabalho remoto em época de pandemia, com vigência ainda atual:

> "e) Fica ajustado que a visualização das imagens capturadas em eventual chamada por vídeo com o empregado, equivalem a uma reunião pública, ocorrida no interior da empresa, podendo ser gravada e utilizada para fins lícitos de exercício do poder empregatício, sendo dever do empregado, livrar o ambiente filmado de acontecimentos íntimos e de sua vida privada.
>
> f) A aceitação de chamadas por vídeo dependerá de ato próprio do empregado, ficando proibida a ativação remota da câmera pelo empregador para qualquer finalidade"[3].

Observa-se "a priori" que a cláusula negocial não refere expressamente o consentimento do empregado, mas ainda que referisse não poderia o sindicato autorizar nada em nome do empregado em face do direito personalíssimo que está envolvido na imagem das reuniões.

O que se percebe, na prática, é uma limitação na esfera de direção patronal quanto à "ativação remota da câmera pelo empregador para qualquer finalidade". No entanto a cláusula representa mais uma garantia para empresa para o exercício do poder diretivo patronal do que uma salvaguarda para o direito dos empregados, até porque atribui ao empregado o resguardo de acontecimentos íntimos da sua vida privada, no âmbito de sua residência.

No entanto, o caso ilustra o uso da imagem dos trabalhadores que embora já protegido constitucionalmente (art. 5º, inciso X) ganha mais uma camada de proteção pela LGPD, ao ser considerado dado biométrico, e, portanto, dado sensível.

Os dados biométricos podem ser definidos como "aqueles relacionados às características físicas, fisiológicas e comportamentais de uma pessoa natural que permitem ou confirmam de maneira inequívoca a sua identidade, tais como imagens faciais ou impressões digitais" conforme definição da autoridade francesa de proteção de dados[4]. Aqui se verifica a classificação de dados biométricos relacionados imagem, como dados sensíveis, deveriam ter uma proteção especial, à luz do art. 5º da LGPD, abaixo transcrito:

> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
>
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

O conceito de dados sensíveis foi formulado de modo pragmático (DONEDA, 2020, p.143) porque algumas informações apresentariam um elevado potencial ofensivo dos titulares, em uma determinada situação. Dados sensíveis para o regulamento europeu, são uma categoria especial de dados relacionados a determinadas características identitárias da pessoa natural.

De fato, conforme Bioni, "Os dados sensíveis são uma espécie de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade: discriminação". (BIONI, 2020, p.85) Ou seja, a utilização incorreta ou abusiva destes dados sensíveis pode levar a violações de direitos fundamentais específicos, como por exemplo, a exclusão injusta do direito fundamental ao trabalho, por meio de criação de perfis que identificam negativamente determinado trabalhador.

A discriminação por uso dados sensíveis (MENDES, et alii, 2021) segundo a doutrina ocorre: a) por ilicitude, quando a lei determina a proteção de dados sensíveis e eles são tratados de forma a discriminar grupos vulneráveis ou determinada pessoa, em afronta a lei[5]; b) quando o uso de dados gera abusividade por conta de correlação estatística feita por algoritmos enviesados, o que traz grande prejuízo para o titular de dados, em razão da total aleatoriedade ou mesmo ausência completa de causalidade; c)discriminação por generalização injusta quando há a utilização de um dado relativo ao exercício de um direito para um fim discriminatório. Aqui vale lembrar que a máxima para interpretar a correta utilização de dados sensíveis está presente no art. 21 da LGPD que refere: Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.

Os dados biométricos, para serem tratados, em princípio dependeriam de consentimento do titular ou responsável legal, isso de forma destacada, específica e para finalidades específicas, conforme define o art. 11 da LGPD. O consentimento, no entanto, para a relação de emprego, diante da assimetria de poder entre empregado e empregador, pela presença da subordinação, não seria a melhor base de tratamento, a partir de orientações e trabalhos do GDPR- grupo 29 e diversos autores, restando, portanto, outras opções de tratamento, como cumprimento de obrigação legal ou exercício regular de direitos,

1 http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/

3 SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ADMINISTRADORAS DE CONSORCIOS E EMPREGADOS EM CONCESSIONARIAS E DIST. DE VEIC. DO ESTADO DE PERNAMBUCO - SINDCON-PE Veja-se. https://sindconpe.com.br/uploads/clauses/mcDWnzO3PqqtJWUwFMkYcg8i4hPejaB6KCowmoB2.pdf E SIND DOS TRAB EM TRANSP ROD CARGA DO RECIFE E DA REGIAO METROP E M SUL E NORTE DE PE, conforme https://www.setcepe.com.br/noticias/TermoAditivodeConvenoColetivaHOMOLOGADOMTE.pdf

4 https://www.cnil.fr/fr/le-controle-dacces-biometrique-sur-les-lieux-de-travail

5 Aqui a discriminação é o mesmo conceito utilizado em seara laboral. Para a Convenção 111 da OIT , em seu art. 1º.1, "a", o termo "discriminação" compreende toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

bases contempladas no art. 11 da LGPD. O legítimo interesse, outra base de tratamento, prevista no art. 7º e art. 10, também não consta como base prevista para o tratamento de dados sensíveis.

Portanto, a gravação da imagem em reuniões como identificada nas negociações mencionadas acima pode ser apenas um exemplo de definição de procedimentos biométricos pela via negocial. Deste exemplo podemos extrair várias constatações. Primeiro: que os dados os trabalhadores já estão sendo objeto de negociação coletiva e está sendo informada a finalidade, ainda que possa ser questionada. Segundo, a LGPD veio para garantir direitos aos titulares de dados, e eventual política dos empregadores ajustadas em negociações coletivas não podem se sobrepor à vontade individual do titular do dado, porque excedem à autonomia privada coletiva. De nenhuma maneira, portanto, o sindicato poderia consentir pelo titular. Terceiro, como se viu a partir do direito à imagem e as cláusulas acima ajustadas, outras tantas questões poderiam ser regulamentadas via negociação coletiva, tais como: permissão para aposição de câmeras de monitoramento, afixação de sistemas de Inteligência Artificial que coletam dados dos computadores de empregados, questões de reconhecimento facial, controles de acesso, geolocalizadores, uso de leitores de impressão digital, etc.

Interessante é que estes temas começam a aparecer em diversas negociações coletivas a partir do exemplo acima, da regulação do uso da imagem, especialmente no direito europeu visto que estão mais adiantados no tema.

Encerra-se, pois este capítulo com duas cláusulas recentes de acordos coletivos de trabalho, em vigor, as quais expressamente invocam a LGPD, mostrando-se o já início de inclusão de temas de forma explícita.

Neste caso, abaixo, se negam direitos laborais via LGPD (o não fornecimento de cópia de motivo de rescisão) , segundo exegese protetiva tanto da LGPD como da CLT:

> SETOR: indústria ATIVIDADE: construção e mobiliário PARTES: SIND DOS TRAB NAS IND DA CONSTR E MOB DE S CRUZ DO SUL (95.439.774/0001-20);XALINGO SA INDUSTRIA E COMERCIO (95.425.534/0001-76) INSTRUMENTO COLETIVO: MR063015/2020 TIPO: ACT REGIÃO: S UF: RS ENDEREÇO: http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?nrSolicitacao=MR063015/2020 CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA - DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA A empresa que demitir o empregado sob alegação de justa causa fica obrigada a fornecer ao mesmo, comunicação por escrito onde conste resumidamente a falta cometida, cujo documento deverá estar assinado por ambas as partes, funcionário e empresa. Parágrafo Primeiro - Em havendo a negativa da assinatura do respectivo documento, por qualquer razão, a empresa providenciará a assinatura do documento por duas testemunhas, porém, devido a legislação vigente (LGPD-LEI 13.709/2018) não será fornecida cópia assinada do respectivo documento, cujo arquivamento e tratamento dos dados ali constantes ficarão a cargo do departamento de Recursos Humanos da empresa.

No caso acima a cláusula nega dado ao empregado, o que significa que esta renúncia de antemão, por cláusula negocial, significa mitigação de direitos e tem validade absolutamente questionável.

Neste caso, abaixo se explicitam aspectos da LGPD, via negociação coletiva, entendendo-se viável a validade da cláusula coletiva:

> SETOR: serviços ATIVIDADE: turismo e hospitalidade PARTES: SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMERCIO HOTELEIRO E SIMILARES DE CANELA (90.615.378/0001-92);M A DELAROSA SCHROEDER PADARIA (31.366.717/0001-85) INSTRUMENTO COLETIVO: MR065672/2020 TIPO: ACT REGIÃO: S UF: RS ENDEREÇO: http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?nrSolicitacao=MR065672/2020 CLÁUSULA OITAVA - CÂMERAS DE SEGURANÇA, AUTORIZAÇÃO DE IMAGEM E INFORMAÇÕES PESSOAIS Declaram os EMPREGADOS ter ciência que nas áreas comuns do estabelecimento comercial da empresa ora acordante, existem câmeras de segurança com sistema de vídeo e áudio por questões de segurança dos próprios empregados, colaboradores e clientes, razão pela qual concordam que as filmagens sejam armazenadas e utilizadas para eventuais expedientes administrativos e policiais. II. Fica desde já acordado entre as partes, que os empregados poderão estar sujeitos a ter as suas imagens divulgada em publicidade, que envolva o seu setor de trabalho, sem que de tal decorram quanto aos adicionais remuneratórios em decorrência de sua participação, sendo que a reprodução da imagem fica expressamente autorizada pelos empregados, para fins de divulgação comercial do estabelecimento comercial da empresa. a) Declaram os empregados ter ciência que todas as informações fornecidas e coletadas na hora da contratação serão usadas unicamente para registro no programa da folha de pagamento e para atender a legislação e encaminhamento ao banco de dados do e-social. A empresa preserva todas as informações sigilosamente de acordo o que prevê a Lei 13.709 de 14/08/2018.

Negociação Coletiva e a Saúde dos Trabalhadores: A Vacinação e os Dados

Outra frente importante sobre proteção da saúde dos trabalhadores pode ser uma atribuição sindical negocial especialmente no que tange à saúde e a proteção de dados de saúde em período de pandemia.

As ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879 foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 17/12/2019. Na decisão entendeu-se que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020.

Aqui reflita-se sobre obrigatoriedade de vacinação de profissionais da saúde a ser fixada por normas coletivas. Antes, um parêntesis. Na Itália, legislação de 31/03/2021, Decreto 44, autoriza que empregados da saúde que não quiserem se vacinar possam ser deslocados para outros trabalhos ou setores que não exijam contato com público. Este é um exemplo de exercício do poder patronal de gestão da crise sanitária, sendo que a lei em comento autoriza medidas de salários suspensos[6], tudo como forma de contenção da pandemia. No Brasil a Lei n. 14.128, de 26 de março de 2021 dispõe sobre compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que ficaram incapacitados por contato com COVID. Por certo, os empregadores é que deverão repassar estes dados ao órgão previdenciário por obrigação legal, dados que serão compartilhados sendo urgente regulação do trânsito dos mesmos. Por outro lado, questiona-se sobre a possibilidade, no Brasil, de solicitação de registros de vacinação no âmbito da relação de emprego. Estes dados, pela LGPD, correspondem a um tipo específico de dado sensível, dados relacionados à saúde (art. 5º) e perquire-se se seu tratamento poderia ser regrado por normas coletivas. Entende-se possível o traçado coletivo de condutas gerais, para empregados na saúde, por exemplo. Neste caso, é possível regrar tanto o comportamento (a vacinação) e como manter o dado resultante do comportamento exigido em âmbito da saúde: como armazenar os dados sobre os vacinados.

É viável que a negociação coletiva estabeleça, inclusive, qual seria a base legal do tratamento, se seria o art. 11, inciso II, letra "e", o qual define o tratamento de dado até mesmo sem o consentimento do titular para fins de proteção da vida ou incolumidade física do titular ou de terceiro (no caso a proteção da vida a comunidade laboral que trabalha em determinado lugar), ou outra base legal, como por exemplo o cumprimento de obrigação legal, exercício regular de direito, etc. Mas tudo isso deve ser estudado e visto com muita parcimônia, diante das peculiaridades dos dados relacionados à saúde e os direitos fundamentais envolvidos na situação.

Convém lembrar, que entre as decisões do TST encontra-se um acórdão mantendo a validade da negociação coletiva que preconizava que o empregador, hospital, fornecesse a vacina aos empregados de modo gratuito para os empregados. Veja-se na SDC - Acórdão do processo nº RO - 441100-53.2008.5.04.0000, em 13 de dezembro de 2010, no qual o recurso ordinário não provido da Federação dos Hospitais do Rio Grande do Sul, obteve a seguinte decisão:

"VACINAS. Mantém-se cláusula que determina o fornecimento de vacinas contra a hepatite aos farmacêuticos, empregados em hospitais e estabelecimentos de serviços de saúde, categoria profissional abrangida neste dissídio coletivo, tendo em vista a natureza da atividade desempenhada, que os expõe a maior risco de contágio de doenças, como a hepatite B."

Ou seja, a negociação coletiva pode administrar este grave problema de saúde pública relacionado à COVID -19 e as vacinas, visto que a saúde está expressamente vinculada ao dado sensível contido no art. 5, inciso II da LGPD. No caso, as negociações podem superar a questão de quem fornece e financia a vacina, mas, avançar pela Lei Geral de Proteção de Dados, no sentido de como serão exigidas condutas e administrados os dados relacionados ao procedimento da vacinação e, mesmo, de que modo deverão ser tratados estes dados e com quais finalidades.

6 https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2021/03/italia-estuda-obrigatoriedade-de-vacina-para-profissionais-de-saude.html

Negociação Coletiva para Assegurar outros Direitos Constantes da LGPD

Apontamos, por fim, um amplo espectro de ação sindical em negociação coletiva a partir da LGPD, sendo que negociações poderiam conter os seguintes conteúdos e ações sindicais, segundo artigos da Lei 13.709/18:

a) explicitar cláusulas de transferência internacional de dados (art. 33 LGPD) para hipóteses de operações internacionais envolvendo dados de empregados de determinada categoria, embora para os padrões gerais deva-se aguardar a ANPD;

b) definir as boas práticas de governança de dados– tendente a criar códigos de ética e implementar selos de qualidade e estabelecer padrões de diálogo e informação aos trabalhadores segundo o art. 50 da LGPD;

c) exercer o Habeas Data coletivo em favor de empregados associados, conforme artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 88 combinado com o art 114, inciso IV da Constituição Federal;

d) prever execução de ações para reparação de danos coletivos conforme art. 42, parágrafo 3º da LGPD combinado com o art. 114, inciso VI, da CF/88 (ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho);

e) fixar multas por descumprimento de normas de proteção à privacidade e intimidade dos empregados;

f) questionar decisões automatizadas que gerem discriminação paras grupos de trabalhadores em processos de digitalização do trabalho, conforme art 20 e 22 da LGPD;

g) definir regras sobre compartilhamento de dados entre empresas tomadoras e prestadoras em caso terceirização, bem como em caso grupo econômico, dando aos envolvidos transparência de informação;

h) conforme o artigo 46 da Lei nº 13.709/2018 definir responsabilidades específicas e setoriais pela implementação de medidas de segurança de dados por partes dos agentes;

i) explicitar reponsabilidades constantes dos artigo 42 e 43 da LGPD, especialmente quando o operador designado pelo encarregado for empregado;

j) esclarecer os riscos e controles do empregados substituídos com relação ao compliance de dados e avaliação do impacto de dados;

k) atuar "praeter legem" no vazio legislativo (LGPD) e regulativo (ANPD);

l) atuar preventivamente na questão cultural, educacional e formativa na proteção de dados, tratando de temas como confiança, transparência e acesso à informação.

m) negociar garantia de emprego para o encarregado se este vier a ser empregado, bem como delimitar responsabilidades;

n) explicitar coletas tecnológicas de dados para proteção de direitos digitais;

O sindicato pode fiscalizar toda a lei com base na "accountability": fazer denúncias para o DPO (encarregado) dentro da empresa, MPT e ANPD. Em síntese, o sindicato numa visão de oportunidade e exercício de suas funções negociais constitucionais, está autorizado a retomar sua confiança, credibilidade e atuação com base nesta nova realidade de necessidade de proteção de dados.

Considerações Finais

Num cenário de trabalho para os próximos anos vale lembrar o centenário da OIT, em sua Declaração, em 2019[7], a qual menciona a necessidade de que o trabalhador tenha a proteção de seus dados pessoais e privacidade por meio do reforço das instituições. Essa proteção para o futuro do trabalho – proteção de dados, deve se dar de forma individual e mesmo de modo coletivo, com a participação sindical em negociações coletivas, visto que o sindicato é a instituição vocacionada para a defesa dos direitos individuais e coletivos dos representados,

Lendo-se os dispositivos legais que regulam negociações coletivas, e, em especial, tomando-se a nova redação do art. 611 da CLT, parece-nos que há autorização da atuação sindical para defesa de direitos de proteção de dados de seus associados, considerando-se ainda as orientações principiológicas contidas no art. 8º da CF.

A negociação coletiva é uma ferramenta capaz de dar novo direcionamento normativo aos aspectos ainda não regulamentados suficientemente entre dados e trabalho, segundo a Lei 13.709/18. Negociação coletiva é o meio pelo qual se podem equilibrar necessidades e interesses de trabalhadores e empresas, esclarecendo condições de trabalho adequadas para a proteção de dados da pessoa natural do trabalhador em distintas realidades setoriais. Como ferramenta de diálogo, as negociações coletivas (acordos ou convenções coletivas) podem estabelecer cláusulas, direitos, obrigações, condutas, práticas, entendimentos em todas das fases do desenvolvimento do vínculo laboral, entre outros ajustes de interesses e comportamentos entabulados entre empresas e trabalhadores, especialmente num momento como este, de revisão do conceito de privacidade na sociedade informacional, com especiais repercussões nas relações laborais.

Bibliografia

AGUIAR, Antonio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho, São Paulo*, v. 82, n. 6, p. 655-661, jun. 2018.

ARAÚJO, Adriane Reis de. A proteção da informação envolvendo empregados e suas dimensões no Direito do Trabalho. In *MIZIARA*, Raphael, MOLLICONE, Bianca, PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho.* São Paulo: RT, 2020.

ASENCIO, Antonio José Valverde. *Protección de datos de carácter personal y*

BARZOTTO, Luciane Cardoso e CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In *Inovações e Trabalho: o Direito do Trabalho em Tempos de Mudança.* BARZOTTO, Luciane Cardoso e DORNELLES, Leandro Dornelles de. (org) Editora da UFRGS: Porto Alegre, 2020.

BIANCH, Alexandra Cristina Cypriano. https://www.megajuridico.com/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-as-relacoes-sindicais/

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 171-177, jan./mar. 2020. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/142294/lei_geral_protecao_blum.pdf

Boletim de trabalho e emprego de Portugal http://bte.gep.msess.gov.pt/completos/2021/bte2_2021.pdf

BOMFIM, Vólia e PINHEIRO, Yuri. A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho. In MIZIARA,Raphael, MOLLICONE, Bianca, PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho.* São Paulo: RT, 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 março 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 março 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 23 março 2021.

CALCINI, Ricardo. https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/pratica-trabalhista-impactos-lgpd-relacoes-trabalho

CARLOTO, Selma. Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2020.

CORREIA, Henrique e BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho. https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/

Derechos de información de los Representantes de los trabajadores. Sevilla: TEMAS LABORALES. R*evista Andaluza de Trabajo Y Bienestar Social.* núm. 118/2013. Págs. 13-54. https://idus.us.es/

7 OIT- Declaração do centenário https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706928.pdf

handle/11441/91056 acesso em 05/04/2021

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados.São Paulo: RT, 2ª Ed, 2019.

FERNANDEZ, Leandro. É possível negociação coletiva sobre dados pessoais? Palestra no youtube https://www.youtube.com/watch?v=x2e0VzpXYBw&t=24408s

GRANJA, Tatiana de Almeida. O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: breve exame do poder patronal. *Direito& TI*. 2016. Disponível em: Acesso em: 23/03/2021.

Guía de "la protección de datos en las relaciones laborales" de la propia Agencia Española de Protección de Datos http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf.

GULARTE, Caroline de Melo Lima. A Proteção de Dados Pessoais no Uso de Tecnologia na Relação de Emprego: Efeitos do Compliance Trabalhista nas Negociações Coletivas. Dissertação de Mestrado PUCRS, 2020

GUNTHER, L. E.; COMAR, R. T.; RODRIGUES, L. E. A Proteção e o Tratamento dos Dados Pessoais Sensíveis na Era Digital e o Direito à Privacidade: os Limites da Intervenção do Estado. Curitiba, 2020. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3972. Acesso em: 27 out. 2020.

ILO. Protection of workers' personal data. An ILO code of practice. Geneva, International Labour Office, 1997 /Code of practice/, /text/, /privacy/, /confidentiality/, /data protection/, /workers' rights/. 04.02.2 ISBN 92-2-110329-3. Disponível em: Acesso em: 19/03/2021.

LIMA, Fabrício.A autodeterminação informativa e os limites do poder fiscalizatório do empregador. In MIZIARA,Raphael, MOLLICONE, Bianca, PESSOA, André. Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho. São Paulo: RT, 2020.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência – informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo, DONEDA, Danilo; RODRIGUES JR, Otávio Luiz et. al. (coord). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 421-446.

MENKE, Fabiano e GOULART, Guilherme Damásio. Segurança da informação e vazamento de dados. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo, DONEDA, Danilo; RODRIGUES JR, Otávio Luiz et. al. (coord). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021

OIT- Declaração do centenário https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706928.pdf

OIT- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714849.pdf

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Direito Unifacs: debate virtual*, Salvador, n. 239, p. 1-42, maio 2020. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744/4066

REIS, Beatriz. de F. O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação. 176 f. 2019. - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2019. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/handle/1/7469. Acesso em: 27 out. 2020.

ROSSETO, Geralda Magela de Faria e Quinan, Paulo Gustavo Magella de Faria. Verbete LGPD- Lei Geral de Proteção de Dados. In Direito do Trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT: compilação de verbetes. RT Editora (Thomson Reuters): São Paulo, 2020. Coordenação: BARZOTTO, Luciane Cardoso. FITA, Fernando. FREDIANI, Yone. NAHAS, Thereza. p. 210-211.

SANKIEVICZ, Alexandre; PINHEIRO, Guilherme Pereira. Aspectos da proteção de daods nas relações de trabalho. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo, DONEDA, Danilo; RODRIGUES JR, Otávio Luiz et. al. (coord). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 421-446.

SARLET,Gabrielle Bezerra Sales; FERNANDES, Marcia Santana; RUARO, Regina Linden. A proteção de dados no setor de saúde em face do sistema normativo brasileiro atual. . In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo, DONEDA, Danilo; RODRIGUES JR, Otávio Luiz et. al. (coord). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIGNES, Adrián Todolí La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales"big data", creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. Valencia: *Revista de derecho social,* Nº 84, 2018, págs. 69-88

SISTEMA MEDIADOR: http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/

SZINVELSKI, Mártin M; LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia. Transnacionalização e selos de qualidade em proteção de dados: um novo campo de estudo na era digital. *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1020, p. 143-162, out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro. 2. tir. São Paulo: *Thomson Reuters Brasil*, 2019.

UGUINA, Jesús R. Mercader e Ignacio García-Perrote Escartín. El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de proteccion de datos.Publicación: *Revista de Información Laboral* num.6/2018 parte Editorial Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor: 2018.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In. *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. Tradução Heloísa Cardoso Mourão. 1.ed. São Paulo. Boitempo, 2018.

ALCANZAR LA IGUALDAD SALARIAL[1]. ¿UN RETO ALCANZABLE EN EL SIGLO XXI?

M. Carmen Aguilar Martín

Profesora contratada doctora
Universidad de Zaragoza

I. Introducción normativa internacional, europea y con especial atención, normativa española.

II. Delimitación conceptual, contexto, razones y efectos de la desigualdad salarial.

III. Acciones positivas y pasos hacia la consecución de la igualdad salarial. Retos pendientes.

3.1. Acciones positivas desde un punto de vista social.

3.2. Acciones positivas encaminadas por reformas normativas recientes.

3.3. Alineación con los ODS y sus metas.

IV. Conclusiones

Bibliografía

1 Trabajo realizado en el marco del Grupo de Referencia Derecho del Trabajo S18_20R, financiado por el Gobierno de Aragón. Constar también el agradecimiento al Proyecto DER 2017-85148_P denominado "Del derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española".

Resumen

Abstract

El salario se erige como una de notas que caracterizan la relación laboral y alcanzar la igualdad salarial entre hombres y mujeres es uno de los retos que todavía están pendientes. Los datos son elocuentes, muestran una realidad cambiante y, por el momento, desigual en lo que a igualdad salarial se refiere, entre hombres y mujeres.

Garantizar la igualdad salarial tiene consecuencias importantes para las mujeres, además de eliminar las brechas, supone asegurar unas condiciones de trabajo dignas y una protección social equivalente a la de los hombres.

En este trabajo se analiza la situación de igualdad vs desigualdad salarial entre ambos sexos, teniendo en cuenta la situación actual del salario de hombres y mujeres en España, la normativa de aplicación tanto nacional como internacional, la jurisprudencia y la doctrina científica.

Palabras clave: **Igualdad de género, salario, discriminación salarial, brecha salarial, protección social desigual.**

Salary is one of the main notes that characterize the employment relationship and achieving equal pay between men and women is one of the challenges that are still pending. The data are eloquent, they show a changing reality and, for the moment, unequal in terms of equal pay, between men and women.

Salary equality ensures a protected right and has important consequences for women, in addition to closing the gaps, it means ensuring decent working conditions and such as a social protection equivalent to have men.

This paper analyzes the situation of equality vs. salary inequality between both sexes, taking into account the current situation of the salary of men and women in Spain, the national and international regulation, jurisprudence and scientific doctrine.

Key words: *Gender equality, wage, gender pay gap, wage gap o pay gap, inequality social protection*

I. INTRODUCCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL, EUROPEA Y CON ESPECIAL ATENCIÓN, NORMATIVA ESPAÑOLA.

A nivel internacional, ya el art. 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consigna que "*toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*". Poco tiempo después, en 1951 el Convenio 100 OIT recoge un concepto importante, el trabajo de igual valor, así, en su art. 2 establece lo siguiente "*Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.* (...)", lo que se ha denominado "equal pay for work equal value". En este mismo año (1951) se aprobó la Recomendación sobre igualdad de remuneración (090)[2] en la que, entre otras cosas, recomienda a los Estados establecer métodos de diagnóstico objetivos, de esta forma establece en su considerando 5 "*Cuando fuere oportuno y para facilitar la fijación de tasas de remuneración, de conformidad con el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, todo Miembro, de acuerdo con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, debería establecer métodos que permitan evaluar objetivamente, mediante un análisis del empleo o por otros medios, los trabajos que entrañan los diversos empleos, o bien debería fomentar el establecimiento de dichos métodos, para clasificar los empleos independientemente del sexo. La aplicación de estos métodos debería efectuarse de conformidad con las disposiciones del artículo 2 del Convenio*".

También el Convenio 117 de la OIT recoge entre las normas y los objetivos básicos de la política social que las "*tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa*".

Unos años más tarde, en 1966, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge en su apartado i) "*un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual* (...)".

Después, en 1979, en el marco de la Organización de Naciones Unidas, el Convenio para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer impone el deber a los Estados Miembros de adoptar las medidas para evitar y poner fin a la discriminación entre hombres y mujeres y asegurar las condiciones de igualdad: "(...) *el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo*".

En al ámbito europeo, en el derecho originario se encuentran referencias a la igualdad salarial. Ya en 1961, la Carta Social Europea, en su art. 4 contempla el derecho a una remuneración equitativa "*las partes contratantes se comprometen a* (...) *reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor*".

También, al amparo del art. 119 del Tratado de Roma se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud e importante calado. Este art. 119 establecía que "*cada Estado miembro garantizará, durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*". Después cambió de número, con el art. 141 (Tratado de Ámsterdam) del Texto Consolidado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: "(...) *cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un trabajo de igual valor*". Después el art. 21 de la Carta de Derechos fundamentales y el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recogían respectivamente "*la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*" y "*en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*".

Después, el derecho derivado se sigue ocupando de regular la igualdad salarial. Algunas de estas normas en materia de igualdad de trato son las Directivas 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo

2 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R090

que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. También la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, la igualdad retributiva por trabajos de igual valor constituye uno de los elementos esenciales del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

Centrando la atención en el salario, la igualdad en la retribución venía también exigida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Además, desde la UE, se insiste en este derecho, de manera que el principio 2 del Pilar Europeo de Derechos Sociales[3] establece que "*la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, incluso en lo que respecta a la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la carrera profesional*", y que "*las mujeres y los hombres tienen derecho a la igualdad de retribución para un trabajo equivalente*".

Recientemente, en el contexto de la UE se han aprobado dos normas de calado que previsiblemente tendrán efectos sobre la materia que nos ocupa. La primera es la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[4]. Esta Directiva viene a incidir en algunos de los temas ya tratados anteriormente, en ocasiones para aclararlos, en otras para mejorar su regulación anterior. En relación a la información sobre los salarios establece en su considerando (20) que "*la información que se proporcionará sobre la remuneración debe comprender todos los componentes de la remuneración indicados de forma separada, incluidas, si procede, las retribuciones en metálico o en especie, el pago de horas extraordinarias, las primas y otros derechos, recibidos directa o indirectamente por el trabajador en razón de su trabajo* (...)". Además en el artículo 4 de la Directiva se regula la obligación de proporcionar información. Así establece "*1. Los Estados miembros velarán por que se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral. 2. La información a que se hace referencia en el apartado 1 incluirá, al menos, los siguientes elementos: a) La identidad (...), k) la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador*".

La segunda norma reciente y que a buen seguro tendrá trascendencia es la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo[5]. Esta Directiva afirma en su considerando (6) que "*las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las recompensas en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios. Estas políticas deben tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población*".

En España, la igualdad entre hombres y mujeres es un Derecho Fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española por el que "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". El desarrollo de este derecho constitucional está en la Ley Orgánica de Igualdad[6] (en adelante, LOI), en la que en su Exposición de Motivos recoge lo siguiente "*El artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*". Dentro del ámbito de aplicación del derecho a la igualdad está incluida la igualdad por razón de sexo y dentro de su aplicación, en el ámbito del trabajo se extiende también a la igualdad salarial. Así, el artículo 35.1 CE reconoce que "*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*". Además dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado, el artículo 40.1 CE establece que "*Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo*", apenas una breve referencia a la distribución de la renta personal y por añadidura, al salario.

Al publicarse en España la LOI se reconoce que "*La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros*", objetivo todavía inalcanzado.

En España la actividad normativa en esta materia está siendo intensa, sobre todo a partir del año 2019. Inicialmente, la principal regulación del salario se encuentra recogida en el Estatuto de los Trabajadores[7], artículos 26 a 33, aunque en la práctica, los salarios suelen venir regulados, sobre todo, en la negociación colectiva[8] o en su

3 Resolución, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales. DO C 242 de 10.7.2018, pág. 24.

4 Vid. Diario oficial de la Unión Europea de 11 de julio de 2019. Esta Directiva establece en su artículo 21 que "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de agosto de 2022 (...)".

5 Vid. Diario oficial de la Unión Europea de 12 de julio de 2019. Esta Directiva establece vari plazos de entrada en vigor, el primero y más general recogido en su artículo 20 da el plazo hasta el 2 de agosto de 2022, aunque contempla otros plazos.

6 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71 de 23/03/2007)

7 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

defecto, en pacto individual respetando siempre el salario mínimo interprofesional[9].

Como se ha puesto de manifiesto en la regulación anterior, la preocupación por alcanzar la igualdad es una constante en las instituciones europeas e internacionales y de los Estados. En el caso de España, según el prólogo de la LOI "*la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995*[10]". Antes de esto, ya en 1948, en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue consagrada la igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos. Otro paso importante se dio en el año 2000 en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en el que 147 jefes de estado se comprometieron a "*promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces para combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades, y estimular un desarrollo verdaderamente sostenible*".

Proclamar las igualdad de trato entre hombres y mujeres incide en varias esferas, entre ellas, el trabajo y por ende, en el salario. Reformas recientes en España han introducido cambios relevantes en esta materia. Así, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, es una de las normas que se ha encargado de abordarlas. Este Real Decreto-Ley introduce en nuestro derecho interno un concepto manejado por la normativa internacional, europea y por la jurisprudencia, el "trabajo de igual valor". En principio, están permitidas las diferencias en las condiciones de trabajo y salariales entre sexos, siempre que estén justificadas por razones objetivas[11], pero nunca por trabajos de "igual valor".

Constituyen trabajos de igual valor aquéllos a los que corresponde un conjunto equivalente de requerimientos relativos a capacidades (conocimientos, aptitudes e iniciativa), esfuerzo (físico, mental y emocional), responsabilidades (de mano o supervisión de personas, sobre la seguridad de los recursos materiales y de la información y sobre la seguridad y el bienestar de las personas) y condiciones de trabajo[12].

Esto es, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato supone una infracción del contenido del artículo 14 de la Constitución Española, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, se prohíbe la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o de una justificación razonable.

Además, este Real Decreto-Ley 6/2019 añade un apartado 3 al artículo 9 ET que regula la validez del contrato para incorporar otro supuesto por el que establece que "*en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor*".

Destaca la modificación introducida por este Real Decreto Ley en materia de igualdad salarial con la modificación del artículo 28 del ET sobre igualdad de remuneración por razón de sexo. En su redacción anterior, el art. 28 establecía "*el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella*". Con la reforma introducida en marzo de 2019, se añade lo siguiente "*Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes. 2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa. 3. Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras*".

8 En Resolución adoptada por el Comité Ejecutivo de la Confederación Europea de Sindicatos (CESE) en la reunión de los días 17 y 18 de junio de 2015 titulada "La negociación colectiva: una poderosa herramienta para reducir la brecha salarial de género" se afirma que "la brecha salarial de género es menor en los países en los que es mayor la igualdad global y en los países con una amplia cobertura de negociación colectiva. Según los cálculos, un aumento del 1% de la "cobertura" del diálogo social reduce la brecha salarial entre hombres y mujeres en u 0,l6%, y cuanto mayor es el grado de coordinación en la formación de los salarios, más igualitario es el reparto de las remuneraciones.

9 Para el año 2019, el salario mínimo interprofesional fijado para España por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social es de 900 euros mensuales, y para el año 2020 se fija en 950 euros mensuales.

10 En septiembre de 1995 se celebró en Pekín la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, con ocasión del cincuentenario de Naciones Unidas. En esta ocasión 189 gobiernos suscribieron la "Declaración de Pekín" con una Plataforma de Acción para el reconocimiento, garantía y eficacia de los derechos de las mujeres.

11 En STC 34/1984, de 9 de marzo de 1984, también STC 36/2011, de 28 de marzo de 2011, "el principio de igualdad de trato no puede impedir las desigualdades salariales típicas de una economía de mercado, incluidas las efectuadas por el empresario entre trabajadores comparables vía contractual o vía unilateral".

12 GARCÍA VIÑA, J. y BURRIEL RODRÍGUEZ DIOSDADO, P. (2014): "Igualdad de remuneración-salarios-protección de los salarios", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pág. 97 a 128.

En octubre de 2020 se han aprobado dos reales decretos de alcance y relevancia en el ámbito de la igualdad salarial, Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (RD 901/2020) y la última intervención normativa llevada a cabo en el año 2020, en España, para alcanzar la igualdad salarial y hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva se ha materializado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres[13] (RD 902/2020) en que se contemplan aspectos como: los instrumentos que vertebran la aplicación del principio de transparencia retributiva, los elementos que configuran el principio de igual retribución por trabajos de igual valor, los criterios a seguir para una concreta valoración de los puestos de trabajo, y el alcance de la tutela administrativa y judicial. Entre otras cosas, este RD desarrolla lo establecido en los artículos 22.3 y 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores, modificados ambos por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, y que establecen, respectivamente, la obligación de que la clasificación profesional se realice conforme a criterios libres de discriminación, y la garantía de ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres en el caso de los contratos a tiempo parcial.

Para finalizar, un apunte internacional reciente, a finales de 2020 se celebró la 340ª reunión del Consejo de Administración de la OIT y se aprobó la Estrategia de la OIT de Cooperación para el Desarrollo 2020-2025[14], "elaborada como seguimiento a la Resolución relativa a la cooperación eficaz de la OIT para el desarrollo en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que fue adoptada en la 107.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2018), y la subsiguiente discusión del Consejo de Administración, en su 334.ª reunión (octubre-noviembre de 2018), de un plan de acción para la preparación de una estrategia de cooperación para el desarrollo para el periodo 2020-2025. En esta estrategia se tienen en cuenta algunas cuestiones clave surgidas en el panorama de la cooperación para el desarrollo, que incluyen el impacto de la pandemia de COVID-19 en el mundo del trabajo y la aplicación de la reforma de las Naciones Unidas. Asimismo, se ponen en práctica los principios y la hoja de ruta contenidos en la Resolución de 2018, sobre la base de las cuatro esferas prioritarias identificadas por el Consejo de Administración. La Estrategia contribuye a la consecución de los resultados del Programa y Presupuesto y, por consiguiente, a la aplicación de la Declaración del Centenario de la OIT. Se invita al Consejo de Administración a que apruebe la estrategia propuesta y a que pida al Director General que tenga en cuenta sus orientaciones en lo que respecta a su aplicación (véase el proyecto de decisión en el párrafo 52)".

13 Vid. BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020 (entra en vigor el 14 de abril de 2021).

14 https://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB340/pol/WCMS_757892/lang--es/index.htm (consultada en marzo de 2021).

II. Delimitación Conceptual, Contexto, Razones y Efectos de la Desigualdad Salarial

A los efectos de alcanzar la igualdad salarial son cuatro los conceptos sobre los que se va a analizar su repercusión: discriminación directa, discriminación indirecta, brecha salarial y trabajo de igual valor.

Para determinar si existe discriminación salarial el punto de partida sobre el que se compara es el "trabajo de igual valor". Para considerarse a tal efecto, se entenderá que un trabajo tendrá igual valor que otro cuando sean equivalentes:

- la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, esto es, cuando sea equivalente el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley
- en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada
- las condiciones educativas, es decir, las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad
- las condiciones profesionales y de formación,
- sea, aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad
- las condiciones laborales y los factores estrictamente relacionados con el desempeño, entendiéndose por tales aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad.

Ya desde el año 2006, en el ámbito de la discriminación retributiva directa se ha producido una importante ampliación de la protección dispensada en el ámbito de la Unión Europea. Así, en el art. 2 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, se establece que constituye discriminación directa "*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*". En el ámbito retributivo ello implica que la concurrencia de discriminación directa se producirá cuando una persona no solo sea o haya sido tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable, sino también cuando "pudiera ser tratada" de modo menos favorable que otra en situación comparable, lo que facilita considerablemente que pueda apreciarse la existencia de discriminación retributiva directa.

Tal y como reza la Exposición de Motivos del RD 902/2020, "*Con todo, el gran reto de la discriminación retributiva por razón de sexo en este momento es la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo. En este sentido y para aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución, con el fin de luchar contra las discriminaciones en esta materia y contribuir a hacer frente a la persistente diferencia de retribución entre hombres y mujeres, la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, establecía que los Estados debían optar por, al menos, una de las siguientes medidas:* (*i*) *derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género* (*promedios*) *a requerimiento del trabajador y la trabajadora;* (*ii*) *atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras;* (*iii*) *obligación de que las empresas de al menos doscientas cincuenta personas trabajadoras elaboren auditorías salariales* (*con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de los puestos*) *que deben ponerse a disposición de los y las representantes;* (*iv*) *garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva*".

En el ámbito de la Unión Europea la brecha salarial de género es entendida como la diferencia existente entre los salarios percibidos por las personas trabajadoras de uno y otro sexo, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora del conjunto de todas ellas. Justo lo que se promueve es alcanzar la igualdad de género en el ámbito laboral, es decir, aquella que promueve las condiciones necesarias para garantizar, entre otros extremos, el desarrollo de una vida laboral igualitaria entre hombres y

mujeres, tanto en el ámbito de las condiciones laborales básicas como para la promoción profesional, la formación para la promoción en el empleo, la corresponsabilidad en el uso de los permisos laborales para la conciliación y la estabilidad en el empleo.

A pesar del reconocimiento institucional y normativo, este objetivo de eliminar las desigualdades todavía está difícil de alcanzar[15] como muestran los datos. El propio Instituto Europeo de la Igualdad de Género en su página web[16] afirma que "índice de igualdad de género: la UE avanza a paso de tortuga". Además recoge que "durante el decenio comprendido entre 2005 y 2015, el Índice de Igualdad de Género de la UE mejoró tan solo en 4 puntos. Con los 66,2 puntos que obtiene la UE y las puntuaciones que obtienen sus Estados Miembros de forma individual, que oscilan entre los 82,6 de Suecia y los 50 de Grecia, hay un amplio margen de mejora. Las seis dimensiones principales del Índice son poder, tiempo, conocimiento, salud, dinero y empleo. La dimensión del poder sigue siendo la que registra la puntuación más baja (48,5) en el conjunto de la UE, aunque es también la que ha progresado con mayor rapidez. La dimensión del tiempo es la única que ha bajado a lo largo de 10 años y se sitúa ahora en 65,7 puntos. Esto significa que crecen las desigualdades de género en el tiempo que se dedica a realizar las labores domésticas y los cuidados o actividades sociales".

En cuanto a la brecha salarial, los datos muestran la imagen de algunos avances lejos de alcanzar la igualdad, de este modo las mujeres en la UE ganan de media casi un 15 % menos por hora que los hombres. Existen grandes diferencias entre los países miembros: la mayor brecha salarial de género es la de Estonia (23%), mientras que el país de la UE con la brecha salarial de género más baja es Rumania (3%). España se sitúa en una posición intermedia con un 13,9%[17] y la media de la UE-27 es de 14,8%.

En el año 2014 la Comisión Europea elaboró un documento en el que se recogían las razones de la brecha salarial, llevaba por título "Cómo combatir la brecha salarial en la UE". Sin duda, determinar las causas es una de las claves para eliminarla y a su vez, una tarea compleja. En todo caso, las causas son múltiples, algunas están relacionadas con la cultura y los estereotipos establecidos desde antiguo en el que el hombre era la raza dominante y la mujer dependía totalmente de él; otras están relacionadas con la educación y los roles de ambos sexos en la dualidad familia/trabajo. También algunas mujeres formadas encuentran obstáculos para ocupar puestos de responsabilidad, el llamado por la doctrina "techo de cristal".

Estas causas están siendo agravadas con la pandemia derivada de la COVID y las mujeres son unos de los colectivos más afectados. Problemas relacionados con la violencia en el hogar, la brecha digital, la atención a los familiares y al hogar, los puestos de trabajo más precarios y menos estables, son algunas de las causas por las que las mujeres están viendo empeorar su situación con respecto a la de los hombres. Por lo tanto, las razones son complejas, no existe una única causa y están relacionadas con muchos factores presentes en las condiciones de trabajo[18]. Como resultado de tener una vida activa en puestos de trabajo más precarios es tener unas prestaciones de jubilación peores, concretamente las mujeres corren un mayor riesgo de pobreza en la vejez y en 2018, las mujeres de la UE mayores de 65 años recibieron pensiones que fueron de media un 30% más bajas que las pensiones masculinas.

En el caso de España, recientemente se ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de Seguridad Social y económico. Así en su propia exposición de motivos reconoce que "*no es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. (...), se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer que está en activo, (...) cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida*". Así, entre otras medidas, esta norma modifica el art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social de manera que en dicho artículo se regula el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, este complemento pretende corregir una situación de "*injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora*". La intención del legislador parece legítima y justificada, con el tiempo se verá si en la práctica ha logrado su objetivo.

Una vez se ha indagado en las causas[19] años más tarde, en 2018, es aprobado el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Plan de Acción de la UE 2017-2019, para abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres"[20] en el que se proponen llevar acciones encaminadas en: mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución; combatir la segregación profesional y sectorial (segregación horizontal); romper el techo de cristal (segregación vertical); abordar la penalización por cuidados; dar mayor importancia a las capacidades, esfuerzos y responsabilidades de las mujeres; visibilizar: sacar a la luz las desigualdades y los estereotipos; alertar e informar sobre la brecha salarial entre hombres y mujeres, y mejorar las asociaciones para corregir la brecha salarial entre hombres y mujeres. En diciembre de 2020 se presentaron las conclusiones[21] derivadas de este Plan de acción y entre otras cosas, el Consejo pide a la Comisión y a los Estados miembros que redoblen sus esfuerzos para reducir la brecha salarial entre

15 Según las fuentes los datos ofrecen cifras diferentes. Según los datos ofrecidos por Eurostast , en el año 2017 la media de la brecha salarial en la Unión Europea de los 28 es de un 16%, pero este valor oscila dependiendo de las edades, de los sectores público o privado, de los estudios, del puesto de trabajo ocupado, de si se trata de tiempo completo o tiempo parcial, etc. Fuente de los datos: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics#Possible_causes_of_the_unadjusted_gender_pay_gap

16 *Vid.* https://eige.europa.eu/es/in-brief (consultada a fecha: 20-07-2019)

17 Datos según Eurostat (2018). https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200227STO73519/brecha-salarial-de-genero-en-europa-hechos-y-cifras-infografia (consultado marzo 2021).

18 En el año 2018 los hombres trabajaban un 8,3% media jornada, mientras que las mujeres representaban un 29,9%. Los hombres que ocupaban un puesto de dirección eran un 67% frente a un 33% de mujeres. La población inactiva debido a responsabilidades familiares de cuidado, en el caso de los hombres era un 4,2% frente al 31% de las mujeres.

19 RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2018): "La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: Factores desencadenantes y pautas de solución", *Documentación Laboral*, núm. 113, Vol.I, pág. 7 a 30.

20 *Vid.* Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, [*COM(2017) 678 final*] . (2018/C 262/17).

21 https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/12/02/tackling-the-gender-pay-gap-the-council-approves-conclusions/# (consultado en marzo de 2021).

hombres y mujeres y las diferencias debidas al género. En particular, se pide a los Estados eliminar los estereotipos que restringen la libertad de elección de niñas y niños y de mujeres y hombres respecto de sus estudios y carreras; al igual en la educación infantil, preescolar, primaria y secundaria y una mejor información a los jóvenes sobre todos los aspectos e implicaciones pertinentes de las opciones profesionales. Destaca un enfoque de doble vertiente para lograr tanto la igualdad de remuneración como la igualdad general en el mercado laboral: en primer lugar, el trabajo remunerado y el trabajo asistencial no remunerado deben repartirse en igualdad de condiciones entre mujeres y hombres y, en segundo lugar, la prestación de infraestructuras públicas y servicios externos es crucial para permitir la "externalización" del trabajo asistencial. El Consejo también insta a los interlocutores sociales a que tengan debidamente en cuenta la igualdad de género en el contexto de la negociación colectiva.

En estos momentos las diferencias entre ambos sexos están permitidas, siempre que respondan a criterios objetivos, esto es, que el trabajo desempeñado por un hombre o una mujer no se pueda considerar un trabajo de igual valor. Para entender este concepto jurídicamente complejo debemos recurrir a la jurisprudencia[22]. Hoy en día todavía son pocos los trabajadores que recurren a los tribunales alegando una vulneración de su derecho a la igualdad. Una sentencia relevante en este ámbito es la dictada por la sala de lo social con sede en Málaga del TSJ de Andalucía de 14 de febrero de 2018[23]. En el supuesto se compara el salario de varios trabajadores varones con el de su compañera, única en el puesto y que según declara el Tribunal estaba sufriendo una situación de desigualdad salarial. Para llegar a esta conclusión el TSJ recuerda que "el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución y por el Estatuto de los Trabajadores". Concluye el Tribunal, "en definitiva, no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido del término de los artículos 14 de la Constitución y 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los trabajadores, pues la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia (...). En este caso, se trataba de trabajadores comparables puesto que las funciones que tenían atribuidas eran las mismas.

En la labor de interpretación y aplicación de este derecho tiene una labor fundamental el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así lo ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias, por citar algunas de ellas, se pueden consultar STJCE de 26 de junio de 2001, que interpretó el artículo 119 del Tratado de Constitución de la Unión Europea o la sentencia anterior, STJCE de 17 de mayo de 1990, (TJCE 1990, 158). La interpretación de si se dan las circunstancias objetivas para determinar que existe discriminación entre dos trabajadores por razón de sexo es tarea de este Tribunal, así lo pone de manifiesto en distintas sentencias[24].

22 Un estudio completo sobre la doctrina de los tribunales se puede encontrar en KAHALE CARRILLO, D.T.: *Retribución en Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*/ coord. por Francisco Javier Hierro Hierro, Djamil Tony Kahale Carrillo; Carmen Sánchez Trigueros (dir.), 2018, págs. 663-685.

23 *Vid.* También se recomiendan las siguientes sentencias: STJ de Asturias, (Sala de lo Social, sección 1ª), Sentencia núm. 2669/2018, de 20 de noviembre por una vulneración de derechos fundamentales, Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo (Principado de Asturias), núm. 341/2018, de 6 de julio sobre una vulneración de la garantía de indemnidad e igualdad ante la ley y también se recomienda la STSJ de País Vasco (Sala de lo Social, sección 1ª) núm. 2437/2018, de 11 de diciembre, sobre una extinción de contrato por voluntad de la trabajadora.

24 STSJUE, de 28 de febrero de 2013, Asunto C-427/11.

III. ACCIONES POSITIVAS Y PASOS HACIA LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD SALARIAL. RETOS PENDIENTES

3.1. ACCIONES POSITIVAS DESDE UN PUNTO DE VISTA SOCIAL

El punto de partida es claro, los efectos de la discriminación salarial sólo pueden ser negativos para ambos sexos, pero más acuciadamente para la mujer. En un futuro inmediato, si dispone de menores ingresos en comparación con un trabajo de igual valor, tendrá más dependencia y su futuro puede verse comprometido, incluso hasta alcanzar situación de pobreza[25]. Para un futuro a medio y/o largo plazo, tal y como afirma (Ramos Quintana, 2017), los salaros inferiores de las mujeres determina igualmente inferior nivel de cotización a los sistemas de seguridad social[26], lo que impacta sobre la calidad de sus prestaciones en comparación con la percibidas por los varones[27].

Los resultados son claros, envejecimiento de la población e inversión de la pirámide, menos nacimientos porque las mujeres no pueden llevar la familia y las cargas del hogar junto con el trabajo.

Para invertir esta tendencia y cambiar la situación, ya una parte de la doctrina[28] se anticipaba a enunciar algunas mejoras y por tanto, a analizar la situación desde un punto de vista más positivo al afirmar que entre las ventajas para la sociedad derivadas de la eliminación de la brecha, cabe señalar las siguientes:

> Primera.- "Creación de una sociedad más justa e igualitaria, lo que produce beneficios económicos a la sociedad en general y contribuye a erradicar la pobreza, especialmente, tras la jubilación.
>
> Segunda.- Creación de empleos de calidad, pues para atraer talentos la presencia de las mujeres resulta indispensable, dados los altos niveles de formación que han alcanzado.
>
> Tercera.- Beneficios de las empresas, los trabajadores y la economía, potenciando las altas capacidades de las mujeres, lo que representa un estímulo a la innovación. Valorar a las mujeres por el trabajo que prestan siendo remuneradas de forma justa por sus competencias contribuye a mejorar el rendimiento en la empresa, reteniendo al personal más cualificado y ofreciendo una imagen positiva a los clientes. Las empresas que aplican planes de igualdad ofrecen los mejores ambientes de trabajo y los trabajadores se sienten más motivados, innovadores y productivos.
>
> Cuarta.- Disminución de procesos judiciales y reclamaciones, evitando controversias por incumplimientos y prácticas discriminatorias
>
> Quinta.- La igualdad retributiva es base para la recuperación y el crecimiento económicos, al haber contribuido sustancialmente las mujeres durante el período de la crisis a aumentar las finanzas familiares; mantener vivas la igualdad y la erradicación de la brecha salarial contribuirá a la creación de empleo, la competitividad y la recuperación económica".

A todos estos efectos, se unen otros como la reducción de las tasas de absentismo de las mujeres y la disminución de los riesgos psicosociales porque, de lo contrario, están sometidas a unas presiones que pueden desencadenar en enfermedades como el estrés, ansiedad, depresión, fatiga, etc. Por otro lado, si se cumple la normativa las empresas también tendrán menos posibilidades de incurrir en alguna infracción en materia de igualdad. Sin duda, donde

25 Según la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género (2019/2870(RSP)) "la pérdida económica resultante de la brecha de género en el empleo asciende a unos 370 000 millones de euros al año; que el hecho de no pagar de forma equitativa a las mujeres limita su capacidad para alcanzar la independencia económica y, por tanto, su capacidad para vivir con plena autonomía; que, según el Instituto de Investigación de Políticas de la Mujer, la tasa de pobreza entre las mujeres trabajadoras podría reducirse del 8,0 % al 3,8 % si se les pagara lo mismo que a los hombres; que 2,5 millones de los 5,6 millones de niños que viven en la pobreza hoy en día saldrían de ella si se colmase la brecha salarial de género"

26 Vid. STSJUE de 29 de julio de 2010, Asunto C-577/08, STJUE de 9 de noviembre de 2017, Asunto C-98/15, STJUE de 17 de noviembre de 2015, Asunto C-137/15 y STJUE de 29 de julio de 2010, Asunto C-577/08.

27 Una de las prestaciones más importantes del sistema de seguridad social es la pensión de jubilación. Esta pensión tiene un régimen jurídico diferente según si se trata de un trabajador que ha prestado sus servicios a tiempo completo o a tiempo parcial. Recientemente, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de julio de 2019, ha determinado "Estimar la cuestión interna de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 12 de esta resolución". Esta Sentencia, viene a modificar la forma de calcular la pensión de jubilación de algunos trabajadores a tiempo parcial por este inconstitucional. Para un futuro, la nueva doctrina del Tribunal establece que "En la medida en que, para calcular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, determina la aplicación del llamado coeficiente de parcialidad, de forma que, cuando el coeficiente de parcialidad es inferior al 67 por ciento, al no quedar compensado por la aplicación del coeficiente del 1,5, se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora. Ese efecto reductor de la base reguladora para quienes tienen el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del art. 14 CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima LGSS 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo".

28 RAMOS QUINTANA, M.I. (2017) "El futuro de las mujeres-el futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real". Contribución a "Trabajo decente para todos", pag. 9.

tiene mayor incidencia la brecha salarial es en materia de seguridad social dentro del sistema público de pensiones[29].

3.2. ACCIONES POSITIVAS ENCAMINADAS POR REFORMAS NORMATIVAS RECIENTES

Además de las novedades normativas recogidas en el primer apartado de este documento, se añaden otras que también suponen cambios en materias relacionadas con la igualdad salarial.

A) Sobre el tiempo de trabajo:

Una de las diferencias importantes en materia de género es distinta ordenación del tiempo de trabajo entre ambos sexos, de manera que las mujeres son las que mayoritariamente trabajan a tiempo parcial para dedicar el resto del tiempo a las cargas y responsabilidades familiares[30]. Está demostrado que el trabajo a tiempo parcial se puede prestar a abuso, sobre todo por parte de las empresas a lo hora de gestionarlo. Por ello, una de las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo se dedica a cambiar el régimen jurídico de la jornada de trabajo regulada por el artículo 34 ET. Este Real Decreto introduce un nuevo apartado 9 con la siguiente redacción: "*9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*".

Destaca la modificación de los apartados 4 a 9 y se suprime el 10, con efectos de 1 de abril de 2019, por el art. 2.12 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo[31] sobre el artículo 48 ET. Esta modificación supone la equiparación en los permisos de ambos progenitores en el caso de nacimiento y cuidado de un menor de doce meses, también en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, en los que tendrán un permiso ambos progenitores de 16 semanas.

B) En materia de Seguridad Social[32]:

El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, también introduce a través de la disposición final segunda, cambios en el apartado 3 del artículo 237 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, esta apartado introduce una mejora en la forma de computar "*las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del mencionado artículo*". Lo mismo ocurre con "*las cotizaciones realizadas durante los períodos en que se reduce la jornada en el último párrafo del apartado 4, así como en el tercer párrafo del apartado 6 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal*".

C) Clasificación profesional[33]:

Además del tiempo parcial y del salario, en estos tiempos también se ha intentado corregir la ambigüedad y las imprecisiones de algunos sistemas de clasificación profesional regulados en la negociación colectiva. Para ello, este Real Decreto-ley 6/2019 también ha modificado el apartado 3 del artículo 22 del ET para establecer que "*la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1*".

Se pretende que la valoración de los puestos de trabajo recogida en los convenios colectivos sea acorde con el principio de transparencia, con el fin de eliminar las discriminaciones. En los convenios colectivos, la definición de los grupos profesionales se deberá ajustar a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.

A tal efecto, la disposición final 1ª prevé la aprobación de una orden ministerial que apruebe un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, para lo cual se concede un plazo de 6 meses. Entre tanto establece unos criterios para llevar a cabo esta tarea son: objetividad, adecuación y totalidad.

29 Se recomienda ver ARAGÓN GÓMEZ, C. (2018): "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la seguridad social", Documentación Laboral, núm. 115, Vol III, pag. 53 a 80.

30 Un estudio más en profundidad sobre tiempo parcial se puede leer en AGUILAR MARTIN (2019), "La ordenación del tiempo de trabajo en las mujeres: situación y perspectivas hacia un trabajo en igualdad de condiciones", en VVAA. El Futuro del Trabajo, cien años de la OIT, colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo, Inmigraciones y Seguridad Social, pág. 511 a 534.

31 Téngase en cuenta que esta modificación se aplicará paulatinamente en la forma establecida por la disposición transitoria decimotercera de la presente norma, añadida por el art. 2.18 del citado Real Decreto-ley 6/2019.

32 Véase BLÁZQUEZ AGUDO, E. (2019): Trabajo de las mujeres y protección social en VVAA El futuro del trabajo: cien años de la OIT, ponencia, pág. 159-194.

33 En la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 2009, en relación a la igualdad de género se afirmó que "la remuneración desigual es un síntoma de la persistente desigualdad entre las mujeres y los hombres. Históricamente, se ha asignado menor valor a las calificaciones y los empleos de las mujeres, y sus remuneraciones no han seguido el ritmo de sus adelantos educacionales. Los datos de algunos países han demostrado que la libertad de asociación y la negociación colectiva podían traer aparejada la reducción de la disparidad salarial entre las personas de uno y otro sexo. Se necesitan mejores datos sobre las cláusulas de igualdad de remuneración en los convenios. La discriminación salarial directa entre un hombre y una mujer que desempeñan el mismo trabajo es fácil de determinar. El concepto de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por "un trabajo de igual valor" es más difícil de determinar y poner en práctica. El respeto de ese principio es esencial debido a la segregación basada en el sexo en el mercado de trabajo. Deben adaptarse iniciativas para que el principio se comprenda y aplique, cuando proceda. Las evaluaciones de los puestos de trabajo basadas en criterios objetivos y no discriminatorios son una forma de aplicar el concepto de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor".

d) Eliminar las situaciones de violencia hacia las mujeres y tener en cuenta, especialmente, los riesgos psicosociales en la evaluación de los puestos de trabajo desempeñados por mujeres.

En este aspecto destaca la modificación introducida por el Real Decreto-ley 28/2020 sobre el apartado 8 del art. 37 ET para permitir a las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo "*tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona*".

E) Instrumentos de transparencia retributiva[34]: registros retributivos, auditoría retributiva, sistema de valoración de puestos de trabajo y derecho de información de las personas trabajadoras.

El principio de transparencia retributiva desarrollado por el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que entrará en vigor a partir el 14 de abril de 2021, se concreta en cuatro instrumentos que se erigen como los pilares que fundamentan el cumplimiento de este principio: los registros retributivos, la auditoria retributiva, el sistema y los criterios para una correcta valoración de los puestos de trabajo, y el derecho de información de las personas trabajadoras.

Todas las empresas, independientemente de su tamaño, deben tener un registro retributivo de toda su plantilla, cuyo periodo de referencia temporal será, con carácter temporal, el año natural, a los efectos de realizar las comparaciones oportunas y velar porque se cumpla la finalidad para la que se ha creado, garantizar la igualdad salarial para trabajos de igual valor.

Por otro lado, recoge con aplicación paulatina, la obligación de llevar a cabo auditorías retributivas, pues su implantación es una medida para identificar tanto las discriminaciones directas como las indirectas que, en su caso, se pudieran producir. Por supuesto, una vez identificadas tendrían que ser corregidas, sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades.

Además este RD determina qué información habrá de facilitarse por la empresa dependiendo de que exista o no representación legal de las personas trabajadoras. Para el primer supuesto el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras a través de la citada representación, teniendo derecho aquellas a conocer el contenido íntegro del mismo. Para el segundo, la información se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable.

3.3. ALINEACIÓN CON LOS ODS Y SUS METAS

En el año 2000 se celebró la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en la que 147 jefes de estado se comprometieron a incardinar acciones con el fin de cumplir ocho objetivos globales, denominados objetivos del milenio. Uno de estos objetivos era la igualdad de género, concretamente consistía en "promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces para combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades, y estimular un desarrollo verdaderamente sostenible". Sin embargo, años más tarde el balance no fue del todo satisfactorio, entre otras razones había aumentado la brecha digital entre los países en desarrollo y los desarrollados. Pero este fenómeno también aumenta las diferencias entre género, puesto que si son los hombres los que mayoritariamente estudian las carreras técnicas, las mujeres nunca podrán tener la competencias en tecnologías iguales que los hombres y por tanto, la brecha aumenta.

En la Agenda de 2030 se incide en la sostenibilidad, esto es, en satisfacer necesidades actuales sin comprometer las capacidades de futuras generaciones de satisfacer las suyas propias. De los tres pilares de la sostenibilidad uno de ellos está dedicado a la parte social y en concreto, el objetivo número cinco de los objetivos de desarrollo sostenible[35] (ODS) recoge la igualdad de género. Así, dentro de este objetivo, el programa de Naciones Unidas[36] establece que "poner fin a todas las formas de discriminación contra las mujeres y niñas no es solo un derecho humano básico, sino que además es crucial para el desarrollo sostenible. Se ha demostrado una y otra vez que empoderar a las mujeres y niñas tiene un efecto multiplicador y ayuda a promover el crecimiento económico y el desarrollo a nivel mundial". Este objetivo viene acompañado de nueve metas, todas ellas muy importantes. En el caso de España y en relación con el trabajo pueden tener más relevancia las siguientes:

- Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo.

- Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación.

- Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país.

- Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública.

- Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres.

- Aprobar y fortalecer políticas acertadas[37] y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles.

34 Se recomienda lectura de BALLESTER PASTOR, M.A. (2018): "La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea", *Documentación Laboral*, núm. 115, pág. 25.

35 Se recomienda LOUSADA AROCHENA, J.F. (2018): "La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de naciones unidas y la organización internacional del trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 115, Vol.III, pág. 33 a 51.

36 *Vid.* https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-5-gender-equality.html

37 Un estudio sobre políticas de género se puede ver en PÉREZ DEL PRADO, D. (2017): Políticas de empleo y enfoque de género, *Lan Harremanak*, núm. 38, pág. 42 a 66.

El propio Instituto Europeo de la Igualdad de Género afirma que "Las mejoras en materia de igualdad de género en la UE igenerarían hasta 10,5 millones de empleos adicionales hasta 2050! La tasa de empleo alcanzaría casi el 80 % y el producto interior bruto (PIB) per cápita de la UE podría crecer casi un 10 % más hasta 2050. Estas estimaciones se basan en nuestras investigaciones"[38].

Los ODS están interrelacionados, de manera que el objetivo 5 "lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas" está relacionado con el objetivo 8 "promover el crecimiento económico sostenido inclusivo y sostenible, concretamente están alineadas las metas 5.1. "poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo" y en la meta 8.5 "de aquí a 2030, logar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor".

Por el momento, el balance en la consecución de estos objetivos es poco alentador, la propia ONU, en el Pacto Mundial de la ONU: la Búsqueda de Soluciones para Retos Globales reconoce que "aunque se ha conseguido un avance importante a la hora de concienciar sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, no vamos camino de lograr ninguno de estos objetivos para las fechas límite". Por ello insta a las Naciones Unidas a implementar las políticas y los planes adecuados, pero también deben fomentar las alianzas con Gobiernos, la sociedad civil y el sector privado para sacar partido de los recursos, e renovar las ideas y habilidades que necesitamos de forma urgente para hacer que la visión de la Agenda 2030 sea una realidad.

38 Vid. https://eige.europa.eu/es/in-brief

IV. CONCLUSIONES

El punto de partida son dos premisas importantes, por un lado, "la desigualdad no es ni natural ni inevitable. Tiene su origen en las políticas, leyes, costumbres culturales, corrupción y otros problemas que pueden ser atendidos"[39], por otro lado, "la reducción de un punto porcentual en la brecha salarial de género daría lugar a un aumento del PIB del 0,1%"[40].

Es evidente que eliminar la brecha salarial de género es de vital importancia para todos los agentes implicados, instituciones mundiales, estados, agentes económicos y sociales, empresarios públicos y privados y sobre todo, las propias personas trabajadoras como destinatarios finales de todas las medidas.

En los últimos tiempos, se está observando un cambio cultural, de manera que cada vez hay más personas concienciadas con esta situación de abuso estructural e injustificada hacia la mujer. En mi opinión, la principal barrera a la que se enfrente este cambio, la social.

En el caso de España se han hecho esfuerzos normativos importantes para disminuir esa brecha, por un lado, favoreciendo que el otro progenitor pueda disponer de los mismos permisos para poder cuidar de la familia y por otro lado, introduciendo mecanismos que mejoren la transparencia en las empresas, como registros de tiempo de trabajo y de salarios y auditorías, entre otros. Estos cambios tienen que venir asociados a una mejora en los sistemas de clasificación profesional, en una objetiva valoración de los puestos de trabajo, en una identificación del trabajo de igual valor y por tanto, en un reconocimiento profesional y salarial acorde con estos nuevos sistemas que abandone cualquier tipo de discriminación.

Clasificar los empleos independientemente del sexo, en mi opinión, es un aspecto clave para trazar un punto de inflexión hacia la igualdad, un pilar sobre el que sustentar la igualdad salarial. El sistema de clasificación profesional es una de las herramientas fundamentales para garantizar la igualdad, pues se trata de una categoría jurídica sobre la que se ensambla la división de la fuerza de trabajo en las empresas y sobre la que van asociados derechos como el salario.

Estos cambios en la organización de las empresas tienen que venir reforzados por la exigencia de la responsabilidad correspondiente en caso de incumplimiento, y para ello, la Inspección de trabajo y Seguridad Social tiene que tener medios suficientes para poder exigir dicho cumplimiento.
Aun así es importante seguir destinando esfuerzos a mejorar la educación y la formación de todos pero, en particular, de las nuevas generaciones para que estén preparadas para afrontar los cambios de las tecnologías, la robotización de procesos, de manera que cualquiera pueda ocupar puestos de responsabilidad. En este proceso de adaptación a la industria 4.0 no se puede quedar atrás ningún colectivo, ni tampoco las mujeres, pues podrían aumentar las diferencias, esa brecha digital que contribuiría a aumentar la brecha salarial.
Todos estos cambios tienen que venir acompañados de una mejora en los servicios sociales, de manera que los entes implicados deberían mejorar de los servicios públicos para que las familias puedan recurrir a ellos sin que suponga una merma importante de rentas y estén bien atendidas todas aquellas personas necesitadas, tanto niños como mayores o personas dependientes.

Por último, remarcar el importante papel que tiene la negociación colectiva dentro del ámbito de las relaciones laborales y como engranaje de todo el sistema. Los cambios en la negociación colectiva tienen que venir propiciados por la formación de los medios humanos y la modernización de los medios materiales, para que las estructuras y las partes negociadoras cuenten con el apoyo necesario para ejercer con eficacia su labor.

En mi opinión, de cara al futuro la negociación colectiva tiene un doble papel, deberá ser el medio para garantizar y a la vez, el mecanismo de garantía para velar porque se cumplan las exigencias legales de transparencia en la gestión; de manera que puedan objetivarse las diferencias salariales y de condiciones de trabajo en todas y cada una de las empresas, tanto públicas como privadas y eliminarlas.

39 Vid. Programa de Naciones Unidas. Agenda 2030.

40 Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género (2019/2870(RSP)). Vid. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0025_ES.html (consultado en marzo de 2021)

Bibliografia

AGUILAR MARTIN (2019), "La ordenación del tiempo de trabajo en las mujeres: situación y perspectivas hacia un trabajo en igualdad de condiciones", en VVAA. El Futuro del Trabajo, cien años de la OIT, colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo, Inmigraciones y Seguridad Social, pág. 511 a 534.

ARAGÓN GÓMEZ, C. (2018): "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la seguridad social", Documentación Laboral, núm. 115, Vol III, pág. 53 a 80.

BALLESTER PASTOR, M.A. (2018): "La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea", Documentación Laboral, núm. 115, pág. 13 a 31.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. (2019): "Trabajo de las mujeres y protección social", en VVAA. El futuro del trabajo: cien años de la OIT, ponencia, colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo, Inmigraciones y Seguridad Social, pág. 159-194.

GARCÍA VIÑA, J. y BURRIEL RODRÍGUEZ DIOSDADO, P. (2014): "Igualdad de remuneración-salarios-protección de los salarios", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pág. 97 a 128.

KAHALE CARRILLO, D.T (2018).: Retribución en Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres/ coord. por Francisco Javier Hierro Hierro, Djamil Tony Kahale Carrillo; Carmen Sánchez Trigueros (dir.), págs. 663-685.

LOUSADA AROCHENA, J.F. (2018): "La igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de naciones unidas y la organización internacional del trabajo", Documentación Laboral, núm. 115, Vol.III, pág. 33 a 51.

PÉREZ DEL PRADO, D. (2017): "Políticas de empleo y enfoque de género", Lan Harremanak, núm. 38, pág. 42 a 66.

RAMOS QUINTANA, M.I. (2017) "El futuro de las mujeres-el futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real". Contribución a "Trabajo decente para todos", pág. 1 a 12.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2018): "La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: Factores desencadenantes y pautas de solución", Documentación Laboral, núm. 113, Vol.I, pág. 7 a 30.

Novas Tendências Para A Negociação Coletiva Transnacional – A 4a Revolução Industrial E O Impacto Das Negociações Coletivas Transacionais Nas Relações De Trabalho Multinacionais

João Alonso Carmelo[1]
Maria Lucia Benhame[2]

1 Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (1996), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (1999), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2002). Atualmente é professor titular da Universidade Metodista de Piracicaba e Advogado Militante. Tem experiência na área Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: mercado de trabalho, atuações do advogado e profissional de direito. Inteligência Artifical. Indústria 4.0. Coordenador de Pós-Graduação - especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP Membro dos Conselhos de Curso e da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - Unimep. Membro do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo Trabalho e da Seguridade Social - GETRAB/USP. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas - IPOJUR.

2 Advogada atuante em assessoria trabalhista empresarial, desde 1988, e sócia fundadora de Benhame Sociedade de Advogados. Formada em 1987 pela Faculdade de Direto do Largo São Francisco (USP), com Pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdência Social pela mesma faculdade. Cursos de extensão na FGV, de Liderança Sindical Empresarial, e em Gestão de Pessoas e Compliance Trabalhista. Membro do Comitê Jurídico da Câmara espanhola, e do Grupo de Modernização Trabalhista da AMCHAM – Câmara Americana de Comércio. Membro da Câmara Paulista de Inclusão.

Resumo

Abstract

O presente trabalho abordará as novas mudanças nas relações de trabalho, onde a implantação da tecnologia será de extrema importância, tendo em vista a modernização das relações laborais, bem como a diminuição do custo da mão de obra, onde determinada área de produção, o trabalhador será substituído por máquinas, ou seja, tendo grande impacto na economia mundial. Essa mudança vem ocorrendo de forma crescente e até certo modo com grande rapidez, voltando ao fenômeno da globalização, hoje denominada a revolução industrial 4.0. As empresas estão se adaptando as novas mudanças, e, as inovações tecnológicas tendem a crescer no cenário empresarial e ainda há que se considerar a dominação laboral pela inteligência artificial no presente e futuro próximos.

Evidentemente que, não se pode deixar de destacar, que as empresas precisam se modernizar, bem como adequar seus custos, uma vez que a competitividade é algo natural para sua sobrevivência, assim, tanto quanto as empresas, os trabalhadores devem se adaptar as mudanças no ambiente de trabalho. A globalização já mostrava, desde os anos 70, a necessidade de se repensar a igualdade de condições de trabalho, a ponto da OIT se preocupar com a relação das empresas multinacionais[3] de maneira a gerar uma maior equidade de condições sociais, entre os diferentes Países. No entanto, as normas aplicadas a uma relação de trabalho eram mais facilmente definidas, com critério da territorialidade.

Todavia, as inovações tecnológicas extinguem, na prática, com as fronteiras nacionais, o que dificulta a definição de que sistema normativo será aplicado a determinada relação de trabalho, sequer se sabe de onde o trabalhador está trabalhando, nem ainda que tipo de trabalhador ele é: um gig worker, um freelancer, um empregado? A "revolução 4.0" gera as relações de trabalho transnacionais, em que sequer pode haver identidade entre o território do trabalhador e da empresa. Nessa situação as legislações nacionais têm pouca utilidade, pois têm aplicação somente em seu território. Assim, mais do que nunca, o trabalhador se vê, por um lado, disperso e só, mas, ao mesmo tempo, com uma possibilidade real de conexão com trabalhadores na mesma atividade em qualquer parte do Mundo[4]. Qual a forma mais eficaz de tal união seria através das entidades sindicais, que poderiam atuar em negociações transnacionais? Como se adequar essa realidade transacional tecnológica, e as entidades sindicais, organizadas na mesma estrutura do início do século XX? As entidades sindicais sobreviverão ao trabalho em plataforma como questiona VANDALEE, (2018 [5])? Nesta segunda parte do trabalho se analisará o possível desenvolvimento e reinvenção das entidades sindicais e que tipo de normas podem surgir de instrumentos coletivos transacionais que permitam o desenvolvimento dos trabalhadores e empresas na nova realidade da 4ª revolução industrial.

This article will address the changes in labor relations, and the implementation of the technology will be extremely important, in view of the modernization of labor relations, as well as the reduction of labor cost, where, in a certain area of production, workers will be replaced by machinery, meaning that it will have a major impact on the world economy. This change has been occurring increasingly and, to a certain extent, with great rapidity, returning to the phenomenon of globalization, today called the industrial revolution 4.0. Companies are adapting to the new changes, and, technological innovations tend to grow in the business scenario and we still have to consider labor domination by artificial intelligence in the present and future coming. Of course, it should be noted that companies need to modernize, as well as adjust their costs, since competitiveness is something natural for their survival, so as far as companies, workers must adapt the changes in the workplace. Since the 1970s, globalization has shown the need to rethink the equality of working conditions, to the point where the ILO is concerned about the relationship of multinational companies in order to create equality of social conditions, among the different countries. However, the norms applied to an employment relationship were more easily defined, with the criterion of territoriality.

However, technological innovations, in practice, extinguish with national boundaries which makes it difficult to define what normative system will be applied to a particular working relation, not even knowing where the worker is working, nor even what kind of worker he is: a gig worker, a freelancer, an employee? "Revolution 4.0" generates transnational labor relations in which there cannot even be identity between the territory of the worker and the enterprise. In this situation national legislations are of little use, since they have application only in their territory. Thus, more than ever, the worker sees himself, on the one hand, dispersed and alone, but at the same time, with a real possibility of connection with workers in the same activity in any part of the world. What would be the most effective form of such a union through the trade unions, which could act in transnational negotiations? How to adapt to this technological transactional reality, and the union entities, organized in the same structure of the beginning of the twentieth century? Will union entities survive the work on the platform, as Vandalee, Kurt (2018) asks? This second part of the paper will analyze the possible development and reinvention of trade unions and what kind of norms can arise from transnational collective instruments that allow the development of workers and companies in the new reality of the 4th industrial revolution

3 https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_227046/lang--pt/index.htm – acessado maio de 2019

4 https://www.metropoles.com/brasil/uber-off-motoristas-preparam-paralisacao-mundial-para-esta-quarta – acessado em maio de 2019

5 https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Will-trade-unions-survive-in-the-platform-economy-Emerging-patterns-of-platform-workers-collective-voice-and-representation-in-Europe - acessado em maio, 2019

Capítulo I

1. Introdução ao tema

O tema de escolha guarda estreita relação com as inovações tecnológicas no ordenamento jurídico trabalhista, especialmente o avanço demasiado nas relações laborais, onde muito se discute sobre tal ferramenta representar uma modernidade tecnológica ou se tratar de um fenômeno que causará forte impacto social, como o desemprego em massa, por exemplo.

Nas últimas décadas as relações de trabalho vêm indubitavelmente sofrendo a influência da modernização tecnológica, sobretudo no que diz respeito aos meios de produção, o que pode ser facilmente observado pelos índices elevados de desemprego no mercado de trabalho e o fechamento de empresas. O sistema fordista possibilitou a divisão do trabalho; bem como o sistema toyotista; e, posteriormente a robótica substituiu os trabalhos manuais em grande escala na indústria; mais à frente a informática deixou à deriva um incontável número de colaboradores; e atualmente a inteligência artificial surge como golpe de misericórdia no já desfalecido sistema de produção de bens de consumo, duráveis ou não. E, diante do cenário atual que as empresas estão enfrentando de acordo com a concorrência, a implantação das novas formas de trabalho sendo; Kaizen e Kanban. [6]

Determinadas categorias de trabalhadores estão em decadência; outras desapareceram, ou melhor, as indústrias estão se modernizando e otimizando custos operacionais, mas a massa operária se vê impossibilitada de acompanhar esses avanços. Em certos casos a recolocação profissional – na mesma área de atuação – pode ser considerada um mito.

Essa modernização do mercado de trabalho é o reflexo da implantação da tecnologia nos setores empresariais, o que deixa a mão de obra braçal numa situação de extrema fragilidade. Seria o trabalho autônomo e informal a solução para tal problemática? Pouco provável, considerando-se o contingente de colaboradores que repentinamente se vê sem a possibilidade de prover o próprio sustento.

Porém, destaque-se que a tecnologia no mercado de trabalho torna as empresas competitivas, especialmente no contexto da globalização num mercado acirrado e não raras vezes tomado por concorrência desleal – países pobres com salários-miséria, trabalho escravo em certas nações, entre outras situações.

O fenômeno da modernização tecnológica enfraquece o poder da mão de obra – mesmo a especializada – e em determinados setores precariza o trabalhador, o que se apreende facilmente diante dos níveis de desemprego no contexto global, mas afetando especialmente os países em desenvolvimento.

Analisando-se a questão do ponto de vista empresarial, a implantação das tecnologias nos setores de produção está voltada à competitividade do mercado de trabalho, tanto para importação quanto para exportação, ou seja, torna o mercado mais atraente e com baixo custo dos produtos, otimizando os meios de produção e projetando a patamares inimagináveis há algumas décadas.

Por sua vez, para os trabalhadores essas mudanças acarretam na precarização da mão de obra e no retrocesso social, pois a inovação tecnológica só faz avançar, exceto em alguns setores que ainda não sofreram os efeitos das novas tecnologias. Some-se a isso a explosão demográfica e tem-se a previsão de um futuro sombrio no que tange às relações laborais.

Diante do atual contexto socioeconômico mundial, percebe-se que as inovações tecnológicas tendem a crescer no cenário industrial, e ainda há os adeptos da ideia de que num curto lapso de tempo haverá a quase total dominação laboral pela inteligência artificial, atualmente denominada inteligência 4.0, fenômeno que vem crescendo também na área jurídica – como a jurimetria, por exemplo –, situação esta que leva inúmeros doutrinadores a argumentarem sobre o risco que corre o princípio da dignidade humana em decorrência do monitoramento dos trabalhadores. Isso levando-se em consideração que a tecnologia atuará em ritmo acelerado nas indústrias, por isso a colocação de indústria 4.0 onde os trabalhadores deverão se adaptar aos novos estilos de organização.

Assim, diante do uso excessivo da tecnologia no ambiente de trabalho, surge de um lado o direito de propriedade garantido constitucionalmente ao empregador; de outro, a reserva da intimidade e da vida privada, havendo uma colisão entre direitos fundamentais, situação em que o Estado não está conseguindo proteger o trabalhador diante da modernidade das relações laborais, o que sem sombra de dúvida faz com que o princípio constitucional seja colocado em segundo plano diante do mercado de trabalho, algo que futuramente poderá modicar o conceito de princípios e garantias constitucionais.

Importante destacar que a narrativa justificante de um ex¬cesso de protecionismo, os institutos da flexibi¬lização, da desregulamentação e da tecnologia passaram a ser divulgados como instrumentos fundamen¬tais para modernização do direito do trabalho – com o pretexto de geração de empregos –, criando cenários em que os ajustes se tornaram desrespeitosos com o rompimento ao tradicional princípio prote¬tivo do trabalho humano, previsto em diversos dispo¬sitivos legais e doutrinários no ordenamento ju¬rídico e na Carta Maior brasileira, além dos princípios na Justiça do Trabalho.

O trabalho, além de favorecer a subjeti¬vidade, traz concretude ao regime de governo protegido constitucionalmente: a democracia, que tem como fundamentos a liberdade e igualdade dos indivíduos estabelecidos em um capítulo próprio da Carta Maior pátria.

Sob essa ótica, através do trabalho a riqueza – algo que deve ser remetido à história –, diga-se concentrada nas mãos de pou¬cos, pode ser diluída entre as camadas da população; talvez a classe laboral servindo como patamar fundamental de afirmação da cidadania social. Além disso, a possibilidade de organização co¬letiva do trabalhador viabiliza a luta obreira por mudanças concretas, o que gera, por consequ¬ência, ainda que de maneira tímida, a diluição do poder e incentivo à atuação democrática, algo que se deve repensar diante dos fatos atuais na relação laboral e no cenário mercadológico.

Portanto, diante desse panorama, necessário se faz buscar elementos norteadores do Direito para encontrar diálogo entre a modernidade, mas sem deixar que ocorra um retrocesso social ao se perder o principal núcleo existencial das relações como elemento essencial: a dignidade da pessoa humana.

6 AGUIAR, Antônio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2º ed., 2018, pág. 24 e 25.

Talvez caiba à sociedade cunhar formas criativas para a geração de empregos, pois o universo empresarial atua na busca dos ganhos de produtividade, mas, por outro lado, a execução das tarefas penosas e perigosas por parte do trabalhador e a implementação das novas tecnologias integram determinado campo de fatores, principalmente o lado empresarial.

Inovação e mercado de trabalho caminham juntos há muito tempo, mas o que se prevê no atual estágio da evolução humana é algo que poderá se alterar de forma nunca vista aos sistemas produtivos das nações. Não é algo tão simples como a divisão no sistema de produção inaugurada pelo sistema fordista, que gerou desemprego em massa quando adotado.

Trata-se de um novo patamar no ambiente tecnológico: a capacidade humana de criação de máquinas (robôs) que podem pensar, criar e desenvolver novas formas produção na qual a participação humana pode se tornar totalmente desnecessária.

As novas relações de trabalho que surgem das "novas economias", como a Gig Econony, como se verá abaixo, impões que as relações de trabalho e sua proteção sejam reavaliadas e novas formas de proteção, mais eficazes, e que ao mesmo tempo não impeçam o desenvolvimento econômico, surjam.

Assim, o direito do trabalho deverá ter papel diferencial e inovador no tocante à proteção dos princípios proteção do trabalhador, mas coadunando tal cobertura aos interesses de gestão das empresas, mantendo-se a empregabilidade relacionada com o direito constitucional ao trabalho, sem desamparar os direitos da personalidade, ou seja, os direitos fundamentais, além é claro da indústria 4.0.

2. As novas formas de Organização Empresarial com a implantação das Teorias Kaisen e Kanban

Com o surgimento da tecnologia na relação de trabalho, as empresas estão em busca de alternativas para competitividade no mercado e também uma melhor organização empresarial nos respectivos setores produtivos. Assim, diante desse novo cenário, as teorias fordista e toyotista (diga-se, foram importantes para as revoluções industriais de sua época), mas hoje estão ultrapassadas na sua aplicação empresarial, fazendo surgir novas teorias organizacionais empresarias, como por exemplo; as Teorias Kaisen e Kanban.

As empresas acostumadas com os sistemas fordistas e toyotistas começaram a perceber que os modelos aplicados para os dias atuais não alcançam mais os níveis esperados de mercado, o que de certa forma tiveram que se adaptar aos novos parâmetros mercadológicos, e com isso, as novas teorias destacadas no início começaram a influenciar o mercado e impactar a economia, o que evidência uma nova tendência empresarial.

Assim, as empresas, atualmente não é mais imprescindível o controle direto sobre as atividades desenvolvidas. Surge m estágio diferenciado, em que há maior autonomia e divisão de responsabilidades para confecção do que é ao final esperado: o resultado (e não mais só o processo de execução). Por essas razões, mesmo escassas – se não totalmente eliminadas – encontram-se figuras até pouco tempo tradicionais e então indispensáveis, como os antigos "inspetores de qualidade", que tinham como objetivo somente apontar o erro – depois de tudo produzido – sem qualquer ingerência no tocante à efetivação e realização de algo preventivo ou corretivo, que pudesse servir de alternativa à simples desqualificação final do produto, evitando-se com isso, prejuízos pelo material desperdiçado e pelo trabalho realizado, e muitas vezes, o retrabalho. Hoje, obrigatoriamente, diques durante o processo de produção são desenvolvidos para não comprometer o resultado final do produto.[7]

De fácil percepção que esse modelo de organização na linha de produção das empresas, não são mais aplicados no setor, além do que, o conhecido inspetor de qualidade atualmente deve necessariamente ser capacitado para dialogar com outras áreas da empresas, onde por sua vez, aplica-se a tecnologia nas relações laborais, ou seja, dentro da indústria 4.0, o uso dessa ferramenta é de vital importância para a manutenção do setor produtivo e operacional.

Mas, dentro das novas formas de trabalho, o conceito Kaizen é sem dúvida alguma, o conceito mais importante dentro da estrutura da administração, o qual surgiu no Japão. Pode-se afirmar, seguramente, que é a chave do sucesso do competitivo mercado japonês. E há de se ressaltar, que esse modelo vem sendo adotado pelas empresas brasileiras para aplicação na sua gestão. [8]

Segundo Masaaki Imai destaca que a essência do KAIZEN é simples e direta. KAIZEN significa melhoramento. Mais ainda: KAIZEN significa contínuo melhoramento, envolvendo todos, inclusive gerentes e operários. A filosofia do KAIZEN afirma que o nosso modo de vida – seja no trabalho, na sociedade ou em casa – merece ser constantemente melhorado. [9]

7 AGUIAR, Antônio Carlos. Negociação Coletiva de Trabalho. São Paulo: Saraiva Educação, 2º ed., 2018, pág. 25.

8 AGUIAR, Antônio Carlos. Negociação Coletiva de Trabalho. São Paulo: Saraiva Educação, 2º ed., 2018, pág. 25

9 AGUIAR, Antônio Carlos. Negociação Coletiva de Trabalho. São Paulo: Saraiva Educação, 2º ed., 2018, pág. 25.

Assim, a aplicação do novo conceito KAIZEN dentro do sistema organizacional das empresas, elas buscam uma dicotomia com o sistema operacional onde seus trabalhadores devem sempre buscas pela excelência, o que na aplicação do conceito alinha-se o modelo de gestão, ou seja, orientação para o consumo; controle total de qualidade (TQC); robótica, círculos de controle de qualidade (CQ); sistema de sugestões; automação; disciplina no local de trabalho; manutenção produtiva total (MPT); kanban; melhoramento de qualidade; just in time; zero defeito; atividades em pequenos grupos; relações cooperativas entre administradores e mão de obra; melhoramento de produtividade; e, desenvolvimento de novos produtos. [10]

Portanto, dentro do novo prisma de organização, o conceito KAIZEN é extremamente importante na revolução industrial 4.0, uma vez que a metodologia aplicada sempre pautada no melhor aproveitamento do setor produtivo.

Dentro do processo do conceito KAIZEN, um dos pilares dessa nova geração de melhoria no cotidiano empresarial, bem como na redução de custo e elevação da competitividade do mercado, surge o conceito KABAN como melhoramento na qualidade, ou melhor, just in time da linha de frente com o consumidor.

Mas, o que esses conceitos têm a ver com a relação laboral? Esses conceitos estão intimamente ligados na relação pessoal do trabalhador e também na gestão operacional das empresas, tendo em vista que hoje, o que não é nenhum fato desconhecido, a otimização de custos e redução da mão de obra ante a modernidade tecnológica.
Dessa forma, o conceito KANBAN, também conhecido como Gestão Visual, Sistema Toyota ou Sistema Just in Time, surgiu no Japão, mais precisamente dentro da Toyota Motor Company na década de 70. A ideia básica era minimizar atrasos a partir do desenvolvimento de um método que coordenasse a produção de peças com as demandas, ou seja, naquela época já havia uma deficiência na operacionalidade dos produtos, e com isso, a empresa iniciou um processo organizacional de otimização de custos.

O conceito KANBAN pode ser aplicado em qualquer empresa, desde que todos estejam engajados na sua melhoria de qualidade simplesmente utilizando três tipos de cartões de cores diferenciadas para demonstrar à equipe que é essencial a coletividade onde todos devem ficar concentrados na sua dimensão. O KANBAN dá suporte ao *just in time*, que utiliza a ideia de não produzir enquanto não houver demanda, portanto previne os colapsos entre os setores. Essa eficiência na produção auxilia no fluxo do processo como um todo, fazendo a empresa não parar, não ser rápida demais, nem muito lenta, e acima de tudo, otimiza os custos operacionais.

Diante do cenário tecnológico e do avanço assustador da modernização das relações laborais e empresariais, esses modelos vem sendo aplicados com frequência para as empresas justamente para as tornarem competitivas, mas todo investimento de melhoria de qualidade, tem um custo, e esse custo acaba atingindo a massa de trabalhadores que deverão se adaptar, reciclar e aprender a utilizar a ferramenta tecnológica, esse é o cenário atual.

Importante destacar que as empresas da Revolução 4.0 possuem características 6D´s, ou seja, são digitalizadas, disfarçadas (seu objeto social e modo de produção podem alterar rapidamente), disruptivas, desmaterializadas, desmonetizadas e democratizadas.[11] As alterações tecnológicas geradas pela Quarta Revolução Industrial modificarão as formas da liderança, organização e administração da empresa. O talento deverá ser ainda mais valorizado, em nome da própria sobrevivência do negócio, haja vista a constante necessidade de inovação. [12]

Em decorrência desse cenário mercadológico e do avanço da tecnologia em todos os setores desde a organização administrativa até a relação laboral, as empresas desejosas ou não, estão cada vez mais pressionadas a aderir as inovações tecnológicas e as novas formas de trabalho, as quais foram destacadas anteriormente, sob pena de perderem o espaço da competitividade. Elas devem operar com menos empregados em seus setores, e as informações e ideias de inovação passam a ter grande participação na linha de produção empresarial.

Não há como negar que a tecnologia passa a ser elemento imprescindível na vida de qualquer empresa, tanto na prestação de serviços quanto na entrega de bens. Mesmo as tradicionais marcas correrão riscos frente as inovações, e isso não pode ser negado.

Assim, importante as empresas se adequarem para o novo modelo organizacional, isso inclui desde a produção até a negociação coletiva, pois a revolução industrial 4.0 poderá trazer novos paradigmas de negociação, como por exemplo; ambiente salubre; salários nivelados; etc., e isso, apenas é uma questão de tempo para que possa ser aplicado na sua amplitude gerencial.

Convém salientar que essas novas condições de melhoria na organização empresarial, pode ter um impacto no envolvimento das negociações coletivas de trabalho, principalmente quando está relacionado ao ambiente laboral, pois dentro desse prisma, as negociações deverão ser tratadas de forma diferenciada uma vez que termos trabalhadores habilitados para determinadas funções, mas também os trabalhadores desabilitados para as novas funções em decorrência desse avanço tecnológico, haja vista que na Indústria 4.0, as hierarquias tendem a ficar relativizadas, a métrica da recompensa sofre mutações com valorização da inovação, e as equipes de trabalho tendem a ser distribuídas entre o regime presencial e o teletrabalho.[13] Ou seja, tudo isso relacionado com o aspecto da modernidade empresarial em decorrência da tecnologia, inteligência artificial imposta na nova Revolução Industrial 4.0.

Toda essa situação deve, ainda ser pensada em escala Global. Hoje estamos, real, e literalmente, diante de um "Mundo sem Fronteiras"? Não vamos enfrentar discussões axiológicas neste breve estudo, mas sim, analisando a situação real e prática, sugerir um, de muitas, formas de regulação e regulamentação de tais relações laborais globais, que a despeito de se misturarem, ainda não prescindem de atividade governamental, no dizer de SANTOS[14], (Fls 25)

10 AGUIAR, Antônio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2º ed., 2018, pág. 25 e 26.

11..OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação**. São Paulo: LTr, 2018, pág. 33.

12 OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. T**rabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação**. São Paulo: LTr, 2018, pág. 35;

13 OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação**. São Paulo: LTr, 2018, pág. 33.

14 SANTOS, Milton, **POR UMA OUTRA GLOBALIZAÇÃO (do pensamento único à consciência universal)**. São Paulo: Ed Record, 2000, pág. 25

Vamos enfrentar uma realidade, que sabemos não ser global, no sentido de não ser generalizada. Enfrentamos uma parte das muitas realidades no Mundo, sem nos esquecermos que há uma grande parte da Humanidade excluída da realidade que enfrentaremos neste breve estudo, descrita com clareza por SANTOS[15],(fls29), e apenas nos mostra a necessidade de nãos e deixar de pensar as relações de trabalho, nem nos acomodarmos nos estudos científicos. A realidade (ou aS realidadeS?) aqui está e ela deve ser enfrentada de maneira profunda, mas real e estratégica:

"Dois bilhões de pessoas sobrevivem sem água potável. Nunca na história houve um tão grande número de deslocados e refugiados. O fenômeno dos sem-teto, curiosidade na primeira metade do século XX, hoje é um fato banal, presente em todas as grandes cidades do mundo. O desemprego é algo tornado comum. Ao mesmo tempo, ficou mais difícil do que antes atribuir educação de qualidade e, mesmo, acabar com o analfabetismo. A pobreza também aumenta. No fim do século XX havia mais 600 milhões de pobres do que em 1960; e 1,4 bilhão de pessoas ganham menos de um dólar por dia."

No entanto, a globalização aí está, ainda que extremamente imperfeita, gerando a individualização maior do ser humano e a redução da solidariedade[16], o que nos obriga pensar como manter a efetividade das relações coletivas de trabalho, já que as empresas cada vez mais pulverizam suas atividades com o uso das tecnologias.

O que é essa nova economia tecnológica, e como solucionar as relações de trabalho oriundas dela?

Capítulo II

1. A Globalização Na Era Tecnológica – Gig Economy

Da 4ª. Revolução industrial surgem novas formas de trabalho diferentes das costumeiras relações de emprego por tempo indeterminado com mais ou menos proteções legais. Em tempos anteriores, a competição entre trabalhadores com menos proteção legal, e consequentemente, mão de obra mais barata, e os trabalhadores de países mais estruturados e com maior proteção legal e social, consequentemente mais caros, obrigava a uma estruturação física das empresas nesses países "menos protetivos" de seus trabalhadores, que também poderiam ser menos organizados em termos coletivos. Essa situação implicava em custos, e, por vezes, somente a "guerra de mão obra" não trazia a esperada competitividade.

No entanto, após a globalização virtual, da 4ª revolução industrial, com a inteligência artificial, os meios remotos de trabalho, robôs em posições de trabalho, compartilhamento de informações, outras formas de trabalhar e de viver surgiram.

Hoje falamos em gig economy, com serviços mais baratos e eficientes, como o Uber, o Airbnb, e outras plataformas, em um sistema de trabalho temporário, e com contratações por contratos que não o emprego formal por prazo indeterminado, pois os trabalhos se desenvolvem para projetos específicos com tempo certo de duração. Essa situação obriga os trabalhadores a se "reinventarem", pois, agirão mais como parceiros, e como microempreendedores dentro de um empreendimento maior, assumindo parte dos riscos da atividade :

A gig economy traz então como principais caraterísticas, a inconstância e temporalidade do trabalho e assunção de risco pelo trabalhador, que antes eram suportados integralmente pelo empregador empreendedor. Muito diferente das definições que sempre acompanharam as relações de trabalho. Tanto que no Brasil, por exemplo, a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho define como empregador em seu Art. 2º quem assume o risco do empreendimento:

Art 2º CLT [19] - Considera-se empregadora a empresa, individual ou coletiva, *que, assumindo os riscos da atividade econômica*, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Dessa forma, na definição clássica do empregador, todos os riscos da atividade econômica estão a seu cargo e o empregado não assume os riscos do negócio. No entanto, com tantas mudanças na forma de consumo, produção e consequentemente de trabalho, uma nova figura de relação de trabalho começa a surgir, em que há um enfraquecimento dessa situação clássica de risco do negócio. A figura desse trabalhador não se encaixa mais como um empregado tradicional, mas não atinge ainda a independência e liberdade de ação e risco do empreendedor.

Essa figura do trabalhador num sentido mais amplo que não se limita à figura do empregado subordinado, e a sua relação com seu tomador ou beneficiário do seu trabalho não estão plenamente reguladas. No Brasil, sequer há na legislação tal

15 SANTOS, Milton, POR UMA OUTRA GLOBALIZAÇÃO (do pensamento único à consciência universal). São Paulo: Ed Record, 2000, pág. 29

16 SANTOS, Milton, POR UMA OUTRA GLOBALIZAÇÃO (do pensamento único à consciência universal). São Paulo: Ed Record, 2000, pág. 32

17 https://www.investopedia.com/terms/g/gig-economy.asp – acessado em maio e julho de 2019

18 https://whatis.techtarget.com/definition/gig-economy acessado em maio e julho de 2019
(a) A gig economy is a free market system in which temporary positions are common and organizations contract with independent workers for short-term engagements. The term "gig" is a slang word meaning "a job for a specified period of time" and is typically used in referring to musicians. Examples of gig employees in the workforce could include freelancers, independent contractors, project-based workers and temporary or part-time hires.
(b) In effect, workers in a gig economy are more like entrepreneurs than traditional workers. While this may mean greater freedom of choice for the individual worker, it also means that the security of a steady job with regular pay, benefits, and a daily routine that have characterized work for generations are rapidly becoming a thing of the past. It also means that workers are taking upon themselves a much larger share of the market risk of economic ups and downs, changing trends, and fickle consumer preferences, which were traditionally borne by capitalist business owners who employed wage and salaried workers.

19 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm

figura, ou o trabalhador é o empregado previsto na lei trabalhista ou o autônomo, previsto o código civil, não há espaço para essa figura híbrida que começa a surgir.

Somada a tais alterações de relação entre trabalhador e empreendedor ou beneficiário, há que se considerar ainda a extinção das fronteiras físicas entre eles, num mundo de tecnologias que permite que o tomador de serviços e o trabalhador sequer estejam num mesmo País, e muitas vezes a relação é triangular, e um eventual cliente do tomador encontra-se em um terceiro País.

Relações de trabalho home office, em que trabalhador e tomador são nacionais de um mesmo País, mas o trabalhador reside, por escolha própria, em outro País, e de lá atua. São inúmeras possibilidades de relação de trabalho sem que ela se desenvolva em uma fronteira física, jurídica, com uma legislação definida.

Na situação tradicional facilmente os trabalhadores poderiam identificar as entidades sindicais que o representa, escolhê-las ou as criar (nos sistemas de liberdade sindical), e acompanhar sua atuação, negociação e aplicação do instrumento coletivo oriundo de tais negociações.

No entanto, nessa situação tradicional tanto a lei como os instrumentos coletivos têm aplicação territorial restrita ao território nacional soberano em que tal ordenamento jurídico tem validade plena, e, portanto, não evita condições de trabalho diferentes em diferentes territórios.

Regular tal relação em um nível global, sem as limitações territoriais que facilmente definiam a legislação aplicada é um dos desafios da 4ª revolução industrial.

2. A limitação das legislações sociais e a soberania dos Estados

A OIT emitiu em 2002, Declaração Tripartite De Princípios Sobre Empresas Multinacionais E Política Social[20] ("Declaração"), em que várias recomendações são feitas às empresas multinacionais para respeito ao trabalho nos países em que atuam, e no tocante às relações de trabalho indica:

> *"RELAÇÕES DE TRABALHO*
>
> *41. As empresas multinacionais deveriam aplicar normas em matéria de relações de trabalho não menos favoráveis que as observadas por empregadores similares nos países de acolhimento."*

A "Declaração" traz orientações e não normas mandatórias às empresas, cabendo a cada Estado-membro criar normas nacionais para tal proteção.

As legislações nacionais têm sua aplicação restrita ao território em que são soberanos, assim, qualquer regulamentação de uma matéria fica adstrita a tal território, ou aos nacionais do País em alguns casos, como nas leis anticorrupção, mesmo quando atuem fora do País, como a FCPA[21], que tem aplicação mesmo para pessoas fora dos Estados Unidos, se algum ato for praticado no território americano, ou se houver falha a de uma empresa americana em controlar suas subsidiárias, como no caso da punição envolvendo o Walmart Brasil [22]

> **Territorial Jurisdiction—15 U.S.C. § 78dd-3**
>
> The FCPA also applies to certain foreign nationals or entities that are not issuers or domestic concerns.54 Since 1998, the FCPA's anti-bribery provisions have applied to foreign persons and foreign non-issuer entities that, ***either directly or through an agent, engage in any act in furtherance of a corrupt payment (or an offer, promise, or authorization to pay) while in the territory of the United States***.55 Also, officers, directors, employees, agents, or stockholders acting on behalf of such persons or entities may be subject to the FCPA's anti-bribery prohibitions.56

Enquanto o compliance trabalhista não adquirir o mesmo status dos controles anticorrupção, temos que nos valores de outras formas legais para buscar a proteção mais globalizada possível aos trabalhadores.

Os Tratados internacionais poderiam ser utilizados, mas, além da demora em sua negociação e elaboração de normas, soma-se a possibilidade de as empresas atuarem em Países não signatários de tais tratados, portanto são um caminho necessário e válido, mas com aplicação restrita.

Nessa situação, os acordos sindicais transnacionais mostram-se como uma boa alternativa, pois podem envolver a empresa e todas as suas subsidiárias no Mundo, obrigando-a a tratar todos os seus empregados e trabalhadores com as mesmas regras básicas, igualando seus direitos e condições de trabalho. No entanto, não atingem todos os trabalhadores daquela categoria, que trabalhem para outras empresas, não signatárias do acordo

Portanto, necessária uma mescla de várias medidas para regulamentação e proteção das relações de trabalho nas ovas condições de 4ª revolução industrial.

20 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf

21 https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf - pg 10

22 https://www.justice.gov/opa/pr/walmart-inc-and-brazil-based-subsidiary-agree-pay-137-million-resolve-foreign-corrupt

3. A eficácia das negociações sindicais nas empresas transnacionais – como evitar o dumping social?

Desde algumas décadas os Países buscam um equilíbrio das relações trabalhistas como forma de uma concorrência mais leal ente eles. Mesmo no âmbito de organizações e organismos internacionais do comércio, já se discutia esse aspecto, como nos mostra JAKCBONSEN, 2009[23], quando mostra que em 1994, na Rodada Uruguai do GATT, o governo americano, com apoio da França insistia em que houvesse a "preservação de padrões mínimos de trabalho, para coibir a concorrência desleal do comércio," para se evitar o dumping social.

Na realidade, essa preocupação é real, e com o tempo, e as novas formas de trabalho cada vez mais virtuais só tende a crescer. A possibilidade do dumping social não é uma ameaça fantasiosa, pode ocorrer, e ocorre em nossa realidade econômica.

Evitar que empresas se utilizem de mão de obra mas desprotegida como forma de inflar seus lucros de maneira desleal é uma preocupação que atinge todas as sociedades, e hoje, deve ser a maior preocupação das entidades sindicais. No entanto, medidas mais efetivas sofriam resistência, restringindo-se ao compromisso de cumprimento dos direitos previstos no âmbito da OIT.

JKCOBSEN, 2009 noticia ter havido resistência inclusive de entidades sindicais em relação a regras mais robustas[24].

Surgem iniciativas para fortalecimento da OIT, no entanto, suas normas não têm força coercitiva. Uma delas foi o reforço e ampliação da Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social[25].

A Declaração reconhece o progresso que as empresas multinacionais trazem, por outro lado demonstra preocupação com a possibilidade de concentração abusiva de poder econômico conflitando com os interesses dos trabalhadores.

No entanto, a coerção da norma não existe, uma vez que cabe aos países a adoção de tais regras e cuidados. Veja-se que o item 9, em fls. 11 aconselha que os governos ratifiquem convenções, algumas do início do século IXI. O Brasil, por exemplo, jamais ratificou a Convenção 87 que estabelece a plena liberdade sindical, pois que nosso regime não permite seu exercício de forma plena.

4. Acordos sindicais transnacionais – uma possibilidade?

O tema tem começado a despertar um interesse maior, em face das novas relações de trabalho não tradicionais, que obrigam uma reestruturação sindical, que é, ainda, baseada na estrutura trabalhista tradicional "patrão/empregado/local fixo de trabalho". A própria definição de trabalho atípico encontra diferentes vertentes, a se considerar a realidade e legislação de cada País[27].

No Brasil, não há, na realidade, reconhecimento de formas atípicas de trabalho. Mesmo quando foi introduzida a figura do trabalhador intermitente[28], seu regime segue a lei trabalhista ordinária de relação de emprego tradicional, o que, aliás, tem gerado inúmeras lacunas legais. Mesmo o trabalhador temporário tem lei própria, a Lei 6019/1974[29] e segue grande parte das regras da legislação ordinária, situação reforçada com a inserção das regras básicas de proteção ao trabalho e elementos essenciais do contrato de emprego na Constituição Federal[30] de 1988. Assim, neste artigo, vamos considerar como atípico, toda contratação como um trabalho oferecendo menos segurança e menos benefícios em comparação a relação de emprego padrão. (em tradução livre de: "*employment offering less security and fewer benefits than the standard*

23 Jakcbson, Jked Asgaard , Relações Transnacionais e o Funcionamento do Regime Trabalhista Internacional, SP, 2009 – Dissertação de Mestrado – USP item 3.3.1, fls 79/80

24 Jakcobson, idem fls 82

25 Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, Brasília, Organização Internacional do Trabalho, 1ª edição, 2002.

26 Declaração, idem acima, fls. 10

27 Aloisi , Antonio e Gramano, Elena - Workers Without Workplaces and Unions Without Unity: Non-Standard Forms of Employment, Platform Work and Collective Bargaining Forthcoming in Bulletin of Comparative Labour Relations 20 Pages Posted: 14 May 2019 Last revised: 3 Jul 2019 Date Written: March 21, 2019 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3363185

28 Consolidação das Leis de Trabalho - CLT – artigos 443,§ 3º e 452A - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm -

29 Lei 6019/74 : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm

30 Constituição Federal – 1988 – Art 7º : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

employment relationship"[31]).

Com a globalização, a atividade sindical local acaba por se enfraquecer, no entanto, os sindicatos encontram na cooperação internacional, uma forma de defesa[32]. ANNER e outros, 2014, fazem um estudo comparativo de atuação sindical transacional, entre "sindicatos na indústria automotiva, no transporte marítimo e na indústria têxtil e de vestuário". As estratégias e realidades de cada setor são diferentes, e na busca da união global surgem "fatores de desincentivo" que buscam exacerbar a competição entre os trabalhadores; e os "fatores de incentivo", indicados como as "estruturas de apoio a nível local, nacional e internacional que fornecem aos sindicatos oportunidades e tornam certos tipos de cooperação plausíveis".

Na área industrial, talvez em vista de haver entidades sindicais mais antigas e estruturadas, e com um acultura de coletivismo, encontramos, mesmo no Brasil experiência de acordos coletivos transacionais. LIMA (2006), trata do acordo transacional entre a Volkswagen e Sindicatos dos metalúrgicos de do Brasil (Sindicatos dos metalúrgicos com base no ABC Paulista e Taubaté – Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Oficinas Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico, Siderúrgicas e Automobilísticas e de Autopeças de Taubaté, Tremembé e Distritos,) e Argentina (Sindicato de Mecânicos e Afins de Transporte Automotor e o Sindicato de Mecânicos e Afins de Transporte Automotor)[33], o acordo é tímido, não regula as relações de trabalho, mas apenas traz regras gerais de comprometimento de atuação de maneira ética e transparente, reconhecendo, no entanto, lideranças locais como interlocutores[34].

Mais recentemente, no âmbito do trabalho tradicional da indústria automotiva, podemos falar do acordo mundial envolvendo a Renault e a IndustrstiALL[35], entidade sindical global[36], que representa 50 milhões de trabalhadores em 140 países, na área industrial. O acordo regula, no entanto, apenas as relações dos trabalhadores do grupo Renault, e mais uma vez respeita os ordenamentos locais, ao estabelecer em suas diretrizes gerais que:

> *"Este acordo constitui nomeadamente um tema de diálogo social estruturante entre os representantes da direção e os sindicatos representativos e/ou os representantes dos trabalhadores, tanto ao nível do Grupo como a nível local. Oferece a possibilidade e encoraja a tomada de iniciativas, bem como a procura de soluções pragmáticas pertinentes, através da negociação de acordos locais, melhorando a vida no trabalho dos trabalhadores."*[37]

Portanto, mesmo nos acordos transacionais, as relações de trabalho são ainda vistas como relações locais, em que os signatários do acordo se obrigam a respeitar diretrizes gerais e éticas, sem que no entanto, ao menos nos dois modelos citados, regras efetivas de igualdade de condições de trabalho como um salário-mínimo global, ou condições mínimas de trabalho são discutidos ou estabelecidos.

O que essas situações nos mostram é que a 4ª revolução industrial, com a Gig economy não foi ainda estudada a fundo pelas entidades sindicais. O que mais se busca é uma forma, ainda que numa tentativa "global", de proteger o trabalho tradicional. A nosso ver, isso se deve muito, à estrutura sindical tradicional nos Países, bem como às próprias legislações nacionais, limitadoras de atuação sindical, como por exemplo, o Brasil, em que sequer um sindicato nacional de trabalhadores é permitido pelo ordenamento vigente, e é a lei quem determina, com base na atividade econômica do empregador qual sindicato representa aquele empregado (art. 511§ 2º da CLT)[38].

VANDALE,[39] (pg 4) indica a necessidade de que sindicatos tradicionais passem a coexistir com diferentes sindicatos ou organizações a eles semelhantes, que defendam os interesses dos trabalhadores das plataformas digitais. Se em 2005 MILLOT ET ROULLEAU, (pg 84)[40] já anteviam a necessidade de autorreestruturação das entidades sindicais para acompanharem os novos trabalhadores, mais ainda, com as novas formas de trabalho essa reestruturação é essencial.

O trabalho da gig economy não é, na sua essência, tradicional, ele realmente traz uma relação diferente, muitas vezes triangular em que a plataforma intermedia e organiza digitalmente uma atividade que será provida por um trabalhador, no sentido amplo da palavra, a um cliente, recebendo aquele, um valor por tarefa e não por seu tempo de disposição ou de efetivo trabalho VANDALE, 2018, (pg 8).[41]. E não sendo tradicional, nomeada que é de "disruptiva", obriga os atores das relações de trabalho – empresas e trabalhadores; Governos e entidades sindicais a pensarem também de maneira disruptiva, ou seja, não há como pensar-se uma realidade totalmente nova com um olhar no passado, sem regras que se adéquam a uma realidade diversa.

É o momento em que as entidades sindicais deverão agir, buscar contatos globais, sem, no entanto, esquecer de eventuais mudanças legislativas internas que permitam tal atuação, negociação, e força jurídica em território nacional de regras globalmente negociadas. Os acordo coletivos, em qualquer esfera, são essenciais para a regulamentação e melhoria das condições de trabalho[42].

---

31 In M. Jeffery, Not really going to work? Of the directive on part-time work, 'atypical work' and attempts to regulate it, Industrial Law Journal, 27(3), 193-213, 1998. APUD Aloisi , Antonio e Gramano, Elena - Workers Without Workplaces and Unions Without Unity: Non-Standard Forms of Employment, Platform Work and Collective Bargaining

32 Anner, Mark; Greer, Ian; Hauptmeier, Marco; Lillie, Nathan; Winchester, Nik- Determinantes industriais da solidariedade transnacional: política intersindical global em três setores : SCIELO, Estudos Avançados, Estud. av. vol.28 no.81 São Paulo maio/ago. 2014 http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142014000200016 , Introdução

33 Lima, Aldo José Fossa de Sousa Negociação coletiva transnacional: o acordo supranacional dos metalúrgicos do Brasil e da Argentina com a Volkswagen. /– Piracicaba, SP: [s.n.], 2006. Dissertação apresentada à banca examinadora do programa de pós-graduação em direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, 134f. https://www.unimep.br/phpg/bibdig/aluno/visualiza.php?cod=195

34 Lima, Aldo José Fossa de Sousa Negociação coletiva transnacional: o acordo supranacional dos metalúrgicos do Brasil e da Argentina com a Volkswagen. Fls 124 6– Representatividade - As empresas se comprometem a reconhecer os sindicatos e as comissões internas de fábrica, como interlocutores no tratamento de assuntos trabalhistas. - As empresas reconhecem o direito dos empregados das diversas unidades do grupo automotivo da Volkswagen no Mercosul a organizarem-se sindicalmente e a constituírem comissões internas de fábrica.

35 www.industriall-union.org/industriall-signs-quality-of-working-life-agreement-with-renault

36 http://www.industriall-union.org/who-we-are IndustriALL Global Union represents 50 million workers in 140 countries in the mining, energy and manufacturing sectors and is a force in global solidarity taking up the fight for better working conditions and trade union rights around the world.

37 http://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/2019/FRANCE/Renault/texte_final_0_signature_pt.pdf

38 CLT http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm

39 Vandaele, Kurt : Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe Working Paper 2018.05 - ISSN: 1994-4454 (electronic version) - https://www.etui.org/content/download/34673/340857/file/Working+Paper+2018.05+Vandaele+Trade+unions+Platform+economy+Web.pdfErro! A referência da hiperligação não é válida.pg 4

5. Conclusão

Considerado a breve e tímida análise que fizemos da situação das relações de trabalho face às novas "economias", entendemos ser essencial buscar-se novas formas de proteção e regulamentação das relações de trabalho tornando-as mais igualitária em diferentes países, permitindo sua aplicação íntegra, sem que as fronteiras territoriais impeçam a aplicação de tais normas. A forma que hoje, entendemos mais eficaz são os acordos coletivos sindicais transnacionais, pois que obrigam os seus signatários, que são os atores diretos de tais relações, quais sejam a empresa ou o grupo econômico, em escala mundial, e os trabalhadores direta ou indiretamente relacionados a ela. No entanto, sem uma modificação das legislações nacionais, de forma a permitir uma total liberdade sindical e de associação, mesmo fora de seu território, e reconhecendo taos instrumentos transacionais de autorregulamantação como válidos, tais acordos não serão possíveis, simplesmente porque não terão reconhecimento como norma jurídica mandatória.

Essa questão da validade do negócio jurídico e seus autores foi enfrentado por SOBCZAK (pg 117):

> ***Powers of signatories***
>
> *The legal nature of a standard depends on the powers conferred on its authors, in particular if the norm aims at defining rules of conduct applying to third parties. Given the lack of a legal framework in the field of transnational collective bargaining, no power has been explicitly conferred by labour law on any actor. Consequently, those who want to adopt IFAs have to invent new solutions.*

A ausência de uma legitimidade legal obriga que essa legitimidade deva surgir dos próprios instrumento de autocomposição, no entanto, por ser uma solução voluntária, permitirão, que empresas não assumam tais compromisso, pois não estarão obrigadas a o fazer.

Portanto, necessária uma atuação conjunta com busca de Tratados Internacionais não só bilaterais, mas com organismos como União Européia, Mercosul, e outros, bem como uma atuação mais forte da OIT no sentido de exigir a liberdade sindical realmente plena, mas com maior protagonismo das entidades sindicais internacionais, supranacionais e nacionais, num entendimento que permita o surgimento de regras autocompostas transnacionais realmente efetivas e regulamentadoras das relações de trabalho objeto delas.

40 Millot, Michèle e Roulleau, Jeal-Pol, Les relations sociales em Europe,(Paris, 2005) Fr, ed Liaisons pg 84 : "Le syndicalisme de lutte a perdu ses troupes. Les salariés qui travaillent encore dans les secteur traditionnels n´ont plus le même profil."

41 Vandaele, Kurt : Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe Working Paper 2018.05 - ISSN: 1994-4454 (electronic version) - https://www.etui.org/content/download/34673/340857/file/Working+Paper+2018.05+Vandaele+Trade+unions+Platform+economy+Web.pdf - pg 8

42 European Commission, Green Paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century, Luxembourg, 2006. APUD Aloisi , Antonio e Gramano, Elena - Workers Without Workplaces and Unions Without Unity: Non-Standard Forms of Employment, Platform Work and Collective Bargaining Forthcoming in Bulletin of Comparative Labour Relations 20 Pages Posted: 14 May 2019 Last revised: 3 Jul 2019 Date Written: March 21, 2019 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3363185 - pg 7

43 SOBCZAK, André, - Chapter 5 Legal dimensions of international framework agreements in the field of corporate social responsibility in Cross-Border Social Dialogue And Agreements: An emerging global industrial relations framework? Published by the International Institute for Labour Studies - ISBN 978-92-9014-863-0 (web pdf)

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora; 2005.

AGUIAR, Antônio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2º ed., 2018,

ALEXI, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Principios de direito do trabalho e seus fundamentos teóricos-filosóficos: problematizando, refutando e deslocando o seu objeto**. São Paulo: LTr., 2008.

ANNER, Mark; Greer, Ian; Hauptmeier, Marco; Lillie, Nathan; Winchester, Nik-**Determinantes industriais da solidariedade transnacional: política intersindical global em três setores** : SCIELO, Estudos Avançados, Estud. av. vol.28 no.81 São Paulo maio/ago. 2014 http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142014000200016 , Introdução

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo: Cortez, 16º ed., 2015.

ASCARELLI, Tullio. **Corso de diritto commercialle – introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1962 (Cap. 1, traduzido por Fábio Konder Comparato, Revista de Direito Mercantil. v. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

CAVALGANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego**. São Paulo: LTr, 2018.

Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, Brasília, Organização Internacional do Trabalho, 1ª edição, 2002.

DIAZ, Viviana Laura. **Teletrabajo y neurotecnologia: una guia imprescindible para gestionar el trabajo 4.0**. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Granica, 2018.

European Commission, Green Paper, **Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century**, Luxembourg, 2006. APUD Aloisi , Antonio e Gramano, Elena - Workers Without Workplaces and Unions Without Unity: Non-Standard Forms of Employment, Platform Work and Collective Bargaining Forthcoming in Bulletin of Comparative Labour Relations 20 Pages Posted: 14 May 2019 Last revised: 3 Jul 2019 Date Written: March 21, 2019 - https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3363185 - pg 7

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação de empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**. Revista LTr: São Paulo, nº 38, 1974.

JAKCBSON, Jked Asgaard , **Relações Transnacionais e o Funcionamento do Regime Trabalhista Internacional**, SP, 2009 – Dissertação de Mestrado – USP item 3.3.1, fls 79/80

LASMAR, Jorge Mascarenhas **O Direito Internacional E O Transnacionalismo** - Revista Brasileira de Direito Internacional Ie-SSN: 2526-0219| Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 61 - 77 - Jul/Dez. 2016.

LEONARDI , Salvo (Fondazione Di Vittorio) - **Inclusive Growth Through Collective Bargaining In Italy**, June 2018 Case report for the CAWIE3 project

LIMA, Aldo José Fossa de Sousa **Negociação coletiva transnacional: o acordo supranacional dos metalúrgicos do Brasil e da Argentina com a Volkswagen**. /– Piracicaba, SP: [s.n.], 2006. Dissertação apresentada à banca examinadora do programa de pós-graduação em direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, 134f. https://www.unimep.br/phpg/bibdig/aluno/visualiza.php?cod=195

M. JEFFERY, **Not really going to work? Of the directive on part-time work, 'atypical work' and attempts to regulate it**, Industrial Law Journal, 27(3), 193-213, 1998. APUD Aloisi , Antonio e Gramano, Elena - **Workers Without Workplaces and Unions Without Unity: Non-Standard Forms of Employment, Platform Work and Collective Bargaining**

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: Ltr, 2000.

MILLOT, Michèle e ROULLEAU, Jeal-Pol, **Les relations sociales em Europe**,(Paris, 2005) Fr, ed Liaisons pg 84 : "Le syndicalisme de lutte a perdu ses troupes. Les salariés qui travaillent encore dans les secteur traditionnels n´ont plus le même profil."

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação.** São Paulo: LTr, 2018;

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado do direito do trabalho: situações laborais individuais**. 5. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2012.

RODRIGUEZ. Américo Plá. **Los princípios del derecho del trabajo**. 4. ed. Montevideo/UR: Fundación de Cultura Universitária, 2015.

RUA DE ALMEIDA, Renato (Org.), **Direitos laborais inespecíficos.** São Paulo: LTr., 2012.

_____. **A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa**. São Paulo. LTr., 2015.

_____. **Dialogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho**. São Paulo: LTr., 2015.

SOBCZAK, André, - Chapter 5 **Legal dimensions of international framework agreements in the field of corporate social responsibility in PAPADAKIS**, Konstantinos (org) Cross-Border Social Dialogue And Agreements: emerging global industrial relations framework? Published by the International Institute for Labour Studies - ISBN 978-92-9014-863-0 (web pdf)

VANDAELE, Kurt : **Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers'** collective voice and representation in Europe Working Paper 2018.05 - ISSN: 1994-4454 (electronic version) - link

6. REFERÊNCIA INTERNET – POR ORDEM DE CITAÇÃO

https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_227046/lang--pt/index.htm – acessado maio de 2019

https://www.metropoles.com/brasil/uber-off-motoristas-preparam-paralisacao-mundial-para-esta-quarta – acessado em maio de 2019

https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Will-trade-unions-survive-in-the-platform-economy-Emerging-patterns-of-platform-workers-collective-voice-and-representation-in-Europe - acessado em maio, 2019

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227046.pdf

https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf - pg 10

https://www.justice.gov/opa/pr/walmart-inc-and-brazil-based-subsidiary-agree-pay-137-million-resolve-foreign-corrupt

Consolidação das Leis de Trabalho - CLT – artigos 443,§ 3º e 452A - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm -

Lei 6019/74 : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm

Constituição Federal – 1988 – Art 7º : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

http:// www.industriall-union.org/industriall-signs-quality-of-working-life-agreement-with-renault http://www.industriall-union.org/who-we-are IndustriALL Global Union represents 50 million workers in 140 countries in the mining, energy and manufacturing sectors and is a force in global solidarity taking up the fight for better working conditions and trade union rights around the world.

http://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/2019/FRANCE/Renault/texte_final_0_signature_pt.pdf

New Generations, Old Rules. An Everchanging Job Market Is Moving Faster Than Social Security Regulation

Maria Cristina Degoli

1. INTRODUCTION

Mobility, collaborative economy and on-demand work are not only suitable keywords for a paper, but they also define aspects of the modern labour law scenario.

Historical periods and job market changing have affected the meaning of the word "mobility", with the result that it could be interpreted in a number of ways. Since the Second World War for example, worker mobility both within a county and abroad, has served to improve standards of living and working conditions as well as promoting social advancement. In Academia, on the other hand, the mobility of researchers symbolises both a drive for excellence in research and a way to develop careers. In general, the meaning of mobility has expanded over the years due to the increasing number of labour market transitions over a working life and the onset of the digital revolution.

Concerning the labour market and workers mobility, employment and social security legislation are two side of the same coin.

Since the baby-boomer era workers have moved between countries looking for work which fitted perfectly into a social security scheme set up on a single, stable, full-time employment relationship. Deviations from this pattern – as experienced by the Millennial generation in their careers involving both atypical and gig jobs – can lead to coverage gaps or loss of accumulate entitlements. Low salaries combined with temporary work are affecting statutory social security schemes. In addition, the increase in the number of self-employed and para-subordinate workers in Member States is compromising the purpose of occupational pension schemes. In other words, these fluctuating earnings combined with very short-duration contracts jeopardize workers' access to social protection inside and outside their country of origin.

This paper starts by presenting the original meaning of mobility which is seen as a worker's right to seek a better life through job opportunities elsewhere. Next it will look at how mobility no longer represents just the freedom of movement of workers in the modern labour market but also plays a role in individual transitions between employment status, unemployment and economic inactivity. The research offers theoretical considerations on the existence of a potential clash between social security schemes and employment fragmentation, as seen in a career pattern which follows a mix of different employment statuses and unemployed periods. Discontinuity in contribution may erode the effectiveness of social protection for workers, especially for the self-employed and those in non-standard employment. Furthermore, with regards to pensions, atypical employment could compromise the potential for an occupational pension fund to have adequate pension entitlements. The paper will then discuss the emerging challenges of improving social protection and job quality for platform workers. Finally, it will suggest potential ideas for improving the social protection available for workers with mobile employment. The Millennial generation is exposed to new and greater risks because of the rise in flexible and mobile working patterns in the national and international arena. Protection rights based on contractual arrangement or employment status are no longer effective. Social security legislation should shift towards protection rules able to guarantee fundamental social rights to all workers through a broader definition of job protection.

1 Regarding the Millennial generation, Pew Research Centre's definition includes people ages 23 to 38 in 2019.

2. MOBILITY IN & OUT

Globalisation, technological progress and demographic changes have profoundly affected the labour market over the years. The quality and quantity of available jobs have been deeply influenced by all these factors.

On the one hand, globalisation together with new technology has increased business opportunities; an economic revolution that has allowed new employment models and innovative ways of working to emerge, providing more flexibility to both employers and workers[2]. On the other hand, the growth of inequality in income for non-standard workers is exposing them to new risks as they cannot rely on the social insurance function of a standard employment contract[3].

In this context – where «the model of continuous and dependent full-time employment is no longer up to date»[4] – a mobile worker represents both a person looking for a job in the Member States and an individual moving from one employment status to another in an attempt to create a life-long career as demanded by the modern labour market. Although, a life-long career may not correspond to a life-long contribution period if affected by low revenues.

2.1. JOB MOBILITY

At a European level, freedom of movement for workers has been a fundamental principle in the establishment of a single market target alongside the free movement of goods, capital and services. This principle has been set out in Article 45 of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) which states that «Freedom of movement for workers shall be secured within the Union». In other words, Member States have the responsibility to act in accordance with the ordinary legislative procedure to abolish discrimination based on nationality in employment, remuneration and other employment conditions[5].

Apart from limitations justified on grounds of public policy, public security, or public health[6], the European worker has the right to move freely within the Union in order to pursue active employment. In addition, they are entitled to stay for the purpose of employment and remain in the territory of a Member State – under certain conditions – after the contract has ended.

Over the years, the European Union has tried to remove barriers to the free movement of workers in order to boost their mobility at an employment and a social security level. Regulation No. 492/2011[7] has set rules for employment, equal treatment and workers' families, Regulation No. 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation No. 987/2009 setting out the implementation procedure for the latter, have been able to remove obstacles to mobility which existed previously due to major differences in national legislations.

Regarding pensions and compulsory insurance, the aggregation of contributive periods completed under the legislation of a Member State ensures that they are added to those completed under the legislation of any other Member State, with the exception of overlapping periods[8]. To calculate a theoretical amount and subsequently an actual amount, the competent institution shall follow the two steps described in Article 52(1), letter b). In other words, «the theoretical amount of the benefit is equal to the benefit which the person concerned could claim if all the periods of insurance» completed under the legislation of other Member States had been completed under the legislation current on the day of claiming. Furthermore, «the competent institution shall then establish the actual amount of the pro rata benefit by applying to the theoretical amount the ratio between the duration of the periods completed before materialisation of the risk under the legislation it applies and the total duration of the periods completed before materialisation of the risk under the legislations of all the Member States concerned»[9].

The social protection of workers with regard to pensions is guaranteed by statutory social security schemes, together with supplementary pension schemes linked to employment contracts, although, the system of coordination provided by Regulation No. 883/2004 and, in particular, the rules that apply to aggregation, do not relate to the latter.

Since supplementary retirement provisions have become indispensable to securing standards of living in old age, the EU has adopted Directive No. 2014/50 to improve the conditions for acquiring and preserving pension rights in order to further facilitate workers' freedom of movement between Member States.

In conclusion, the legislative update on job mobility within the Union has provided workers with the most appropriate measures to improve both their living and working conditions as well as promoting their social advancement.

2 OECD (2019), *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*, OECD Publishing, Paris, p. 3 ss.

3 OECD (2018), *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, OECD Publishing, Paris, p. 18 ss.

4 Schmid G., (1998). Transitional labour markets: a new European employment strategy. (Discussion Paper/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Forschungsschwerpunkt Arbeitsmarkt und Beschäftigung, Abteilung Arbeitsmarkpolitik und Beschäftigung), Introduction.

5 Art. 45(2), TFEU.

6 The Treaty allows a Member State to refuse an EU national the right of entry or residence on the grounds of public policy, public security or public health. Such measures must be based on the personal conduct of the individual concerned, which must represent a sufficiently serious and present threat to the fundamental interests of the state. See Directive 2004/38/EC for procedural guarantees. Moreover, under Article 45(4) TFEU, free movement of workers does not apply in the public sector.

7 The fundamental right of free movement of workers has been embodied in various regulations and directives

8 Art. 12, Regulation No. 987/2009.

9 Art. 52(1), let. b), ii), Regulation No. 883/2004.

2.2. EMPLOYMENT MOBILITY

With respect to the current labour market situation, the "Fordist" model based on a male breadwinner in full-time employment no longer exists. Globalisation, together with the rapid evolution of technical progress and the financial crisis that affected Europe, has changed employment regulations to date.

The modern labour market has become a mobility space characterised by a greater flexibility that has been translated by legislation into diverse contractual forms of employment which differ significantly from the standard contractual model. Workers are divided between the so called "insiders" – workers with a permanent, full-time employment – and "outsiders" – workers who experience alternative forms of employment.

Policies of deregulation have been used in response to the diagnosis of a deficit in flexible employment relationships; although the endeavour to erode the power of subordination did not equal to the effort of keeping a degree of income security and the employment stability.

Instability in employment, has forced workers to go through multiple transitions in employment status such as permanent, temporary, self-employment, non-employment, education or training, over the course of their life.

Despite the emphasis on the important role played by public policy in the labour market, it seems that these actions have not yet led to the development of more flexible social security rules which would cater for the needs of those switching between different employment statuses.

Workers have the responsibility themselves to organise and go through multiple employment status transitions throughout their professional career. Modern labour market services reveal a weakness both in supporting secure transitions and in boosting labour market inclusiveness.

Concerning pensions at a national level, for example, pensions schemes are organised and administrated according to different internal rules that could either compromise or hinder the collection of contributions coming from different employment funds. In other words, in contrast to the way in which the EU has acted to reduce obstacles to worker mobility between Members States, it seems that national social security systems are still playing catch-up.

3. Clash Between Rules And Generation: The Italian Experience.

The Digital revolution has deeply marked our lives both personally and professionally. On the one hand, new technology has provided the opportunity to experience working hour flexibility, allowing us to enjoy a better work-life balance. On the other hand, «digitalisation lower transaction costs, allowing firms to outsource more activities, and blurring boundaries of the firm»[10]. Jobs offered by online platforms greatly reduce barriers between workers outside and inside the market by offering an easy way to avoid temporary income shocks and transforming services from an informal to formal economy. At the same time, gig jobs have been classified as both self-employed and employee work with a very short-duration contracts, or, as happened in Italy, as "para-subordinate worker"[11]. Rising numbers[12] of these non-standard categories of workers will challenge the adequacy and sustainability of future social security systems both at collective and individual levels.

However, «these workers suffered low wages, frequent unemployment spells and were entitled to lower welfare guarantees then employees, with respect to both pension and other payments (maternity, sickness, family and unemployment allowances) »[13]. In other words, lower salaries paid to non-standard workers in a bid to reduce labour costs risk compromising the effectiveness of the entire social protection system. Regarding pensions, for example, the Italian public pension system is based on a pay-as-you-go scheme. This means that the pensions paid out at present are financed by contributions and other tax revenues collected today. This financial technique relies on a "contract between generations"; in other words, today's tax-payers are paying today's pensions on the understanding that when they retire, their pensions will be paid for by the taxpayers of tomorrow. Lower salaries today mean lower contributions rates, which leads in turn to an overall erosion of social security funding. On the other hand, the income provided by platform work may be both a side and a main source of revenue. From an individual perspective, this situation causes concern because it's possible that neither the amount of work, nor the earned income would be enough to obtain the social protection provided by statutory insurance. Additionally, the income from gig-jobs is not used to strengthen social security funds through voluntary contribution schemes.

As we have already seen apropos the Italian situation, platform workers are classified as para-subordinate workers. This category is obliged to pay into to the public fund «*Gestione Separata*» which receives contributions for pensions and social benefits. With regards to unemployment benefit, a scheme for para-subordinates working as collaborators has been introduced. However, unlike the unemployment benefit provided for employees, it does not provide figurative pension contributions[14]. For pensions, para-subordinate workers do not participate in occupational funds defined by contractual agreements. Furthermore, para-subordinate workers cannot afford to be enrolled in private pension schemes due to liquidity constraints, neither are they entitled to use the «*Trattamento di fine rapporto* (*TFR*)»[15] for financial help. Moreover, the administrative rules of private pension funds make it difficult for para-subordinate workers to subscribe; «waiting and vesting rules requiring minimum enrolment periods hamper the participation of workers with insecure employment prospects»[16].

From a social security perspective, the employment trajectories of individuals are crucial in assessing the risks associated with obtaining employment-related benefits and avoiding pension poverty in the future. Unemployment spells combined with periods spent working in para-subordinate arrangements may affect the net contributions made over a working life. This is a huge problem in a Notional Defined Contribution (NDC) scheme such as the Italian one.

The NDC formula was introduced by the Law n. 335/1995, it «is based on principles of actuarial neutrality: pension benefit is based on the notional accrual of individual contributions over the whole career (...) and, at retirement, the accumulated amount is converted into an annuity based on average life expectancy at retirement age»[17]. Indeed, the NDC formula could be interpreted as a reflection of a worker's career in that an individual's pension will depend on contributions

10 OECD (2018), Policy brief on the future of work – The Future of Social Protection: What works for non-standard workers?, May 2018, p.1.

11 The term "para-subordinate" is used to describe workers who are self-employed in legal terms, but they are often "economically dependent" on a client or a small number of clients because their main business is linked to them. In addition, the term covers categories of workers who are mandatorily enrolled in a special public fund called «*Gestione Separata*» established by Law n. 335/1995.

12 The study «The Future of Social Protection: What works for non-standard workers? » conducted in 2018 by the OECD shows that non-standard is not a marginal phenomenon: on average 16% of all workers are self-employed and a further 13% of employees are on temporary employment contracts. In addition, at European level only 6 out of 28 Member States insures self-employment in the same way as standard employees. See S. SPASOVA et al., *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as a self-employed in Europe*, European Commission, Brussels, 2017, http://dx.doi.org/10.2767/700791. In Italy, in one year the number of employees with fixed-term contracts increased (+65 thousand) and there were positive signs for independent workers (+51 thousand); though permanent employees were substantially stable. See, the employment trend reported by Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), monthly note on 30 April 2019.

13 M. RAITANO, Italy: Para-subordinate workers and their social protection, in *The Future of Social Protection: What works for non-standard workers?, op. cit.*, p. 146.

14 M. RAITANO, *op. cit.*, p. 145 ss.

15 The «*Trattamento di fine rapporto* (*TFR*)» is an amount of money paid to the worker when the employment relationship ends. The sum is determined by allocating yearly a portion of the annual income and its revaluations.

16 M. RAITANO, *op. cit.*, p. 147.

paid throughout their working life, so lower earnings mean lower pension entitlements.

The situation is further complicated for para-subordinate workers. Although salaries are lower compared to regular employees, contributions rates are lower than those levied on standard workers[18]. In 2019, Para-subordinate arrangements are subject to a 33% contribution rate for pensions and a 1,23% additional contribution rate to finance sickness, maternity, family benefits and, for contributors only, unemployment benefits[19]. Instead, employers have to pay a 40%[20] contribution rate for their employees[21]. Moreover, private firms also pay an additional compulsory rate – TFR – to finance contributions to private funds.

In this situation where social protections are strictly related to employment status rather than harmonised across all forms of employment, the Court of Appeal's judgement brings some light. However, the concrete application of the subordinate legislation to riders could prejudice the extension of social security from employees to para-subordinate workers.

Concerning the appellants' requests, the judges have recognised their right to obtain the same wage as paid to employees but only with regards to the days and hours worked for the platform. They make no assertions about how social security entitlements should be addressed. As we have already seen, para-subordinate workers pay contributions to the mandatory fund called «*Gestione Separata*»; whereas standard employees pay into both the «*Assicurazione generale obbligatoria*» and the «Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti (FPLD)» which cover social and pension contributions. Following the directives set out in the judgement, rider's social and pension contributions should be calculated at employee rates for the days and hours worked; though in which mandatory fund should they be collected?

According to the administrative rules of the social security system, workers should also be enrolled in the same fund as employees in order to accumulate both social and pension benefits linked to hours worked for the platform[22]. They have not, however, been classified as employees. A second option could be via paid contributions to the «*Gestione Separata*»[23]; although the system has to separate contributions because they confer entitlement to different social protection rights (e.g. the payment duration of unemployment benefit for para-subordinate workers is lower than that of ordinary unemployment benefit for standard employees). Unfortunately, both options present an additional risk to the linear collection of contributions for workers who have often experienced low wages and frequent spells of unemployment.

The division of social contributions into two different funds could hinder the achievement of the threshold required for statutory insurance. Another specific concern relates to para-subordinate workers' pension expectations. In order to avoid pension poverty, contributions have to be made throughout the working life.

In conclusion, the extension of employee social security rights to para-subordinate workers is an important step towards better social protection for platform workers. However, an update to the administrative social security rules is needed in order to avoid this progress being made merely on paper.

17 M. RAITANO, *op. cit.*, p. 149; D. FRANCO-N. SARTOR, *NDCs in Italy: unsatisfactory present, uncertain future*, in Holzmann R.-Palmer E. (eds), *Pension reform: issues and prospects for ndc schemes*, Washington, World Bank Publishing, 2006.

18 The term "standard worker" refers to regular, full-time hours open-ended dependent employment with single employer.

19 Circolare INPS, 6 February 2019, n. 19.

20 We refer to an approximate value because the contribution rate for employees depends on occupation, sector and size of firm.

21 M. RAITANO, *op. cit.*, p. 151.

22 A. ANDREONI, La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni, in RDSS, 2015, n. 4, p. 731 ss.; M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, XI ed., Giappichelli, Torino, 2016.

23 S. CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, in RIDL, 2016, n. 3, I, p. 339.

4. Potential Ideas For Reform

New technology and new ways of working are putting a comprehensive social protection system for non-standard workers in danger. For this reason, policy solutions able to address these current challenges need to be taken into consideration in order to successfully adapt social protection systems to the mobile worker in a transitional labour market.

A recent study carried out by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in 2018, described different strategies to facilitate the inclusion of non-standard workers. The aim of this paper is to discuss the «advantages and pitfalls of two basic ways»[24] to reform social protection alongside the special situation of workers in a platform economy.

The first way to reform protection schemes is to tie entitlements to individual workers rather than to specific employment relationships. In following this approach, all social protection contributions paid by those involved in the contributory system – both employers and workers themselves – are collected in one single account.

This would mean that the provenance of the contribution is irrelevant; no matter the job or the employment status of the worker. Individual accounts could bypass the problems associated with accumulating minimum contributions from different income sources[25]. Theoretically, an «individual activity account»[26] could allow workers in a flexible labour market to easily collect multiple job contributions for more fungible entitlements. However, the purpose of individual accounts is to accumulate contributions for an individual purpose; in other words, neither solidarity nor intergenerational transfers find space in a social protection scheme composed of single accounts. Moreover, the purest forms of individual accounts «do not incorporate risk-sharing, which is fundamental to any insurance»[27]. Any form of redistribution of money from workers in stable employment to those who are experiencing out-of-pay work situations must be made explicit.

Individual accounts show two other main economic weaknesses: one relating to job activity and the other linked to an individual's financial competence.

With respect to job activity, the self-employed have to bear the contribution burden alone. A social protection scheme designed on this basis would force these workers to levy social contributions from customers but not everyone is in a strong bargaining position. In addition, individual expertise in finance or economics needs to be taken into consideration. Individual accounts could unintentionally be misused by their owners. They could spend social protection entitlements too soon, by retiring early for example, instead of utilising them to enable a change in occupation.

The second way the OECD suggests enacting more inclusive social protection scheme reforms is to unlink benefits from contributions. In other words, non-standard workers would be protected by the unlinking of social protection from employment relationships. This scheme would enable workers to have access to social security entitlements without tracking them «across jobs over the lifecycle»[28]. The implementation of such a social security model presents a high risk of employers evading contributions. In addition, a worker's fluctuating earnings would compromise the balance between benefits and entitlements without introducing a basic income for everyone[29]. The argument in support of this policy is that it guarantees a safety net through a basic income. This would help address the insecurities associated with the "gig" economy, where workers do not have employment contracts. However, this solution would challenge the budgetary solidity of avoiding the erosion of the contribution basis of social protection systems.

Regarding social protection for platform workers, what does distinguish gig workers from standard employees or the self-employed from the conventional market is the fact that all economic transactions are complete traceable. In other words, there is the potential for implementing social protection coverage with contributions coming both from workers and platforms. At a national level, payment data can be checked by the authorities in order to collect social security contributions, although, domestic legislation may not be enough at an international level. The transfer of information from platforms located in different countries might only be possible with the use of internationally signed agreements.

24 OECD (2018), *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, OECD Publishing, Paris, p. 24.

25 Etsy (2016), Economic Security for the Gig Economy, https://extfiles.etsy.com/advocacy/Etsy_EconomicSecurity_2016.pdf.

26 OECD (2018), *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, OECD Publishing, Paris, p. 25.

27 OECD (2018), *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, OECD Publishing, Paris, p. 25.

28 OECD (2018), *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, OECD Publishing, Paris, p. 25.

29 A two-years pilot scheme in paying people a basic income started in Finland in January 2017. The 2.000 participants – all unemployed and randomly choose – received a flat monthly payment of €560 as basic income. The pilot's final results have not been released yet, although the Finnish government decided not to extend the experiment. See: Peter, L. (2018), No plans to expand Finland basic income trial, https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-43866700.

The Impact Of Aging Populations On The Organisation Of Labour (Selected Aspects)[1]

Miroslaw Wlodarczyk[2]

Department of Labour Law
University of Lodz, Poland

1 The article was presented at II International Congress "Labour 2030. Work Innovation, are We Ready? The Future is Digital. And it's on!, Law Academy, CIELO Laboral Network and Portuguese Young Labour Lawyers Association, Oporto, Portugal, September 19-20, 2019.

2 Professor of Labour and Social Security Law, University of Lodz, Poland, Faculty of Law and Administration, Department of Labour Law, Department of Social Security Law and Social Policy.

The impact of ageing on work organisation is multidirectional in nature. Only by making people aware of the multi-facted nature of that problem will it be possible to adapt work organisation to the needs and opportunities of older people. Assessment of these phenomena should not exclude undeniable right of the elderly to full and equal participation in social and economic life. The conclusions presented below are a result of research concerning the legislation and practice of several EU Member States (Belgium, Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Hungary, Lithuania, the Netherlands, Slovakia and Poland) carried out in 2013-2017[3].

When analysing the processes and phenomena of interest, we should focus on the following aspects of the impact of ageing on the sphere of work organisation.

1. *Older people's health - a key determinant of employability.* Good health is essential for the ability to take up and continue employment. The older age phase is a direct result of actions taken in previous stages of life. Therefore, state policy should be directed towards health protection at the earliest stages of a citizen's life. If health protection for young people is provided early enough, then the efficiency of older people will be its conclusion. It should therefore be taken into account that when building model solutions aimed at the employment of older workers, they will only be constructions that complement the general health policy. The legal instruments established should therefore aim at creating health conditions that will allow older people to maintain good health and wellbeing, thus enabling them to remain in employment for as long as possible.

The close link between ageing and incapacity to work is widely recognised. Therefore, it should be a part of the labour market policy to promote vocational rehabilitation for people who hope to stay in or return to employment (this is not only aimed at older people). At the same time, and particularly in relation to older people, the need is underlined to assess each case individually; only then should a decision be made on entitlement to incapacity benefits (due to continued poor health) or a return to work. The aim should be to ensure that the benefits received as a result of incapacity for work do not play the role of early retirement.

2. *Building social acceptance towards employment of older people by social partners and other market players.* The need to develop social acceptance results from the fact that although it may seem that the need to extend professional activity of each individual is unquestionable, in practice, taking detailed decisions and actions aimed at achieving such an objective often gives rise to significant resistance. Sometimes it results from the presently-accepted patterns of conduct and stereotypes. Such resistance can be justified when changes to policy in this area result in an increase in business or social costs - it is necessary, however, to consider the long-term benefits that are expected to outweigh any current losses, sometimes significantly.

Actions with this aim have been set in progress in a number of countries, with the model the National Program on Ageing Workers implemented in Finland in the years 1998-2002 serving as an ideal example. The main objective of this project was to promote activities aimed at sustaining the employability of people of working age, stimulating employment and building positive attitudes towards people at pre-retirement age (45-55) and elderly people (55-65). One of the programme's main specific objectives was to change attitudes towards the employment of older people. This was to be achieved through a large-scale media, workplace and general public information campaign on the status of, opportunities for and strengths of an ageing workforce. The campaign emphasized that older people's experience of is a national asset. The campaign resulted in a positive change of social attitude towards older people in the working environment on the part of all market participants. Training courses were an important tool in this respect, especially for employees of labour market institutions that provide services to this category of persons - e. g. health care institutions personnel, employment service staff or teachers conducting classes for adults. Other entities targeted by the information campaign were entrepreneurs, personnel managing employment in enterprises, and personnel responsible for the culture of human resources management[4].

3. *Vocational education and training.* Retaining older people in employment is a complex task, inasmuch as it requires action across various spheres of social life. First and foremost, it is necessary to implement an appropriate vocational education and training policy. The need for lifelong learning is no longer in doubt. In practice, however, and especially with regard to older people, the measures taken in this area until now cannot be regarded as satisfactory. In practice, older people are not trained because they tend to be excessively passive and employers have little interest in funding this process owing to the short duration of the benefits accruing from such investments. This means that this process cannot be considered universal (which is required by the idea of lifelong learning). Trainings are used when certain unfavourable phenomena become intensified on the labour market, so they are of an reactionary nature, often with the people chosen for education and training being randomly selected. It is also extremely difficult in such a situation to implement a coherent and consistent employment policy, both on a corporate and, broader, public basis.

Therefore, it does not appear possible to make any progress in this respect without the implementation of a nationwide policy of lifelong learning which promotes continuous improvement of professional qualifications and thus continuous further education throughout the whole working life. This seems to be the only way of eliminating two serious restrictions on older people today: their inadequate qualifications, which should be constantly updated through their working life, and their attitudes towards education, which should become a social norm, not associated with specific life situations (such as, in particular, unemployment

3 M.Paluszkiewicz, T.Wroclawska, M.Wlodarczyk, *Legal methods for combating unemployment among older people* (Lodz, 2017) - open access: https://wydawnictwo.uni.lodz.pl/wp-content/uploads/2018/11/Paluszkiewicz-i-in.-Legal-methods.pdf; M.Paluszkiewicz, T.Wrocławska, M.Włodarczyk, *Przeciwdziałanie bezrobociu wśród osób starszych. W poszukiwaniu modelu* (Counteracting unemployment among older people. Looking for a model) Lodz, 2017 - open access: https://wydawnictwo.uni.lodz.pl/wp-content/uploads/2018/10/Paluszkiewicz_Wroclawska_Przeciwdzia%C5%82anie-.pdf

4 M.Wlodarczyk, "Środki prawne mające na celu wsparcie osób starszych na rynku pracy w Finlandii" (Legal measures to support older people in the labour market in Finland) In *M.Paluszkiewicz, T.Wroclawska, M.Wlodarczyk, Przeciwdziałanie bezrobociu wśród osób starszych – w poszukiwaniu modelu...*,.293 et seq.

situation).

4. *Development of age-appropriate working conditions.* The health of older people is strongly affected by the provision of appropriate working conditions. This concerns adapting working conditions to their abilities - the working conditions of older workers should take into account their current psychophysical condition (which often gradually deteriorates with age). Therefore, these employees should work shorter working hours, should be kept away from night shifts, should be exempt from work-related travel obligations and should be freed from arduous work. On the other hand, the advantages of employing such people should also be noted - their mentoring skills in particular should be used to a greater extent. At the same time, adapting the working conditions of older workers to their psycho-physical capabilities should not have a significant impact on their income levels, and it is therefore important to consider at what stage ways of subsidising their employment should be implemented. Of course, it is important to realize that the process of shaping the working conditions of older workers is primarily the responsibility of employers - but public entities can stimulate and supervise this process. Collective agreements establishing the working conditions for older workers, which at the same time build awareness among the social partners of the benefits of employing older workers, can play an important role in the implementation of this task.

The basic methods of shaping working conditions resulting from the conducted research are the flexible organization of working hours, extending the length of holiday leave, changing the type of work performed, and, in particular, limiting or exemption from arduous tasks or introducing part-time work (very often these are connected with subsidizing a part of the remuneration from public funds or by covering of certain ancillary costs: health benefits or early retirement).

5. *Use of flexible forms of employment and self-employment as a way to foster the reintegration of older people into to the labour market.* The widespread use of atypical or flexible forms of employment, in particular temporary employment, temporary contract and forms of part-time employment, have been recognized as effective measures to reduce long-term unemployment. However, their use depends on many factors. In rich countries in particular, the use of temporary employment is generally marginal, including for older workers; whereas in poorer countries, this form is more common. Solutions addressed specifically to the older are encountered less frequently. The use of such tools in employment policies for older people, especially those returning from unemployment, should always be carefully considered. They can also be used as a bridge employment method (until the acquisition of pension rights), which is generally not desirable.

Self-employment, on the other hand, as a form of professional activation of older people is mentioned in most of the surveyed countries. In particular, attention is drawn to the fact that this form of activation is not very popular with older unemployed people, and at the same time shows low efficiency in this age group. Hence public authorities often do not generally promote this form of counteracting unemployment among older people. It should also be noted that it is more rational to support people at earlier stages of their working lives in taking such activities. Although, in general, older people can be attributed the life and work experience necessary to carry out such activities and often have adequate capital, they value their leisure time more than the risky and labour-intensive activities of setting up and running a self-employed business. However, it seems justified to consider the possibility of supporting self-employment undertaken earlier and currently run by older people in case they signal certain difficulties which may result in cessation of this activity and their professional deactivation (transition to unemployment).

6. *Reduction of employment costs for older workers.* It concerns reduction of the costs that employers have to bear, which should be financed from public funds resulting in occurrence of some additional burdens. However, this process is considered to be socially beneficial if one considers that the alternative the exclusion of these people from the labour market (which will increase the burden on public funds even further).
Higher employment costs for older workers are caused by a range of circumstances, often due to employment policies adopted years ago, and it is difficult to change them in the short term. One of the main barriers in access to employment for older people is the mechanism of determining remuneration for work based on the criterion of professional experience – hence employers advocate the abolition of remuneration systems based on the length of company service. An example of a solution that reduces the employment costs of older workers is a shorter pay period during sickness.

7. *Principles for the acquisition of pension rights.* In the analysed countries, in various periods of crisis phenomena, and in post-communist countries in early periods of political transformation, the policy of early retirement was often pushed through as an important element of reducing unemployment, which led to early deactivation of the older people. At present, such solutions are seen as inappropriate, even damaging to the economy and especially to social systems. They are also detrimental to the employer and employee as well.

In almost all of the countries surveyed, the directions of changes, which have been ongoing for about twenty years, are clear. These are: increase of the retirement age, limitation of the right to early retirement and increase of incentives to delay the decision concerning retirement.

8. *Organisational forms of labour market assistance for older people (employment services, participation of social partners, forms of self-organisation).* The experience of the countries surveyed shows that the labour market obligations typically incumbent on public administrations should be shared between different actors at three levels: national, regional and local. At the same time, however, the role of each level should be tailored to the current needs of meeting the objectives.

An appropriate number of service officials is also mentioned as a very important condition for the effective operation of public employment services - too low a number is a deficiency of these services in poorer countries. The number of staff directly influences the possibility of maintaining contact between the unemployed and the employment office - only a frequent prospect of contacts with these institutions has a positive impact on the attitude towards seeking employment.

In particular, three types of activities are used in the process of providing assistance to the unemployed (also to the older unemployed): vocational guidance and retraining, workplace training and subsidized employment. Employment services, due to their limited capabilities, almost always limit their assistance to the first form, while the greatest effects are achieved by the use of all trainings and the development of professional qualifications, especially in the workplace. The process of profiling the unemployed is considered a very positive one in the practice of counteracting unemployment among older people.

Studies show that the role of the social partners should be significant in the implementation of labour market policy (including in relation to older people), however the effectiveness of their actions depends, to a large extent, on unionisation, i.e. on the extent of trade union influence on employment relations. Where possible, arrangements for the implementation of various legal regulations and policies for older people should be adopted by collective agreements between the social partners at the level of the individual economic entities/ companies, industry or country.

Bibliography

Paluszkiewicz Magdalena, Wroclawska Tatiana, Wlodarczyk Miroslaw, *Legal methods for combating unemployment among older people*, Lodz 2017

Paluszkiewicz Magdalena, Wroclawska Tatiana, Wlodarczyk Miroslaw, *Przeciwdziałanie bezrobociu wśród osób starszych. W poszukiwaniu modelu* (Counteracting unemployment among older people. Looking for a model), Lodz 2017

Wlodarczyk, Miroslaw, "Środki prawne mające na celu wsparcie osób starszych na rynku pracy w Finlandii" (Legal measures to support older people in the labour market in Finland), in: *M.Paluszkiewicz, T.Wroclawska, M.Wlodarczyk, Przeciwdziałanie bezrobociu wśród osób starszych – w poszukiwaniu modelu*,Lodz 2017

Wlodarczyk, Miroslaw, "W poszukiwaniu modelu przeciwdziałania bezrobociu wśród osób starszych - analiza modelowa (refleksje na tle uzyskanych wyników badań)" (Looking for a model to counteract unemployment among older people - model analysis (reflections on the basis of the research results obtained), In M.Paluszkiewicz, T.Wrocławska, *M.Włodarczyk, Przeciwdziałanie bezrobociu wśród osób starszych. W poszukiwaniu modelu*, Lodz 2017

Direitos sociais, trabalho e cidadania UE*

Monica Mc Britton

Professora Associada de Direito do Trabalho

Università del Salento – Italy

Carla Spinelli

Professora Titular de Direito do Trabalho

Aldo Moro di Bari – Italy

1. A noção de cidadania europeia: alguns pontos críticos
2. Cidadania europeia e acesso à assistência social
3. La jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu sobre o acesso à assistência social: o *mainstreaming*
4. A persistente centralidade da figura do trabalhador na construção da EU
5. *O Pilar Europeu dos direitos sociais*: uma nova temporada de políticas sociais para a UE?
6. As primeiras medidas para implementar o Pilar Social
7. Breves considerações finais

*Este trabalho embora seja o resultado de uma reflexão compartilhada pelas Autoras, os parágrafos 1,2,3 e 4 foram escritos por Monica McBritton e os parágrafos 5,6 e 7 foram escritos por Carla Spinelli.

1. A noção de cidadania europeia: alguns pontos críticos

Como se sabe, entre as liberdades fundamentais garantidas pela CEE, há o direito à livre circulação dos trabalhadores previsto pelo artigo 48 do Tratado de Roma (ora, artigo 45 TFUE). A completa atuação desta liberdade foi alcançada com o Regulamento n. 1612/1968 e com a directiva 1968/360/CEE.

Ainda assim, o artigo 45 TFUE constitui o quadro regulamentar fundamental relativo à livre circulação dos trabalhadores. A rigor, trata-se da livre circulação dos trabalhadores e das trabalhadoras *dependentes, assalariados*. A noção de trabalho dependente é muito ampla e refere-se ao trabalho prestado no âmbito de uma relação em que a pessoa interessada forneça por um certo tempo, em favor de uma outra e sob a direção desta última, serviços pelos quais recebe uma remuneração[1].

Por outras palavras, caracteriza la noção de trabalhador la sua condição de pessoa economicamente ativa, o que lhe garante não apenas a igualdade no interior do território da UE com o trabalhador nativo em matéria de trabalho, mas também lhe permite deslocar-se dentro do Países membros para procurar emprego. Não só, em determinadas condições, pode permanecer no territário di uno Estado-Membro depois de ter ocupado um emprego.

Depois do Tratado de Maastricht, que introduziu a cidadania europeia, como estatuto jurídico de quem é cidadão de um dos Estados membros da UE, ao direito de livre circulação dos trabalhadores acrescentou-se o direito à livre circulação das cidadãs e dos cidadãos europeus em todo território da UE.

Este percurso institucional deu-se por etapas[2] e sobre este processo o alargamento da União foi enxertado. As inevitáveis e previsíveis tensões presentes nestes processos conduziram a um compromisso de natureza supra-estrutural, representado pela idéia de cidadania europeia (artigo 20 do Tratado), mas, de fato, algo que ainda deve ser construido.

A previsão da cidadania europeia implicou um esforço para desvincular a livre circulação da condição de ser uma pessoa economicamente ativa. Conseguentemente, a rigor, uma pessoa não economicamente ativa, mas cidadã europeia, poder-se-ia deslocar livremente de seu País de origem e se instalar em outro País europeu. Isto implica que ela possa ter necessidade – no País de acolhimento – de prestações de segurança social, ou melhor, para ser mais precisos, de prestações de assistência social, entendidas como aquelas que, tradicionalmente, estão além da condição de trabalhador. Tal significado emerge da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Pode-se afermar, de fato, que são entendidas como prestações sociais de assistência, os benefícios pagos a pessoas necessitadas às expensas da tributação geral e, portanto, sem haver uma ligação entre as prestações em si e as contribuições específicas anteriores. Em última análise, é relevante a sua condição de pessoa; nestes casos, de cidadãos ou cidadãos de um país da União Europeia, independentemente do estatuto de emprego.

Isso implica que a cidadania é, sem dúvida, uma idéia forte, talvez ainda não apoiada em concretas condições materiais, que seriam apropriadas para viabilizar sua consolidação, o que a torna particularmente vulnerável em tempos de crise.

Além do mais, as dificuldades não dizem respeito sómente às condições materiais, mas também aquelas de caráter institucional: as competências europeias em tema de segurança social são poucas[3]. De fato, o compromisso politico foi baseado sobre um esforço de unificação do mercado comum, por um lado, e de uma separação dos varios sistemas nacionais de welfare, por outro lado. É o que se chama «sistema dual»[4].

1 Sobre a noção de trabalhador no direito da UE vd. GIUBBONI S., *La nozione europea di subordinazione*, SCIARRA S. (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo* Giappichelli, Torino, 2010, p. 29 ss. A questão será retomada no parágrafo 6.

2 Ex plurimis vd. ADAM R. ,TIZZANO A.: *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 377 ss.; VERSCHUEREN H., *Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey,* em *European Journal of migration and Law*, n. 16, 2014, p. 147 ss.; ORLANDINI G., *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un'integrazione mancata*, em *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2017, p. 655 ss.

3 Para mais informações vd. CHIAROMONTE W.: *Mobilità intereuropea e sicurezza sociale em La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali,* CALAFÀ L., GOTTARDI D., PERUZZI M. (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali* ESI, Napoli, 2012, p. 128 ss.

4 SCHARPF F. W., *The Europeian Social Market Model: Coping with Challenges of Diversity*, em *Journal of Common Market Studies*, 2002, n. 40, p. 645 ss.

2. Cidadania europeia e acesso à assistência social

Este sistema implica a necessidade de enfrentar o problema da existência de limites ao acesso ao sistema geral de segurança social e, de consequência, também às prestações di assistência social, por cidadãos europeus no Estado de acolhimento em condições de igualdade com os nativos deste Estado. O quadro regulamentar é basicamente composto por algumas disposições conteúdas no Regulamento n. 883/2004 relativo à coordenação dos sistemas di segurança social (daqui para frente, Regulamento) e no Regulamento n. 987/2009 (este último de atuação do primeiro) e na Directiva 2004/38 (daqui para frente, Directiva). Porém, não se pode esquecer da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia.

De fato, se partimos da Carta, é apropriado recordar os artigos 34 e 35 dedicados respectivamente à segurança social e à assistência social e à proteção da saúde. O paragrafo 2 do artigo 34 expressamente dispõe que «todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito da União e das legislações e práticas nacionais>>. O problema está – como foi já mencionado – nas poucas competências em matéria di segurança e assistência da UE.

O Regulamento tem como objetivo determinar as prestações sociais que devem ser reconhecidas a todos as pessoas do Estado-Membro onde têm a residência habitual. Do próprio título do Regulamento se evidencia que o seu objetivo é de coordenação e não de harmonização dos sistemas de segurança social. Mas, para poder conseguir chegar a este resultado, é necessário que os vários sistemas nacionais compartilhem as suas características fundamentais. Sem uma base comum, toda a operação acaba por ser colocada em xeque pelas conjunturas econômicas.

Permanecem fora do âmbito de aplicação do Regulamento as prestações de assistência social e médica, além de alguns outros casos específicos. Numa posição particular encontram-se as prestações pecuniárias especiais de carácter não contributivo. De fato, estas últimas, segundo o artigo 70, podem ter características seja de segurança social quanto de assistência social. São prestações cuja função é fornecer uma cobertura complementar, adicional ou accessoria dos riscos que correspondem aos setores de segurança social e garantir às pessoas interessadas uma renda mínima de subsistência em relação ao contexto econômico e social do Estado-Membro em causa, ou uma protecção específica para os deficientes, em estreita relação com a situação social dessas pessoas no Estado-Membro. O seu financiamento deriva da tributação geral e o seu pagamento não depende de uma contribuição dada pelo beneficiário. Estas prestações são consideradas não exportáveis e são concedidas <<exclusivamente no Estado-Membro da residência do interessado e de acordo com a respectiva legislação».

A residência fica definida como «o lugar em que a pessoa reside habitualmente» (artigo 1, j). Além do mais, o considerando n. 16 afirma que no interior União, «não se justifica, em princípio, fazer depender os direitos em matéria de segurança social do lugar de residência dos interessados. Todavia, em casos específicos, nomeadamente no que respeita a prestações especiais que estão relacionadas com o contexto econômico e social do interessado, o lugar de residência pode ser tido em conta» e nestes casos, como já dito, prestações são consideradas não exportáveis.

Promulgada na mesma data Regulamento, a Directiva de 2004[5] é relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros. Com efeito, expressamente, no considerando 3, afirma a exigência de rever as disposições comunitárias que tratam separadamente a situação dos trabalhadores assalariados, trabalhadores não assalariados assim como dos estudantes e de outras pessoas não activas, a fim de simplificar e reforçar o direito de livre circulação e residência de todos os cidadãos da União.

Deste modo, o artigo 6 dispõe que <<os cidadãos da União têm o direito de residir no território de outro Estado-Membro por período até três meses sem outras condições e formalidades.>> Estas disposições se aplicam também aos familiares. Porém, superado período de tres meses, a permanência é possível se forem satisfeitas determinadas condições enumeradas pelo artigo 7: ser trabalhador assalariado ou não assalariado no Estado-Membro de acolhimento ou de dispor <<recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência, e de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento>>. Estas pessoas não podem ser afastadas até que <<não se tornem uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento>> (artigo 14).

Isto implica que o afastamento não pode ser uma consequência automática do recurso ao regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. É preciso considerar a temporaneidade ou não da situação de necessidade, a sua dimensão e também o tempo de permanência. Além do mais, nenhuma medida de afastamento – com exceção de motivos de ordem público ou de pública segurança - pode ser tomada em relação aos trabalhadores assalariados ou não as¬salariados, ou aqueles que tenham entrado no território do Estado-Membro de acolhimento para procurar emprego. Mas, neste último caso, devem demonstrar que continuam a procurar emprego e <<que têm possibilidades genuínas de serem contratados>>.

5 Essa expressamente revoga as directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

É necessário considerar que o Capítulo IV da Directiva é dedicato ao direito à residência permanente. Este direito se adquire depois que o cidadão europeu tenha residido legalmente por cinco anos consecutivos nel território do Estado de acolhimento (artigo 16). Isto vale, às mesmas condições, também os familiares de cidadãos que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro. O direito não depende da condição de ter recursos suficientes para não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. Perde-se o direito só ausentando-se do Estado-Membro de acolhimento por um período que exceda dois anos consecutivos.

Em relação à regra dos cinco anos consecutivos existem algumas derrogações (artigo 17) a favor dos trabalhadores que tenham cessado as suas atividades no Estado-Membro de acolhimento e dos membros das suas famílias.

Permanece então no código genético da regulamentação um claro favor para com aqueles que exerceram, exerceram ou, de qualquer forma, procuram exercer uma atividade, tanto como assalariado que como não assalariado em um dos Países membros. A extensão da livre circulação a quem possui cidadania de um destes Países no entanto, tem levantado algumas controvérsias, dado que, como também se viu na reconstrução sumária dos instrumentos de regulação, tal extensão não implica automaticamente o direito a permanecer ou a obter o direito de residência permanente.

Antes de poder examinar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é útil lembrar que ainda que promulgados para regular matérias diferentes, o Regulamento e a Directiva têm pontos de contacto hanno, mas não são perfeitamente superponíveis, o que leva a algumas dificuldades de coordenação que não podem ser resolvidas recorrendo-se à hierarquia entre as fontes, uma vez que, como se sabe, não existe relação hierárquica entre o Regulamento e a Directiva.

3. La jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu sobre o acesso à assistência social: o *mainstreaming*

Como acontece frequentemente no contexto euro-unitario, algumas questões problemáticas relacionadas com o quadro institucional-regulamentar sumariamente reconstruído no parágrafo anterior surgiram em alguns casos examinados pelo Tribunal de Justiça.

Em poucas palavras, pode-se afirmar que a jurisprudência se coloca ao longo de duas macro-linhas: na primeira discute-se do acesso às prestações de assistência social no Estado acolhimento por cidadãos europeus que não são economicamente ativos e que fizeram uso do direito de livre circulação (*Brey e Dano*); o segundo grupo de sentenças diz respeito ao acesso a estas prestações por cidadãos europeus economicamente ativos mas desempregados (*Alimanovic, Garcia Nieto*). A rigor, como foi observado, as pessoas à procura de trabalho são economicamente não ativos, mas se encontram em uma posição particular, porque o direito de residência delas depende da possibilidade que encontrem um emprego[6].

Em princípio, o Tribunal de Justiça interpretou a legislação, favorecendo a liberdade de circulação dos cidadãos europeus: vd. la sentença *Vatsouras-Koupatantze*[7]. Discutia-se o direito de acesso a prestações de base por pessoas à procura de emprego por um período de tempo maior do que eles teriam o direito de permanecer no território do Estado de acolhimento. O Tribunal de Justiça condicionou a possibilidade do Estado limitar o acesso a essas prestações a uma verificação da existência ou não <<de uma ligação real daquele que procura emprego com o mercado de trabalho desse Estado>> (n. 38), a qual pode ser verificada pela constatação de que a pessoa em causa, durante um período de duração razoável, procurou efectiva e realmente um emprego no Estado Membro em questão (n. 39). Além do mais, era necessário verificar se a prestação pudesse facilitar o acesso ao emprego (n. 43). Se assim fosse, tal prestação não poderia ser considerada de assistência social conforme o artigo 24, parágrafo 2 da Directiva e portanto teria sido uma prestação devida.

Porém, já no caso *Brey*[8], a orientação do Tribunal de Justiça é mais cautelosa. Tal caso representa, de fato, como foi evidenciado, uma ruptura do processo institucional de fortalecimento da relevância da cidadania europeia garantida pela livre circulação. A sentença evidencia (n. 38) que é necessário examinar se um Estado Membro pode subordinar a atribuição de uma prestação abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento a um cidadão de outro Estado Membro à condição de este preencher os requisitos para beneficiar de um direito legal de residência superior a três meses.

O Tribunal de Justiça considera que o artigo 70, parágrafo 4 do Regulamento tenha a função de determinar qual é legislação aplicável no caso de uma controvérsia referente a uma prestação especial pecuniária de natureza não contributiva. Portanto esta não tem a função de estabelecer as condições substanciais para a existência do direito a tal prestação; por consequência esta disposição, lida em conjunto com o artigo 1º,

6 Vd. JIMENÉZ BLANCO P., *Los demandantes de empleo en Europa: derecho de residencia y acceso a las prestaciones sociales*, em *Bitácora Millennium*, n.2, 2016, www.millenniumdipr.com, p. 15

7 TJE C-22/08 e C-23/08, *Athanasios Vatsouras e Josif Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft* (*ARGE*) Nürnberg 900.

8 TJE C-140/12, *Pensionversicherungsansalt c. Brey.*

alínea j) do próprio Regulamento, não impede que uma disposição nacional subordine o direito a uma prestação especial em dinheiro, com caráter não contributivo, à residência legal no Estado-Membro interessado.

Enfim, a noção di assistência social a qual se refere o acordão é aquela tradicional para a qual è saliente o caráter não contributivo da prestação fornecida, que pesa sobre as finanças públicas e é financiada pela tributação geral. Esta é uma manifestação da solidariedade geral da comunidade organizada em um Estado.

Outra decisão muito discutida é a sentença *Dano*[9]. Os documentos mostram que a sra. Dano, uma cidadã romena, não foi à Alemanha para procurar trabalho, apesar de ter requerido prestações básicas reservadas para pessoas que procuram emprego. Portanto, tratava-se de uma pessoa economicamente não ativa. No percurso argumentativo, o Tribunal de Justiça recorda que o artigo 3 do Regulamento aplica-se às prestações pecuniárias especiais de carácter não contributivo, reafirmando a sua não exportabilidade, pois elas se colocam no âmbito de aplicação do artigo 4 do dito Regulamento.

Sucessivamente, o Tribunal abordou a questão se não fosse uma violação dos artigos 18 e 20, parágrafo 2 do TFUE, bem como do artigos 24, parágrafo 2 da Directiva e 4 do Regulamento - ou seja do princípio da não discriminação - a exclusão do reconhecimento de determinadas prestações pertencentes à categoria «prestações especiais pecuniárias de natureza não contributiva» em detrimento de cidadãos de outros Estados-Membros, economicamente não ativos, dado que estes benefícios são garantidos aos cidadãos do Estado-Membro em questão que se encontrem na mesma situação.

A resposta foi negativa. Os artigos 24 da Directiva e 4 do Regulamento são especificações da proibição contida no art. 18 TFUE. Na esteira da sentença Brey, o Tribunal de Justiça ricordava che as «prestações especiais em dinheiro de natureza não contributiva» se colocam no âmbito da noção de «prestações de assistência social» nos termos do artigo 24, parágrafo 2, da Directiva. Esta última disposição implica uma derrogação do princípio de não discriminação e portanto o Estado- Membro de acolhimento não é obrigado a reconhecer o direito a prestações de assistência social durante os primeiros três meses de permanência ou, se for o caso, durante o período maior de procura de emprego previsto pelo artigo 14, parágrafo 4, alínea b), da Directiva, e nem é obrigado a conceder, antes da aquisição do direito de residência permanente, ajudas à manutenção de estudos para pessoas que não sejam trabalhadores dependentes ou não assalariados que não mantenham este estatuto ou aos seus familiares.

Entende-se desta maneira impedir che cidadãos da União economicamente não ativos utilizem o sistema de proteção social do Estado-Membro de acolhimento para financiar o próprio sustento.

Os casos precedentes dizem respeito a cidadãos economicamente não ativos. O sucessivo caso *Alimanovic*[10], ao contrário, toca uma questão delicada sobre quem permanece em uma posição mediana entre a condição di trabalhador e de quem está procurando emprego.

Os fatos relevantes são os seguintes: a sra. *Alimanovic* e seus filhos são cidadãos suecos. Eles se transferiram na Alemanha e ali a sra. *Alimanovic* e a filha *Sonita* trabalharam, por alguns meses, em empregos de curta duração ou tiveram a oportunidade de trabalho por períodos inferiores a um ano. Na sequência de um complexo processo administrativo, o requerimento de uma contribuição de subsistência para desempregados de longa duração foi rejeitado porque foram consideradas pessoas à procura de emprego e, como tais, foram excluídas do benefício das prestações de subsistência para desempregados de longa duração.

O Tribunal de Justiça confirmou que a dita prestação se coloca entre as «prestações sociais em dinheiro de natureza não contributiva» nos termos do artigo 70 Regulamento e portanto a esta prestação se aplica o artigo 4 do Regulamento, isto é princípio de não discriminação baseado na cidadania. Mas tal prestação também faz parte da noção de «prestações de assistência social» nos termos do artigo 24, parágrafo 2 da Directiva em matéria de livre circulação dos cidadãos comunitários. O dito parágrafo 2 dispõe que Estado de acolhimento não seja obrigado a garantir «o direito a prestações de assistência social» nem durante os primeiros três meses de permanência, nem durante todo o período previsto nos termos do artigo 14, parágrafo 4, alínea b), da Directiva: trata-se, isto é, do período durante o qual o cidadão comunitário desempregado mantém o seu direito de não ser afastado porque pode demonstrar estar procurando um emprego e <<que tem possibilidades genuínas de encontrá-lo>>.

Não beneficiando do direito de residência, este não pode reivindicar o direito a prestações sociais às mesmas condições aplicáveis ao cidadão nacional porque isto seria em contraste com a necessidade de evitar que ele se torne um ônus excessivo para o sistema de assistência social dello Estado-Membro de acolhimento.

Al contrario de quanto precedentemente decidido com a sentença Vatsouras e Koupatantze, o Tribunal de Justiça qualifica agora a prestação requerida como prestação de assistência social e não como prestação d natureza financeira destinada a facilitar o acesso ao mercado de trabalho de um Estado-Membro porque a «função preponderante das prestações em causa é precisamente garantir o mínimo dos meios de subsistência necessários para ter uma vida compatível com a dignidade humana» (n. 45). Tratando-se de uma prestação de assistência social é necessário estabelecer quando o pedido de prestações sociais se torna um fardo excessivo para o sistema de assistência social do Estado de acolhimento. Neste caso o Tribunal de Justiça parece optar por uma espécie de presunção, que seria inerente ao mecanismo gradual de manutenção do estatuto de trabalhador previsto pela Directiva, baseado na duração do exercício de uma atividade econômica. A previsão explícita de um termo de seis meses após a cessação de uma atividade profissional durante o qual se mantém o direito ao apoio social garante a certeza do direito e a transparência (n. 61).

Substancialmente, neste caminho se coloca também o seguinte sentença *Garcia Nieto*[11].

9 TJE C-333/13, *Dano c. Jobcenter Leipzig.*

10 TJE C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Alimanovic.*

11 TJE C-299/14, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Jovanna García-Nieto e a.*

4. A persistente centralidade da figura do trabalhador na construção da UE

Comentaristas da jurisprudência sumariamente considerada criticam frequentemente o Tribunal de Justiça acusando-o de ter recomeçado a raciocinar em termos mercantilistas. É verdade que a doutrina do direito do trabalho ainda é muito crítica em relação aos famosos casos *Laval, Viking* e *Rüffert*[13] e embora uma sofisticada elaboração teórica aproxime as duas vertentes jurisprudenciais, argumentando precisamente sobre a sua matriz mercantilista , acredita-se que, até certo ponto, esta justaposição não é apropriada.

Com efeito, o problema é determinar sobre quais bases construir eficazmente a integração europeia. Parece difícil considerar que privilegiar a condição de trabalhador seja uma perspectiva mercantilista. Com certeza, contribui para essa interpretação a infeliz fórmula: cidadão economicamente ativo/ cidadão economicamente não ativo, que evoca uma dimensão estritamente econômica. No entanto, basta lembrar que o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) está intimamente ligado ao desenvolvimento do Estado-nação[14] e por isto é recorrente a referência a Marshall e à noção de cidadania social[15] ao lado da noção política do cidadania. E também é difícil negar que na história europeia a cidadania social funda-se sobre o trabalho.

A bem considerar, a reprovação feita à jurisprudência em questão segundo a qual o Tribunal de Justiça teria espresso um certo fechamento em relação à cidadania europeia que prejudicou o princípio de não discriminação, parece não ter em consideração que o argumento poderia ser revertido. Em outras palavras, equiparar economicamente as pessoas não economicamente ativas àquelas economicamente ativas (em ato ou que o foram no passado) não pode ser considerado irracional?

Em última análise, os proponentes da ideia de cidadania europeia, tentaram usar a noção técnico-jurídica da cidadania, assim como foi construído pela cultura política da Europa Ocidental a partir da Revolução Francesa em diante hipostasiando a sua função identitária em relação à União Europeia, mas ao mesmo tempo diminuindo a mesma função identitária a nível nacional. Operação muito complexa se não for acompanhada por esforços adicionais para harmonizar os sistemas de segurança social e sem a sombra de um projeto redistributivo de recursos. Como já foi observado, não basta introduzir a cidadania europeia para estabelecer um espaço social europeu[16].

Finalmente, é possivel compartilhar a observação[17] segundo a qual a precedente jurisprudência extensiva destes benefícios – que agora o Tribunal de Justiça qualifica como prestações de assistência social – tinha uma forte matriz individualista, e talvez, pode-se acrescentar, marcadamente voluntarista, já que o acesso às mesmas muitas vezes parecia completamente não relacionado a um projeto de integração supranacional efetiva. Quasi fosse um direito individual incondicionado.

Infelizmente, não há atalhos que permitam a realização de um projeto ambicioso como o da cidadania europeia.

12 V. infra, par 5.

13 GIUBBONI S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, em *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, n. 3, 2013, p. 503 ss.

13 Em tal sentido vd. também HAILBRONNER K., *Citizenship and Acess to Social Benefits, em Common Market Law Review*, n. 42, 2005, p. 1265

14 GIUBBONI S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea* cit., p. 493 ss.; ORLANDINI G.: *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea*, cit. p. 661. A referência é obviamente a MARSHALL T. H., *Citizenship and Social Class*, ed. orig. 1949

15 HAILBRONNER K., *Citizenship and Acess to Social*.. cit., p. 1266.

16 GIUBBONI S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea* cit., p. 501 ss.. e recentemente lembrada por ORLANDINI G., *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea*, cit. p. 672.

5. O Pilar Europeu dos direitos sociais: uma nova temporada de políticas sociais para a UE?

O Pilar Europeu dos direitos sociais pode também ser lido como uma ulterior manifestação da tensão entre a cidadania europeia e os direitos sociais, vem à luz seja na sua inspiração quanto nos seus conteúdos, e também nas primeiras medidas de implementação.

Este é uma tentativa de responder à crise de legitimidade da UE através do relançamento da política social, negligenciada durante os anos da crise econômica global que está marcando este século XXI[18].

O Pilar estabelece vinte princípios e direitos fundamentais para implementar os mercados de trabalho e sistemas de segurança social eficientes e equitativos, estruturados em três categorias: igualdade de oportunidades e acesso ao mercado de trabalho; condições de trabalho justas; proteção social e inclusão.

O objectivo declarado consiste no desejo de (re) integrar a dimensão social nas políticas euro-unitárias e ligá-la à cidadania europeia, para promover a convergência social na concepção de políticas de emprego e sistemas de protecção social.

Analisando a lista de princípios e direitos condita no primeiro e terceiro capítulos do Pilar, é evidente que a Comissão Europeia continua a considerar a estratégia de *flexicurity* como essencial para mercados de trabalho e sistemas de segurança social justos e eficientes na Europa do século XXI: esta fórmula está longe de ser abandonada, por mais que precise ser reformada e adaptada, devido às deficiências manifestadas no governo da crise[19].

No que diz respeito ao segundo capítulo do Pilar, no que se refere a condições de trabalho justas, cabe, antes de mais, sublinhar a proposta de adoção de normas de proteção também para trabalhadores não assalariados e atípicos. A este respeito, a Comissão Europeia está ciente dos desafios atuais e futuros decorrentes do impacto da economia digital no mundo do trabalho.

Com referência à reflexão que está sendo realizada neste trabalho, deve-se observar, então, como, por um lado, no conteúdo do Pilar, grande importância é dada à assistência social e seu papel universal. Esta orientação fica evidente no terceiro capítulo, embora, para a implementação da maioria das medidas identificadas, seja necessário esperar a intervenção dos Estados-Membros, dado o actual sistema de competências da UE. De fato, alguns princípios parecem bastante exorbitantes em comparação com dimensão tradicional da intervenção supranacional no campo social, que pode ser traduzido no máximo em atividades de impulso por meio de diretrizes[20].

Por outro lado, confirmada a centralidade do trabalhador em relação à sua livre circulação e às proteções aplicáveis[21], como pode ser visto, por exemplo, pelos princípios 14 e 17, relativos respectivamente à renda mínima e inclusão de pessoas com deficiência em cuja enunciação coexistem os objetivos de justiça social e bom funcionamentodo mercado de trabalho[22]. De qualquer forma, é importante sublinhar uma abertura - ainda que modesta – a uma noção mais ampla em relação sómente ao trabalho dependente. Isto é realçado, além de quanto já dito sobre o capítulo sobre condições de trabalho, também nas declarações contidas no terceiro capítulo para o quais <<os trabalhadores por conta própria, têm direito a uma proteção social adequada>> se subsistem condições comparáveis com os trabalhadores dependentes (n. 12) e, ainda, <<Os trabalhadores por conta de outrem e por conta própria reformados têm direito a uma pensão, proporcional às suas contribuições, que lhes garanta um rendimento adequado>> (n. 15).

Outras questões críticas são, por um lado, as diferentes lacunas do acervo social da Comunidade, que o Pilar não conseguiu completar e por outro lado, principalmente, no fato de não se tratar de um instrumento juridicamente vinculativo[23], que obriga a adotar medidas ou legislação específicas - a nível adequado, de acordo com o princípio da subsidiariedade - para a sua aplicação[24], e nesta sentido o caminho é ainda pleno de obstáculos.

18 BRONZINI G. (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Edizioni Fondazione Basso, 2018, disponível en https://www.fondazionebasso.it/2015/wp-content/uploads/2019/02/social_pillar.pdf.

19 TREU T., *Flexicurity e oltre*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 135/2017; BARBERA M., *Tre narrazioni della fleixicurity*, em *Riv. giur. lav.*, 2018, I, p. 557 ss.

20 Para um exemplo dessa abordagem v. BAPTISTA I, MARLIER E., *Access to essential services for people on low incomes in Europe. An analysis of policies in 35 countries, European Social Policy Network (ESPN)*, Brussels, European Commission, 2020.

21 O âmbito de aplicação dos princípios e direitos consagrados no Pilar mantém-se essencialmente vinculado à esfera do emprego, ainda que não esteja excluída a concretização de uma dimensão universal efetiva, v. MAINO F., *Secondo welfare e innovazione sociale in Europa: alla ricerca di un nesso*, em MAINO F., FERRERA M. (a cura di), *Terzo Rapporto sul secondo welfare in Italia 2017*, Torino, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, 2017, p 19 ss.

22 RAINONE S., *The European Pillar of Social Rights – Tell Me Where You Come from and I Will Tell You Who You Are*, Zbornik znanstvenih razprav, *Perspectives on the European Pillar of Social Rights*, Volume LXXX, 2020, p. 145-146, disponivel em http://www.pf.uni-lj.si/media/zzr.2020.psv.rainone.pdf.

23 RASNACA Z., *Bridging the gaps or falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking*, ETUI WP 2017.05.

24 GIUBBONI S., *Un nuovo pilastro europeo per i diritti sociali? Due critiche – di metodo e di merito – al social pillar di Göteborg*, 1 febbraio 2018, https://www.eticaeconomia.it; RATTI L., *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, em FERRARA M.D., CHIAROMONTE W., *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristiche*, Milano, F. Angeli, 2018.

6. As primeiras medidas para implementar o Pilar Social

Depois de mais de três anos após a sua proclamação, algums iniciativas legislativas foram tomadas pela Comissão Europeia para a implementação do Pilar. Sobre duas destas, tendo atingido a reta final, é possível fazer algumas considerações iniciais, em relação ao reflexão que se está conduzindo aqui.

Consideremos, por exemplo, a diretiva 2019/1152/UE de 20 de junho de 2019 sobre condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, a que os Estados-membros terão de cumprir até 1 de agosto de 2022, quando a Diretiva 91/533/CEE, que regula a obrigação do empregador de informar os trabalhadores dos termos aplicáveis à relação contratual ou de trabalho, será considerada revogada.

Tendo em conta as mudanças no mercado de trabalho devido à evolução demográfica e à digitalização, que conduziram ao surgimento de novas formas de trabalho, as instituições europeias decidiram tomar medidas para colmatar as lacunas das suas proteções, ditando requisitos mínimos sobre os elementos essenciais da relação de trabalho e, por outro lado, as condições de trabalho aplicáveis a cada trabalhador.

A questão mais controversa da nova diretiva, que alargou indubitavelmente os direitos a conferidos aos trabalhadores em comparação com o que estava disponível em 1991, diz respeito ao seu âmbito de aplicação, que disciplinada pelo artigo 1 com referindo-se a "todos os trabalhadores da União que desempredam contratos de trabalho ou de emprego, tal como definidos por lei, convenções coletivas ou práticas em cada Estado-Membro, tendo em conta o Tribunal de Justiça".

Durante a fase de consulta sobre a necessidade de rever a Diretiva 91/533/CEE, os sindicatos salientaram a necessidade de clarificar e alargar o seu âmbito subjetivo, manifestando o seu apoio à inclusão dos trabalhadores independentes no seu seio.

No entanto, na versão final da diretiva, a referência explícita ao estatuto de "trabalhadores" derivado dos critérios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça[25] não parece ter compreendido plenamente as exigências dos sindicatos, uma vez que os trabalhadores independentes continuam excluídos dessa noção.

A este respeito, por jurisprudência constante, a noção de "trabalhador" nos termos do direito comunitário caracteriza-se pelo facto de uma pessoa oferecer uma prestação, durante um certo período de tempo, a favor de outra e sob a direção desta última, em troca do qual recebe um pagamento[26]. Os elementos de construção da noção são, portanto, quatro: o primeiro diz respeito ao caráter "pessoal" da prestação; o segundo é no poder de gestão do destinatário; o terceiro é temporal e o quarto diz respeito à natureza onerosa do desempenho[27].

Nem mesmo supera esta contradição o Considerando n. 8 da Directiva, o qual menciona os trabalhadores domésticos, os trabalhadores ocasionais, os trabalhadores intermitentes, os trabalhadores por cheque-serviço, os trabalhadores de plataformas, os estagiários e os aprendizes afirmando que podem ser abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva a condição que se respeite os critérios para determinar o estatuto de trabalhador estabelecidos pela Tribunal de Justiça, e portanto não sejam trabalhadores autonomos. No entanto, como é sabido, não existe uniformidade de regulamentação nos vários sistemas jurídicos europeus, uma vez que a actividade destes trabalhadores está ligada tanto aos benefícios autónomos como à subordinação. No entanto, os falsos trabalhadores independentes devem ser sempre incluídos no âmbito de aplicação subjectivo da directiva. Entende-se por "falso trabalho independente quando uma pessoa preenche as condições típicas de uma relação de trabalho, mas está declarada como trabalhador independente, a fim de evitar o cumprimento de certas obrigações legais ou fiscais"[28].

Da mesma forma, na recomendação sobre o acesso à proteção social para trabalhadores assalariados e independentes, adotada pelo Conselho da UE em 8 de novembro de 2019, em implementação do princípio 12 do Pilar, mencionado acima, pode-se apreciar a intenção de promover a implementação do direito à proteção social adequada para os trabalhadores subordinados e, em situações comparáveis, para os trabalhadores autônomos,independentemente do tipo e da duração da relação de trabalho. O acesso à proteção social é considerada essencial para a segurança econômica e socialda força de trabalho, mas também para o bom funcionamento dos mercados de trabalho. O processo de adoção da Recomendação se mostrou desafiador, dada a relutância de alguns Estados-Membros em aceitar a influência da UE nesta área, o que justifica a opção por instrumento de *soft law*.

25 COUNTOURIS N., *The concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope, em Industrial Law Journal*, 2017, v. 47, p. 192 ss.; RISAK M., DULLINGER T., *The concept of "worker in EU law – Status quo and potential for change*, ETUI Report n. 140, 2018. Para uma interpretação "evolutiva" da jurisprudência do Tribunal de Justiça, v. MENEGATTI E., *The Evolving Concept of "worker" in EU law*, em ILLeJ, 2019, (1).

26 Cfr.. TJE 3 de julho de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, causa C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; de 14 de outubro de 2010, *Union syndicale Solidaires Isère/Premier ministre e altri*, causa C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; de 9 de julho de 2015, *Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, causa C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; de 4 de dezembro de 2014, *FNV Kunsten Informatie en MEDIA/Staat der Nederlanden*, causa C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 e de 17 de novembro de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/ Ruhrlandklinik gGmbH*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

27 GIUBBONI S., *Manuale di diritto sociale europeo*, Padova, 2017, p. 133.

28 TJE *Allonby*, causa C-256/01, punto 71; TJE C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Regno di Olanda*, cit. Cfr. ICHINO P., *Sulla questione del lavoro non dipendente ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, em RIDL, 2015, p. 566 ss.

7. Breves considerações finais

Quanto exposto acima conduz a uma questão sistemática ou seja, qual é, no final das contas, o critério decisivo para a liberdade de circulação e, possivelmente, para o direito de estabelecer a residência/domicílio num dos Estados-Membros da UE, visto que da resposta a esta questão emerge qual é o papel do trabalho e da segurança sociale no sistema institucional europeu.

A urgência de responder a esta pergunta é exacerbada pela crise económica e social desencadeada pela pandemia Corona virus, que manifestou uma série de fragilidades, em primeiro lugar, de cada país, mas também da própria União Europeia como instituição supranacional.

Se, de facto, as opções para a gestão da pandemia foram atribuídas ao nível nacional soberano, a crise económica resultante investiu as instituições europeias, especialmente em relação à mobilização de recursos relevantes. Em particular, o BCE adoptou um conjunto articulado de medidas de política monetária; o debate sobre as modalidades e consequências da utilização do Fundo de Poupança Estatal (MES) para apoiar intervenções no sector da saúde está aberto em cada Estado; a Comissão Europeia está a trabalhar nas condições de execução do Fundo de Relançamento, com o próximo orçamento plurianual como garantia; especificamente, para atenuar os riscos de desemprego. Seguidamente, a Comissão propôs a criação de um mecanismo temporário de apoio chamado SURE, que proporcionará assistência financeira sob a forma de empréstimos concedidos em condições favoráveis aos Estados-Membros.

Querendo captar positivamente as solicitações apresentadas por esta emergência, é necessário superar algumas críticas, uma das quais tem sido tentada destacar neste artigo.

Por outro lado, se quiséssemos realmente afectar as condições estruturais indispensáveis à construção de um Estado social europeu e, por conseguinte, cumprir o princípio da livre circulação dos cidadãos europeus, deveríamos intervir em mais domínios, que podem antes de mais nada ser identificados com a construção de um sistema fiscal a nível da UE, a revisão do sistema de competências supranacionais na segurança social[29] e um repensamento global dos objectivos dos Fundos Estruturais. É tempo de solidariedade: se não agora, quando?

29 A revisão das regras que regem a coordenação da segurança social foi anunciada no programa de trabalho da Comissão da UE para 2016, como parte dos esforços para promover a livre circulação de trabalhadores. Em março de 2019, foi alcançado um acordo provisório entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia, cujos destinos são agora nas mãos dos órgãos da UE renovados.

Human dignity, employee dignity and fairness of a workplace.

Paulina Matyjas – Łysakowska

pmatyjas@ujk.edu.pl | https://orcid.org/0000-0002-8734-8338

Assistant Professor

Jan Kochanowski University in Kielce

1. Human dignity as a fundamental value in labour law

The aim of this study is to point out the need to refer to the axiology of law in the context of various forms of work in the united Europe. The need for axiological studies of law is related to the necessity to set out goals and values that are to be served by a given field of law. The need to study the axiological basis of labour law is extremely important nowadays as pointing out common values that are accepted by various subjects facilitates their acceptance of legal amendments and making legislation independent of specific prevailing groups of interests[1]. The question remains open whether it is possible to arrive at an objective system of values informing labour law.

In terms of axiology, law is considered a value (or a realisation of a value)[2]. Without arguing about the perception of law it should be stated that law comprises not only positive law but also natural law. Natural human rights are values common to all people, universal and, therefore, related to the inherent features of man. They do not depend on religion, tradition, and dogmas.[3] Still, their naturality has been perceived in different ways throughout history.

The national, EU and international law constitute the axiological basis of labour law. Based on the criterion of sources of law, one can thus distinguish internal and external axiological foundations of labour law[4]. The internal axiological diversity of labour law leads to the separation of the values of individual and collective labour law. There are also opinions in literature that work under non-employment contracts shows axiological differences.[5].

Contemporary axiology is based on the ideology of human rights which are specified in the legal acts of the United Nations, the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union. In the national legal order, the axiological basis of labour law is created by the Constitution of the Republic of Poland, which defines the freedoms and laws in the field of individual and collective labour law, as well as the Labour Code, which sets out the basic principles of labour law.

The catalogue of values on which the contemporary Polish, European and international labour law are based requires separate elaboration and study. This paper investigates the issue of dignity in labour law as a value from which human rights and freedoms derive. The axiology of labour law highlights the need to protect personal dignity and prevents the domination of those who own a good like work/workplaces. Therefore, I state a thesis that labour law should serve not only employees, but also individuals performing work for remuneration based on contracts that create relationships other than the employment relationship[6]. This thesis is justified by the provisions of international, European and Polish labour law, stating to protect the dignity of every human being.

Human dignity (gr. axíoma, łac. dignitas humana) is a term based both on ancient and Christian philosophy[7]. In linguistic terms, dignity is defined as self-esteem, self-respect, honor, and pride.[8]. The term itself is much older than human rights. It reflects the civilisational conviction that every person has a non-transferable value, independent of personality or behaviour.[9]. The human being is to be considered the supreme value.

1 M. Skąpski, Problem obiektywizacji systemu wartości jako podstawy rozważań nad treścią norm prawa pracy (The problem of objectivisation of the value system as a basis for considering the content of labour law norms), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (Axiological foundations of labour law and social insurance), ed. M. Skąpski, K. Ślebzak, Poznań 2014, Wyd. Ars Boni et Aequi, p. 66.

2 J. Wróblewski, [in:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, Teoria państwa i prawa (Theory of the state and law), Warsaw 1986, p. 22.

3 T. Zieliński, Podstawy rozwoju prawa pracy (Foundations of labour law development), Warsaw – Kraków 1988, p. 21 et seq.

4 W. Sanetra, Ogólnie o aksjologicznych podstawach prawa pracy (A general discussion of the axiological foundations of labour law), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, (Axiological foundations of labour law and social insurance), ed. M. Skąpski, K. Ślebzak, Poznań 2014, Wyd. Ars Boni et Aequi, p. 25.

5 . Sanetra, Ogólnie o aksjologicznych podstawach..., p. 26; Otherwise A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący – między ochroną godności a równości (The law and the working man – between the protection of dignity and equality), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, (Axiological foundations of labour law and social insurance), ed. M. Skąpski, K. Ślebzak, Poznań 2014, Wyd. Ars Boni et Aequi, p. 31.

6 A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący..., p. 59; Ibid T. Liszcz, Aksjologiczne podstawy prawa pracy. Zarys problematyki (Axiological foundations of labour law. Outline of problems,) Lublin 2018, Maria Curie – Skłodowska Publishing House, p. 16.

7 More extensively T. Wyka, W poszukiwaniu aksjologii prawa pracy – o roli encykliki Laborem exercens Jana Pawła II (In search of the axiology of labour law – the role of the encyclical Laborem exercens by John Paul II) Monitor Prawa Pracy 9/2011, p. 454.

8 Słownik języka polskiego (Dictionary of the Polish Language), Warsaw 1982, vol. I, p. 673.

9 M. Safjan, L. Bosek (ed.), Constitution of the Republic of Poland. Vol I. Commentary to Articles 1–86, Warsaw 2016, Legalis and indicated literature.

1.1. The dignity of the working man in international and European Union law

1.1.1. The dignity of the working man in international law

First references to human dignity in the acts of international law appeared after the Second World War[10]. The Charter of the United Nations[11] of 26 June 1945 establishing the United Nations in the second paragraph of the Preamble, states: "*We, the Peoples of the United Nations determined* (...) *to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small*". On 10 December 1948, the United Nations adopted the Universal Declaration of Human Rights. It was acknowledged in the Declaration's Preamble that the recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world. In Article 22, the Declaration stipulates that "*everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.*"

In Article 23, the Declaration lists the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment, the right to equal pay for equal work, the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection, as well as the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

The Annex to the Constitution of the International Labour Organisation – the Declaration of Philadelphia of 10 May 1944 stipulates in Section II that "all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity; the attainment of the conditions in which this shall be possible must constitute the central aim of national and international policy."

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 which belongs to the law system of the Council of Europe[12] does not mention dignity or human dignity, but full recognition of dignity that is pertinent to all is stipulated in the Preamble to Protocol No. 13 of the Convention, regarding the abolition of the death penalty regardless of circumstances. The core human rights documents issued by the Council of Europe include the European Social Charter signed in Turin on 18 October 1961, also the Revised European Social Charter signed on 3 May 1996 (not ratified by Poland). The initial content of the European Social Charter did not refer to dignity, but the Revised European Social Charter, in Article 26 contains the right to dignity at work. Pursuant to Article 26 of the Charter:

"*With a view to ensuring the effective exercise of the right of all workers to protection of their dignity at work, the Parties undertake, in consultation with employers' and workers' organisations*:

1. *to promote awareness, information and prevention of sexual harassment in the workplace or in relation to work and to take all appropriate measures to protect workers from such conduct;*

2. *to promote awareness, information and prevention of recurrent reprehensible or distinctly negative and offensive actions directed against individual workers in the workplace or in relation to work and to take all appropriate measures to protect workers from such conduct.*". The concept of dignity is combined with the prohibition of sexual harassment[13].

Dignity was also recognised in the preamble to the International Covenant on Civil and Political Rights[14] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights[15] of 19 December 1966. The International Covenant on Civil and Political Rights stipulates in its Preamble: "*The States Parties to the present Covenant, considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world, recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person* (...)"

In Article 10.1 the ICCPR stipulates that: "*All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.*"; in its Preamble the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights provides that: "*The States Parties to the present Covenant, considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world, recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person.*" In Article 7, the following was recognised: "*the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular: (a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with: (i) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work; (ii) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant; (b) Safe and healthy working conditions; (c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence; (d)*

10 W. Jedlecka, Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna porządku prawa Unii Europejskiej (Human dignity as the axiological basis of the European Union's legal order), [in:] Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych (Modern concepts for the protection of freedoms and fundamental rights), ed. A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz, Wrocław 2013, p. 168 et seq.

11 Journal of Laws 1947, No 23, item 90 as amended

12 Journal of Laws 1993, No 61, item 284 as amended

13 More extensively D. Dörre-Nowak, Ochrona godności i innych dóbr osobistych pracownika (Protection of the dignity and other personal rights of the worker), Warsaw 2005, C.H. Beck, p. 208.

14 Journal of Laws 1977, No 38, item 167.

15 Journal of Laws 1977, No 38, item 169.

15 A. Wróbel (ed.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz. (The Charter of Fundamental Rights of the European Union. Commentary) Warsaw 2013, Legalis.

Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays". Also, Article 13.1 states that "*The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms.*".

In conclusion, at the level of international law, human dignity appears in the preamble and in the substantive provisions of international agreements guaranteeing the right or freedom, whereby dignity is understood as the basis and justification for further rights and freedoms or as part of certain rights or freedoms, such as liberty and equality or the right to education or the right of persons deprived of their liberty to be treated with respect for their dignity[16]. In the Covenants, dignity is conceived as the inherent human dignity, so it seems that it should be understood as a value belonging to every human being.

1.1.2. The dignity of the working man in European Union law

The issue of human dignity has taken on a new meaning following the signature of the Lisbon Treaty on 13 December 2007. The European Union has entered a new phase of integration. After 2007, economic integration took on a social dimension[17]. The Treaty of Lisbon and the Charter of Fundamental Rights[18] indicate human dignity as the fundamental value on which the European Union is based. The Preamble stipulates that the European Union is built on indivisible, common values: human dignity, freedom, equality and solidarity, and it is based on the principles of democracy and the state of law. Article 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union says that human dignity is inviolable and it must be respected and protected. It is the basis and source justifying all rights, freedoms and principles stipulated by the Charter of Fundamental Rights of the European Union[19].

The Charter's provisions include a number of rights, including work-related rights, which apply to every human being.

1.2. Human dignity in the Constitution of the Republic of Poland

According to Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland, inherent and inalienable human dignity constitutes a source of freedom and rights of the human being and citizen. It is inviolable and its respect and protection is the duty of public authorities.[20]. The Constitution does not define the concept of human dignity, but decides on the recognition of man as a subject of law. The fundamental rights and freedoms of man and citizen are related to human dignity and form the constitutional system of values. The lack of a definition of human dignity results from the fact that it is a sphere of personality concretised in the sense of self-esteem of man and expectation of respect from other people; this sense is variable, it is shaped by external factors determined by culture, history, religion, as well as internal factors, features of the human psyche.[21]. This approach to dignity is objective, it is an inherent attribute to which everybody is entitled. The provision of Article 30 of the Constitution of RP is of general character, because it is addressed to everybody, including private law bodies[22]. The prohibition of human dignity violation is absolute and applies to everyone. Inviolability means that neither private nor public authority can deprive or in any way diminish the dignity of another human being. The obligation to respect and protect dignity was imposed on the public authorities of the State. As a consequence, any action taken by the public authorities must, on the one hand, take account of the existence of a certain sphere of autonomy within which a person can fully realise himself socially and, on the other hand, must not lead to the creation of legal or factual situations which take away the individual's sense of dignity. Public authorities are obliged to respect dignity – namely not to infringe it by their actions, but also to protect it, by creating a system of procedures, legal orders and prohibitions to prevent any violation or threat to dignity[23]. The state authority should also create relevant conditions that enable preserving dignity.

The prerequisite for respecting human dignity understood in this way is, inter alia, the existence of a certain minimum material status, ensuring the individual's ability to function independently in the society and creating opportunities for every human being to fully develop his or her personality in the surrounding cultural and civilisational environment.[24]. Notwithstanding the above, in the case law and in the doctrine there is a consensus that the principles of respecting human dignity for an individual do not result in the obligation of a legal unit to make certain performances or for certain amounts of these performances[25]. Human dignity is the source of the right to work, which stems from the human right to life, freedom of work, the right of association, the right to collective bargaining and the right to rest[26].

Article 24 of the Constitution of the Republic of Poland is worth pointing out here, as it stipulates that "*Work shall be protected by the Republic of Poland. The State shall exercise supervision over the conditions of work.*" The Constitution does

16 W. Jedlecka, Godność człowieka ... p. 167.

17 The Charter of Fundamental Rights is a set of fundamental human rights and citizenship obligations adopted and signed on 7 December 2000 by the Nice European Council on behalf of the three bodies of the European Union: Parliament, the EU Council and the Commission, reiterated, with some amendments, signed by the presidents of these bodies at the Lisbon Summit on 12 December 2007; the Official Journal of the EU of 30 March 2010, C No 83, item 389; B. Banaszak, Zalety i wady Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Advantages and disadvantages of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), Parliamentary Review, 2(85)/2008, p. 9 et seq.

18 A. Wróbel, [in:] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Komentarz, (The Charter of Fundamental Rights of the European Union. Comments) ed. A. Wróbel, Warsaw 2013, C.H. Beck, p. 28.

19 More extensively K. Complak, Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle Konstytucji RP (Notes on human dignity and its protection in the light of the Constitution of the Republic of Poland), Parliamentary Review 5(28)/98, p. 41 et seq.

20 B. Banaszak, Constitution of the Republic of Poland. Comments. Second edition, Warsaw 2012, Legalis and literature described therein

21 M. Safjan, L. Bosek (ed.), Constitution of the RP..., Legalis.

22 Judgment of the Constitutional Tribunal of 4 April 2001, K 11/00, Legalis.

23 Judgment of the Constitutional Tribunal of 4 April 2001, K 11/00, Legalis; Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 May 2001, K 19/00, Legalis.

24 L. Garlicki, Commentary to Article 30 of the Constitution section III, [in:] Constitution of the Republic of Poland. Commentary, ed. L. Garlicki, vol. III, Warsaw 2003. p. 22 and literature indicated there.

25 T. Zieliński, Podstawy rozwoju..., p. 76.

26 T. Liszcz, Aksjologiczne podstawy prawa pracy..., p. 41.

not provide a definition of the term "work" but it is stated in literature that the protection of work is in fact the protection of a working person[27]. So the object of protection is the human being rather than work[28]. Article 24 of the Constitution applies to all work, including also the work of those who perform it under civil law contracts, self-employment, work of farmers and unpaid labour[29]. This group may include also work performed by employers and business people who are not employers[30]. The work protection under Article 24 of the Constitution involves an obligation to create labour legislation, particularly in the context of furthering human rights[31]. Article 24 of the Constitution imposes on the state the obligation to establish regulations protecting employees as well as those people who are not employees but perform work. Despite such a wide scope of labour protection, it is most often indicated that this provision justifies the existence of labour legislation, the purpose of which is to support the generally economically weaker party, that is the employee, by applying guarantees of minimum standards, and the principle of employee privilege[32].

On this basis, I claim that also the Constitution of the Republic of Poland, applies the protection of human dignity and rights and freedoms resulting from human dignity to everyone who performs work, regardless of whether someone has an employment relationship or not.

1.3. Human dignity in the Polish Labour Code

In the polish literature an attempt was made to separate personal rights in the form of "employee dignity", in the context of the violation of personal rights of a person in an employment relationship. In such a case, the employee's dignity is a particular good that is infringed[33]. The concept of isolating employee dignity did not meet with the acceptance of the doctrine's representatives and was not supported by case-law[34]. The division into human dignity and employee dignity seemed artificial and it was stated that there was no need to make such division into e.g. the dignity of a pensioner, pupil, employee, etc. Human dignity is a broad and inclusive concept, and violation of human dignity in labour relations can only take on a special form resulting from the specificity of the employment relationship. All discussions ended with the entry into force of Article 11^1 of the Labour Code, according to which the employer is obliged to respect the dignity and other personal rights of the employee[35]. Although the protection of dignity in the provisions of the labour law is limited in scope, because it applies to persons employed under an employment relationship, the axiological problems of the labour law are not limited only to regular employment. Human dignity in the sphere of work is a universal value independent of the basis of employment. Within the meaning of the Labour Code, dignity is an objective value of every human being, independent of secondary characteristics and self-esteem.[36]. Such an understanding of the concept of dignity is consistent with the constitutional meaning presented above[37], the only difference being that it refers to a human being as an employee[38]. The function of Article 11^1 of the Labour Code is to emphasise the need to protect the dignity of the employee in employment relationships. Such an employee's dignity may be violated by the employer's behaviour consisting, among other things, in verbal or active insults, committing indecent acts against the employee, giving false opinions about the employee, unjustified disciplinary penalties, or disclosing information subject to personal data protection without the employee's consent[39]. The Supreme Court stressed that the assessment of behaviour that may infringe dignity does not depend on the subjective feelings of an employee. It is not the subjective perception of the person who demands legal protection but the objective reaction of the public that is of importance here[40].

Protection of employee dignity in the Polish Labour Code is subject to universal protection of personal rights (based on the Civil Code). Employee dignity is no other value than "human dignity".

The difference is that the violation of human dignity in an employment relationship takes a special form (e.g. discrimination, sexual harassment, mobbing) and then the employee is entitled to specific claims. A person performing work outside the employment relationship only benefits from the protection of civil law and not from labour law. Labour law, for obvious reasons, refers to an employment relationship.

27 A. Sobczyk, Labour law in the light ..., p. 55; P. Nowik, Aksjologia w prawie pracy?(Axiology in labour law), [in]: Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (Axiological foundations of labour law and social insurance), Wydawnictwo Ars Boni et Aequi, Poznań 2014, -.144.

28 B. Banaszak, Constitution of the Republic of Poland. Commentary, C.H. Beck, Warsaw 2009, p. 140–141.

29 M. Safjan, L. Bosek (ed.), Constitution of the RP...., Legalis.

30 M. Seweryński, Dylematy prawnej ochrony pracy (Dilemmas of legal labour protection), [in:] Z. Kubot, T. Kuczyński (ed.), Z zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego. Księga Jubileuszowa Profesora Herberta Szurgacza (From the issues of labour law and social law. Professor Herbert Szurgacz's Jubilee Book), Warsaw 2011, p. 218–219.

31 Judgment of the Constitutional Tribunal of 4 October 2005., K 36/03, Legalis.

32 J. Jończyk, Spory ze stosunku pracy (Disputes in the employment relationship), Warsaw 1965, PWN, p. 135; J. Jończyk, Zagadnienie ochrony dóbr osobistych w prawie pracy, (The issue of protection of personal rights in labour law), State and Law 1963, No 5-6, p. 818 et seq.; J. A. Piszczek, Cywilnoprawna ochrona godności pracowniczej (Civil law protection of workers' dignity), Toruń 1981, p. 47–48; I. Boruta, Godność człowieka – kategorią prawa pracy (Human dignity – a category of labour law), Labour and Social Security 8/2001, p. 2 et seq.

33 P. Księżak, [in:] Pyziak-Szafnicka, Księżak, Civil Code Commentary, 2014, p. 282; D. Dörre-Nowak, Ochrona godności... p. 131 et seq.; Judgment of the Supreme Court of 16 November 2000., I PKN 537/00, Legalis.

34 W. Perdeus, [in:] Labour Code. Commentary, ed. K.W. Baran, Warsaw 2012, p. 94 et seq.

35 T. Liszcz, Prawo pracy, Warsaw 2011, LexisNexis, p. 80.

36 Tak T. Liszcz, Godność pracownika – instytucja XIX w (Employee dignity – an institution of the 19th century), [in:] Encyklopedia prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Komentarz do instytucji prawnych (Encyclopedia of labour law and social security. Commentary to legal institutions), ed. L. Florek, Warsaw 2000.

37 D. Dörre-Nowak, Ochrona godności..., p. 132.

38 Judgment of the Supreme Court of 21 October 2008, II PK 71/08, Legalis; Judgement of the Court of Appeal in Poznań of 23 February 2017, III APa 2/17, Legalis.

39 Judgment of the Supreme Court of 8 October 2009 r., II PK 111/09, Legalis 288237.

40 A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący..., p. 42.

2. Protection of employees' dignity or protection of dignity of working people

Labour law concerns the special relationship between an employee and an employer which is based on the principle of employee's subordination. This leads to the labour law extending absolute protection over the dignity of each person who performs work on terms corresponding to an employment relationship. However, there are individuals who are not protected by labour law and perform work outside an employment relationship, for instance under civil law contracts. They are deprived of all or some rights and freedoms originating from human dignity (the right to exercise the rights related to parenthood, to paid holiday, the right to the minimum remuneration for work, to social security, the right of association etc.). The needs that should be satisfied by these rights and freedoms are not exclusively applicable to employees, but to all "working people"[41]. The protection of non-employee interests becomes necessary because work that was once regularly performed under an employment relationship can be – and is now – performed under civil law contracts and self-employment. I am not referring at this point to the apparent civil-law contracts that de facto conceal the employment relationship. The outsourcing of services that used to be performed by employees, to external entities – under civil law contracts and the provision of services by the so-called self-employed (cleaners, drivers, nurses, IT specialists, lawyers) is a common phenomenon today, and does not always mean that these legal relationships are concealed employment contracts.

It is quite clear that regardless of the name of the contract, if certain work is performed on the terms and conditions of an employment relationship, it is an employment relationship. The problem is slightly different and concerns people who actually perform work on the basis of a non-employment relationship. They also have human rights and freedoms, including employee's rights.

It is worth considering whether or not labour law should also protect other non-employee legal relationships. This is justified by the need to warrant their human rights and freedoms also to non-employees, as guaranteed by international, EU and national law. After all, the needs of these people (health care, protection of family, safe and healthy working conditions) are the same as those of those who are formally employed[42]. The axiology of labour law should be based on the assumption that labour law serves to protect the dignity of working people[43]. The protection of human dignity means in fact the protection of specific rights and freedoms related to work, such as freedom to work and the right to work, the right to protection of life and health, the right to fair and equitable remuneration, protection of family, the right to the protection of personal dignity (honour), the right of association, the right to strike, the right to social participation.[44] Social rights on the Constitution level and on international (including the EU) level also apply to people who perform work under civil law contracts, are self-employed and to those who remain under a service relationship. This was rightly described by A. Sobczyk: "*Labour law, as being the predominant part of social law in relation to satisfying human needs through work, is a law of working people and not of employees.*"[45]. It is worth mentioning that from 1 January 2017 the amending provisions were implemented in Poland regarding the act on minimum remuneration for work. These new provisions introduced the minimum rate of hourly remuneration for people who perform work under some civil law contracts. Also with regard to social security, civil law contracts entered into with anybody's employee are understood as employment contracts.

41 A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący..., p. 42.

42 Ibidem

43 Cf. A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący..., p. 38-39

44 T. Liszcz, Aksjologiczne podstawy prawa pracy..., p. 25 -26.

45 A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący..., p. 42.

3. What challenges do labour law face in the context of comments on human dignity?

An interesting view on labour is presented by the contemporary social teachings of the Catholic Church and Pope Francis in the Encyclical Laudato Si of 24 May 2015. He points out that the orientation of the economy towards technology rather than man leads to a reduction of labour costs and an increase in profit, but this is done at the cost of reducing the number of jobs. However, investing in people, their skills, creativity and individualism allows people to find their place in society. Pope Francis says: "*The mere declaration of economic freedom, when real conditions make it impossible for many to have access to it, and when access to work is restricted, becomes a discourse full of contradictions that discredits politics. Entrepreneurship, a noble vocation aimed at creating wealth and improving the world for all, can be a very fruitful way of promoting the region in which it operates, especially if it accepts that job creation is an unavoidable part of its service to the common good.*"[46]. Labour rights are human rights. Man is the subject of work. Social human rights set a certain standard for working people. Therefore, universal protection of human dignity should be the axiological starting point for ensuring adequate protection not only for employees, but also for other people who work for a living.[47]. Even more so because nowadays the employment contract regulated in the labour law regulations is not the most popular form of providing work. Moreover, employment contracts differ in the scope of protection granted to an employee (in particular in terms of protection against dismissal or termination – when comparing the principles of termination of employment contracts for a definite period of time and for an indefinite period of time). The popularity of civil law contracts and self-employment is growing. For many people, these are the only forms of earning money, with no views of establishing an employment relationship.

When creating legislation in the field of labour law, one must not lose sight of the human being and human needs. The need to protect human dignity is connected with the need to satisfy specific human needs. Guaranteeing specific rights to employees (or more broadly to persons providing work) means imposing obligations on employers.[48] Labour law must, by its very nature, weigh the interests of the parties to the employment relationship. Obviously, it cannot be argued that employees' rights are more important than employers' rights, but fundamental workers' rights guarantee employees' subjectivity independent of any conflict of interest[49]. Fundamental rights are needed to remove inequalities in access to rights and to reduce disparities in the exercise of individual rights. There is no doubt that human dignity is one of the most important values on which the legal systems of Europe and Poland are based. There is also no doubt that human dignity is the foundation on which labour law is based, and labour law is a valuable asset to civilisation.[50].

In conclusion, human dignity is the value around which all forms of work provision revolve. Human dignity and the right of every human being to the enjoyment of second-generation rights can be the basis on which the employment relationship could be redefined in the future. Perhaps we are on the eve of the introduction of the presumption of the existence of an employment relationship.[51]. Of course, a balance must be struck between protecting working people and employers' obligations. However, this is a topic for the next study. I will only indicate one of the possibilities. A way to balance the interests of employers could be to deformalise the application of labour law by small employers[52].

46 https://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_pl.pdf; access on 4 September 2019.

47 A. Sobczyk, Prawo i człowiek pracujący ..., p. 42; Similarly in L. Mitrus, Godność jako podstawa aksjologiczna ... p. 142.

48 L. Mitrus, Godność jako podstawa aksjologiczna ..., p. 141.

49 M. Madejski, Perspectives of axiology of labour law in the era of economic globalization, Legal, Economic and Sociological Movement, Year LXXV – volume 1/2013, p. 71; L. Florek, Ochrona praw i interesów pracownika (Protection of rights and interests of an employee), PWN, Warsaw 1990, p. 34 et seq.; A. Szałkowski, Stosunki pracy jako problem polityki społecznej (Employment relationships as social policy issue), Polityka Społeczna 3/1997, p. 2; M. Mikołajewska-Boning, Ochrona interesu pracodawcy w polskim prawie pracy, Europejskie Centrum Edukacyjne (Protection of the employer's interest in Polish labour law, European Educational Centre), Toruń 2006, p. 56 et seq.; M. Latos-Miłkowska, Ochrona interesu pracodawcy (Protection of the interests of the employer), LexisNexis, Warsaw 2013, p. 38 et seq.

50 P. Nowik, Aksjologia w prawie pracy?..., p. 148.

51 Cf. Ł. Pisarczyk, Wstęp do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – poszukując aksjologii prawa pracy (Introduction to the Constitution of the Republic of Poland – seeking axiology of labour law), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (Axiological foundations of labour law and social insurance), Wydawnictwo Ars Boni et Aequi, Poznań 2014, p. 149; M. Gersdorf, Prawo zatrudnienia (The Right to Employment), C.H.Beck, Warsaw 2013, p. 15 et seq.;

52 Cf. proposals of the Commission for Codification of Labour Law presented in the resolution of 14 March 2018 on the draft Act – Labour Code and the draft Act – Collective Labour Law Code) https://www.gov.pl/web/rodzina/bip-teksty-projektu-kodeksu-pracy-i-projektu-kodeksu-zbiorowego-prawa-pracy-opracowane-przez-komisje-kodyfikacyjna-prawa-pracy, access on 5 September 2019 r.; J. Męcina, Social policy and labour market 4.0 and the future of labour law, i.e. axiological and pragmatic dimension of challenges in work on a new labour code, Studies in the field of labour law and social policy 25/2018, p. 323 et seq.

Summary

Contemporary labour law is a vast field. The European Union has seen a systematic progress in integration in the social spheres. It seems that it is time to ask questions about the values being the underlying reasons for developing labour law – also of European labour law. The development of labour law is taking place in shadow of the conflict of interest between employees and employers. I am in favour of recognising that the value of human dignity – the dignity of a person who is a carrier of the work, as well as the protection of human dignity and guaranteeing fairness in the workplace should be a seen as a value superior to politics, economy and the free market. It is justified that the right to work (dignity of labour) should be protected better than capital. The purpose of this study is to show the acts of international law and European law which appeal to human dignity.
My thesis is that creating a consistent system of values driven by labour law is impossible on the international level without granting them the legal name. An analysis of the acts of international law will show that human dignity was and is a core value recognised by the law. The labour law of the European Union is founded on basic human rights, so I will present in what way the EU legislator protects human dignity.

Key words
dignity, employee, worker, human rights, employer, employees rights, non-employment contract

Bibliography

Banaszak B., Zalety i wady Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Advantages and disadvantages of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), Przegląd Sejmowy, 2(85)/2008

Boruta I., Godność człowieka – kategorią prawa pracy (Human dignity – a category of labour law), Prawo Pracy I Zabezpieczenie Społeczne 8/2001

Dörre-Nowak D., Ochrona godności i innych dóbr osobistych pracownika (Protection of the dignity and other personal rights of the worker), Warsaw 2005, C.H. Beck

Drzewicki K., Prawo do pracy jako normatywny agregat międzynarodowej ochrony praw człowieka (The right to work as a normative aggregate of the international protection of human rights), [in:] Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu (Freedom and justice in employment. Memorial book dedicated to the President of the Republic of Poland Professor Lech Kaczyński), ed. M. Seweryński, J. Stelina, Gdańsk 2012

Florek L., Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych, Państwo i Prawo (Constitutional guarantees of employee rights, State and Law) 11-12/1997

Florek L., Ochrona praw i interesów pracownika (Protection of rights and interests of an employee), PWN, Warsaw 1990

Jedlecka W., Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna porządku prawa Unii Europejskiej (Human dignity as the axiological basis of the European Union's legal order), [in:] Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych (Modern concepts for the protection of freedoms and fundamental rights), ed. A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz, Wrocław 2013

Jończyk J. , Spory ze stosunku pracy (Disputes in the employment relationship), Warsaw 1965, PWN

Jończyk J., Zagadnienie ochrony dóbr osobistych w prawie pracy, (The issue of protection of personal rights in labour law), Państwo I Prawo 1963, No 5-6;

Kobroń Ł., Filozoficzne i aksjologiczne podstawy wolności zrzeszania się pracowników i pracodawców, Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej (Philosophical and axiological foundations of freedom of association of employees and employers, Studies in labour law and social policy) 2014

Latos-Miłkowska M., Ochrona interesu pracodawcy (Protection of the interests of the employer), LexisNexis, Warsaw 2013

Liszcz T., Aksjologiczne podstawy prawa pracy. Zarys problematyki (Axiological foundations of labour law. Outline of problems,) Lublin 2018, Maria Curie – Skłodowska Publishing House

Liszcz T., Prawo pracy, Warsaw 2011, LexisNexis

Liszcz T., Godność pracownika – instytucja XIX w (Employee dignity – an institution of the 19th century), [in:] Encyklopedia prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Komentarz do instytucji prawnych (Encyclopedia of labour law and social security. Commentary to legal institutions), ed. L. Florek, Warsaw 2000

Madejski M., Perspectives of axiology of labour law in the era of economic globalization, Legal, Economic and Sociological Movement, Year LXXV – volume 1/2013
Mikołajewska-Boning M., Ochrona interesu pracodawcy w polskim prawie pracy, Europejskie Centrum Edukacyjne (Protection of the employer's interest in Polish labour law, European Educational Centre), Toruń 2006

Mitrus L., Godność jako podstawa aksjologiczna praw pracowniczych (Dignity as the axiological basis for workers' rights), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, (Axiological foundations of labour law and social insurance), ed. Ars Boni et Aequi, Poznań 2014

Nowik P., Aksjologia w prawie pracy?(Axiology in labour law), [in]: Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (Axiological foundations of labour law and social insurance), Wydawnictwo Ars Boni et Aequi, Poznań 2014

Perdeus W., [in:] Kodeks Pracy. Komentarz, ed. K.W. Baran, Warsaw 2012

Pisarczyk Ł., Wstęp do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – poszukując aksjologii prawa pracy (Introduction to the Constitution of the Republic of Poland – seeking axiology of labour law), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (Axiological foundations of labour law and social insurance), Wydawnictwo Ars Boni et Aequi, Poznań 2014, p. 149; M. Gersdorf, Prawo zatrudnienia (The Right to Employment), C.H.Beck, Warsaw 2013

Piszczek J. A., Cywilnoprawna ochrona godności pracowniczej (Civil law protection of workers' dignity), Toruń 1981

Safjan M., Bosek L. (ed.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Kometarz do artykułów 1–86, Warsaw 2016, Legalis

Sanetra W., Ogólnie o aksjologicznych podstawach prawa pracy (A general discussion of the axiological foundations of labour law), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, (Axiological foundations of labour law and social insurance), ed. M. Skąpski, K. Ślebzak, Poznań 2014, Wyd. Ars Boni et Aequi

Sanetra W., Prawa (wolności) pracownicze w Konstytucji (Workers' rights (freedoms) in the Constitution) Praca I Zabezpieczenie Społeczne 11/1997

Seweryński M., Dylematy prawnej ochrony pracy (Dilemmas of legal labour protection), [in:] Z. Kubot, T. Kuczyński (ed.), Z zagadnień prawa pracy i prawa socjalnego. Księga Jubileuszowa Profesora Herberta Szurgacza (From the issues of labour law and social law. Professor Herbert Szurgacz's Jubilee Book), Warsaw 2011

Skąpski M., Problem obiektywizacji systemu wartości jako podstawy rozważań nad treścią norm prawa pracy (The problem of objectivisation of the value system as a basis for considering the content of labour law norms), [in:] Aksjologiczne podstawy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (Axiological foundations of labour law and social insurance), ed. M. Skąpski, K. Ślebzak, Poznań 2014, Wyd. Ars Boni et Aequi

Szałkowski A., Stosunki pracy jako problem polityki społecznej (Employment relationships as social policy issue), Polityka Społeczna 3/1997

Ślebzak K., Antydyskryminacyjne prawo Unii Europejskiej w dziedzinie zatrudnienia w orzecznictwie TSUE – zakres i podstawowe pojęcia, Praca i Zabezpieczenie Społeczne (European Union anti-discrimination law in the field of employment in the jurisprudence of the CJEU – scope and basic concepts) 9/2013

Tuleja P., Prawo jednostki do ochrony przed wykluczeniem a konstytucyjne zadanie państwa (The individual's right to protection against exclusion and the constitutional task of the state), [in:] Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego (Contemporary challenges to human rights in the light of Polish constitutional law), ed. Z. Kędzia, A. Rost, Poznań 2009

Wróbel A. (ed.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz. (The Charter of Fundamental Rights of the European Union. Commentary) Warsaw 2013, Legalis

Wróblewski J. [in:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, Teoria państwa i prawa (Theory of the state and law), Warsaw 1986

Wyka T., W poszukiwaniu aksjologii prawa pracy – o roli encykliki Laborem exercens Jana Pawła II (In search of the axiology of labour law – the role of the encyclical Laborem exercens by John Paul II) Monitor Prawa Pracy 9/2011

Zieliński T., Podstawy rozwoju prawa pracy (Foundations of labour law development), Warsaw Kraków 1988

Żołyński J., O potrzebie poszukiwania aksjologii w rozwiązywaniu sporu zbiorowego pracy (w zbiorowym prawie pracy) (The need to search for axiology in solving collective labour disputes (in collective labour law)), [in:] Z zagadnień stosowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 85 urodzin Profesora Stanisława Malarskiego (From the issues of law enforcement. Jubilee book on the occasion of Professor Stanisław Malarski's 85th birthday), ed. A. Rogacka – Łukasik, D. Fleszer. Vol. I, Sosnowiec 2016

Método de avaliação de aspectos de privacidade usando técnicas arquiteturais.

Reginaldo Arakaki*

Professor Doutor do Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais

Escola Politécnica da Universidade de São Paulo

Dayane Marciano de Oliveira Castro**

Advogada, Consultora Jurídica em Proteção de Dados e Inovação Tecnológica

*As linhas de pesquisas são voltadas para técnicas arquiteturais, com destaques em Internet das Coisas (IoT), microsserviços, arquiteturas tolerantes a falhas e transformação digital

** Especialista em Direito e Tecnologia da Informação pela USP (2016). Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP, com ênfase em Crimes Digitais

Resumo

A avaliação de aspectos críticos de um sistema está ligada a seus aspectos não funcionais tais como capacidade de processamento em termos de volume, tempos de respostas, consumo de recursos, integridade e privacidade dos dados, tolerância a falhas, disponibilidade, entre outros.

As avaliações de tais aspectos exigem procedimentos sofisticados difíceis de serem realizados pela complexidade dos sistemas quando este está em produção ("run time"), pois as plataformas de hardware incluem diversos servidores, elementos de redes, elementos de segurança. Por outro lado, as plataformas de hardware incluem as configurações de programas em processos paralelos, instâncias de execução em "threads", protocolos de integração, drivers de dispositivos. Como medir cada elemento deste em aspectos como privacidade ou disponibilidade, por exemplo?

Esse trabalho propõe apresentar o uso de técnicas de arquitetura em medições e avaliações dos aspectos de privacidade de dados e de transações, que consideram mecanismos de arquiteturas, requisitos não funcionais direcionados por "business drivers" do sistema. O destaque maior deste método, além da repetibilidade, é o seu fundamento baseado no domínio da aplicação de negócio, o que garante uma abordagem bastante precisa e direta na obtenção dos resultados de avaliação. Outro destaque da técnica é a de que a sua aplicação não é exclusiva em sistemas em produção "run time" – é bastante eficiente também durante o ciclo de desenvolvimento.

Ao final, resultados obtidos do método serão ilustrados como prática da técnica em sistemas de comércio eletrônico e em sistemas de transações financeiras.

Palavras-chaves: aspectos arquiteturais, técnicas arquiteturais, privacidade, LGPD, GDPR, privacidade *by design*.

1. Introdução e Motivações

A lei geral de proteção de dados brasileira (LGPD) é moderna na medida em que enfatiza a importância dos cuidados com a privacidade dos dados[GDPR] [LGPD], considerando um contexto muito complexo e sofisticado do dia de hoje que uma sociedade digital, onde pessoas, coisas, cidades, casa, automóveis estão cada vez mais conectados digitalmente – ou seja, a conexão digital implica em processamento computacional, local ou remotamente, sobre dados. O titular destes dados, portanto, deve ter controle de uso dessas informações. O controlador dos dados deve ter os seus procedimentos e sistemas que evidenciem estes cuidados sobre os dados para que a fronteira da privacidade e das autorizações concedidas não sejam ultrapassadas. Aqui cabe uma reflexão: este mundo digital é extremamente sofisticado é de difícil entendimento por leigos. Senão vejamos: internet das coisas, inteligência artificial, realidade aumentada, realidade virtual, algoritmos criptográficos de transações financeiras e assim por diante. Por outro lado, os usuários são leigos. Não são todos especialistas digitais ou especialistas em lei como a LGPD. Como o leigo pode ter a confiança de que seus dados estão sendo utilizados de maneira a respeitar as fronteiras estabelecidas pela lei? É um grande desafio mapear e controlar estas condições de uso dos dados.

Um sistema de TI organiza os dados dos clientes de forma a permitir uma série de processamentos, transações e registros. Com isso, funções como cadastrar, consultar, comprar, pesquisar, pagar, acompanhar a compra e alterar dados cadastrais envolvem processamentos computacionais. Segundo [Knuth], um programa de computador para que possa executar as funcionalidades previstas necessita de algoritmos aplicados sobre os dados. Dentro deste modelo, os dados são utilizados pelo processamento que geram novos dados transformados do original, num ciclo contínuo. Para facilitar, então a discussão sobre a privacidade, cabe um modelo aqui denominado de ciclo de vida.

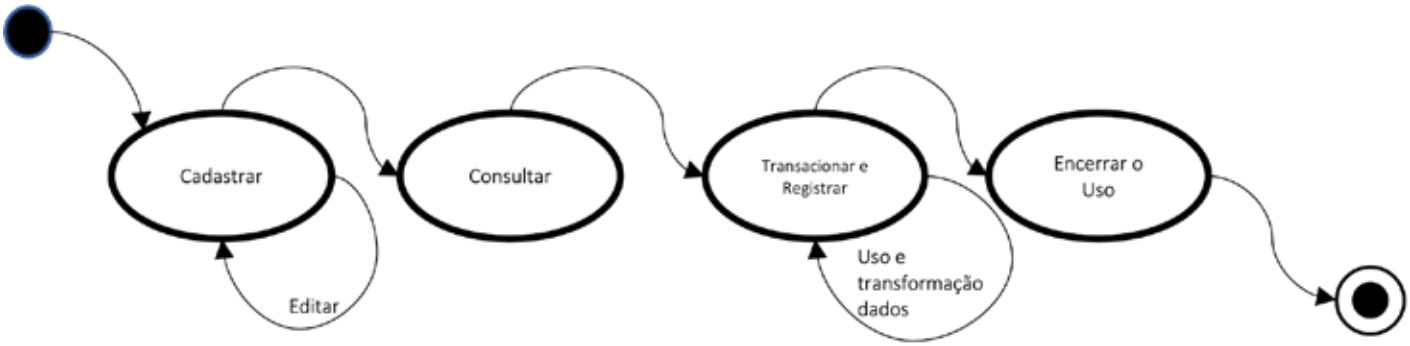


Figura 1 – Ciclo de vida dos dados de um cliente desde criação até encerrar o uso.

Na figura 1, pode-se definir um modelo de ciclo de vida de uso dos dados do cliente, desde o seu cadastramento até a sua opção por não usar mais o sistema. Neste modelo, podemos de forma simplificada entender como os dados de um cliente podem ser usados por um sistema e, com isso, usar como referência para discutir alguns aspectos de privacidade dos dados:

- O cadastramento solicita dados das pessoas, que incluem desde dados pessoais como de residência, profissão, contatos entre outros. Neste ponto do ciclo, é usual o consentimento de uso dos dados;

- A consulta sobre esses dados ocorre pelos interessados por estes dados;
- Transacionar e registrar acontecem nas funcionalidades específicas do sistema[1]. Se for um sistema bancário, as transações financeiras e não financeiras produzem mais dados transformados dos originais como, por exemplo, lançamento de depósitos, saques, pagamentos, transferências e outros baseados nos dados dos clientes. Sempre importante destacar que novos dados são produzidos neste ponto do ciclo e cabem, obviamente, análises de privacidade;

- Encerrar o uso termina o ciclo de vida. Nesta situação apagar os dados dos clientes, indica que todos os registros referentes a eles devem ser deletados. Os espaços digitais[2] onde os dados do cliente são distribuídos devem garantir que os dados do cliente são deletados. Muitas vezes, os registros de dados ao invés de serem deletados fisicamente, ficam armazenados como desativados. Será que o cliente é comunicado sobre isso? Obviamente, novas oportunidades de discussão sobre privacidade emergem.

O ciclo de vida dos dados dos clientes evidencia como pode ser bastante complexo o controle sobre os dados. A etapa do ciclo – transacionar e registrar – corresponde ao principal estágio. Nesse estágio, muitos dados são criados pelas transações e podem estar espalhados em outros espaços digitais diferentes ao utilizados no cadastramento inicial. E neste caso, cabem duas perguntas: o cliente está consciente deste espalhamento? O cliente autorizou o espalhamento e o uso dos dados, conforme os sistemas transformaram e

1 No exemplo do texto, ilustrou-se um sistema bancário. Poderia ser um sistema de comércio eletrônico; poderia ser um aplicativo em smartphone de músicas. Todos eles, o ciclo de vida se aplica. Sempre destacando que no ciclo "transacionar e registrar", novos dados são criados e muitas vezes não ficam confinados no mesmo espaço digital do cadastramento dos dados do cliente, ampliando as possibilidades de avaliação da privacidade.

2 Espaço digital – Os registros de dados de clientes podem ser armazenados em servidores locais, virtuais, em nuvens privadas, híbridas ou públicas. Sempre lembrando que podem ser espalhados e quando há a distribuição destes dados para outros sistemas – exemplo: os dados da rede social são distribuídos para sistemas de comercio eletrônico, sistemas bancários, sistemas de entretenimento, esses espaços digitais se diversificam sobremaneira.

registraram? Veja que essas simples perguntas podem ser de respostas bastante sofisticadas, especialmente sob o ponto de vista de controle.

Cabe ainda como motivação deste trabalho a reflexão de como pode ser difícil aferir se os requisitos de lei estão bem implementados de maneira controlada? Os documentos de consentimento assinado pelo cliente estão de acordo com os fluxos técnicos do sistema? Um exemplo para ilustrar tais questões: o cliente assinou o termo de consentimento sobre o uso de seus dados em um site de vendas de passagens. Dessa forma todos as transações, busca e identificação de perfil de viagens do cliente está sob esse controle. Porém uma técnica de inteligência artificial produz algoritmos de predição em gastos não de viagens, mas associados a eles como entretenimentos, compras, e outros, porém sem o consentimento do cliente. Esse processamento prevendo novos consumos para os clientes e a realização de recomendações é válido em termos de lei? Se não estiver, o sistema não está aderente, como controlar? Como provar que os dados dos clientes estão sendo usados com o seu conhecimento? Nos próximos itens vamos avançar num método que pode facilitar a avaliação destes aspectos.

Objetivo do Artigo

Pretende-se neste trabalho apresentar um método para aferir a aderência de um sistema de TI em relação à lei LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), em termos de adequação, controle e conhecimento dos envolvidos como o controlador e os titulares dos dados. Aspectos relacionados a multas, consentimentos, direitos de acessos, notificação de brechas, portabilidade dos dados, direito de ser esquecido e de que a privacidade foi obtida por projeto (*by design*).

2. As visões arquiteturais de um sistema de TI

Para se estabelecer uma arquitetura de referência adotou-se aqui o modelo de visões do RM ODP (*Reference Model for Open Distributed Processing* – ISO 10 746) [RM ODP]. Esse modelo descreve um sistema por 5 visões a partir das quais pode-se detalhar um sistema. Ver figura 2.

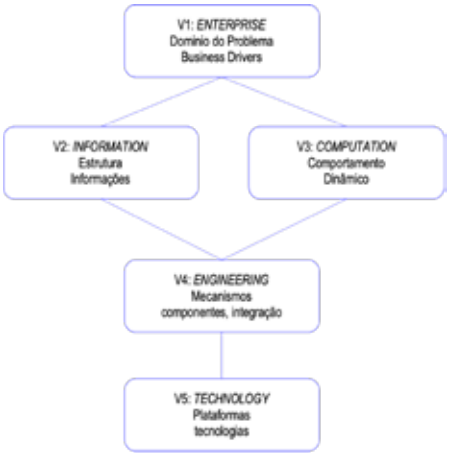


Figura 2 – Modelo de visões de arquitetura do RM ODP / ISO 10 746.

As visões RM-ODP permitem organizar aspectos de um sistema de software relacionando a criticidade dos processos de negócio, aos requisitos funcionais e não funcionais, aos mecanismos computacionais para atender aos requisitos e às plataformas tecnológicas que implementam tais mecanismos. Quando esses aspectos não são logicamente conectados, há um desequilíbrio na arquitetura do sistema, justificando o sistema com erros de arquitetura. Por exemplo, imagine-se uma funcionalidade de consulta ao saldo de uma conta corrente, observe a conexão entre o requisito não funcional tempo de resposta <= 3 segundos, em 99,6% das demandas deve estar associado a mecanismos computacionais de filas (para acessos simultâneos), timeouts (para controle de tempos), threads (para tratar paralelismo), monitoração (para tratar de rastreabilidade e predição), controle de demandas e outros. Se não existir alinhamento entre os requisitos funcionais e não funcionais com os mecanismos de engenharia da solução computacional, caracterizam-se estruturas "ad hoc", com brechas arquiteturais inadequadas.

As visões RM-ODP organizam tais racionais de decisões arquiteturais que justifiquem sistemas com atributos de qualidade controlados. Para isso os requisitos são capturados e agrupados pelas visões V1, V2 e V3, respectivamente *enterprise*, *information* e *computation*. A solução técnica de engenharia e de plataforma tecnológica que atendem aos requisitos com resultados positivos e também com os tradeoffs[3] estão nas visões V4 e V5, respectivamente, *engineering* e *technology*.

Da figura 2, da visão V1-Enterprise, os fluxos críticos, os direcionadores de negócios e as restrições (jurídicas, técnicas e de negócio) associadas à automação requerida do processo de negócio identificam os requisitos funcionais e não funcionais que, agrupados nas visões estáticas (V2-Information) e dinâmicas (V3-Computation), estabelecem a forma como as funcionalidades computacionais serão disponibilizadas aos usuários. Com isso, toda a criticidade de negócio é claramente mapeada em duas categorias de requisito: uma, definida como requisitos funcionais, está associada às funções a serem usadas por clientes, operadores e gestores do processo. Outra, definida como requisitos não funcionais, é associada aos requisitos de infraestrutura para suportar aspectos não funcionais relacionados a volumes, acessos simultâneos, segurança, usabilidade, precisão, modificabilidade e outros (ver ISO 25010). Com base neste conjunto de

3 Tradeoff de arquitetura: geralmente as decisões arquiteturais não só trazem benefícios como também contribuem com alguma dificuldade. Por exemplo, o uso de filas de demandas certamente ajuda a tratar o atributo de acessos simultâneos, por outro lado exige um tratamento mais sofisticado de processamentos por threads e também tratamento de retorno dos processamentos por mecanismos assíncronos, abrindo brechas por erros de execução, caso estes mecanismos não sejam bem elaborados impactando o atributo da precisão computacional (daí o tradeoff).

requisitos, os mecanismos computacionais adotados que compõem a solução técnica e toda a integração devem ser especificados e justificados (V4-Engineering). As plataformas de hardware, software, middleware e componentes integrados e operando constituem os elementos tangíveis de tecnologias que implementam os requisitos do sistema (V5-Technology).

A figura 2 amplia a referência RM-ODP considerando os elementos IoT (*Internet of Things*) do corpo, casa, carro e cidade conectados caracterizando assim os sistemas atuais objeto deste artigo ([GUBBI], [LANE], [BARESI]). Iniciando pela visão V1 – Enterprise, o que se pode destacar é que o virtual se conecta com o físico através das dimensões tempo real, localização geográfico (GPS e *indoor*), sensores analógicos (temperatura, pressão, velocidade, aceleração, giro, e outros específicos do processo). Envolve fluxos de negócios que integram pessoas físicas, jurídicas e coisas digitalmente conectadas. Os ganhos de negócio que estes elementos conectados podem trazer ficam claros quando mapeados nos fluxos. Por exemplo, os armários inteligentes mantêm os estoques dos produtos controlando os níveis mínimos de cada produto e acionando a aquisição eletrônica automatizada na reposição do material. Num caso de saúde, uma pessoa cardíaca passando mal é suportada por detectores de pressão e de batimentos cardíacos e a ajuda pode ser acionada de maneira mais rápida e precisa que os procedimentos tradicionais.

Os fluxos críticos de negócio alcançados integrando coisas, máquinas e pessoas em tempo real bem identificados devem originar requisitos diferenciados em relação aos processos tradicionais.

Um exercício para reflexão: No caso do comércio eletrônico envolvendo o armário inteligente, os seguintes fluxos críticos devem ser destacados: os sensores do armário devem identificar retiradas e entradas de produtos, com tempos adequados em relação ao manuseio humano de produtos no armário. O usuário tem um extrato em tempo real do material disponível, com respostas da ordem de segundos. O pedido de compra deve ser agrupado em formato específico e enviado na forma de e-mail para o usuário com o perfil de aprovador de compras. A categoria de requisito funcional deve incluir: cadastro de produtos, configuração dos sensores de entrada/saída de produtos, operação de entrada de produtos no armário, operação de retirada, extrato de produtos entre outros. A categoria de requisito não funcional deve incluir: quantidade de armários controlados, quantidade de produtos por armário, quantidade de acesso simultâneo geral e por armário, tolerância a falhas de sensores geral e por armário, tolerância a falhas da plataforma computacional e de comunicação, segurança de integridade dos elementos sensores, e-mails de alertas e comandos de compra e meios de pagamentos, entre outros.

Outro exercício referente ao corpo conectado: o cliente – cardíaco – veste equipamento durante todo o tempo de trabalho e também quando está em casa. O equipamento confirma os tempos de uso e de não uso (quando está longe do corpo). Os dados de monitoração ficam disponíveis a uma retaguarda de suporte, incluindo situações críticas de pressão e batimentos cardíacos. Nas situações críticas, alertas são enviadas para a retaguarda e para outras pessoas indicadas para tal procedimento. A categoria de requisito funcional deve incluir: cadastro de pessoas cardíacas e parâmetros de saúde e de alertas, e de outras pessoas que recebem estas alertas; os relatórios de monitoração são acessados pelo operador de retaguarda com o devido perfil de acesso; o cliente também pode acessar os relatórios de monitoração próprias, entre outras. A categoria de requisito não funcional deve incluir: segurança/integridade e privacidade das pessoas envolvidas; disponibilidade dos serviços em todo o tempo (24h x 7d); frequência de eventos de monitoração geral e por pessoa; tempos de respostas dos eventos de monitoração; tempo de resposta dos alertas enviados; quantidade de acessos geral; quantidade de acessos simultâneos; tolerância a falhas de coleta, de comunicação e de processamento, isoladas e combinadas.

A solução técnica, indicada pelas visões V4 e V5 devem garantir o atendimento aos requisitos funcionais e não funcionais. No caso de IoT, considerando retaguarda *cloud* robusta e sensores vulneráveis, os cuidados necessários para garantir a solução assumem outros níveis de cuidados: deve-se aferir se os mecanismos integrados na solução são adequados e se os respectivos *tradeoffs* estão controlados. Para isso as técnicas de engenharia podem impactar de duas formas. Uma avaliando a solução. Para isso, a visão 4 deve ser confrontada com as visões V1, V2 e V3. Deve se avaliar e analisar como os mecanismos ajudam/atendem e como prejudicam os requisitos funcionais e não funcionais do projeto. Outra aferindo a solução sobre a estrutura representada da V5-Technology. Usando aferições estáticas (fontes, protocolos, arquivos e outros) e também aferições dinâmicas (comportamento nos aspectos de atributos de qualidade relevantes a partir de cenários críticos de negócios). São testes sofisticados[4] a serem aplicados cobrindo os elementos frágeis, os robustos e a combinação deles.

Aproveitando os exemplos, no caso do armário inteligente IoT, a visão V4-Engineering agrupa os mecanismos como filas, *threads*, *timeouts*, monitoração, segurança, tratamento de coletas e comunicações de dados, tratamentos de tolerância a falhas, tratamento de volumes e acessos simultâneos. Esses elementos devem atender aos requisitos funcionais e não funcionais. Um exemplo de avaliação detectando uma possível falha de projeto, antecipando ações de correção: Não foram detectados mecanismos de verificação de autenticidade e não repúdio de dados na integração dos sensores causando impactos na segurança e integridade das funções por apresentarem vulnerabilidades. Não é preciso nem testar o sistema, ou melhor, é possível criar uma situação de ataque para evidenciar a vulnerabilidade. Um risco é detectado antecipadamente por avaliação da arquitetura. No caso de aferição de testes, ainda sobre o risco identificado, a monitoração existente da comunicação entre o sensor e o sistema já evidenciaria esta vulnerabilidade do sistema – neste caso, o teste não funcional sobre a comunicação segura. Tanto a avaliação quanto a aferição podem ser aplicadas sistematicamente usando técnicas como o ATAM[5] [ATAM].

4 Para aferição de qualidade sobre a V5-Technology, podem ser aplicadas tanto para plataformas existentes, ou seja, quando o sistema está pronto e disponível no ambiente, como também para sistema ainda não implementados. No primeiro caso, controlando-se o ambiente (pode ser o de produção, de testes, de homologação ou outro) aplica-se a aferição submetendo o sistema à bateria de testes funcionais e não funcionais. No segundo caso antecipa-se um simulador com caminhos críticos em termos de arquitetura e, sobre ele, exercitar as condições críticas de testes funcionais e não funcionais para antecipar as limitações da solução adotada.

5 ATAM – Architecture Tradeoff Analysis Method. Mais detalhes em publicações do grupo especializado em arquitetura de sistema de software da SEI/CMU.

No caso do corpo conectado, pode-se ilustrar os seguintes cenários de avaliação e aferição. No exemplo destaca-se os aspectos relacionados ao uso do IoT. Para isso, cabem as avaliações dos mecanismos de engenharia V4: Os mecanismos de persistência dos dados asseguram a privacidade dos dados do paciente na coleta, na transmissão e no armazenamento de que forma? Como os relatórios de retaguarda são elaborados e com quais políticas de privacidade? Qual o nível de criptografia da comunicação de dados entre os sensores, infraestrutura de telecomunicações, servidores locais e remotos? Um exemplo de avaliação que denota uma possível falha de projeto – o relatório solicitado pelo cliente é criado no servidor remoto e transmitido sem criptografia até o seu dispositivo móvel. Neste caso, agentes que realizam ataques do tipos "man-in-the-middle" conseguem obter dados privativos. Esta vulnerabilidade é detectada antes mesmo do sistema ser implementado, por avaliação da visão V4. Com o sistema pronto, usando agentes de monitoração da comunicação detectar-se-ia a vulnerabilidade de segurança mencionado. Outro aspecto de avaliação seria os mecanismos que tratam falhas do sensor de pressão, que isoladamente apresentam falhas de coleta por posicionamento incorreto, movimentos bruscos e outras situações. Neste caso, os mecanismos para descartes de dados usando algoritmos estatísticos para eliminar pontos fora da curva da normalidade e sugerir dados usando históricos e

VISÕES	ABRANGÊNCIA	IMPACTO NA SOLUÇÃO (importância)
V1 – ENTERPRISE	Captura do domínio do problema, os direcionadores de negócio, os fluxos críticos e os riscos de negócio. A percepção adequada do fluxo de negócio afeta diretamente a definição correta do sistema.	Afeta diretamente no direcionamento dos requisitos funcionais e especialmente os requisitos não funcionais do sistema a ser construído. Traz elementos importantes para definir os atributos de qualidade que estão diretamente relacionados com os aspectos não funcionais. No IoT o ecossistema engloba pessoas físicas, pessoas físicas, pessoas jurídicas e coisas conectadas digitalmente.
V2 / V3 – INFORMATION / COMPUTATION	A partir dos pontos críticos do domínio do problema, os requisitos podem ser estabelecidos com maior precisão, incluindo os riscos de negócio. Importante observar que os requisitos não funcionais são a grande fonte de identificação dos atributos de qualidade do sistema.	A alocação adequada de requisitos está diretamente relacionada nos resultados da solução técnica a ser projetada. Os requisitos bem alinhados com a V1 se traduz nas coberturas de fluxos críticos de negócio em termos de acessos, volumes, segurança e usabilidade. Os riscos de negócio ajudam a reforçar os aspectos de controle e rastreabilidade dos requisitos. No IoT, as exigências de funcionalidades devem ser claramente estabelecidas, considerando as fragilidades e inflexibilidades dos dispositivos sensores e atuadores envolvidos.
V4 – ENGINEERING	Através do uso de táticas arquiteturais [Len Bass], define os mecanismos, componentes, algorítmos e procedimentos que definem as soluções computacionais que atendem aos requisitos das visões V2/V3.	Os mecanismos adotados na solução estão associados ao racional de projeto, conectados aos requisitos, que por sua vez estão conectados com os direcionadores de negócio. A aferição e validação da solução estabelecida fica controlada em função do racional estabelecido. No IoT, as soluções de engenharia adotadas devem equilibrar aspectos como os pontos fortes da retaguarda *cloud*, as fragilidades dos dispositivos sensores e atuadores, e a imprevisibilidade dinâmica dos meios de comunicação.
V5 – TECHNOLOGY	Organiza o mapa de ferramentas, plataformas e integrações entre os sistemas. Quanto mais forte o domínio da solução através da visão V4, maior o desacoplamento das ferramentas, maior o controle de interoperabilidade entre os diversos sistemas operacionais, hardwares e middlewares utilizados.	Constitui o sistema que entrega as funcionalidades adequados aos níveis de qualidade estabelecidas pela visão V1. No IoT, conviver com a diversidade de padrões dos dispositivos exige soluções de integração e interoperabilidade dentro dos níveis estabelecidos da qualidade.

Tabela 1 – As visões arquiteturais, os impactos da definição da arquitetura e os atributos de qualidade.

Em todos os casos, a estruturação dos fluxos críticos de negócio, requisitos funcionais e não funcionais que desdobram para os atributos de qualidade, mecanismos que atendem tais requisitos e as plataformas de tecnologias serão avaliadas com o mesmo padrão, baseada nesta tabela. A seguir, para ilustrar na prática um exemplo de um sistema IoT, descrevendo as visões RM-ODP.

Casa conectada – Exemplo das Visões RM-ODP e Atributos de Qualidade

A aplicação IoT da casa conectada, propositalmente simplificada, foca na proteção da residência em termos de incêndio originado por problemas elétricos. Para isso, considera os seguintes fluxos de prevenção, controle e acionamento de ocorrências de incêndio, esquematizado na tabela 2 [LU].

Fluxo 1. Prevenção contra incidentes elétricos – incêndio na casa e nos aparelhos	Os aparelhos são monitorados em termos de temperatura. Em caso de valores fora da faixa, e também de taxa de variação dos valores no tempo, o sistema avisa a ocorrência.
Fluxo 2. Prevenção contra incêndios nos cômodos	Os cômodos são monitorados em termos de temperatura. Em caso de valores fora da faixa, e também de taxa de variação dos valores no tempo, o sistema avisa a ocorrência. Em situações limites de temperatura, aciona a torneira anti-incêndio de água existente no cômodo (*). Em situações de alertas e alarmes, fotos são capturadas e disponibilizadas para acesso pelo cliente. (*)Observação: Se residência dispor de infraestrutura de torneiras de água anti-incêndio.
Fluxo 3. Monitoração de riscos de incêndios	A monitoração de corrente elétrica fora da faixa normal indica situações de riscos e envia alertas a respeito. Em situações limites de corrente, atua para desligar a energia.
Fluxo 4. Apoio à gestão de disponibilidades dos dispositivos	O sistema deve ser tolerante a falhas, considerando que os dispositivos sensores e atuadores podem apresentar defeitos. Para isso, as técnicas de redundâncias e integridades devem ser aplicadas.
Fluxo 5. Apoio à gestão de incidentes de incêndios	O sistema deve apresentar ações automatizadas que facilitem ações reativas e preventivas sobre integridade de ambientes e equipamentos da residência.

Tabela 2 – Fluxos de negócios da Proteção Residencial contra incêndio

Em resumo, o sistema IoT da casa conectada deste estudo fornece apoio para identificar situações de curto-circuito que possam provocar incêndio e atuar automaticamente no desligamento de energia. Além disso, detectar situações de risco de incêndio, por variações de temperaturas fora das faixas de normalidade nos cômodos da casa, e avisar imediatamente o cliente, através de aplicativo instalado no seu smartphone. Em termos de ações, além de desligar a energia automaticamente, o sistema aciona a torneira anti-incêndio existente no cômodo afetado. Em casos críticos, fotos são capturadas e disponibilizadas para consultas pelos clientes.

Em termos de modelo de negócio, de um lado a empresa fornecendo o serviço de apoio a prevenção de incêndio e, por tratar-se da casa digitalmente conectada, pode ampliar estes serviços de conveniência incluindo funções atreladas a segurança, saúde, comércio eletrônico e outros. De outro lado, o cliente tem um jeito interessante para interagir com um dos principais patrimônios da família que é a sua residência, usando a interação digital.

Algumas questões que se deve tratar para projetar um sistema IoT aparentemente simples. Alguns sensores e atuadores pelos cômodos conectados a um computador local conectados com uma nuvem, controlados por um programa de controle é a base da solução. Como garantir que o sistema lida com a fragilidade mecânica dos sensores e da comunicação, afetando a disponibilidade do sistema? É comum respostas do tipo, "acione novamente o comando e se não funcionar desligue e ligue novamente". Como garantir que a transação está correta, por exemplo, tomando a decisão de que se trata de um incêndio iminente e que deve desligar a energia da residência e acionar a torneira anti-incêndio do cômodo? Essas e outras situações que envolvem a robustez, a precisão, o desempenho e a rastreabilidade do sistema é que devem ser obtidas através do uso de técnicas de engenharia de software, pois são muitas vezes fracamente aplicadas em sistemas comerciais tradicionais e fortemente aplicadas em sistemas de missão crítica como plantas químicas industriais, plataformas automatizadas de operações médicas, sistemas de controle de aviões e de trens.

A seguir, os fluxos de negócios, requisitos, solução técnica e plataformas tecnológicas que compõem a casa conectada IoT da aplicação exemplo são organizados por visões de arquitetura combinadas com aspectos de controle e garantia da qualidade, considerando as referências RM-ODP e ISO 25010.

Visão 1 – Enterprise e os atributos de qualidade
A casa conectada IoT deste exemplo disponibiliza, como processo de negócio, um conjunto de serviços de apoio a riscos de incêndios e proteção a curto circuitos. Nesta visão, modelo de negócios, fluxos críticos, volumetria, trazem subsídios para a solução técnica (ver tabela 3).

Visão RM-ODP – V1 Enterprise	Qualidade ISO 25010
O cliente que contrata a prevenção de incêndios e proteção a curto circuito de residência tem os seguintes serviços de conveniência: o O modelo de negócios vem da mensalidade por serviços de monitorar as casas por incêndio, posicionando em tempo real; o Um evento preventivo (alerta) ou de alarme deve chegar ao dispositivo do cliente em no máximo 10 segundos após a ocorrência; o Os clientes têm atendimento a dúvidas por chat, com respostas médias de 15 segundos; o O cliente dispõe de aplicativo em smartphone para os sistemas operacionais OS1 e OS2, que disponibiliza o painel de monitoração e interação por chats; o Os kits de sensores e atuadores são fornecidos para os clientes, sem custo de aquisição; o O atuador que compõe o kit é capaz de ligar e desligar o sistema elétrico geral da residência, com precisão de 99,6%, e disponibilidade de 99,98%; o Os sensores de temperatura apresentam uma taxa de falhas de 20%; o Os sensores de curto circuito apresentam uma taxa de falhas de 10%; o O volume atinge 10.000 casas, com atualização a cada 10 minutos de monitoração; A previsão é que o sistema atinja um volume de 50.000 de residências nos próximos 5 anos; Captura do domínio do problema, os direcionadores de negócio, os fluxos críticos e os riscos de negócio. A percepção adequada do fluxo de negócio afeta diretamente a definição correta do sistema.	Ao A garantia de qualidade para este modelo de negócio deve cobrir os seguintes aspectos: o Garantir que os clientes possam acessar os relatórios de extratos de serviços realizados, para não prejudicar faturamentos; o Garantir precisão das monitorações, mesmo considerando as taxas de falhas dos dispositivos de hardware; o Garantir a segurança e a precisão da função de desligamento de energia da residência, mesmo considerando as taxas de falhas de hardware; o Garantir o desempenho do sistema (tempos de respostas) considerando o volume de residências monitoradas e as taxas de crescimento previstos para os 5 anos; o Garantir que o sistema evidencie mecanismos de monitoração, tratamento de defeitos, prevenção, alertas, alarmes e recuperação a falhas de maneira automatizada.

Tabela 3 – Visão V1 – Enterprise – Os serviços de conveniência e garantias de qualidade

Observe-se na Tabela 3 que indicadores de negócio trazem os cuidados que o sistema IoT deve apresentar na forma de garantia de qualidade. No exemplo, o volume de residências estimadas para o primeiro ano leva a quantidade de acessos simultâneos dos clientes nos acessos aos relatórios mensais que direcionam as mensalidades a serem pagas, especialmente para o 5o dia útil de cada mês, no período de 9:00 h da manhã até as 3:00 horas da tarde. Outro aspecto está relacionado com as redundâncias de engenharia que deve direcionar a solução técnica considerando a taxa de falhas do hardware do sensor de 20%. Outro ponto interessante que o modelo de negócio prevê é um crescimento de 500% em 5 anos, fazendo com que a solução técnica considere um planejamento de capacidade que deve ser recorrentemente aferido e revisado. Outro aspecto crítico para o sistema: são necessários 10.000 procedimentos seguros de monitoração a cada 10 minutos. Se cada casa for atribuída 10 cômodos em média, são 100.000 varreduras de cômodos a cada 10 minutos e assim por diante.

6 Neste exemplo, OS1 e OS2 poderiam se referir aos sistemas operacionais que atendem uma grande quantidade de usuários. Mais que 97% dos usuários. Em 2015, são os sistemas IOS da Apple para os smartphones da linha Iphones, e também ao sistema Android usado pela grande maioria de fabricantes de Smartphones, segundo instituições como o Gartner Group.

Visões V2/V3 – Requisitos de computação e os atributos de qualidade

A partir dos fluxos de negócios, podem ser identificadas funcionalidades e não funcionalidades que devem ser consideradas para a solução técnica (Tabela 4).

Visão RM-ODP – V2/V3 Information/Computation	Qualidade ISO 25010
o Funcionalidades esperadas para o sistema: • F1: Relatório com extratos demonstrativos dos serviços prestados, disponibilizada via web; • F2: Monitoração de todas as dependências configuradas para identificar as temperaturas; • F3: Envio de alertas para o aplicativo mobile indicando tendência que merece atenção; • F4: Idem F3 para alarme de temperatura de alarme; • F5: Desligamento do sistema elétrico, automatizado, com autorização do cliente; o Não funcionalidades a serem consideradas: • NF1: Volumes que atendam 10.000 relatórios disponibilizados no 50 dia útil; • NF2: Os relatórios devem ser consultados com tempos de 15 segundos, aproximadamente; • NF3: Somente o cliente autorizado pode acessar o relatório; • NF4: O sistema deve realizar por residência, 144 monitorações de todos os cômodos; • NF5: Os sensores apresentam limitações técnicas que influem na precisão das leituras das temperaturas; • NF6: Os atuadores para desligar apresentam taxas de indisponibilidade e falhas; • NF7: O desligamento automatizado exige ainda a autorização do cliente, realizada pelo dispositivo móvel; • NF8: Os dispositivos sensores e atuadores podem ser trocadas sem impactos nas funcionalidades; • NF9: As operações realizadas pelo sistema devem ser rastreadas com os registros de transações realizadas; • NF10: Garantir um crescimento anual de 10.000 residências monitoradas por ano.	Controlar os seguintes atributos de qualidade sejam atendidos: o CQ1: Legitimar o cliente pela identificação dinâmica do aplicativo; o CQ2: Tempo de resposta (TR) de até 15 segundos, 99.3% na consulta dos relatórios de extratos; o CQ3: Picos de acessos simultâneo de 85 extratos por minuto, no 50 dia útil de cada mês. Considerar a curva de crescimento ao longo de 5 anos; oCQ4: Acessos simultâneos que atendam 10.000 processos seguros de leituras de sensores a cada 10 minutos, 24 horas, 7 dias por semana. Considerar 10 cômodos por casa; o CQ5: O processo seguro de leitura deve criar redundâncias de hardware e de software para compensar a limitação dos sensores (falhas em 20%); o CQ6: O processo seguro de atuação deve criar redundâncias de hardware e software para compensar a limitação dos atuadores (falhas em 10%); o CQ7: A autorização segura de desligamento deve criar redundâncias para compensar a limitação de comunicação com o cliente, por conta da rede de telecomunicações e indisponibilidade do cliente para realizar a ação; o CQ8: Os recursos de hardware e software deve atender ao crescimento de demanda equivalentes a 10.000 residências ao ano.

Tabela 4 – Visão V2/V3 – Information/Computation – Requisitos computacionais IoT e garantias de qualidade.

Conforme a tabela 4 observa-se que foram identificadas 5 funcionalidades que devem ser acessíveis pelo cliente. Uma referente ao pagamento da mensalidade por serviços prestados, baseada no extrato mensal das atividades realizadas. Outras funções referem-se ao monitoramento para detectar temperaturas de riscos e envio de alertas e alarmes. Inclui também a função de desligamento de energia de maneira remota. Estas funcionalidades são centradas na interação digital por dispositivos móveis – smartphones.

Para suportar tais funcionalidades alguns requisitos não funcionais emergem para direcionar a solução IoT: Os picos de acessos aos relatórios no período de 5 horas no 50 dia útil de cada mês, com tempo de resposta de 15 segundos em 99,3% das solicitações exige mecanismos de processos paralelos (incluindo threads), adoção de dispositivos de hardware e de software gerenciadores de persistência dos dados, processamentos em pipeline e outros. Além disso, os números que subsidiam o dimensionamento técnico de hardware, software, comunicações e procedimentos são: monitoramento de 10.000 casas, ou 100.000 cômodos ou 400.000 sensores

a cada 10 minutos, se considerarmos médias de 10 cômodos por casa e 4 sensores por cômodo. As taxas de falhas de sensores de temperatura e de curto circuito devem ser compensadas por redundâncias de hardware e software de modo a compensar as taxas de erros de 20%, obtenha-se uma disponibilidade de 99,98% e precisão de 99,60%. As transações executadas devem ser rastreadas: função executada, local, hora, as pré-condições e pós-condições devem ser registradas. Além desses, os atributos controlados exigem mecanismos de medição e monitoração, avaliação se os resultados estão de faixas aceitáveis e, em casos de desvios, criar alertas, indicar reconfigurações manuais e adotar ações automáticas para prevenir e/ou recuperar dos desvios.

Outro aspecto importante refere-se à agilidade no ciclo de desenvolvimento do sistema IoT. O uso de técnicas ad hoc, onde a solução técnica é alcançada focando somente a funcionalidade promove ciclos mais longos de desenvolvimento e com eventuais desgastes: uma solução criada com foco em funcionalidades, sem o devido tratamento dos aspectos não funcionais são tratados na medida em aparecem como erros de projeto – a fragilidade do sensor e a taxa de leitura errada do sensor promove erros absurdos na funcionalidade. Neste caso, pode frustrar as expectativas de qualidade e prazo e exige retorno para a prancheta de projeto antes do laboratório para a devida correção. Por outro lado, o uso das técnicas arquiteturais como os discutidos neste artigo garante que fluxo de engenharia básica garante passos firmes de projetos: o "o que" tem um racional em negócios, requisitos funcionais e não funcionais. O "como" tem um racional de solução técnica alinhada para atender aos requisitos e direcionar a implementação técnica. O "aferir" engloba técnicas para constatar que os atributos de qualidade estão atendidos e controlados através de testes e avaliações.

Visões V4 – Mecanismos da Solução Técnica

A solução técnica do sistema IoT é formada por um conjunto de mecanismos que tem a função de atender aos requisitos funcionais e não funcionais. No caso do tempo de resposta a uma funcionalidade que deve ser atendida, por exemplo, uma função de consulta de um extrato de temperaturas dos cômodos de uma residência deve ser obtida no máximo em 3 segundos em 99,3% das demandas. Considerando que são milhares de clientes monitorando as suas residências, muitas consultas devem ser feitas ao mesmo tempo. Assim, a solução adotar táticas arquiteturais que incluam mecanismos de fila, de conjunto de conexões para acessar base de dados e para acessar serviços de backoffice, de timeout, de monitoração e controle de demanda e outros. Os detalhamentos destes mecanismos são organizados nesta visão RM-ODP, a V4 Engineering, na tabela 5

Visão RM-ODP – V4 Engineering	Qualidade ISO 25010
Os controles dos atributos de qualidade são justificados pela adoção de táticas arquiteturais que endereçam a definição dos mecanismos a serem utilizados. Sempre lembrando que os mecanismos refletem as soluções de requisitos não funcionais e aos atributos de qualidade identificados: o Controlando o CQ1: Legitimidade de identificação do cliente • Tática 1: Resistir tentativas de fraudes • Tática 2: Detectar tentativas e ações não autorizadas • Tática 3: Recuperar de acessos não autorizados o Controlando CQ2, CQ3, CQ4: Desempenhos • Tática 1: Identificação segura dos clientes • Tática 2: Controle de demanda • Tática 3: Monitoração de recursos • Tática 4: Alocação de recursos o Controlando o CQ5: Processo seguro de leitura • Tática 1: Redundância de hardware • Tática 2: Redundância de software • Tática 3: Monitoramento e rastreabilidade o Controlando o CQ6: Processo seguro de acionamento • Tática 1: Redundância de hardware • Tática 2: Redundância de software • Tática 3: Monitoramento e rastreabilidade o Controlando o CQ7: Autorização segura • Tática 1: Configuração de autorizadores (redundância) • Tática 2: Redundância de software • Tática 3: Monitoramento e rastreabilidade o Controlando o CQ8: Crescimento da demanda • Tática 1: Monitorar o desempenho em função do crescimento do volume de serviços (clientes, residências, acessos); • Tática 2: Avaliar a capacidade de hardware, software e aplicação. Revisar o plano de dimensionamento de capacidades.	Para aferir se os mecanismos atendem aos requisitos de negócios e aos atributos de qualidade estabelecida: o Aferição do CQ1: • Aferir se tentativas de acesso não autorizadas (login, senha, token); • Verifica a rastreabilidade e ações em casos de acessos não autorizados. o Aferição de CQ2, CQ3, CQ4: • Aferir os mecanismos de identificação segura dos clientes. Considerar as alçadas de clientes para consultar e autorizar desligamentos. Organizar um plano para medir o comportamento sob estas situações; • Aferir a implementação de controle da demanda e e organizar um plano para medir o comportamento mediante cargas para verificar os níveis de respostas e saturação do sistema; • Aferir e organizar um plano para medir o comportamento dinâmico dos recursos alocados dinamicamente; • Aferir e organizar um plano para medir a monitoração e o rastreamento para as ações executadas. o Aferição do CQ5, CQ6: Processo seguro de leitura • Aferir e organizar um plano para medir a cobertura provida pelas redundâncias de hardware, software e sistema; • Aferir e organizar um plano para medir a monitoração e o rastreamento para as ações executadas. o Aferindo o CQ7: Autorização segura • Aferir e organizar um plano para medir a configurabilidade dos autorizadores; • Aferir e organizar um plano para medir a cobertura provida pelas redundâncias de software; • Aferir e organizar um plano para medir a monitoração e o rastreamento para as ações executadas. Aferindo o CQ8: verificar se os mecanismos monitoram e se os planos de ações são encaminhadas.

Tabela 5 – Visão V4 – Engineering – Táticas que justificam os mecanismos que atendem aos requisitos computacionais IoT e garantias de qualidade.

A complexidade arquitetural aparece também nos sistemas de internet das coisas da seguinte forma. Os mecanismos usados contribuem satisfazer determinados atributos de qualidade são os mesmos que atrapalham outros atributos de qualidade. São os aspectos de custo/benefício (*tradeoff*): o que é remédio para um atributo pode ser veneno para outros.

No controle de qualidade referente a acesso por usuário não autorizado, a tática 1 de resistência inclui o uso de identificação, senha e token dinâmico. A tática 2 inclui a detecção de que alguém conseguiu se apoderar de acesso não autorizado. Os mecanismos de verificação de padrões de acesso às funções de desligamento e de consultas pode indicar e sugerir invasão; a tática 3 inclui o mecanismo de encerramento de sessão de uso. Em todas as táticas, mecanismos de logs para rastrear as ações e os carimbos de tempos para prover a devida rastreabilidade é importante. Os *tradeoffs* do atributo de segurança estão associados aos atributos de usabilidade e uso de recursos para registros de acesso.

No controle de qualidade referente ao desempenho, a tática 1 refere-se ao controle de que somente os usuários autorizados estão fazendo acesso: usuários e as partes das casas monitoradas. Com isso, busca-se garantir que o volume de acesso fique de acordo com o dimensionamento realizado. A tática 2 refere-se a mecanismos (componentes, plataformas) que garantem o controle de demanda: mantém um limite de entrada de demandas que o sistema consiga responder aos tempos de respostas especificadas. Os excessos de demanda devem ser encaminhados, identificados, registrados e avaliados para possíveis revisões do dimensionamento técnico. A tática 3 refere-se aos mecanismos de monitoração para que se possa aferir e subsidiar os mecanismos de controle de tempos de resposta, volumes e tipos de acessos e com isso também fornecer dados para compor painéis de indicadores. Ainda referente ao desempenho, a tática 4 refere-se aos mecanismos que garantem a alocação de recursos de hardware e software para aumentar ou diminuir as capacidades de processamentos, memória, entrada e saída, processos, threads de modo a garantir uma política de alocação dinâmica de recursos adequados ao desempenho especificado.

No controle de qualidade referente ao processo seguro de leitura dos sensores, as táticas 1 e 2 referem-se à redundância de hardware e software para que as taxas de defeitos existentes nos dispositivos possam ser compensadas. Esses mecanismos redundantes podem oferecer ao software de controle a possibilidade de realizar as diversas leituras e decidir com base em votação, por exemplo, a leitura válida para aquele evento. A tática 3 trata de mecanismos que monitoram o comportamento dos sensores e registram os dados que permitam que algoritmos automáticos possam ajudar a subsidiar os processos de leituras dos sensores.

No controle de acionamento dos atuadores as táticas são semelhantes aos do controle de leitura dos sensores, ou seja, devem dispor de mecanismos confiáveis por redundância de hardware e software para que um desligamento de energia seja realizado com a confiança adequada da decisão tomada pelo sistema de controle.

O controle de acionamento para desligar remotamente também tem um destaque: a autorização pelos clientes, conforme a configuração. Neste caso, as táticas 1 e 2 realiza similarmente a redundância de hardware e software e também de pessoas que representam o cliente responsável pela residência controlada. Assim, em caso de ocorrência grave, as pessoas configuradas em redundância devem responder para compor o fluxo de decisão e atuação remota de desligamento. Todo o ritual com a devida autenticidade dos integrantes do fluxo, tanto mecanismos como pessoas. A tática 3 cuida do rastreamento de todas as atividades.

O controle do crescimento da demanda envolve subsidiar com registros e também análises referentes ao comportamento dos volumes operacionais em andamento e sinalizar sobre o dimensionamento de capacidade do sistema. Para isso a tática 1 cuida dos registros e indicadores de crescimento demandas decorrentes de transações relacionadas a aumento de clientes, aumento de residências, e consequentemente de leituras, de acionamentos e o de uso dos recursos de hardware, de software e de procedimentos operacionais que sustentam o sistema IoT. A tática 2 está relacionada à análise dos indicadores e tendências e com isso indicar e alertar a adequação do planejamento de capacidade em relação às funções realizadas.

Visão V5 – Plataformas de Tecnologia

A implementação da solução técnica do sistema IoT baseia-se na configuração de elementos de hardware, software, telecomunicações para integrar os sensores, os atuadores, e as aplicações que devem ser construídas para compor o sistema IoT com os atributos de qualidade especificados. Este artigo não pretende aqui evidenciar a codificação de software, nem tampouco detalhar os elementos de hardware com as especificações de fabricação. O exemplo da casa conectada ilustra a utilização de técnicas de engenharia de software, neste artigo destacando os modelos de qualidade associados à norma ISO 25010, os modelos de arquitetura organizados em visões de RM-ODP e as táticas arquiteturais, para se obter um sistema confiável. Ver a tabela 6.

Visão RM-ODP – V5 Technology	Qualidade ISO 25010
Os recursos de hardware dos sensores, atuadores e da retaguarda cloud (redes de comunicação, servidores locais e remotos, dispositivos móveis) devem compor o ambiente para as avaliações de qualidade.	Com base nos planos de medições de comportamento dinâmico, os cenários referentes ao controle de qualidade devem ser verificados por medição.
Os recursos de software básico como drivers de comunicação, sistemas operacionais embarcados, drivers de coleta e de atuação junto aos dispositivos, as plataformas de software da retaguarda cloud devem estar devidamente configurados e integrados para avaliação de qualidade.	Para isso, plataformas e procedimentos de testes não funcionais devem ser usados para coleta e análise de dados obtidos dinamicamente dos planos de medição associados aos atributos de qualidade CQ1 a CQ8

Tabela 6 – Visão V5 – Technology – Plataformas de hardware, software e aplicativos que integrados implementam o sistema IoT com todos os atributos de qualidade, conforme especificados.

A visão V5 de tecnologia concentra a implementação técnica do sistema. Nesta visão, do ponto de vista de arquitetura, todos os requisitos funcionais e não funcionais do sistema IoT implementados podem e devem ser verificados. E como deve ser esta verificação? Através da régua de qualidade estabelecida nas demais visões. As visões V1, V2 e V3 estabelecem os requisitos. A visão V4 estabelece os mecanismos que atendem aos requisitos. Neste ponto, é importante a identificação dos tradeoffs de arquitetura. Determinados mecanismos promovem positivamente um atributo de qualidade e, ao mesmo tempo, prejudicam outros. Em termos arquiteturais, deve-se medir os resultados obtidos e ajustar para a configuração de melhor equilíbrio entre o benefício e o custo aceitáveis para o sistema. Todas estas visões devem subsidiar a solução de IoT obtida. A funcionalidade está adequada? Com desempenho? Com segurança? E em casos de defeitos e demais exceções, qual a resposta do sistema?

As visões V1, V2, V3 e V4 devem indicar o que deve ser aferido nos elementos que compõem a visão V5 de tecnologia para garantir que o sistema foi verificado e testado nas dimensões funcionais e não funcionais e tem mecanismos de controle suficiente para que seja percebido como sistema confiável pelos usuários.

Diferenças com sistemas IoT projetados com técnicas *ad hoc*

Os sistemas construídos por hobby, usam métodos muitas vezes ad hoc. Não conseguem controlar e garantir a qualidade: por exemplo, este sistema pode apresentar os seguintes sintomas:

- Se o sensor falhar e enviar uma temperatura errada, o sistema emite o alerta de um incêndio que não ocorre (Falso positivo). E ao contrário se o sensor falhar indicando que não há um incêndio quando na verdade há o incidente, o impacto é grande (Falso negativo);
- O sistema apresenta variações de velocidade de resposta de acordo com o momento do uso, podendo travar em algumas situações;
- Se em caso de necessidade, o sistema comandar o desligamento de energia e, por falha do atuador, não realizar a tarefa o sistema indicará desligamento falso;
- Se no mesmo cenário, um usuário ficar sem conexão de dados no seu dispositivo móvel, um comando de desligamento não se efetivará adequadamente.

Os sistemas construídos com técnicas arquiteturais são projetados para incorporar características de antecipação, prevenção e recuperação. Assim, não só antecipa a identificação de situações críticas como também usa tais parâmetros para monitorar, confirmar/reconfirmar, atuar e avisar. É o uso de atributos de qualidade e de mecanismos de arquitetura para efetivamente controlar os parâmetros com os quais as expectativas de funcionamento do sistema estão embasadas. Para ilustração, os sintomas indicados no sistema construído por técnicas amadoras seriam diferenciados assim:

- Falha de sensor: para diminuir essa possibilidade, os sensores redundantes são acionados e os valores lidos podem confirmados por consenso (votação). Além disso, os registros históricos/sazonais também podem ajudar a analisar os perfis de comportamento ajudando a "desconfiar" dos dados lidos. Obviamente, o tradeoff desta inteligência se refletem no gasto maior de tempo e deve ser cuidadosamente tratado;
- Variações de velocidade de resposta de acordo com o momento do uso: os mecanismos de controle de demanda garantem a carga dentro das faixas admissíveis para a qual foi dimensionado o módulo. Os excessos de demanda são detectados e sinalizados para que os mecanismos tomem outras ações de modo a manter estável o desempenho;
- Ao comandar o desligamento de energia o atuador pode realizar um falso desligamento: os mecanismos de controle podem acionar a confirmação de operação realizada, acionarem os sensores redundantes para confirmar a inexistência de corrente elétrica e, eventualmente, acionar os atuadores redundantes, de modo a garantir o desligamento;
- Se no mesmo cenário, um usuário ficar sem conexão de dados no seu dispositivo móvel, um comando de desligamento não se efetivará adequadamente: Os mecanismos de controle acionam outros clientes de mesma alçada configurada e, em última instância, acionar uma retaguarda de suporte do serviço para autorizar o desligamento.

Riscos do sistema IoT de casa conectada

Usando técnicas ad hoc, observa-se que a qualidade do sistema vai ser obtida de maneira ocasional, considerando experiência dos envolvidos e procedimentos evolutivos por tentativa e erros. É uma abordagem quando os erros são admissíveis em termos de prejuízos.

Usando as técnicas indicadas neste artigo, a qualidade fica controlada e mensurável. Quanto maior a sofisticação de controle, adoção de redundâncias de hardware, software e algoritmos inteligentes, maior o custo.

Assim, ao invés de se entregar funcionalidades com qualidade ao acaso, os atributos de qualidade direcionam os mecanismos de controle de modo que as funcionalidades são entregues pelo sistema de acordo com os níveis de serviços para as quais foram projetadas e as situações exceções que levam a resultados fora dos níveis de serviços são devidamente identificados, registrados e comunicados pelo próprio sistema.

A técnicas arquiteturais usam os riscos da seguinte forma: identifica os riscos, mapeia para os requisitos e é inserido na solução técnica IoT. Para isso, a V1-Enterprise, os business drivers já apresentam os fluxos críticos onde alguns riscos de negócio são identificados. A V2-Information e V3-Computation organizam e mapeiam os requisitos não funcionais. Nessas visões são incluídos os riscos de negócios e os demais riscos como tecnologia, gestão e processos.

As respostas aos riscos mapeados como requisitos podem então ser acompanhados e controlados e implementados com a devida adequação do compromisso custo/benefício.

3. Técnica de medição e avaliação de privacidade dos dados e de transações

A seguir, a proposta é um método para aferir se os aspectos da privacidade da LGPD estão atendidos (Figura 3). Foram considerados na montagem do roteiro, os seguintes requisitos para o método: repetibilidade, de modo que o procedimento possa ser repetido e aplicável em diversos sistemas por diversos especialistas; referência científica, onde aspectos de visões arquiteturais de um sistema formam a base do método [Len] [ATAM] [QUALITY], considerando a engenharia de software em termos de estruturação dos aspectos funcionais e não funcionais dos sistemas; procedimento bem definido com atividades, artefatos de entrada e saída garantindo um racional adequado para as avaliações. Sempre vale considerar que o método considera o aspecto da privacidade obtida pelo projeto (*by design*).

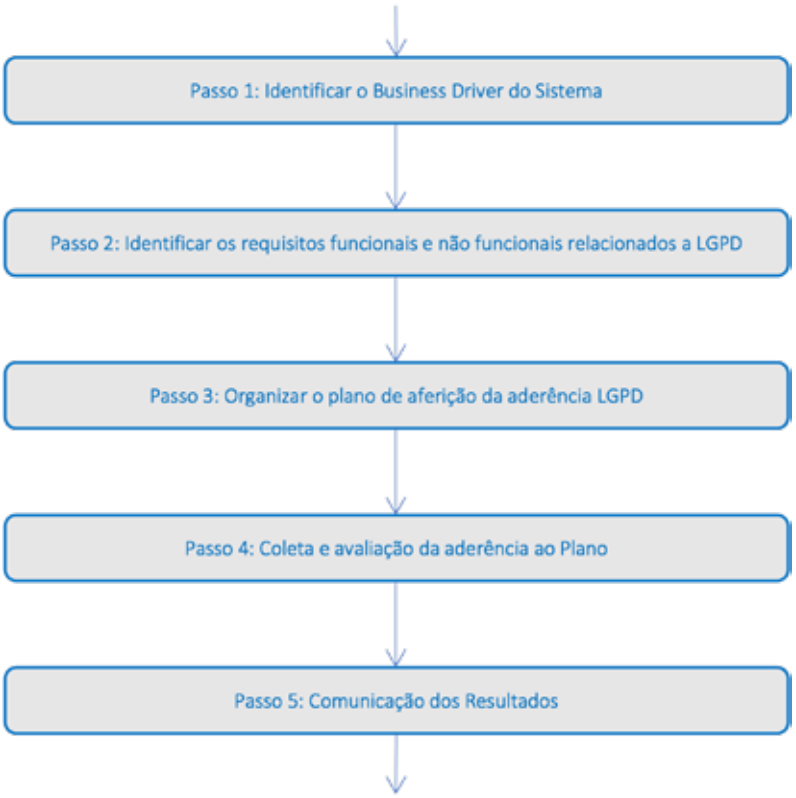


Figura 3 – Metodologia para aferição do LGPD.

Assim, tempos os 5 passos, conforme ilustrado na figura 3:

- Passo1 – Identificar os Business Driver do Sistema – a partir dos objetivos de negócio do sistema, identificar os principais fluxos de negócios envolvendo os participantes (clientes, fornecedores, materiais, logísticas de pagamentos e entregas, estoques). Com estas evidencias, os envolvidos fornecem um mapa de transações e de dados que podem subsidiar as avaliações de privacidade dos dados;

- Passo 2 – Identificar os requisitos funcionais e não funcionais do sistema e associar ao LGPD. Com isso, cada funcionalidade que envolve os dados sensíveis do cliente pode ser mapeada. Outros aspectos importantes se referem aos requisitos não funcionais, geralmente caracterizados em usabilidade, segurança, rastreabilidade, desempenho, precisão e disponibilidade. Em todos eles, identificar aspectos de privacidade de dados – usabilidade utiliza os dados do cliente de maneira adequada? Segurança valida e garante privacidade e integridade dos dados de maneira adequada? Rastreabilidade de transações baseadas nos dados está adequada? Desempenho se valer de redundância de dados e de processamento garante sigilo dos dados? E disponibilidade baseado em redundância da mesma forma que desempenho? Todos esses aspectos podem tocar os aspectos de privacidade e devem ser aferidos. Nestes requisitos, considerar os seguintes aspectos indicados na LGPD que devem ser mandatórios: um referente a portabilidade dos dados e a outro referente ao direito de ser esquecido. Além disso, o aspecto de controle para a notificação de brechas identificadas para os titulares dos dados;

- Passo 3 – Organizar o plano de aferição da aderência. Com base nos aspectos dos passos 1 e 2, mapear o que deve ser evidenciado para garantir que a privacidade está controlada. O plano de aferição deve ser baseado nos businesses drivers e cobrir os aspectos das funcionalidades e não funcionalidades;

- Passo 4 – Com base no plano estabelecido no passo 3, coletar as evidências do sistema. Em com base no material, elencar os pontos fortes e os pontos de oportunidades do sistema. Em caso de dúvidas, ampliar as condições de aferição por mais testes e também por verificação da implementação por especialistas de computação em conjunto com os especialistas da Lei;

- Passo 5 – Comunicar aos interessados a avaliação do sistema em termos de LGPD, contendo os seguintes itens da avaliação (Figura 4).

No próximo item, ilustra-se a aplicação prática do roteiro em um exemplo de sistemas bastante utilizados pelos clientes, como por exemplo em redes sociais ou comércio eletrônico.

Cap 1: O sistema e os business drivers

Cap 2: LGP mapeados sobre os requisitos funcionais e não funcionais

Cap 3: O plano de aferição da aderência ao LGPD

Cap 4: Coleta e avaliação da aderência

Cap 5: Pontos positivos e pontos de oportunidades

Referências técnicas: metodologia e procedimentos de coleta de dados;

Figura 4 – Estrutura do documento de avaliação LGPD.

4. Exemplos de aplicação da técnica

Tomando-se como exemplo um site de comércio eletrônico, voltado para vendas de passagens aéreas para viagens dentro do Brasil. O site cuida apenas das passagens aéreas com destinos nacionais. Aplicando os passos dos métodos a seguir.

Passo 1 – Identificar os businesses drivers do sistema

O sistema funciona na internet acessível por equipamentos desktops e smartphones com acesso a paginas web; o fluxo para uso do cliente é o cadastramento e aquisição de um login com senha. Os dados dos clientes são com documentação de identificação pessoal, residência, profissão e trabalho, ganhos mensais e cartão de crédito. Além disso, concorda com as condições de uso do site (*opt in*); a partir daí o usuário fica pronto para o ciclo de vida como mostrado na figura 1. O usuário com isso pode fazer buscas de seu interesse, verificar as condições financeiras e de agenda, requisitar a passagem, pagar e receber o e-mail com os dados das passagens com a qual ela pode acessar a empresa aérea para proceder checkin e outros procedimentos da sua viagem.

Aspectos LGPD: documentação pessoal, residência, salário e profissão, e dados bancários (cartão) e transações realizadas de buscas e efetivações. Todos indicam um perfil do cliente. Como estão armazenados? São distribuídos para outras empresas? O cliente concorda com os termos de uso (opt in) e com isso a privacidade está preservada?

Passo 2 – Identificar os requisitos funcionais e não funcionais do sistema relacionado ao LGPD

Requisitos Funcionais:

- Cadastrar usuário com dados pessoas, profissionais e financeiros, com assinatura do termo de concordância;

- Buscar viagens fornecendo parâmetros como destino, datas, valores desejáveis;

- Efetivar a compra de passagens, pagando digitalmente com o cartão de crédito cadastrado;

- Consultar as transações realizadas (histórico de transações realizadas);

- Editar o cadastro para alterar os dados existentes;

- Sair do site com eliminação de todos os dados;

Requisitos Não Funcionais:

- Disponibilidade do sistema 24 horas por 7 dias;

- Desempenho: o sistema atende a dezenas de milhares de usuários e oferece tempos de resposta: busca (menor que 15 segundos, 99,5% da demanda), transações de efetivação de compra (menor de 30 segundos, 99% da demanda), consulta aos históricos (menos de 15 segundos, 99 % da demanda);

- Rastreabilidade de todas as ações dos usuários que podem ser consultados com o desempenho indicado;

- Processamento em nuvem pública não discriminada por questões de sigilo comercial;

- Compartilha os dados com as parcerias com empresas de passagens aéreas;

Aspectos LGPD: Todas as funcionalidades envolvem dados de clientes. Como são processados? Como são armazenados? Por exemplo, o histórico e o perfil pode ter grande valor comercial? Como são utilizados?

As não funcionalidades também apresentam aspectos de privacidade: a disponibilidade envolve redundâncias de plataformas em casos de falhas. Como os dados são replicados? Como os dados são armazenados? Como é o processo de controle de acesso a esses dados? Idem para desempenho, rastreabilidade, processamento em nuvem e compartilhamento dos dados.

Passo 3 – Organizar o plano de aferição da aderência LGPD

O plano deve aferir 3 dimensões relacionadas ao sistema:

I – Business Drivers

O sistema considera o cliente como o principal usuário e envolve as parcerias com empresas de passagens e empresas financeiras para o pagamento. Ciclo de vida dos usuários do site desde o seu cadastramento até a sua opção de saída, encerrando o ciclo de utilização dos serviços do site.

Verificar todos os dados que são cadastrados na entrada, durante e a saída de um cliente em termos de local de armazenamento, formatos, controle da guarda dos dados. Destacar os compartilhamentos de dados com as parcerias comerciais. Mapear com os termos de uso assinados pelo cliente quando se engaja no site.

II – Requisitos Funcionais

- Sobre cadastrar usuário com dados pessoas, profissionais e financeiros, com assinatura do termo de concordância: verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobrebuscarviagensfornecendoparâmetros como destino, datas, valores desejáveis: Esse é um ponto de grande monetização por sites deste tipo, relacionado ao perfil dos clientes. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?
- Sobre efetivar a compra de passagens, pagando digitalmente com o cartão de crédito cadastrado: Esse é um ponto de grande monetização por sites deste tipo, relacionado ao perfil financeiro do cliente. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre consultar as transações realizadas (histórico de transações realizadas): O histórico é de grande potencial de monetização, pois pode alimentar algoritmos de inteligência artificial para fazer predições e recomendações precisas. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre editar o cadastro para alterar os dados existentes: As alterações são controladas? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?;

- Sobre sair do site com eliminação de todos os dados: Pode acontecer a distribuição dos dados dos clientes ao longo do ciclo de vida de uso do site (figura 1). Como garantir que estes dados foram eliminados ou permanecem armazenados como desativados? O cliente tem conhecimento sobre isso?

III – Requisitos Não Funcionais

- Sobre disponibilidade do sistema 24 horas por 7 dias: Quais os mecanismos utilizados para garantir a disponibilidade? Redundância de processamento e de dados? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre desempenho: o sistema atende a dezenas de milhares de usuários e oferece tempos de resposta: busca (menor que 15 segundos, 99,5% da demanda), transações de efetivação de compra (menor de 30 segundos, 99% da demanda), consulta aos históricos (menos de 15 segundos, 99 % da demanda). Quais os mecanismos utilizados para garantir o desempenho? Paralelismo de processamento e de dados? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre rastreabilidade de todas as ações dos usuários que podem ser consultados com o desempenho indicado. Quais os mecanismos utilizados para garantir a rastreabilidade? E quando há paralelismo de processamento e de dados? Como ficam registradas a rastreabilidade? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre processamento em nuvem pública não discriminada por questões de sigilo comercial. Como a nuvem trata dos dados registrados de clientes? As plataformas de base de dados garantem privacidade? Os funcionários da nuvem podem acessar os dados? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre compartilhamento de dados com as parcerias com empresas de passagens aéreas. As empresas aéreas utilizam esses dados da parceria? Esses acessos são de conhecimento dos usuários? Deram autorização para isso?

Aspectos LGPD:
O plano dividido nas dimensões I, II e II organiza o conjunto de aferições que subsidiam como está o sistema do ponto de vista de controle de privacidade dos dados.

Passo 4 – Coleta e avaliação de aderência

A coleta de dados e avaliação segundo o plano considerando as 3 dimensões relacionadas ao sistema:

I – Business Drivers

Listar quais os envolvidos com os dados e transações do sistema interno e parcerias de negócio, mapeando o ciclo de vida indicado na figura 1. Para cada um deles mapear os procedimentos com as evidencias que confirmem os enunciados da lei em termos de transparência, propriedade, controlador e elementos de controle.

II – Requisitos Funcionais

- Sobre cadastrar usuário com dados pessoas, profissionais e financeiros, com assinatura

do termo de concordância: coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

- Sobre buscar viagens fornecendo parâmetros como destino, datas, valores desejáveis: coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e parceiros e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

- Sobre efetivar a compra de passagens, pagando digitalmente com o cartão de crédito cadastrado: coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e parceiros e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

- Sobre consultar as transações realizadas (histórico de transações realizadas): coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

- Sobre editar o cadastro para alterar os dados existentes: as alterações são controladas? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades;

- Sobre sair do site com eliminação de todos os dados: coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

III – Requisitos Não Funcionais

- Sobre disponibilidade do sistema 24 horas por 7 dias: coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Quais os mecanismos utilizados para garantir a disponibilidade? Redundância de processamento e de dados? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

- Sobre desempenho: coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. O sistema atende a dezenas de milhares de usuários e oferece tempos de resposta: busca (menor que 15 segundos, 99,5% da demanda), transações de efetivação de compra (menor de 30 segundos, 99% da demanda), consulta aos históricos (menos de 15 segundos, 99 % da demanda). Quais os mecanismos utilizados para garantir o desempenho? Paralelismo de processamento e de dados? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades.

- Sobre rastreabilidade de todas as ações dos usuários que podem ser consultados com o desempenho indicado. Coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Quais os mecanismos utilizados para garantir a rastreabilidade? E quando há paralelismo de processamento e de dados? Como ficam registradas a rastreabilidade? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre processamento em nuvem pública não discriminada por questões de sigilo comercial. Coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados. Como a nuvem trata dos dados registrados de clientes? As plataformas de base de dados garantem privacidade? Os funcionários da nuvem podem acessar os dados? Verificar como os dados são armazenados e controlados, identificando os pontos fortes e vulnerabilidades. Esses pontos são de conhecimento dos usuários?

- Sobre compartilhamento de dados com as parcerias com empresas de passagens aéreas. As empresas aéreas utilizam esses dados da parceria? Esses acessos são de conhecimento dos usuários? Deram autorização para isso? Coletar evidencias sobre os procedimentos de controle estabelecidos e verificar o controle de privacidade por parte do controlador e conhecimento por parte dos titulares dos dados.

Aspectos LGPD:
As coletas de dados e avaliações das evidencias identificadas e mapeadas podem ser classificadas no plano com as dimensões I, II e II organizando o conjunto de aferições sobre o controle de privacidade dos dados.

Passo 5 – Comunicação dos resultados

Todos os subsídios, os planos podem ser caracterizados conforme a estrutura do documento da figura 4, onde o contexto de negócio considerado, os requisitos críticos que foram considerados para coleta e aferição dos dados, as indicações de pontos forte e pontos de oportunidades faz do documento um texto orientador para as ações de melhoria do sistema em termos da lei LGPD. No capítulo 5, além dos pontos positivos, os pontos de oportunidades podem indicar na forma de risco e vulnerabilidade à lei. No sistema exemplo, poderíamos ter alguns riscos como:

- Risco 1: a disponibilidade utiliza nuvens diferentes com dados mantidos sem criptografia, de modo que atacantes de plataformas ou de comunicação do tipo "man-in-the-middle" pode acessar os dados utilizados nas transações;

- Risco 2: a saída de clientes não indica a deleção de seus dados transacionais. Apenas os dados cadastrais. Com os dados transacionais de clientes, pode haver uma exploração destes dados, pois são bastante ricos em informações para os algoritmos de inteligência artificial;

- Risco 3: O compartilhamento de dados livre com os parceiros faz com que os perfis de consumo sejam distribuídos por outros sistemas, sem o devido conhecimento do titular dos dados;

5. Conclusão

Conforme estabelecido no objetivo do artigo, um método de engenharia de software foi criado para avaliação da aderência da lei LGPD, onde as decisões arquiteturais de um sistema são confrontadas com os requisitos da lei através de um método. Com isso, o artigo indica que não basta o titular do dado consentir o uso de seus dados. A complexidade dos sistemas digitais atuais, considerando as tecnologias de internet das coisas (IoT), inteligência artificial, eventos complexos, segurança cibernética, processamento em nuvens publicas e híbridas, entre outros exigem avaliações mais cuidadosas a respeito dos tratamentos dos dados. Não muito incomum que os usuários leigos estejam consentindo o uso de seus dados usando termos de uso genéricos, motivo de atuação da Lei. Com este artigo, pretende-se identificar o grande potencial que trazem as leis como a GDPR e a LGPD, criando oportunidades de inovações diferenciadas com maior poder aos titulares de dados, diferentemente de hoje quando se diz que no uso de um serviço digital grátis, na verdade o cliente este sendo usado como produto, de maneira inconsciente.

6. Referências Técnicas

1. [KNUTH] (1997). The Art of Computer Programming. 1: Fundamental Algorithms (3rd ed.). Addison-Wesley Professional. ISBN 978-0-201-89683-1.

2. [QUALITY] ISO/IEC 25010: Systems and software engineering — Systems and software Quality Requirements and Evaluation (SQuaRE) — System and software quality models. 2011.

3. [LEN] Software Architecture in Practice (3rd Edition) (SEI Series in Software Engineering), Addison Wesley, 2012, by Len Bass , Paul Clements, et al.

4. [ATAM] ATAM: Method for Architecture Evaluation, AUGUST 2000 • TECHNICAL REPORT, by Rick Kazman, Mark H. Klein, Paul C. Clements.

5. [GDPR] The EU General Data Protection Regulation (GDPR), European Comission web page, acessado em julho de 2019.

6. [LGPD] LGPD – Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais, LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018, Presidencia da República do Brasil, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos, acessado em julho de 2019.

7. [RM ODP] ISO/IEC 10746-3:2009 Information technology -- Open distributed processing -- Reference model: Architecture RM ODP, International Organization for Standardization, web page accessed julho de 2019.

8. [LANE] Lane, N. D. et al. "A survey of mobile phone sensing". Communications Magazine, IEEE, vol. 48, no. 9, 2010.

9. [GUBBI] Gubbi, Jayavardhana, et al. "Internet of Things (IoT): A vision, architectural elements, and future directions." Future Generation Computer Systems 29.7 (2013): 1645-1660.

10. [LU] Lu, Jian, et al. "Roundtable: The Future of Software Engineering for Internet Computing." Software, IEEE 32.1 (2015): 91-97.

11. [BARESI] Baresi, Luciano, Luca Mottola, and Schahram Dustdar. "Building Software for the Internet of Things." IEEE Internet Computing 2 (2015): 6-8.

Criámos uma "pessoa electrónica". E agora? Devemos tributá-la?

Ricardo Lourenço da Silva

Advogado Direito do Trabalho e da Segurança Social

É hoje indesmentível, até para os mais descrentes, que se avançou, de forma sólida, na introdução da robótica no tecido empresarial e que se está a mudar gradualmente as formas tradicionais de trabalho. De facto, é firme a convicção que a robótica terá um impacto nas relações de trabalho e melhorará, por certo, a eficiência produtiva. Uma vez que permitirá às empresas tornarem-se mais competitivas, surgindo, assim, novos modelos de negócios, ajudando, por conseguinte, ao aumento da sua eficiência e dos seus lucros.

No entanto, admitindo como possível o cenário destas tecnologias associadas à robótica e à Inteligência Artificial conduzirem à extinção de milhões postos de trabalho (que face a estas novas tecnologias se tornarão obsoletos e irrecuperáveis no futuro), é precisamente aqui que se levanta a questão tributária e da eventual necessidade de coleta de impostos sobre o trabalho robótico.

Desde logo a questão que se impõe é: Se constituirá um eventual problema futuro, não só para o Direito do Trabalho, mas também para o Direito Fiscal, e, caso se verifique, se deverá, assim sendo, merecer um especial cuidado e atenção por parte do legislador para acautelar o impacto robótico no Estado Social.

De facto, aqui várias opiniões se levantam quanto a esta problemática, existindo, por um lado, posições favoráveis à criação de impostos sobre os robots. Isto é, admitindo como legitima a criação de novos impostos ou taxas sobre cada robot que substitua um ser humano, já que à medida que os postos de trabalho forem sendo extintos, essa substituição provocará um défice nos cofres do Estado quanto à cobrança de impostos sobre o trabalho, bem como nos descontos para a Segurança Social, cuja sustentabilidade se discute há uma série de anos.

Por outro lado, subsistem também, na doutrina, posições de ponderação para que o Direito Fiscal não seja um entrave à inovação. Ou seja, que o legislador encontre, aqui, um equilíbrio que permita à "era" tecnológica não se transformar, antes, numa marcante página negra do capítulo dos direitos sociais dos trabalhadores e, por conseguinte, no "fim" do Estado Social.

Outra relevante questão que se levanta, na doutrina internacional, é a possibilidade de ser atribuída personalidade jurídica aos robots e, dessa forma, tornarem-se sujeito passivo tributário.

Assunto que, de facto, já se discute no Parlamento Europeu, já que só com a atribuição dessa personalidade essas máquinas poderão ser consideradas sujeitos de Direito.

Permitindo, assim, que sejam tributadas, revertendo esses impostos para o investimento na formação técnico profissional dos trabalhadores afetados pelas máquinas que os substituirão nos seus locais de trabalho e, consequentemente, impedir a falência técnica da Segurança Social devido ao decréscimo abrupto dos descontos que deixarão de ser feitos pelos trabalhadores que perderam os seus postos de trabalho.

De facto, existem já países tecnologicamente mais desenvolvidos, como o Japão e a Coreia do Sul, onde se estuda, atualmente, a implementação de um imposto sobre os robots e na redução de benefícios fiscais às empresas que introduzam tecnologias associadas à robótica e à Inteligência Artificial em detrimento de trabalhadores humanos.

No entanto, a regulação, não poderá ser feita numa perspetiva de defesa ou criação de barreiras contra a inovação tecnológica, mas com base no princípio de uma robótica inclusiva, social e inovação legalmente responsável, sendo necessário que se legisle - nos âmbitos fiscal e laboral - para que se atinga um equilíbrio entre as garantias das empresas, bem com na defesa dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave:
Robótica. Pessoa Electrónica. Emprego. Desemprego. Impostos. Economia. IA.

Technology and new emerging rights. The right to disconnect in the Italian framework*

Rosita Zucaro

Ca' Foscari University

Venezia

1. Introduction

2. The new form of protection in the Italian legal framework: the issue of digital disconnection

3. A social partners role: first collective bargaining experiences

4. Conclusions

* A developed version of this paper was published by *Revista General de Derecho Publico Comparado*, n. 29, 2021.

Abstract

Technological evolution is a factor that generates an irreversible change in social contexts, such as in the workplace. It turns upside-down working patterns and paradigms of the work performed. Moreover, the Covid-19 pandemic has accelerated the impact of new technologies. Technology not only has the characteristic of "freeing up time" but also has problematic effects, such as "Time porosity". This expression is a metaphor that aims at describing how the "lifetime" lends itself to being invaded by "work time", due to a society in which one person can connect everywhere and every-time. The flexibility of spaces and timetables intersects with the theme of the work-life balance and organizational well- being allowing workers to align their life projects with their job. Therefore, technologies can put jobs at risk, critical aspects. Nevertheless, if correctly addressing it can also contribute to a new work ethic. In Italy, corporate collective bargaining has started to experiment with a new organizational model, better known as "smart working". Following the positive outcome of these experiments, the Legislator decided to provide a normative framework with law n. 81 of 22 May 2017, Chapter II. The analysis of this experience in the light of the complex background permits the author to highlight the necessity to regulate new rights, such as the right to technological disconnection in a modality that makes this right effective.

1. Introduction

Technological evolution is generating an irreversible change in the workplace and impacts in a relevant way the welfare systems and social security, the content of skills and their acquisition, the availability and type of jobs and occupational health and safety, and issues related to personal and social well-being. The Covid-19 pandemic has led to an acceleration of technology presence in workplaces and the traditional working patterns. Different typology of remote working was a fundamental answer to contain the virus, prosecute economic activity and guarantee public service. Therefore, worldwide remote work has jumped to 20 or 30 per cent of workers from a restricted spread before pandemic concerning 3 per cent of employees[1].

The sudden stretch of remote work[2] raises a vast and urgent array of issues and challenges for employees, employer and Institutions. Digitization in the workplace has determined some relevant economic and social benefits for employers and workers as increased flexibility and autonomy, the improvement of work-life balance, productivity and competitiveness' increased, and reduction of commuting times. However, they have caused disadvantages giving rise to several ethical, legal and employment-related challenges and issues.

For example, observing that aside technology can "freeing up time" or rest time whilst on the other, it may have the opposite effect which in literature called "Time porosity". This definition is a metaphor for indicating porous borders between areas of life, as the possibility of working anywhere and at any time determines continuous contamination between what one is in the personal life and the work one does. The flexibility of workspaces and working hours intermingles with the topic of work-life balance and organizational well-being. It allows the employee to align their life projects with their job but also determines new critical issues.

Thus, technology creates a new workspace and freeing up time but also risks. However, often the «employees physically leave the office but do not leave their jobs. They remain attached by a kind of electronic leash-like a dog»[3]. The employees are often contacted by text message, email, or smartphone at all hours to perform a task, work on a project, or complete an assignment[4].

Scientific literature has underlined some serious health hazards by technology: insomnia, irritability, bad mood, demotivation, mental exhaustion, lack of energy and lower performances, work-related stress, burnout and overworking. Furthermore, there are researches on a different impact concerning health and safety from a gender perspective. For example, the International Agency for Research on Cancer has classified radiofrequency radiation as a possible carcinogenic and has highlighted a particular risk for pregnant women[5].

Some research about different kinds of remote working highlights that fatigued, stressed-out employees are more likely to become injured, sick, or absent from work. Moreover, the latest findings in neurobiology reveal similar neural mechanisms related to substance addiction and technology addiction[6]. On top of that, some studies indicate that longer working hours lead to productivity decreases[7].

It is important to note that an "always-on" culture can be self-imposed by employees themselves

1 See ILO (2020), *Working from Home: Estimating the Worldwide Potential*, Policy Brief, Geneva; BICK A., BLANDIN A., MERTENS K. (2020), *Work from Home after the Covid-19 Outbreak*, CEPR Discussion Paper No. DP15000.

2 For the working patterns related to technologies, there are different terms such as "remote work", "telework", "work at home" and "home-based work". According to ILO "remote work" and "telework" refer «to an arrangement where workers perform their tasks and duties from an alternative location of their tasks and duties from an alternative location of their choosing. "Alternative" in this case should be understood as an alternative to a default expectation that work is performed in a specific place, depending on the type of work [...]. This is typically, but not necessarily, in a worker's own home – which creates an overlap between the concepts of work at home and home-based work – but could also be several different types of locations, such as a co-working space, caffè or library see ILO (2020), *COVID-19: Guidance for labour statistics data collections: Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work*, the International Labour Office, Geneva, 3 ss. So, a first problem is that the various countries are using different and sometimes overlapping definitions and the terms are being used interchangeably see ILO-EUROFOUND (2017), *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva; EUROFOUND (2020), *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, Luxembourg: Publications Office of the European Union. While some of this is due to legal constraints, it also reflects differences in organizational practices and cultural predispositions, see ILO (2021), Working from home. From invisibility to decent work, Geneva. Moreover, there are differences also in the same country, for example in Italy we use smart working/agile working or teleworking but there are differences between the two legal institute see Zilio Grandi G., Zucaro R. (2020), *Smart working, X Appendice Enciclopedia di lettere*, scienze e arti, Treccani.

3 Code du Travail, [Labor Code] art. 55 (Fr.), 2016.

4 In a survey on 150 managers emerged that almost 83% indicated they would contact employees after regular work hours; usually (80%) by text message or email, whilst 42% revealed they would call their subordinates; almost 25% would use social media or chat software to connect with their employees, 28.6% of respondents expected to get a response from their employees in a few hours or less.. See Challenger, Gray, & Christmas Inc., *Are You a Digital Dictator?*, retrieved from http:// www.challengergray.com/press/press-releases/are-you-digital-dictator, 2017.

5 See CLEGG F. M., SEARS M., FRIESEN M., SCARATO T., METZINGER R., RUSSELL C., STADTENER A., MILLER B. A, *Building science and radiofrequency radiation: what makes smart and healthy buildings*, in Buildings and environment, n. 176, 2020.

6 See, among the various, POMPA J. (2013), *The Janus face of the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work*, ETUI Working Paper, n. 7; PIETRAFASA E., DI LEO R., CASTRIOTA M. (2014), *ICT e mercato del lavoro tra nuove professioni e rischi emergenti*, in RIMP, I, n. 2, p. 412-417; see also INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD, SALUD Y BIENESTAR EN EL TRABAJO (2015), *Algunas orientaciones para evaluar los factores de riesgo psicosocial*, Madrid, which analyzes psychosocial risk factors and provides useful elements for their evaluation.

7 Some researches indicate that longer working hours lead to productivity decreases GOLDEN L. (2012), *The Effects of Working Time on Productivity and Firm Performance*, Research Synthesis Paper, in Ilo, Conditions of Work and Employment Series n. 33, Conditions of Work and Employment Branch, Geneva.

because electronically connected all the time is often an implied expectation for employees looking to impress their manager and climb the corporate ladder[8]. It appears that some workers express an obsession with continually looking for work-related messages[9]. Therefore, it's evident that the "always-on", namely the continuous connection means that the worker could be exposed, more than in the past, «to a permanent state of reactive alert concerning the satisfaction of employer requests»[10].

In this context, the new need for disconnection protection emerges to identify tools and methods to interrupt connection without repercussions on remuneration and work performance or disciplinary sanctions[11].

Currently, there is not a European legal framework regulating the right to disconnection. However, the "Working Time Directive" (2003/88/EC) refers to several rights that indirectly are related to similar issues: in particular, the minimum daily and weekly rest periods that are required to safeguard health and safety. Furthermore, the right to disconnect is fundamental for a work-life balance, an objective that has been at the core of recent European initiatives. I refer to the European Pillar of Social Rights, particularly Principles 9 (work-life balance) and 10 (healthy, safe and well-adapted work environment and data protection), and Directive about work-life balance for parents and careers. In addiction Article 8 of European Convention of Human rights provides that «everyone has the right to protection of personal data concerning him and her». Whereas that rule and the implementation of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council (GDPR)[12] should ensure that employees receive adequate information on the purpose and nature of monitoring and surveillance and that employers are required to justify the measures and minimize their impact by deploying the least intrusive methods.

In any case, on 21st January 2021, the European Parliament adopted a resolution containing recommendations to the Commission on the right to disconnect and a proposal for a directive ad hoc. Therefore, there is a fair European Union's address about recognition at the European level of the right to disconnect. Moreover, some European experiences exist on this topic, such as Italy, on which this paper focuses.

8 BURNS J. (2016), *The Five Reasons Employees Work Overtime*, retrieved from https://www. replicon.com/fivereasons-employees-workovertime/

9 MARULANDA-CARTER L., JACKSON T. W. (2012), *Effects of E-mail Addiction and Interruptions on Employees*, Journal of Systems and Information Technology, 82-94; TUREL O., SERENKO A., BONTIS N. (2011), *Family and Work-Related Consequences of Addiction to Organizational Pervasive Technologies*, Information & Management, n. 48, 88.

10 POLETTI D. (2017), *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali», in Responsabilità civile e previdenza*, 2017, n. 1, 9.

11 See ZUCARO R. (2019), Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela, in Labour Law issue, No. 5, 217 ss.; POLETTI D., op. cit., 9; FENOGLIO A., op. cit., 554-555; SPINELLI C. (2018), *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 153; MARTONE M. (2018), *Lo smart working nell'ordinamento italiano, in Diritti, lavori e mercati*, No. 2, 301; DI MEO R. (2017), *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in Labour & Law. Issue, No. 2, 20.

12 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

2. The new form of protection in the Italian legal framework: the issue of digital disconnection

In Italy, after teleworking unsuccessful, the collective agreements at the company level started to experiment with an innovative model, better known as "smart working" or "agile working", trying to exploit the potential offered by new technologies from 2012. From here, the path that led to the inclusion of disconnection in the Italian legal system starts.

Initially, the Parliament present the Bill on "smart working", the so-called Mosca proposal (AC 2014), following in 2016 by the Bill on the initiative of the senators Sacconi, D'Ascola, Marinello and Pagano the Act S. n. 2229, entitled "Negotiation of agile working methods in the fourth industrial revolution", and by a governmental Bill (AS 2233), "Measures for the protection of non-entrepreneurial self-employment and measures aimed to support the flexible articulation of employee work overtime and in places".

Bill No. 2229 explicitly provide the right to disconnect through article 3, paragraph 7, which indicated that the smart worker «have the right to disconnect from technological devices and on-line platforms without bearing any consequence on the prosecution of labour relations and compensation». Moreover, the measures protecting the right to disconnect have to be adopted under the objectives agreed with the employer, the criteria set by occupational health physician and the eventual period of availability.

As mentioned, the innovative working pattern introduced by the new technologies allows us to be "always-on". Therefore, this can accentuate the conflict between work and personal life, making the boundaries between them more blurred[13]. The emerging need to protect workers from this potentially harmful "grey area" laid the foundations for technological disconnection. So, in Italy, the Legislator has, for the first time, highlighted the importance to protect workers from the technological disconnection in the Law on smart working, the second part of Law n. 81 of 2017. But first, retrace the steps that led to the adoption of the Law.

In Bill No. 2233, the right to disconnect was regulated by article 16: this provision, concerning in general, the form of the mandatory agreement to be executed between a worker and an employer to accede to smart working, established, for the parties, an obligation to indicate the technical and organizational measures functional to assure disconnection to the worker from technological devices utilized for their performance. Later, the Legislator brought bills No. 2229 and No. 2233 of 2016 together in a unique proposal – No. 2233-B – passed by Parliament as a part of Law No. 81/2017[14]. Chapter II of this law regulates "Agile Working" or "Smart working"[15].

The discipline intentionally is not restrictive, as can be seen from the introductory report: «this Bill derives from the need to create a flexible way to carry out the employment relationship, intending to increase productivity. At the same time, it facilitates the work-life balance and accompanying the profound cultural change in the concept of work [...] Therefore, it is not essential to fix the changes, to codify them in new rules, intended to be always incapable of understanding a multifaceted and rapidly evolving reality but to identify flexible instruments [...]». Italy appears the first European countries, which has regulated a form of remote working called "smart working"[16], in terms of the evolution of telework[17]. Article 18, paragraph 1 of Law No. 81/2017 confirms that smart working is not a new labour agreement, but as a particular manner to purpose work's activities to enhance the companies' competitiveness and work-life balance.

The agreement to accede to the smart working must be in written form and, as per article 19 of Law No. 81/2017, must regulate the activity that the worker could carry on outside the premises of the factory, also concerning instruments and devices needed to work and to how the employer can exercise his power of direction.

13 COELHO MOREIRA T. M. (2017), *L'impatto delle nuove tecnologie nella conciliazione tra vita e lavoro*, in Labour & Law Issue, vol. 3, No. 1.

14 In particular, the first part of Law No. 81/2017 concerns measures to improve the social and juridical protection of autonomous workers.

15 ZUCARO R. (2016), *Smart working: strumento per la conciliazione vita-lavoro e la produttività*, in ALESSANDRINI G. (edited by), *Smart working, nuove skill e competenze, Pensa Multimedia*, cfr. PINTO V. (2016), *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro: Prime considerazioni sui decreti attuativi del "Jobs Act" e sul lavoro agile*, in Rivista giuridica del lavoro, 2, 345.

16 For a reconstruction of agile work in the private sector, please refer, without claim to exhaustivenes to SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, in Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, 3, 771 ss.; SPINELLI C., op. cit., 84-114; ZILIO GRANDI G., BIASI M. (edited by) (2018), Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, Padova, 461-670; FIORILLO M., PERULLI A. (edited by) (2018), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 165-253; FERRARESI M. (2017), *Lavoro agile*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 3; AA.VV. (2017), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale*, in WP CSDLE.it "Massimo D'Antona", collective volume, 6 ss; TIRABOSCHI M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE.it "Massimo D'Antona", collective volumes, 335 ss.

17 Regarding teleworking and agile work, the prevailing doctrine considers the two legal types distinct, while among the supporters of the substantial identity between the two institutions, see MAZZOTTA O. (2016), *Lo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in Questione Giustizia; TIRABOSCHI M., op. cit., 944 ss.; PERUZZI M. (2017), *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in Diritto della sicurezza sul lavoro, 1, 2 ss; GAETA L., *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in DLRI, 1995, 547 ss.; GAETA L., *La qualificazione del rapporto*, in GAETA L, PASCUCCI R. (edited by) (1993), *Telelavoro e diritto*, Torino, 4 ss.

Art. 19, paragraph 1 of law no. 81/2017 provides explicitly that: «the agreement relating to the agile working [...] identifies [...] the rest times of the worker as well as the technical and organizational measures necessary to ensure the disconnection of the worker from the technological tools».

The Legislator does not explicitly qualify disconnection as a right. However, It should be reminded that the other article version had instead expressly provided the right to disconnect. Therefore, the recognition of disconnection as a right has disappeared only in the final text. This regulatory path suggests that the Legislator has decided explicitly, and it is not a mere mistake[18].

However, the Legislator stops at a simple affirmation causes problems of the effectiveness of legal protection. The Legislator has drafted the rule only as a cornice: no time slots that might have to remain free from work or specific instruments to ensure rest periods. Moreover, it neither specifies the implementation methods nor refers to collective bargaining for regulation.

Therefore, the effectiveness of disconnection protection can be secured by the guarantee of fundamental rights such as health, a right and duty of the worker to which corresponds to an employer's obligation[19].

In my opinion, the disconnection is also closely linked to a new generation right: the right to work-life balance, recognized at the European level, in the European Pillar of Social rights in the latest EU Directive 2019/1158, dedicated to the balancing between professional and family life for parents and caregivers and in the article 33 of the Chartes of Fundamentals rights of the European Union.

18 cfr. DI MEO R., *op. cit.*, 22.

19 SPINELLI C., *op. cit.*, 155.

3. A social partners role: first collective bargaining experiences

As mentioned, Legislator decided not to provide for a mandatory referral to collective bargaining concerning the discipline of disconnection. However, in my opinion, due to the "legal vacuum", collective bargaining represents the most appropriate background, and this could be in the future the starting point for a possible legislative synthesis. In any case, as to collective bargaining, since 2015, the number of agreements essaying to regulate the protection of disconnection gradually increased[20].

In particular, relevant practices are in the bank sector, insurance industry and in the field of the mechanical engineering industry (also in the light of technological improvement by a program called Industry 4.0). Furthermore, as argued by others also, the most interest practices have been regulated through collective agreements, especially corporate ones, as we will see below.

For example, article 16 of the Unicredit agreement about work-life balance – signature on 16th April 2018 - provides: «Recognizing that company equipment must be used in compliance with working hours and an appropriate manner, avoiding the abuse of digital channels (such as text messages, videos - calls, WhatsApp, chat, phone calls, pop-ups). Utilization of personal devices for business reasons is allowed only in case of urgency (avoiding sending messages, phone calls, emails to personal devices). The responsible use of emails takes places, as a rule, respecting the official working hours, daily and weekly rest times, the periods of leave/sickness of employees and based on the different levels of managerial responsibility and seniority; sending them only to the necessary recipient, and using the c.c. exceptionally), making sure that the content is concise, clear and always respectful. Generally, avoiding excessive use of e-mails, preferring direct dialogue when possible»[21]. Another remarkable element of this agreement is that the contracting parties to disseminate contents, undertake to launch information campaigns and training initiatives.

Instead, the Allianz Insurance, in the agreement signed on 27th October 2017, about the disconnection provides that: «normally It is not necessary to carry out one's work outside working hours. Therefore, excluding exceptional and urgent business needs, rest must be fully guaranteed - and e-mail reading, reply to phone calls and corporate text messages, access to and connection to corporate technology system must not be required. And during the pause, rest and disconnection, the employee can switch off the devices used to work. Except for the period of interruption, rest and disconnection, during the "smart working" days, the employee must be available on the smartphone and via e-mail»[22].

The experience of Cattolica Insurance is similar to Allianz, but more focused as it provides precise times for disconnection: in particular, during rest periods - as a rule, in the interval between 6.30 pm and 7.45 am and during the entire days of Saturday and holidays - the worker may not be required to perform his work, read e-mails, answer phone calls and messages or access the company technology system. Besides, the employee can turn off the devices used to work[23].

Some recent experiences - such as the Olivetti agreement of 28 September 2020 - refer to the "sense of responsibility of the individual worker, colleagues and managers" and merely indicate that the employee is not obligated to see company e-mails during a working break. Besides, the company suggests the adoption of tools such: the use of the "delayed delivery" sending option, the planning of meetings in compliance with the ordinary working hours, the timely planning of own agenda through the outlook calendar; it also indicates that each employee must set the status of the company instant messaging computer application, to make its active or inactive status known[24].

However, in my opinion, it emerges from the analysis of collective bargaining that apart from some best practices, the constant aspect is that the absence of a perceptive regulatory framework and without an express reference to trade union intervention often leads to silence on the topic.

20 Obeservatory of Politecnico di Milano; Observatory by ADAPT.

21 See in fisac-cgil.it

22 See in olympus.uniurb.it

23 Agreement of 22 November 2017 see firstcisl.it

24 See olympus.uniurb.it

4. Conclusions

As we have seen, in Italy, the disconnection is not expressly a right and to strengthen its protection, it is essential to remember its connection not only with the fundamental right such as right to health, right to private life and the work-life balance. In my opinion, this double link means that to protect the disconnection guaranteeing the respect of the eleven hours of daily rest is not enough, foreseen by the legislation on working time.

Therefore, protection is necessary beyond the concept of working time. In light of this - according to me - collective bargaining must continue to regulate this interest worthy of protection, also taking into account the information aspects aimed at raising awareness of the damages caused by hyper-connection. In my opinion, the path should end with a recognition of a disconnection right not only for "smart employees" but for all workers, as happened in the French and Spanish experience.

For this paper, I will only point out that the French Legislator has expressly recognized the right of disconnection for all workers by modifying the art. 2242-8 of the Code du Travail; while, in Spain, law number 3 of 2018 on data protection gives greater importance to disconnection, considering it a right of all citizens, the right to protect their rest, time left, as well as their personal and family privacy.

Observing the Italian practices on the subject, apart from some experiences, emerges that the regulation of disconnection does not seem constant. Therefore, in my opinion, it would be more incisive that also in Italy legislative summary to be reached.

The lack of explicit reference by social partners and the absence of any indication about where and how to regulate - for example, the French Legislator indicates the methods to discipline the right of disconnection and also asks the companies to provide courses on a sustainable digital control for work performance - seems resulting a limit of protecting this emerging right.

In my opinion, how the players in the system will regulate and implement the process will determine the prevalence of one or the others[25]. For example, in Italy, the legal framework of disconnection entails unequal treatment because it is not expressly qualified as a right, but it concerns only "smart employees". (which, moreover, is a method of carrying out the work performance which, by regulatory definition, does not necessarily require the presence of the technological tool as a substantial requirement, although so far ordinarily occurs in that way). It is, therefore, currently a collective interest worthy of protection which represents a challenge and an opportunity for industrial relations to «increase their capacity (including technological) [...] and to intercept new needs, [...] making them interpreters, without forgetting their inescapable work of synthesis, of mediation of interests»[26].

Although different from the French and Spanish cases[27], in my opinion, the Italian Legislator does not refer to collective bargaining, but the social partners must "fill with content" an empty rule and devoid of substantive previsions. This role can mark the way for future regulatory recognition of the right to disconnect, not only for smart employees but for all workers. The Legislator can make a summary of what is concretely governed by collective bargaining to guarantee broader and more general protection, and in any case, leaving to trade union relations modulating the discipline concerning the specific issue. However, to date, the absence of a more meaningful regulatory framework on the point, instead of being seized as an opportunity by the social partners, has often generated in the collective bargaining mere declarations of intent, unable to confer effectiveness on the protection of the disconnection more concretely.

25 Cfr. SALENTO A. (2017), *Industria 4.0 ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Rivista Giuridica del lavoro*, SALENTO A. (2017), *Industria 4.0 ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Quad. Riv. Giur. Lav.*, n. 2, p. 176 n. 2, p. 176; SPINELLI C., *op. cit.*, 27.

26 LECCESE V., *op. cit.*, n. 39, p. X.

27 Please refer to for further information Zucaro R., *Technology and new emerging rights. The right to disconnect in the Italian framework and comparative perspective*, in *Revista General de Derecho Publico Comparado*, n. 29, 2021.

UM FUTURO LABORAL COLABORATIVO COM AS PESSOAS COM INCAPACIDADE

A COLLABORATIVE LABOUR EFFORT PUT FORTH TO EMPLOYEES WITH DISABILITIES

Rui Valente | Luísa Rebelo Cima

Garrigues

Resumo

Abstract

No quadro de uma regulamentação dispersa do trabalho de pessoas portadoras com deficiência, entrou recentemente em vigor em Portugal a Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro, que veio impor quotas mínimas de trabalhadores com grau de incapacidade igual ou superior a 60%. No presente texto, far-se-á um balanço do quadro legal resultante desta novidade legislativa, seu significado, amplitude e impacto potencial no mercado de trabalho português. Por outro lado, tentará enunciar-se o conjunto de questões mais relevantes colocadas pela nova legislação, em articulação com aspetos já constantes na legislação de Segurança Social, designadamente no Código Contributivo, bem como os aspetos em que, com mais nitidez, a lei carecerá de aprofundamento ou desenvolvimento. Não deixará de se refletir, a este propósito, acerca do futuro do trabalho de pessoas com deficiência no quadro do chamado trabalho 4.0.

Palavras chave: Trabalho 4.0; Trabalhadores portadores de deficiência; Lei 4/2019.

In the framework of a scattered regulation of disabled people work, Law 4/2019 of 10 January recently came into force in Portugal, which imposed minimum quotas on employees with a degree of disability equal to or greater than 60 %. In this text, an assessment of the legal framework resulting from this new legislation will be carried out as well as its meaning, scope and potential impact on the Portuguese labour market. On the other hand, a set of the most relevant issues posed by the new legislation will be temptingly stated in articulation with aspects already included in the Social Security legislation, namely in the Tax Code, as well as the aspects in which, more clearly, the law will lack deepening or development. This text will not fail to reflect, in this regard, on the future of the employment of people with disabilities in the so-called employment 4.0.

Keywords: Work 4.0; Employees with disabilities; Law nr. 4/2019.

INTRODUÇÃO

O tema do trabalho das pessoas portadoras de deficiência, com incapacidade ou doença crónica não será propriamente uma das causas mais populares, ou mais mediáticas, quando se trata de abordar a não discriminação e a inclusão.

E, no entanto, estamos perante uma questão com evidente relevância, não apenas no plano dos princípios, mas também no plano estatístico.

Na verdade, segundo um estudo do Eurofound de 2001[1], baseando-se em estimativas do Eurostat, 12% da população do espaço União Europeia (mais Noruega) apresenta incapacidade, percentagem que varia desde 15% em Espanha até cerca de 10% em França, Grécia e Portugal.

Este grupo populacional, segundo o mesmo estudo, apresenta uma baixa taxa de participação no mercado laboral que é cerca de 20% a 30% mais baixo do que o da população sem incapacidade.

De entre os dados disponíveis, era nessa altura a Suécia o País que apresentava (apesar de tudo) melhor registo (seria mais adequado dizer "menos mau"), com uma taxa de emprego de 60%, ao passo que, por exemplo, em Portugal essa taxa não superava os 43% — sendo, por exemplo, de 46% nos Países Baixos e no Reino Unido.

Deste modo, o cenário evidenciado pelo estudo é o de uma taxa de desemprego oscilando entre uns pouco animadores "pouco menos de 50%" e uns assustadores "bem mais de 50%" entre as pessoas portadoras de deficiência, ou incapacidade.

O estudo refere ainda, com grande assertividade, que para além de existir uma menor taxa de emprego neste grupo populacional, há, no caso de perda de emprego, um muito maior risco de permanência no desemprego e uma muito maior duração do desemprego – uma duração do desemprego que é sensivelmente o dobro da verificada no grupo populacional das pessoas sem deficiência, ou incapacidade.

Dúvidas não existem, portanto, de que há, no espaço da União Europeia — que gostamos de encarar como um espaço de combate permanente a todas as formas de discriminação, designadamente no trabalho — um evidente problema no que diz respeito ao acesso e permanência das pessoas portadoras de deficiência ou incapacidade no mercado de trabalho.

Portugal não é, neste contexto, uma exceção, sendo o quadro legal vigente – não obstante os esforços mais recentes – ainda incipiente e assente mais numa lógica de integração do que de inclusão, sendo pertinente refletir sobre as possibilidades de inverter de modo mais consistente a situação que ainda se vive e mesmo em que medida o mundo da digitalização pode contribuir para uma melhoria deste panorama.

Na verdade, e conforme adiante se detalhará, em Portugal, segundo os dados dos Censos de 2011, existiam, aproximadamente, 1.900.000 (um milhão e novecentos mil) pessoas – com mais de 5 anos de idade – que declararam possuir "muita dificuldade", não conseguindo desempenhar pelo menos uma das tarefas diárias básicas, tais como: andar, ver, memorizar, ouvir, tomar banho/vestir-se, compreender. Inexistem, pois, inquéritos e estudos nacionais sobre o tema da deficiência propriamente dita que permitam ter uma visão mais profunda sobre estes factos, sendo certo que, de todo o modo, sempre se poderá ter uma ampla noção olhando para os indicadores de limitações diárias[2].

O domínio do trabalho – sendo "*um elemento definidor da existência humana*" – é um dos domínios onde o tema do preconceito e da discriminação perante pessoas com deficiência é mais evidente, pelo que, por esse motivo, merece especial reflexão e atuação.

1 Publicado em 27/02/2001, in www.eurofound.europa.eu/publications/report/2001/workers-with-disabilities.

2 Observatório da Deficiência e Direitos Humanos do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa (ISCSP), *Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos 2018*, dezembro de 2018, disponível em http://oddh.iscsp.ulisboa.pt/index.php/pt/2013-04-24-18-50-23/publicacoes-dosinvestigadores-oddh/item/387-relatorio-oddh-2018.

1. O TRABALHO DA PESSOA COM INCAPACIDADE E DEFICIÊNCIA NA LEI PORTUGUESA – BREVE VISÃO GERAL

Tendo como pano fundo o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, o Código do Trabalho, no seu artigo 24.º, estabelece o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho por parte das pessoas com capacidade de trabalho reduzida, deficiência, ou doença crónica, fatores naturalmente abrangidos pela proibição de discriminação prevista no seu artigo 25.º.

A questão do trabalho das pessoas com incapacidade não tem, na legislação portuguesa, um tratamento global e integrado, encontrando-se, para além da formulação dos princípios genéricos aplicáveis (artigo 85.º do Código do Trabalho), algumas normas que, basicamente, traduzem, por um lado, o *reconhecimento* de que estas pessoas acedem ao mercado de trabalho; por outro, a perceção (pouco materializada, diga-se) de que há *ajustamentos* que daí devem advir (veja-se, por exemplo, o teor dos artigos 87.º e 88.º do Código do Trabalho, que o dispensa de diversas formas de trabalho[3]) e, por último, a afirmação de que estes trabalhadores *não podem ser discriminados*.

No artigo 84.º do Código do Trabalho adota-se o conceito de trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, ao passo que no artigo seguinte se adotam as noções de trabalhador com deficiência ou doença crónica, como três realidades distintas, o que não parece estar em sintonia com a noção abrangente que consta da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto[4], cujo artigo 2.º declara que se considera "*pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas*". Nesta formulação, parece difícil excluir as noções de "capacidade de trabalho reduzida" ou de "doença crónica".

Não podemos, pois, deixar de atentar nas disposições de Direito da União Europeia e Internacional. Com efeito, em matéria de "deficiência", no âmbito laboral, devemos atender, desde logo, às disposições da Diretiva 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (doravante apenas "Diretiva 2000/78/CE"). Não obstante a referida Diretiva não definir o conceito de deficiência, a verdade é que o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante apenas "TJ") – enquanto instituição da União Europeia (UE) competente para, entre o mais, decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos tratados e sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da UE[5] –, tem vindo a pronunciar-se sobre esta matéria, procurando, assim, esclarecer o alcance deste conceito.

Assim, apesar de as considerações do TJ nem sempre terem sido tão esclarecedoras quanto teria sido desejável, nomeadamente no caso *Chácon Navas*[6], já que ficou por esclarecer se o conceito de doença também se encontraria sob o âmbito de proteção da Diretiva 2000/78/CE, a verdade é que, mais tarde, esta instituição da UE, no caso HK Dinamarca[7] (igualmente conhecido como "caso *Jette Ring*"), afirmou perentoriamente que "*se uma doença curável ou incurável implica uma limitação, que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreias pode impedir a participação pela e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e se esta limitação é duradoura, tal doença pode enquadrar-se no conceito de deficiência na aceção da Diretiva 2000/78*"[8].

Em boa verdade, cremos que o entendimento professado pelo TJ teve já em linha de conta a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada a 13 de dezembro de 2006 e aberta à assinatura em Nova Iorque a 30 de março de 2017, que no seu artigo 1.º define "pessoas com deficiência" como aquelas que "*têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua pela e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros*".

É, assim, inegável que o conceito de deficiência atualmente em vigor, tanto no âmbito de Direito Internacional, como no âmbito de Direito da União Europeia, é um conceito amplo, abarcando, a nosso ver, a doença, desde que a mesma implique uma limitação de tal ordem que dificulte a plena e efetiva participação da pessoa portadora na sociedade ou meio laboral onde se insere. Neste sentido, Portugal, enquanto Estado signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[9], e, por outro lado, por força do princípio da interpretação conforme e do primado

3 Tal sucede, sempre que daí possa advir prejuízo para a sua saúde ou segurança, quanto ao regime de adaptabilidade, banco de horas, ou horário concentrado; trabalho noturno; ou trabalho suplementar.

4 Que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.

5 Cf. artigo 19.º do Tratado da União Europeia e artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

6 Processo C – 13/05, 11 de Julho de 2006, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

7 Processo C – 335/11, de 11 de abril de 2013, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

8 Milena Rouxinol, "*Revisitando a caducidade do contrato de trabalho*", Prontuário de Direito do Trabalho, 2016 II, (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016), páginas 131 a 152.

9 Mediante aprovação pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho e ratificação pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência entrou em vigor, relativamente a Portugal, em 23 de outubro de 2009.

da UE[10], encontra-se vinculado à interpretação ampla daquele conceito, motivo pelo qual sempre deverá ser este o conceito a atender.

No Código do Trabalho, o artigo 86.º refere a importância das medidas de ação positiva em favor do trabalhador com deficiência ou doença crónica, mas confia-a ao empregador, reservando para o Estado as obrigações de *apoio e estímulo*. O empregador está dispensado de implementar tamanhas medidas se as mesmas implicarem encargos desproporcionados, a menos que haja compensação por apoios do Estado. Ora, como estes não são reconhecidos pela sua abundância, a questão dos "encargos" constituirá, muitas vezes, um obstáculo relevante à implementação de medidas de diferenciação positiva pelos empregadores ou, como mais adiante referiremos, à adaptação dos postos de trabalho.

E, de facto, algum estímulo (ainda que incipiente) vai existindo, designadamente no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (doravante "Código Contributivo"), sob os artigos 108.º e 109.º, nos quais se consagra um regime de incentivo à contratação de trabalhadores com deficiência, de acordo com o qual a taxa da quotização dos trabalhadores se mantém nos 11% aplicável à generalidade aos trabalhadores por conta de outrem, mas a taxa da contribuição aplicável ao empregador baixa dos genéricos 23,75% para uma taxa especial de 11,9%.

No entanto, este regime apenas é aplicável aos trabalhadores que possuam uma capacidade de trabalho inferior a 80% da capacidade normal exigida a um trabalhador não deficiente no mesmo posto de trabalho e, por outro lado, contanto que estejamos a falar de trabalhadores com contratos de trabalho sem termo.

O apoio em matéria contributiva aplica-se, portanto, a um pequeno conjunto de pessoas dentro de todas as que apresentam deficiência, incapacidade, ou doença crónica e há uma discriminação difícil de entender relativamente aos contratos a termo, que resultará certamente da posição geral de desconfiança do sistema em relação aos vínculos laborais precários, mas que parece esquecer, quanto a estes trabalhadores, que é muito evidente que o maior inimigo não é a precaridade laboral, mas o desemprego, ou, ainda mais, a exclusão pura e simples do mercado de trabalho. Onde a "chave", para uns, é a segurança, para outros ela é o acesso.

Quer no Código do Trabalho, quer no Código Contributivo, o paradigma parece claro: parte-se do modelo existente para as pessoas sem deficiência (e/ou sem capacidade de trabalho reduzida ou doença crónica) e tenta-se incluir nesse quadro mental e normativo as pessoas que possuam tais handicaps, qualquer que seja a sua natureza ou origem.

Ao mesmo tempo, a deficiência de mais nítida e abrangente relevância é a que se vai aproximando, percentualmente, da incapacidade total ou quase total – na antecâmara da invalidez.

Além disso, a visão geral é a de um tipo de trabalhador com *capitis diminutio* funcional que há que ajudar, de modo a tentar equilibrar a sua posição relativa face aos demais trabalhadores.

Não se pondera, por exemplo, a possibilidade de que o trabalhador portador de deficiência tenha especiais capacidades e especiais competências para determinadas funções que justifiquem um regime autónomo que, sem perder de vista o quadro constitucional vigente e os princípios estruturantes do nosso direito laboral, seja pensado à medida das necessidades concretas destes trabalhadores, mesmo que escapando a uma lógica cegamente igualitária.

Dito de outro modo, o enfoque está essencialmente situado na existência de *desvantagem* e nas formas de a ter em conta e no afã de a tentar compensar e nunca nas competências (ou mesmo vantagens) que este tipo de trabalhador pode apresentar.

O regime conjugado do Código do Trabalho e do Código Contributivo é, portanto, um regime jurídico incipiente, e assente numa lógica de *não segregação* e (quando muito) *integração*, mas não *inclusão*[11].

10 PAIS, SOFIA DE OLIVEIRA, Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 41 a 107.

11 A distinção entre os conceitos de integração e inclusão está amplamente analisado no domínio da educação, opondo uma visão simplesmente quantitativa da consecução da entrada no sistema de quem está fora dele parta uma visão mais exigente e que sublinha a relevância da adaptação da escola às necessidades específicas de cada aluno e, portanto, de uma abordagem diferenciada de cada caso concreto. Dito de outro modo, trata-se de ir além do mero "encaixe" no sistema e tentar assegurar que, uma vez "no" sistema, há reais condições para que essa entrada seja verdadeiramente frutuosa e consistente. Vejam-se, a título meramente exemplificativo, estudos como "From integration to inclusive education: does changing the terms improve practice?" (TOMAZET, SERGE, in International Journal of Inclusive Education – Routledge, Taylor & Francis Group);

2. A LEI N.º 4/2019 DE 10/01 – UMA PRIMEIRA ABORDAGEM

Foi neste contexto bastante modesto que foi publicada a Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro, que entrou em vigor no dia 1 de fevereiro de 2019, vindo estabelecer um sistema de quotas para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, visando a sua contratação por entidades do setor privado e organismos do setor público não abrangidos pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de fevereiro [12/13].

Não se retire daqui que se assistiu a um impacto imediato da lei, pois que o número 5 do seu artigo 5.º estabelece um período de transição de 5 anos para as empresas que tenham entre 75 e 100 trabalhadores e de quatro anos para as que tenham ao seu serviço mais do que 100 trabalhadores – a contar da entrada em vigor da Lei n.º 4/2019.

Embora a lei não o previna, parece poder entender-se que conta, para efeitos do período de transição, o número de trabalhadores ao serviço do empregador quando da entrada em vigor da lei, pois que seria uma solução bizarra que o período de transição fosse flutuante, em função das variações que a empresa conheça entre 2019 e 2024. Eis o que nos parece quer do uso do presente do indicativo – "*dispõem*" – quer do uso da expressão "*a contar da entrada em vigor da presente lei*".

O diploma remete, naturalmente, para a noção de deficiência constante da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, quando as limitações funcionais sejam "*superáveis através da adequação ou adaptação do posto de trabalho e ou produtos de apoio*" e referindo que a deficiência pode abranger as áreas da paralisia cerebral, orgânica, motora, visual, auditiva e intelectual.

No entanto, há uma importante circunscrição da lei às grandes empresas e a uma parte das médias empresas: as que tenham mais do que 75 trabalhadores.

Pode assim dizer-se que, em termos conceptuais, é evidente estarmos perante uma certa *evolução na continuidade*.

Evolução – na medida em que o sistema de quotas pode, efetivamente, ser uma ajuda para os que, apresentando uma deficiência, tentem aceder, ou permanecer no mercado de trabalho, tudo no quadro de amplas dificuldades de contexto: a sua causa não é "popular", nem "mediática"; o quadro legislativo está estruturado a pensar nas pessoas sem deficiência; os seus obstáculos são muito práticos e pouco ideológicos[14].

Continuidade – na medida em que o paradigma não se altera: há pessoas que se debatem com dificuldades que devem ser "superadas", de modo a fomentar a sua "integração" no mercado de trabalho.

Por outro lado, há um limite percentual – de 60% ou mais de incapacidade – que deixa de fora muitos trabalhadores portadores de deficiência relevante. Basta pensar nos trabalhadores com 50 ou 55% de incapacidade, ou seja, em que metade da sua capacidade de mostra afetada ou comprometida para medir até que ponto a lei foi parcimoniosa na escolha da fronteira aplicável.
Este aspeto assume extrema relevância porque penalizará as empresas que tenham ao seu serviço trabalhadores com incapacidades expressivas e sejam já (ou planeiem sê-lo) generosas na sua integração e inclusão, mas cuja presença no quadro de pessoal será irrelevante para o cumprimento da lei, com a injustiça relativa que daí pode advir – sobretudo quando estiver em causa uma comparação entre empresas que apostem no cumprimento dos mínimos legais e as que hajam decidido ir mais além e ter autênticas e abrangentes políticas de inclusão.

Por outro lado, tem de ser assinalada a evidente desarmonia entre este diploma e o Código Contributivo: o trabalho das pessoas com grau de incapacidade compreendida entre os 60% e os 79% de incapacidade contarão para efeitos do cumprimento deste sistema de quotas, mas sem poder beneficiar do regime contributivo mais favorável previsto na lei e acima referido.

O desfasamento existe, também, quanto ao tipo de vínculo, pois que se o Código Contributivo desconsidera os contratos a termo para efeitos de redução de taxa, o mesmo não parece suceder (e bem) com a Lei n.º 4/2019, de 10 de janeiro, pois que nenhuma alusão, ou restrição é feita a esse propósito.

Tendo em conta as tradicionais dificuldades do legislador em perspetivar, de modo integrado, o Direito do Trabalho e o Direito da Segurança Social (ramos do direito tão interligados, mas que parecem continuar a viver de costas voltadas), fica sem se perceber se este desfasamento foi intencional e, tendo sido intencional, qual o racional que lhe esteve subjacente, sobretudo se recordarmos que o Estado se autoconfiou a dupla missão de *promover*, mas também *apoiar* a integração dos trabalhadores portadores de deficiência.

Tentando interpretar com a máxima bonomia as intenções legislativas, poder-se-ia imaginar que a Lei n.º 4/2019 quis que a contratação a termo contasse para o cumprimento das quotas nela previstas, tendo presente que a taxa contributiva não é bonificada nesse caso nos termos do

12 Diploma que estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade funcional igual ou superior a 60% em todos os serviços e organismos da administração central, regional autónoma e local.

13 O modelo das quotas como ferramenta destinada a esbater situações de desigualdade vai, portanto, fazendo o seu caminho no ordenamento jurídico português, depois, por exemplo, da publicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, que instituiu o regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa.

14 Por muito que o sistema de quotas seja, em si mesmo, bastante discutível, ora por constranger a autonomia privada, ora por não ser consentânea com o intuitu personae inerente à relação laboral. Além disso, a quota comporta sempre o risco de que o mínimo se transforme num máximo, i.e., de que ao cumprir a quota, se assuma esse patamar como o patamar suficiente e como tal, como "porto de chegada". Em todo o caso, retomando conceitos acima aflorados, as quotas situam-se sempre mais no plano da integração do que da inclusão até porque nesta as grandes questões que se colocam se situam a jusante, na gestão da situação do trabalhador com deficiência, já depois de contratado.

Código Contributivo, de modo a tentar que o empregador sinta na bonificação da taxa nos contratos sem termo um incentivo à conversão do contrato em contrato por tempo indeterminado. Terá sido por isso? Ou será mesmo desarmonia intrasistemática?

Diga-se que a prova da incapacidade compete às juntas médicas dos serviços de saúde através da emissão da emissão de atestado médico de incapacidade multiusos nos termos da legislação em vigor – eis o que consta do artigo 3.º da Lei 4/2019, que assim remete para o Decreto-Lei n.º 202/96, de 23 de outubr[15] .

Também para efeitos de cumprimento da "quota de emprego", não contam as pessoas em formação, os estagiários e os prestadores de serviços (artigo 4.º, n.º4), mas pondera-se a globalidade da entidade jurídica empregadora e não cada um dos estabelecimentos que a compõem.

Aqui se vê até que ponto pesou, na construção da lei, um outro preconceito: o de que por integração no emprego ou no mercado de trabalho se deve entender uma inserção apoiada na celebração de um contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Mesmo não sendo surpreendente a (aqui sim) clara intencionalidade do legislador em manter a sua desconfiança, quando não repulsa, em relação ao contrato de prestação de serviços, tão nítida na última década, cremos que no domínio vertente esse *parti pris* deveria ter cedido ante a relevância da inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho – para as quais essa entrada é, certamente, o mais relevante. Além disso, se é sabida a existência de contratos de prestação de serviços que o não são, não é menos certo de que sempre existiram e existirão, autênticos contratos de prestação de serviços.

Como tal, ao menos nas situações em que há uma dependência relevante do prestador de serviços relativamente à entidade beneficiária deles (conceito aplicável aos casos em que mais de 50% da faturação esta nela concentrada, nos termos previstos no Código Contributivo), as relações de trabalho independente deveriam contar para efeitos de preenchimento da quota de emprego instituídas pela Lei n.º 4/2019.

É que, além do mais, as situações de dependência económica já geram encargos específicos de natureza para-tributária para as entidades beneficiárias (que ganham a qualidade de "entidades contratantes" e ficam obrigadas a uma contribuição anual para a Segurança Social de 7% ou 10%) e, para além disso, já se encontram naturalmente expostas a fiscalização por parte da Autoridade para as Condições de Trabalho, nos termos do disposto nos números 3 e 4 do artigo 150.º do Código Contributivo.

Não repugnaria, portanto, que a tamanha contribuição e exposição pudesse resultar, como "reverso da moeda", a possibilidade de que tais contratos pudessem ser relevantes no preenchimento da quota de emprego, sob pena de se penalizar o trabalhador (independente) com incapacidade pela repulsa legislativa face aos contratos de prestação de serviços.

É que, bem vistas as coisas (e mesmo acompanhando, por instantes, o *parti pris* assinalado), se a desconfiança legislativa decorre de se entender que os casos de prestação de serviços com dependência económica podem muitas vezes ter subjacentes relações de trabalho subordinado, mais uma razão para aceitar contá-los para efeitos desta lei – cabendo, quanto ao mais, aos serviços inspetivos (e aos Tribunais, a pedido do trabalhador portador de deficiência) indagar da conformidade entre a forma e a substância do contrato.

Para quem está excluído do mercado de trabalho, mesmo a discussão da natureza do vínculo contratual pode facilmente ser encarado como um "luxo" de quem já conseguiu nele entrar...

Esta quota de emprego não é, por outro lado, igual para todas as empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação da lei, sendo que o artigo 5.º estabelece uma quota de 1% para as médias empresas com 75 ou mais trabalhadores[16] e uma quota de 2% para as grandes empresas, ou seja, as que empreguem 250 ou mais trabalhadores, relevando sempre o número de trabalhadores correspondente à média do ano civil antecedente.

Refira-se que durante o período de transição já acima referido, a lei prevê que os empregadores tenham de, em cada ano civil, garantir que pelo menos 1% das contratações anuais seja destinada a pessoas com deficiência.

Esta solução legislativa contribui para acentuar a complexidade da vida dos departamentos de Recursos Humanos, sobre os quais continuará a recair – como já sucedia desde a entrada em vigor do modelo das quotas de acesso às prestações de desemprego em caso de acordo revogatório constituindo alternativa a extinção de posto de trabalho ou despedimento coletivo – o ónus de gerir o quotidiano através de fórmulas "excel".

Por outro lado, a terminologia da norma é infeliz, ao não proceder a qualquer remissão para o artigo 1.º. Na verdade, o n.º 6 do artigo 5.º basta-se, literalmente, na contratação de "pessoas com deficiência", sem se saber se basta, ou não, durante o período de transição, contratar pessoas com qualquer percentagem de incapacidade, se apenas contam as que tenham mais de 60% de incapacidade. Admite-se que se haja pretendido impor esta última solução, mas a verdade é que tal não ficou manifestado de modo inequívoco.

Uma última nota para sublinhar que a obrigação de contratação gradual durante o período de transição que consta do n.º 6 do artigo 5.º parece revestir – por espantoso que pareça - natureza eminentemente ordenadora, pois que o teor do regime sancionatório consagrado no artigo 9.º reserva a responsabilidade contraordenacional para o momento de plena aplicação da lei – e, portanto, já após o fim do período de transição.

Saliente-se, ainda, que a aplicação da lei não é inexorável, pois que o seu artigo 8.º consagra mecanismos de exceção relativamente ao seu cumprimento e sempre dependentes de requerimento a dirigir à Autoridade para as Condições de Trabalho e sujeitas à avaliação discricionária de tal entidade: no número 1, permite-se um pedido de não aplicação da lei por impossibilidade da sua aplicação aos postos de trabalho; no número 2, face à inexistência, em número suficiente, de candidatos com deficiência, inscritos nos serviços de emprego, que reúnem os requisitos necessários para preencher os postos de trabalho das ofertas de emprego apresentadas no ano anterior.

Para além de continuar a fazer falta uma remissão para o artigo 1.º (ou que neste se dissesse que sempre que na Lei se aludisse a pessoa com deficiência se deveria entender a que apresente, para os efeitos nela previstos, uma incapacidade igual ou superior a 60%), a solução a que se chegou sempre será bastante discutível.

15 Que estabelece o regime de avaliação de incapacidade das pessoas com deficiência.

16 Ou seja, e atento o disposto no artigo 100.º do Código do Trabalho, para as empresas com um número de trabalhadores situado entre 75 e 249.

Na verdade, a entender-se que só candidatos com 60% ou mais de incapacidade preenchem os requisitos de empregabilidade e que só esses serão tidos em consideração na instrução deste requerimento de exceção, facilmente se poderá chegar a uma exceção na aplicação da lei deixando de fora outros trabalhadores portadores de deficiência – e mesmo de trabalhadores portadores de muito relevante deficiência.

Sem de modo algum negar a bondade da iniciativa legislativa que redundou na publicação da Lei n.º 4/2019, de 10/01 (bondade de resto evidente), a verdade é que o modelo que institui tem um âmbito de aplicação diferido e limitado, pois que a sua aplicação apenas começará a ser verdadeiramente obrigatória dentro de 4 anos e porque não se aplica, nem a todos os trabalhadores portadores de deficiência, nem a todas as empresas.

A lei prevê no seu artigo 12.º uma avaliação por parte do Instituto Nacional para a Reabilitação e do Instituto do Emprego e da Formação Profissional de três em três anos, ouvidos os parceiros sociais e a Comissão de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiência.

3. DO IMPACTO A LEI N.º 4/2019 DE 10/01 NO TECIDO EMPRESARIAL PORTUGUÊS

Analisado e compreendido o teor da Lei n.º 4/2019, importa, por ora, estudar o seu impacto no tecido empresarial português e, acima de tudo, o seu impacto na empregabilidade de pessoas com deficiência, pelo que, por este motivo, se torna imprescindível averiguar o seu verdadeiro âmbito de aplicação.

Conforme acima se salientou, as quotas de emprego de 1% e 2% do pessoal ao serviço, estabelecidas no artigo 5.º da Lei n.º 4/2019, aplicam-se, respetivamente, a:

(a) Médias empresas, sendo que aqui apenas se incluem as empresas com um número igual ou superior a 75 trabalhadores com deficiência;

(b) Grandes empresas, sendo que, para este efeito, e na ausência de indicação em sentido contrário, dever-se-á atender à definição estatuída no artigo 100.º, n.º 1, alínea d), Código do Trabalho, considerando-se, portanto, as empresas com 250 ou mais trabalhadores.

Ora, a primeira interrogação com que nos deparamos diz respeito à instituição de um "novo conceito" de média empresa, pois que, pela primeira vez, e contrariamente à aceção do Código do Trabalho, o legislador previu médias empresas com um número igual ou superior a 75 trabalhadores.

Esta primeira interrogação, ainda que, por ora, sem resposta, leva-nos, igualmente, a uma primeira crítica, na medida em que a disparidade de conceitos, cria, necessariamente, uma maior dificuldade na análise de dados estatísticos, que se baseiam – e, de resto, sempre se basearam – no conceito estabelecido pelo Código do Trabalho, dificultando, consequentemente, o estudo do impacto deste regime e, bem assim, a sua fiscalização.

Diga-se, a este propósito, e abrindo um breve parenteses, que o Projeto de Lei n.º 861/XIII/3.ª – iniciativa legislativa do grupo parlamentar do Bloco de Esquerda – previa, no seu artigo 3.º, sob epígrafe "âmbito de aplicação", que esta lei aplicar-se-ia "*a todos os empregadores com cinquenta ou mais trabalhadores/as*", assumindo-se, assim, também para estes efeitos, o conceito de "média empresa", previsto no artigo 100.º, n.º 1, alínea c), do Código do Trabalho.

Neste sentido, toda e qualquer análise ao impacto da lei aqui em debate será sempre, ainda que em curta medida, falaciosa, uma vez que todos os dados estatísticos existentes – pelo menos aqueles que são por nós conhecidos – adotam um conceito de "média empresa" semelhante ao conceito estabelecido no Código do Trabalho, o que não nos permite conhecer, com a exatidão desejável, qual o tecido empresarial existente em Portugal com mais de 75 trabalhadores.

Em todo o caso, procuraremos ainda assim perceber o impacto da Lei n.º 4/2019, ainda que traçando apenas uma ideia aproximada.

Assim, segundo os mais recentes dados publicados pela Base de Dados Portugal Contemporâneo – Pordata, em 2017 existia um total de 1.260.436 (um milhão duzentos e sessenta mil quatrocentos e trinta e seis) empresas, 1.202 (mil duzentas e duas) das quais grandes empresas e 1.259.234 (um milhão duzentas e cinquenta e nove mil duzentas e trinta e quatro) micro, pequenas e médias empresas (doravante "PME")[17]. Isto significa que 99,9% das empresas em Portugal são PME e 0,1% são grandes empresas.

Não obstante, e por forma a perceber qual o impacto da Lei n.º 4/2019, importa efetuar uma "decomposição" do grupo das PME (o qual inclui as micro, pequenas e médias empresas, sendo certo que das médias empresas apenas interessarão aquelas que tenham 75 ou mais trabalhadores, o que, conforme se referiu, não se conseguirá averiguar).

Em todo o caso, segundo os últimos dados estatísticos publicados na Pordata[18], das 1.259.234 PME existentes em Portugal, 6.628 (seis mil seiscentas e vinte e oito) são médias empresas (isto é, têm 50 ou mais trabalhadores), 40.547 (quarenta mil quinhentas e quarenta e sete) são pequenas empresas (ou seja, têm entre 10 e 50 trabalhadores) e, finalmente, a grande maioria, 1.212.059 (um milhão duzentas e doze mil e cinquenta e nove) são micro empresas (isto é, têm menos de 10 trabalhadores ao seu serviço).

Em pontos percentuais, constatamos o seguinte:

N.º de grandes empresas: 1.202 = 0,095%;

N.º de médias[19] empresas: 6.628 = 0,53%;

N.º de pequenas empresas: 40.547 = 3,22%;

N.º de micro empresas: 1.212.059 = 96,16%;

Perante estes dados, facilmente apuramos que os empregadores "destinatários" da Lei n.º 4/2019 serão, desde logo, e com certeza, as 1.202 grandes empresas existentes e, pelo menos, uma parte das 6.628 médias empresas – tendo aqui em consideração todas as médias empresas com 50 ou mais trabalhadores e não, conforme dita a referida lei, as empresas com 75 ou mais trabalhadores (estudo que não nos é permitido efetuar, dada a inexistência de dados estatísticos

17 "*Empresas: total e por dimensão*", Fontes de Dados: INE - Sistema de Contas Integradas das Empresas; Fonte: PORDATA; Última atualização: 2019-02-14, disponível em https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela.

18 "Pequenas e médias empresas: total e por dimensão"; Fontes de Dados: INE - Sistema de Contas Integradas das Empresas; Fonte: PORDATA; Última atualização: 2019-02-14, disponível em https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela.

19 Aqui atendendo ao conceito estabelecido no artigo 100.º do Código do Trabalho.

com as variáveis assumidas por este regime legal). Ainda assim, e mesmo considerando as médias empresas em toda a asserção do conceito laboral (isto é, considerando as empresas com 50 ou mais trabalhadores), conclui-se que as empresas/empregadores "destinatários" serão, no limite máximo, apenas 0,62% das empresas existentes em Portugal.

Apesar da diminuta percentagem de empresas que integram, em boa verdade, o âmbito de aplicação da Lei n.º 4/2019, importa, em todo caso, estudar o seu verdadeiro impacto ao nível dos trabalhadores com deficiência, considerando o número de trabalhadores existentes em Portugal. Com efeito, observando os dados relativos ao número de trabalhadores ao serviço nas empresas, constatase que em 2017 existia um total de 3.985.479 (três milhões novecentos e oitenta e cinco mil quatrocentos e setenta e nove) trabalhadores em Portugal, distribuídos do seguinte modo:

871.074 trabalhadores em grandes empresas;

585.133 trabalhadores em médias[20] empresas;

744.038 trabalhadores em pequenas empresas;

1.785.234 trabalhadores em micro empresas.

Assim, uma vez mais se verifica que a grande maioria dos trabalhadores encontra-se empregado em micro empresas, aqui já se antevendo o caminho que ainda se encontra por percorrer pela Lei n.º 4/2019.

Na verdade, ainda que tenhamos em consideração todos os trabalhadores colocados em médias empresas – o que, insiste-se, dificilmente será o caso, já que a Lei n.º 4/2019 apenas se aplica a empresas com mais de 75 trabalhadores, e não com mais de 50 trabalhadores –, o universo de trabalhadores abrangidos seria, no máximo, de apenas 1.456.207 (um milhão quatrocentos e cinquenta e seis mil duzentos e sete) trabalhadores, ou seja, 36,5% dos trabalhadores portugueses. O número final será, inevitavelmente, menor do que esse.

Neste sentido, e fazendo uma mera estimativa de aplicação das quotas ao universo de trabalhadores das médias e grandes empresas, isto é de 1% e de 2%, respetivamente, perceberíamos que, no que concerne às médias empresas, estaria em causa, na melhor das hipóteses, a colocação de aproximadamente 5.851 trabalhadores com deficiência, já no que diz respeito às grandes empresas, seriam colocados cerca de 17.421 trabalhadores com deficiência, originando um total de empregabilidade para pessoas com deficiência de cerca de 23.272, o que se traduz numa percentagem de 0,58% dos trabalhadores portugueses.

Apesar de os números pareceram, numa primeira análise, animadores, é crucial apurar o estado atual das "coisas", por forma perceber qual o verdadeiro impacto desta Lei, tendo em conta o tecido empresarial nacional.

Ora, segundo os dados estatísticos disponíveis no Balanço social – Coleção Estatísticas [dados 20122016], do Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP) do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social ("MTSSS"), a rácio de trabalhadores com deficiência, em 2016, perante o total de trabalhadores existentes era de 0,51%, isto é, dos 2.107.954 trabalhadores portugueses, 10.789 eram trabalhadores com deficiência.

Assim, mesmo inexistindo – à data – dados relativos ao ano de 2017 e 2018, que nos permitam conhecer o número de trabalhadores com deficiência empregados, a verdade é que, comparando a rácio de 2016 com a hipotética rácio após entrada em vigor e concreta aplicação da Lei n.º 4/2014, a evolução seria de apenas 7 pontos percentuais.

É, assim, por demais evidente a bondade desta iniciativa legislativa, na certeza, porém, de que um longo caminho ainda se encontra por percorrer em matéria de integração de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho.

Aliás, este caminho é reconhecido na exposição de motivos do *supra* citado Projeto de Lei, que refere mesmo que a proposta apresentada fica aquém do desejado, pois que o intuito seria, desde logo o de **(i)** incluir, igualmente, as pessoas com incapacidade inferior a 60%; **(ii)** prever a aferição do grau de incapacidade através de um outro mecanismo que não um "atestado multiusos"; **(iii)** alargar as medidas previstas a outros empregadores, que não apenas as empresas com 50 ou mais trabalhadores; **(iv)** aumentar a quota prevista de 2%.

20 Uma vez mais, para estes efeitos, o conceito de "média empresa" coincide com o conceito jurídicolaboral.

4. MEDIDA ÚNICA OU MEDIDA PIONEIRA? TRABALHO DE PESSOA COM INCAPACIDADE E TRABALHO 4.0

Como está bom de ver, o atual enquadramento legislativo não responde de modo integrado às exigências de integração e de inclusão das pessoas portadoras de incapacidade, mesmo que se tenham dado passos interessantes nos últimos tempos.

Mesmo quanto à integração, o sistema de quotas, ora pelas suas intrínsecas fragilidades, ora pelo seu âmbito limitado – abrangendo apenas pessoas com 60% ou mais de incapacidade e apenas uma pequena parte do tecido empresarial português – não será mais do que uma primeira medida.

Bem mais abrangente - e provavelmente bem mais eficaz - seria consagrar, por exemplo, ***a possibilidade da contratação de pessoas portadoras de incapacidade*** (permitindo a contratação a partir de um patamar percentual inferior de incapacidade, como 30% ou 40%) ***como causa legitimadora da celebração de contratos a termo certo***. Tal medida poderia limitar a celebração deste tipo de contratos a, por exemplo, 18 meses.

Desde logo, tratar-se-ia de uma medida aplicável a todo o tecido empresarial e não apenas a uma pequena parte do mesmo.

E uma medida de âmbito mais abrangente é, em nosso entender, crucial, seja pela relevância estatística que este grupo populacional já tem, seja, sobretudo, porque essa relevância estatística crescerá nas próximas décadas.

Na verdade, vivendo-se um quadro de acentuado inverno demográfico e envelhecimento populacional e tendo em conta o sentido da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (que integra no conceito amplo de deficiência o universo das doenças crónicas), não é necessária uma bola de cristal para perceber que vamos ter, no futuro, mais pessoas portadoras de incapacidade do que hoje – mais a mais quando a idade normal de acesso à reforma vai sendo, ela própria, indexada à esperança média de vida e tornando-se progressivamente mais tardia...

Em segundo lugar, não se vê como se pudessem suscitar questões de constitucionalidade de uma tal medida.

Na verdade, não houve, durante décadas, reparo constitucional a políticas de emprego passando pela liberdade de contratação a termo de trabalhadores à procura de primeiro emprego, ou de desempregados de longa duração, medida de diferenciação positiva com a qual, por outro lado, até muito recentemente, o ordenamento jurídico e político português conviveram de modo muito pacificado (vejam-se, por exemplo, as versões do Código do Trabalho de 2003, 2009 e 2012).

Não se vê, com franqueza, como poder contratar a termo um trabalhador à procura de primeiro emprego é conforme com a segurança no emprego e a proibição de despedimentos sem justa causa e, ao invés, a celebração deste tipo de contratos com pessoas de incapacidade seria desconforme à Constituição.

Bem ao invés, estaríamos, também neste cenário, perante uma medida de combate à exclusão e de promoção ativa da entrada e/ou permanência destas pessoas no mercado de trabalho, combatendo dificuldades de contexto e promovendo a igualdade de oportunidades, essa sim com amplo acolhimento na *norma normarum*.

Um reparo constitucional seria, portanto, no mínimo muito surpreendente, sobretudo atenta a finalidade que estaria subjacente à medida e ao histórico legislativo em matéria de contratação a termo no quadro das políticas de emprego.

Nem se diga que se poderia dificultar o acesso dos jovens ao mercado de trabalho, ora porque essa preocupação não parece tão pungente como fora no passado ou não (ao menos, seguindo as mesmas estratégias legislativas), ora porque temos cada vez menos jovens, sendo bizarro invocar a defesa de um grupo populacional decrescente para não potenciar a integração e a inclusão de um grupo populacional crescente e exposto a especiais dificuldades.

Por outro lado, reconhecendo que as pessoas com incapacidade estão mais expostas a medidas de cariz discriminatório, poderia valer a pena prever, quanto ao seu despedimento, uma solução análoga à consagrada na nossa legislação para as trabalhadores grávidas, puérperas, ou lactantes[22], ou seja, a necessidade de ***obtenção de parecer prévio pela Comissão para a Igualdade no Emprego e no Trabalho*** (doravante "CITE"), alterando, claro está, as atribuições e objeto da atividade desta entidade.

Seria, aliás, muito interessante e certamente enriquecedor que a CITE, sem perder o seu foco primacial na igualdade de género, alargasse os seus horizontes, de modo a fazer uma abordagem mais ampla do valor da igualdade no mercado de trabalho e onde a discriminação não se confinasse, de modo algum, ao fator género e atingindo vários outros, entre os quais a idade e a capacidade trabalho reduzida.

Uma terceira medida que poderia apresentar uma eficácia menos imediata, mas certamente com grande relevante alcance a médio e a longo prazo seria a de ***incluir matérias como a igualdade e não discriminação - nestas se aludindo especificamente às políticas de integração e inclusão das pessoas com deficiência – como fator de avaliação no quadro da contratação pública***.

Não se trataria, apenas, de verificar o cumprimento da Lei n.º 4/2019, mas de valorar a postura da empresa neste domínio numa perspetiva mais ampla e que fosse além da valoração eminentemente formal e quantitativa que advém do sistema das quotas.

21 Quando estas linhas são escritas está iminente o desaparecimento da possibilidade de contratar a termo trabalhadores à procura de primeiro emprego.

22 Cf. artigo 63.º do Código do Trabalho.

Com isto, passar-se-ia uma mensagem a todos quantos pretendem contratar com o Estado e enriquecer as propostas com elementos que extravasem as considerações encerradas nas dimensões estritamente financeiras das propostas e dariam relevância acrescida – como deve suceder – à realidade laboral dos concorrentes. Ponderar-se-ia, no fundo, a qualidade social das propostas.

Além disso, pois que o Estado impõe obrigações às empresas neste domínio, que seja, então, também capaz de valorar o esforço que as mesmas fazem, sobretudo quando esse esforço vai além do mero cumprimento dos mínimos legalmente estabelecidos.

Acresce que esta medida coadunar-se-ia, em nosso entender, de modo muito eficaz, com a antes referida de consagrar a contratação de pessoa com incapacidade como causa legitimadora da celebração de contratos a termo.

Qualquer destas medidas teria a virtualidade de não assentar em soluções mais fáceis, mas também mais irrealistas que desaguem no aumento da despesa pública – como sucederia, por exemplo, com a defesa de incentivos fiscais às empresas que mais contratem pessoas com incapacidade, ou uma redução ainda mais acentuada da taxa contributiva em sede de Segurança Social (fosse por via de uma ainda maior redução de taxa, fosse por via da redução da percentagem de incapacidade elegível para poder beneficiar daquela redução de taxa).

Também não vemos vantagem especial num modelo com muita história no nosso Direito do Trabalho que passa por uma bizarra presunção de inexistência de justa causa de despedimento – estabelecida, por exemplo, para o despedimento dos representantes dos trabalhadores – porque desde sempre parece ser pouco mais do que uma *chuva no molhado*, pois que tem sempre coexistido com um ónus probatório de demonstração da existência da justa causa que recai, invariavelmente, sobre o empregador.

Para além de tudo o referido e perspetivando já o quadro do chamado trabalho 4.0 — que é o horizonte que temos - dúvidas não podem existir quanto ao facto de que há uma mudança de paradigma que haverá que assumir e que já acima deixámos enunciado e que passa por passar de um modelo de prosseguir a integração de pessoas tratadas como carregando uma *capitis diminutio*, para lhes reconhecer um papel igualmente válido e de pleno direito no mercado de trabalho, apostando na sua inclusão com base nas suas *competências* e sem se estar preso às suas dificuldades de contexto.

Neste domínio, há dois aspetos que, de tão cruciais, funcionarão como autênticos pilares na abordagem do tema e que já vêm sendo como tal amplamente tratados em muitos estudos já realizados, por exemplo, no espaço europeu: a ***formação***, por um lado e a ***adaptação dos locais de trabalho***, por outro.

A relevância da ***formação*** impõe-se como uma evidência, pois que na sociedade da informação e da digitalização, o primeiro passo para assegurar a inclusão é assegurar que as pessoas portadoras de incapacidade ou deficiência tenham, de modo especial, acesso às tecnologias que a cada momento vão surgindo.

Mais: o acesso e o domínio de tais ferramentas digitais pode bem constituir um mecanismo de superação das dificuldades de contexto com este grupo populacional de debate, por tornarem menos relevantes dificuldades físicas de deslocação, ou acesso ao tradicionais locais de trabalho.

Quanto à ***adaptação do local de trabalho***, estamos, evidentemente, perante o Rubicão que sempre foi e sempre será necessário atravessar, ao menos sempre que, como mais adiante se dirá, o fenómeno da digitalização não permita superá-lo virtualmente.

Um verdadeiro Rubicão pelo seu papel "chave" e porque implica investimento pelas empresas, com natural impacto num contexto de mercado cada vez mais competitivo e em que a gestão e contenção dos custos assume natural pertinência. Quando assim é, não cremos que valha a pena tecer, sem mais, grandes e entusiasmadas considerações ou reivindicações em torno dos investimentos que as empresas devem fazer, ou sobre os apoios financeiros que o Estado deve dar. As empresas já estão bem sobrecarregadas de custos e, em 2019, muitas delas encontram-se, entre o mais, a viver anos de sucessivos e muito expressivos aumentos da retribuição mínima mensal garantida, pelo que não se afigura realista, nem justo, impor muito mais.

Quanto ao Estado, qualquer proposta de aumento de despesa tende, claro está, a ir para uma fila de espera onde se vão sempre amontoando um sem fim de necessidades e aspirações, todas igualmente essenciais e inadiáveis.

Seja como for, no momento em que estas linhas são escritas, está iminente a aprovação de uma alteração ao Código Contributivo que prevê um agravamento das contribuições para a Segurança Social por parte das empresas que exibam um grau de precaridade laboral superior à do setor em que se encontram inseridas.

Estamos, portanto, ante uma medida que, atento o seu *leit motiv*, visará essencialmente penalizar as empresas que, por via de uma maior precaridade, de algum modo determinem maiores encargos sociais, sejam eles pelo impacto da medida no desemprego e suas consequências, seja na vertente orçamental da Segurança Social.

Assim sendo, não repugnaria que a essa contribuição adicional, quando aplicável, fossem dedutíveis os investimentos realizados pelas empresas na adaptação dos locais de trabalho às pessoas portadoras de incapacidade, deficiência, ou doença crónica.

De facto, não se estaria perante um agravamento da despesa, mas, quando muito, perante uma menor receita que, todavia, não integra o orçamento da Segurança Social, atenta a sua natureza necessariamente imprevisível.

Por outro lado, a possibilidade de dedução conteria em si uma justeza social inegável, pois que haveria um fenómeno de *compensação* que valorizaria, também, o contributo social das empresas na inclusão das pessoas portadoras de incapacidade, num esforço adicional claramente enquadrável numa aceção ampla e rigorosa de serviço público.

Vivemos um tempo de grande desconfiança perante a digitalização, ou a chamada *uberização* do trabalho, aqui e ali com razões fundadas, mais além com base em preconceitos e amarras face ao chamado modelo laboral fordista.

Tentando perspetivar o trabalho 4.0 na ótica das pessoas portadoras de incapacidade, algumas daquelas preocupações gerarão, certamente, uma perceção distinta, de preocupações dos demais, daqueles que sempre tiveram mais facilidade em entrar e em permanecer num mercado de emprego que para os portadores de deficiência sempre foi bem mais distante, mais fechado, reservando-lhes o papel de autênticos *enteados* do sistema (um pouco ao jeito do que sucede com os profissionais liberais).

Os caminhos do *smartworking*, do trabalho à distância, de um modelo mais centrado no resultado do que na disponibilização de atividade num quadro temporal tendencialmente rígido soarão muito mais a uma oportunidade, do que

propriamente a uma ameaça, pois que as pessoas com incapacidade estão, em muitos aspetos, confrontadas com um modelo laboral garantístico que tem essencialmente em vista, no fim de contas, uma categoria segmentada de trabalhadores – *as pessoas que, sem apresentarem diminuição de capacidade de trabalho, ou deficiência, celebram contrato de trabalho subordinado*.

Sem de modo algum desmerecer a necessidade, ou os méritos, desse modelo, impõe-se uma reflexão que admita que as pessoas com deficiência ou capacidade de trabalho reduzida tenham direito a um modelo distinto, especial, "à medida". Nesse mundo específico, as necessidades não são as mesmas, os receios são distintos e, como tal, a abordagem não pode ser igual, só assim se podendo sonhar em passar de uma pouco ambiciosa (por muito que pacificadora das almas) *integração* para atingir (ou ao menos perseguir) uma *genuína inclusão*.

A este respeito, é bastante eloquente, para perceber até que ponto é necessário reavaliar todas as componentes da equação ao pensar nas pessoas portadoras de deficiência, no regime jurídico do *teletrabalho*.

Na verdade, olhando para os artigos 165.º e seguintes do Código do Trabalho, não custa neles reconhecer uma desconfiança do legislador, mormente na estipulação de um prazo máximo de três anos em caso de se convencionar o teletrabalho com trabalhador já vinculado ao empregador, associado a um direito recíproco de denúncia, neste caso, por qualquer das partes, nos primeiros 30 dias seguintes à execução do contrato em regime de teletrabalho.

Que sentido fazem estas normas para uma pessoa com incapacidade, ou deficiência, em especial quando a incapacidade, ou deficiência sejam supervenientes?

Serão certamente bem intencionadas, mas como em tantos aspetos do ordenamento jurídico, parecem, ao menos quanto às pessoas portadoras de incapacidade, falhar o alvo.

Ponderando este e outros temas que marcam os nossos dias – veja-se o da digitalização, da robotização, ou do envelhecimento populacional – não nos parece que seja o Direito do Trabalho que esteja em crise. Tal não faria, a nosso ver, qualquer sentido, pois que ele próprio nasceu e se desenvolveu, como hoje o conhecemos, de uma profunda transformação – a da revolução industrial.

Tamanha visão catastrofista pecaria por afirmar que algo que nasce de uma profunda mudança não é capaz de enfrentar as seguintes, ou que o caminho é ficar preso à reação dada à transformação anterior.

O que verdadeiramente está em crise é, isso sim, a perspetiva de que o Direito do Trabalho deve dar uma resposta essencialmente única ou monolítica a todas as situações, perdida no meio do fogo cruzado de visões ideológicas díspares ou antagónicas, em vez de se adaptar ao fluir dos tempos colocando no centro das atenções aquilo que, no fim de contas, marcou a sua génese e deve ser o seu Norte: a pessoa do trabalhador e suas circunstâncias.

BIBLIOGRAFIA

____PAIS, SOFIA DE OLIVEIRA, *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial,* 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

____ROUXINOL, MILENA "Revisitando a caducidade do contrato de trabalho", *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2016 II, (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016).

INTERNET

____OBSERVATÓRIO DA DEFICIÊNCIA E DIREITOS HUMANOS DO INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E POLÍTICAS DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (ISCSP), *Pessoas com Deficiência em Portugal – Indicadores de Direitos Humanos 2018, dezembro de 2018*, disponível em http://oddh.iscsp.ulisboa.pt/index.php/pt/2013-04-24-18-50-23/publicacoes-dos-investigadoresoddh/item/387-relatorio-oddh-2018.

____TOMAZET, SERGE, "*From integration to inclusive education: does changing the terms improve practice*", International Journal of Inclusive Education – Routledge – Taylor & Francis Group.

____EUROFOUND, "*Workers with disabilities: law, bargaining and the social partners*", 27/02/2001, www.eurofund.europa.eu/publications/report/2001/workers-with-disabilities.

Towards techno-regulatory approaches to the discipline of work in digital labour platforms

Silvia Donà | Massimo De Minicis | Nicola Lettier | Manuel Marocco

INAPP

Abstract

The distribution and organization of work through information and communication technologies is probably one of the most current and debated aspects of the digital economy. Labour platforms are opening up new prospects for economic development and raise several issues that are still far from being settled. The supranational nature of market players, the multilevel architecture of companies' technological infrastructures, and the substantial inscrutability of the algorithms used to manage workers' activity significantly hamper effective policies' design. In this scenario, traditional legal remedies risk being unfit to govern the complexity of processes underway. A considerable challenge is developing new regulatory strategies capable of providing crowd workers with higher protection levels without limiting economic growth. The paper deals with these issues placing itself in the perspective of techno-regulation, a regulatory paradigm where technology is considered not only as an object, but also as an integral part of the normative process. In more details, we present an ongoing research exploring innovative techno regulatory solutions to protect gig economy workers by integrating, in the same strategy, legal remedies and technological solutions. After a brief review of the state of the art in the labour platforms field and an introduction to the basic concepts of the so-called "algorithmic governance", the paper sketches our proposal's basic components laying the ground for further developments.

KEYWORDS: labour law, digital platform economy, techno-regulation
JEL CODES: J83; K31; K24

1. Digital labour platforms: beyond legal qualification

Recent years have witnessed an intense and interdisciplinary debate over the distribution and organization of work by means of digital labour platforms (from now on DLPs): few topics have had such a resonance in such a limited period. The debate has touched upon a variety of issues. Some of them involve the impact of the DLPs on the very structure of the labour market: are they to be considered one of the many evolutions of work driven by technology or, instead, the driver of a radical change questioning traditional production paradigms? Other questions, unfolding on the legal level, have to do with the nature of working activities organized and distributed by DLPs: for example, are they to be qualified as paid employment or self-employment? Others again, likewise far from being settled, go beyond legal qualification and involve the regulatory strategies to deal with the peculiarities of this emerging phenomenon. As a matter of fact, the supranational nature of market players, the multilevel architecture of companies' technological infrastructures and the substantial inscrutability of the algorithms used to manage workers' activity significantly hamper the design of effective policies.

In this scenario, traditional legal remedies risk being unfit to govern the complexity of processes underway. A considerable challenge is that of developing new regulatory strategies capable of providing crowd workers with higher levels of protection without limiting economic growth. The paper deals with these issues, placing itself in the perspective of techno-regulation, a regulatory paradigm where technology is considered not only as an object but also as an integral part of the normative process. Going beyond the mere theoretical analysis of the above issues, we sketch a concrete proposal of economic and social protection for DLPs workers conceived as contingent and scalable workforce. Stemming from a collaboration between legal scholars and computer scientists, the initiative explores the possibility of strengthening existing labor law safeguards by integrating legal and technological remedies. The work is structured as follows. After an introductory section framing the background of the project, Section 3 and 4 are devoted to the description of the proposal: the vision inspiring it, its basic components and solutions. Section 5 ends up with some considerations about the project's future steps and challenges.

2. DLPs and gig work: framing the issues

Following sections are devoted to frame some relevant topics in the debate about DLPs focusing, respectively, on EU institutions' initiatives, on some related and relevant issues debated by legal scholars and, finally, on the techno-regulation paradigm.

2.1 Crowdworkers' protection and EU institutions

As recently pointed out (De Stefano, Aloisi, 2018), platform workers - as well as other categories of non-standard workers - are nowadays confronted with challenging difficulties in exercising rights and protecting interests related to crucial issues that span from freedom of association to the right to collective bargaining or, again, to racial and gender discrimination. In such a scenario, it emerges the need for a "floor of fundamental rights", providing digital labour market workers with adequate safeguards. In this direction, the first attempts date back to 2016 when the EU's "Agenda for Collaborative Economy" tried to come up with a new paradigm of protection for digital workers. More recently - see Resolution of June 15, 2017 - the European Parliament recommended the Commission to examine whether and to what extent the Directive on temporary agency work can be applied to digital labour platforms. According to the Parliament, many online platforms are structured similarly to temporary employment agencies; the trilateral contractual relationship is in fact completed: the temporary agency worker is similar to the platform worker, the temporary agency to the digital labour platforms, and finally, the company to the end consumer (De Stefano, Aloisi, 2018).

In 2017, platform workers' issues have made their appearance before the *European Court of Justice* in a very well-known case relating with the legal qualification of services offered by *Uber*: whether they had to be considered as a transport service or, as claimed by Uber, a technological brokerage service between taxi drivers and service users. The ruling of the Court of Justice recognized the activity as a service within the transport sector paving the way for a higher level of workers' protection. As a matter of fact, in the transport services sector, safeguards are higher than in the digital intermediation sector.

More recently, the directive on "*Transparent and predictable working conditions in the European Union*" approved by the European Council on June 13, 2019, has recognized a series of rights for workers who have labour contracts that do not guarantee a minimum number of hours worked, as in the case of "on-call work" (Ferrante, 2019). The directive applies to those workers who work

for less than 12 hours per month and obliges employers to inform workers on the first day of work, or at most within the first seven days of work, of the fundamental conditions of the contract: expected remuneration, annual paid leave, the number of hours to work daily and deductions. The EU legislator also pays particular attention to "on-call" work: given that it is not possible to precisely establish the number of hours of work in advance and even when it is unpredictable, employers are obliged to communicate to workers the number of hours in which service must be rendered, the expected salary, the number of days to complete the work and the minimum amount of time required for the call.

The purpose is not to introduce mandatory measures but to establish minimal ones to allow the Member States to be free to adopt, in their legal systems, a legislation that is more favorable for workers. The directive identifies relevant minimum safeguards for workers: the right to remove the exclusivity agreements and enter into working relationships with different employers; a limit to probationary periods and the subsequent right to request stable contractual conditions after six months of work; the right to get free training (counted as working time and, where possible taking place during working hours) when the employer is required by Union or national law or by collective agreements to provide training to a worker to carry out the work for which he or she is employed.

2.2. DLPs: topics in the legal debate

To properly frame the debate taking place in legal scholarship on the subject matter, a short premise about the organization of economic activity through digital platforms is needed. In general terms, two ways of organizing economic activity through a digital platform occur in practice: a) the platform creates a digital market for services or goods, a marketplace, and matches demand and supply; b) the platform also organizes the activities needed for the production of the same good and service. The first function represents a constitutive element of a huge number of digital platforms: the role of technology is not that of enabling production but to exchange of goods and services (Berins Collier, Dubal, Carter, 2017).

In such a perspective, technology is used to facilitate exchange and create innovative markets, in the absence of new products. The same happens in our field of analysis, where technology is used to match work supply and demand. In such a scenario, the definition of the legal *status* of workers becomes crucial especially if we consider the tendency to outsource entire phases of the production cycle, which favours the emergence of labour relations that challenge existing categories of labour law. Based on the above, it becomes clear how the trilateral relationship taking place between labour platforms, workers and end users can make the legal analysis of platform work of significant complexity (Risak, 2017).

Intervening on the point, legal scholarship has oriented itself substantially along with two regulatory approaches we can define as "direct" and "indirect" . In the direct approach, scholars focus on the worker-platform relationship: authors claim that there are numerous valid arguments to qualify the former as an employee, with the consequent application of the Labor Law's standard protections. Others then support the introduction of an intermediate category between paid employment and self-employment, as already happened in several member States. Others, again, suggest to focus on the legal qualification of the employer (Prassl, Risak, 2016).

The other approach - the most promising for labour law in our opinion - puts forward the idea of acting on relationships taking place in the digital labor market by leveraging tools provided by commercial and competition law, especially those aimed at protecting consumers and upholding fair competition (Busch et al., 2016). Reputational feedback by end-users of the service or performance play, in this respect, a crucial role.

2.3 Origins and perspectives of techno-regulation

The regulation of DLPs and the relationships that unfold through them raises issues that are largely overlapping with those that characterize, in general terms, all the scenarios where social, economic, and personal interactions are mediated by information and communication technologies. All of these scenarios share a common trait: the fact that our activities are enabled and materially conditioned in their development by ICT pushes technology to play the role of "object" of regulatory processes and, at the same time, that of a tool to enforce rules. Over e-commerce platforms, in social media, or, again, in the use scenarios of robots and drones, what can and cannot be done depends not only on abstractly applicable norms but, more directly, on technological infrastructures and computer code.

A worthwhile paradigm, in this respect, is that of "techno-regulation", an emerging approach to regulation that aims to influence individuals' behavior through technology. However innovative, the idea is rooted in a debate that emerged with the rise of the World Wide Web and gradually turned into a general reflection about the impact of information technologies on law and its phenomenology. In this respect, a cursory review can help to understand the evolution that led to the current vision of techno-regulation. The debate started with scholars who first realized how, throughout the Internet, technology plays a regulatory role. Back in 1997, Joel Reidenberg, director of the Fordham Center on Law and Information Policy, highlighted how technical standards and design choices on the web "actually impose rules just like legal rulemaking does" (Reidenberg, 1997): policies - in the sense of technical protocols but also in the broadest sense of policy choices - are embedded into the design of technological systems. This vision is taken to the extreme by Lawrence Lessig from Stanford Center for Internet Society, with his claim that in cyberspace "code is law"(Lessig, 2009)

Over the years, this way of looking at the potential intersection between law and technology has turned into the idea of purposely exploiting technology to regulate economic and social relationships both online and offline. The philosopher of law Roger Brownsword was one of the earliest to explicitly state that technological infrastructures supporting our transactions and interactions are set "*to join law, morals and religion" as "one of the main instruments of social control and order*" (Brownsword, 2004). A bolder position is that of Primavera De Filippi (De Filippi, 2018) when claiming that, in some ways, technical rules can be even more effective than traditional legal norms. While the latter merely stipulates what people shall or shall not do, the former determine what people can or cannot do in the first place. According to De Filippi, this actually "*eliminates the need for any third party enforcement authority to intervene after the fact, in order to punish those who infringed the law.*"

The transition we are talking about is somehow accomplished with the concept of "*code-driven law*" recently sketched to identify "*self-executing*" statutes and contracts directly written into computer code. In the vision proposed by Mireille Hildebrandt, code-driven law gives rise to an entirely new kind of normativity: *"the upcoming integration of computational law into mainstream legal practice" is going to "transform the very nature of existence of law"*. The definition that best summarizes all the facets of techno-regulation is probably the one proposed by Van den Berg that describes it as the "*intentional influencing of individuals' behavior by building norms into technological devices.*" In this case, the attention is put not only on automated enforcement of legal norms but also on the possibility to nudge people. The perspective extends the concept of techno-

regulation to include the design of technical solutions aimed to affect behaviors by promoting norm compliance through targeted warnings or suggestions (Van den Berg & Leenes, 2013; Hildebrandt, 2011).

On a practical level, the implementation of techno-regulation paradigm has turned into the use of different tools depending on technological development. Early forms of ICT-enabled regulation are relatively simple. Digital Right Management (DRM) systems developed to protect copyright by limiting the copy of multimedia digital contents (Rosenblatt et al. 2001) are an example of this. Today, more and more sophisticated ways to integrate regulation and technology have been developed that span from the use of secured streaming to protect 3D printing industrial models to the development of intelligent agents to fight online scams on social networks (Norta et al. 2016; Sepp et al. 2016).

The technology underlying the blockchain - the decentralized, distributed and public digital ledger used to record transactions across many computers so that any involved record cannot be altered retroactively, without the alteration of all subsequent blocks - is for sure one of the most promising components of the techno regulatory toolkit. Thanks to the transparency and incorruptibility of data stored in it, blockchain eases the generation of value and trust without the need for direct relationships between the interacting parties. Particularly interesting, in this regard, the features made available by smart contracts - small code fragments which can be embedded into the blockchain to govern economic transactions - allowing self-executing, trackable and irreversible transactions without third-parties. All the above not only trigger a further level of integration between regulation and code but also pave the way to techno-regulatory models that combine information recording, decentralization, sharing and control objectives, making it possible to monitor complex production chains of goods and services.

3. An authorization, shared and digitized techno-regulatory model

Based on the above and drawing on the theoretical framework of *Transitional labour markets* (TLM), we sketch in the following a regulatory proposal aiming at ensuring greater economic security and social protection for those working for digital platforms. The pursuing of the first goal revolves around the definition of a minimum wage system and an insurance for work inactivity periods, a goal we think can be achieved by ex-post reconstructing transitional work careers through. To this end, we propose the implementation of a public platform, which should integrate data, technologies and heuristics to achieve higher levels of transparency in a world in which workers, employers, private operators and government institutions work in silos with the comprehensible risk of feeding a black economy exposed to abuses, discrimination, injustice.

In greater detail, the system we hypothesize includes, on one hand, a mandatory and preventive public authorization of digital work brokerage for all entrepreneurial subjects wishing to carry out economic activities using discontinuous work; on the other hand, the obligation for person aiming at working for a DLP to register through a public *app* in order to be recognized as a potential and contingent "digital worker".

Through these two "access points" - DLP authorization and worker registration - the system we propose pursues two objectives: to record all the work and financial relationships between the platform and the worker and check that these relations are compliant with labour protection regulations, irrespective of whether those regulations are legal or contractual. To fully achieve these objectives, a system is needed capable of keeping track of every relationship taking place between the platform and the workers. This regulation system should constantly update the monitored relationship's information and make it visible to all parties having a legitimate interest in this respect. Such a technological and regulatory infrastructure could ensure the conformity of the production process to existing legal safeguards, with the possibility of producing alerts for each of their violations. Finally, the system proposed could also allow each worker to keep and carry with him/her all the financial and working information stemming from the various contingent collaborative relationships mediated by the aforementioned public app.

Going In more details, the techno-regulation model here presented - a normative and technological infrastructure we define as "Integrated Crowdwork System" (ICS, see figure 1 for an overview) is based on three pillars described in the following.

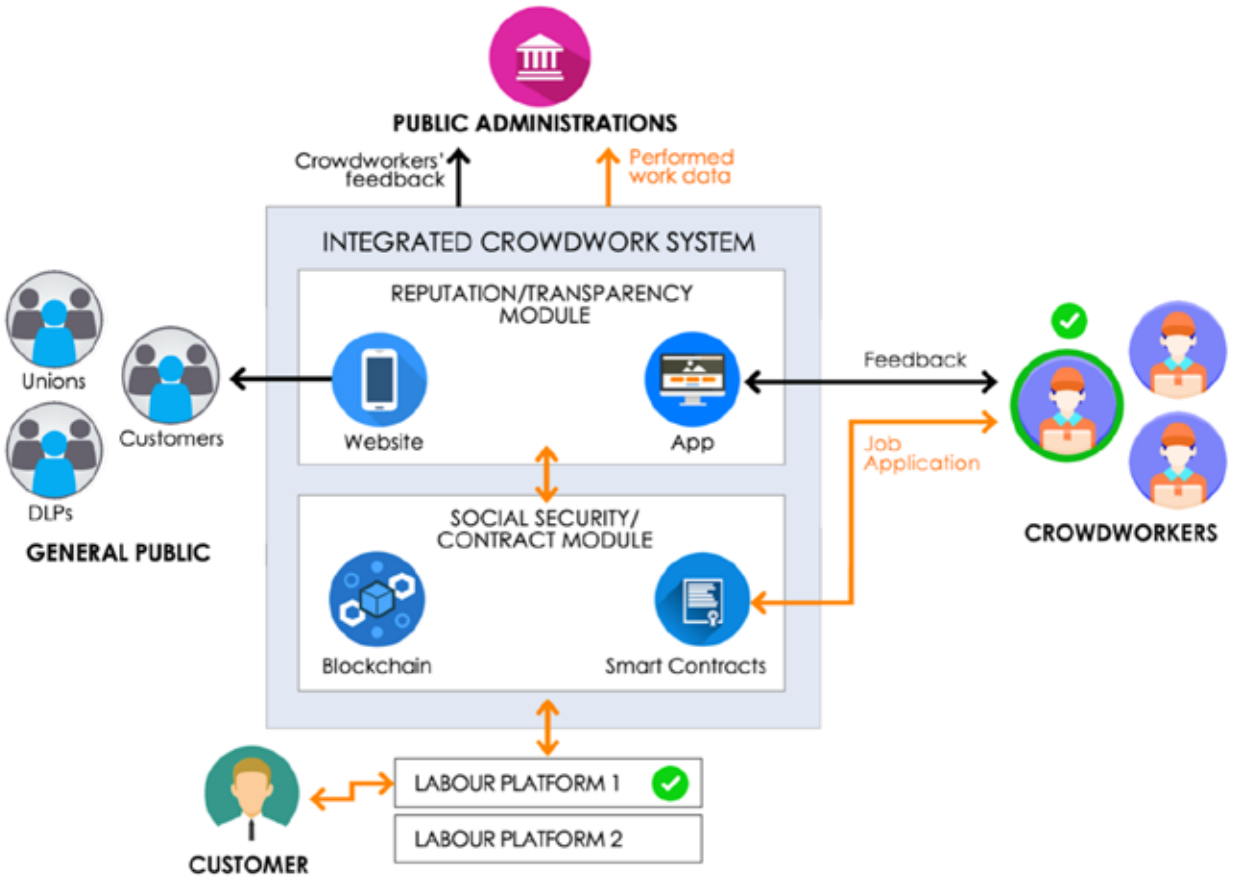


Figure 1 - ICS: architecture

3.1 The Digital Job Broker

The first pillar of our strategy is related to the intermediation of work and, more specifically, with the implementation of a technology-enhanced, "transparency-oriented" strategy aiming at reducing digital labour market opaqueness, bringing to light the undeclared work brokered by platforms and making easier the legal qualification of the same. Such a choice, built around the idea of a kind of public "digital broker" a technological intermediary (Giuli et al 2004) of digital labour market interactions, is geared towards: i) identifying clearly and in advance, a centre of imputation of the obligations arising from the economic activity carried out through the network; ii) counterbalance the disparity of bargaining power between platforms, service providers, workers and beneficiaries of services. This objective would be strengthened by analysing and properly regulating contractual clauses, site structures and algorithms that govern economic transitions in this sector.

The need to act on digital intermediation stems from the highly innovative character that the latter has assumed thanks to the technical evolution and the fact that, in this case, the application of technology to the exchange of goods probably represents the real innovation compared to the past. At the same time, as "the good" traded in the marketplace is work, then a concurrent action on the pure normative level is needed to reaffirm the enduring".

3.2 Tracing interactions in the digital labour market and reputational alerts

The ICS should also allow to trace all the transactions between the platform and the workers. Such information should be visible, updated and available at any time for all those involved in the production and exchange of goods and services of the digital economy seen as nodes of a same network. Each person involved in the production process, customer, platform, worker, should be able to monitor the information relating to the progress of the production process at any time. The information, therefore, originally possessed only by the owners of the platform's software, is spread through the ICS to the other nodes of the exchange, workers, initial customers, end customers.

Clearly, each node would be given a different level of information to ensure the confidentiality of some data. The purpose of our proposal is not only that of recording and decentralizing information, but also that of checking its correctness in compliance with the requirements defined by the agreed institutional regulatory framework. For this reason, reputational alarms should be issued each time the regular flow of information is established (alerts), aimed at reporting the violation. The person responsible for this infringement should be reported to all the nodes of the network.

The violation should also be visible to the central public authority that issued the authorization, which can decide how to intervene. Furthermore, our model (figure 1) aims at creating a personal register of work activities - and of the related compensation - carried out by means of a platform for each *online/offline crowd worker*. This dossier, in the further development phase of the system, could form the basis of a personalized account aimed at the construction of a social security

benefit that can be activated voluntarily during the phases of inactivity, capable of interacting with other forms of minimum income protection. The gathering of information would be made possible by introducing in the ICS a public app downloadable for free by each individual subject willing to stand as a potential *crowdworker* candidate. This system would also allow us to feed a reputational system in which feedback provided by workers about platforms' behaviour could create a classification system similar to *Turkopticon* - website created by *Amazon Mechanical Turk users* (Irani and Silberman 2013) - so to define more reliable reputation assessments, favouring the balancing of the relationship between *crowdworker* and labour platform.

3.3 The personal register of digital worker

As already highlighted, the objective of our operating model is also to create a personal register of the activities and compensations received by the platform workers, with possible consequences, also in terms of the protection of workers who have difficulty accessing the main institutions of social security, given the discontinuous nature of their service. From this point of view, our model welcomes the opinion of those who support the need to build an *earnings-related insurance system* for these workers, or rather systems based on income instead of on the nature - subordinate or autonomous - of the work performed (Kovács 2017).

For each worker, a personalized account should be defined where, regardless of the number of platforms for which one works simultaneously, each company would pay part of the profits made and the profit accumulated in an updated version of the traditional severance pay, overcoming those limit time frames no longer corresponding to the current forms and methods of contingent digitalized work performance.

These *accounts* should then be used to support the worker in the absence of benefits based on the fees paid: the system could make interact the personal activity account with a guaranteed minimum income. In this formulation, unlike the French experience of the *Compte Personnel d'Activité* (*CPA*), (law n. 1088 of 8 August 2016), the protection mechanism would not be used to preserve and increase formative *vouchers* (universal right to education), but to provide worker with an income stability (permanent right to income) with an allowance designed specifically for a contingent relationship.

It would make sense to shape the permanent income for the phases of inactivity (PIP) -defined based on the information provided by the ICS *app* - as an allowance to be financed by social security contributions paid by DLPs and not through general tax revenue. The PIP could be integrated with a conditional minimum income, so to bring together not only passive and active policies, but also social security and welfare support. The ICS app could be integrated with another public app for job brokerage in order to shape a unique public architecture for training, activation, job matching and income support for the unemployed.

Through this integration process, a single *public Work App* could also be used for logging in and applying to perform work services such as *crowdwork on platform* or *on demand via app* by inserting this device in the previously highlighted ICS system. In this sense the public app would cover the entire recording space of all work activities carried out by individuals, both with reference to activities with traditional contracts and employment status, and to the spectrum of work activities carried out in the form of individual *performance* contingent and digitized constituting much of the work in *gig economy.*

Public work services should promote the *app* to protect permanent, temporary and digitalized contingent work by keeping all the information on the activities carried out in the availability of the worker and of the Public Employment Services.

4. Final remarks and open issues

The adoption of technoregulatory strategies to uphold the protection of *crowdworkers*' rights confronts us with a number of momentous questions. The spread of the DLPs' economic paradigm is marked by a strong tension between the global and local, public and private, technological and legal dimensions. Starting from this general consideration, we can highlight here some issues that should be addressed by the both the scientific and political debate:

a. Hybrid nature of platform-mediated activities: qualification and regulatory issues

The socio-economic relationships taking place within the labour platforms are of a hybrid nature. The interactions between digital market operators are indeed governed not only by traditional statutes and laws but also by inherently normative-technological constraints embedded into algorithms and software architectures that make their legal qualification ever more complex task.

b. Supranational scale

The supranational scale of corporate structures and the modularity of technological components—often belonging to different subjects—for example, raise practical problems concerning the identification of a potential counterparty and also of the applicable law itself. In this last respect, as highlighted in (Felstiner, 2013), one of the risks connected to the planetary scale of the platforms is the "choice of law and jurisdiction" that is, the implementation of strategies to choose applicable law according to criteria of convenience (e.g., a lower tax burden). The consideration of this circumstance draws attention to the need for supranational-level regulatory frameworks. However, it is worth underlining that such a kind of regulatory solutions won't be able to guarantee adequate levels of efficiency, compliance, and protection without technoregulatory infrastructures similar to the ICS we have been discussing above.

c. Potential clash between regulatory regimes

The development of a complex system such as the ICS requires an in-depth analysis of issues relating to the potential conflict between regulatory regimes in various ways applicable to the activity of platforms and crowdworkers. The idea of subjecting the entry of a labour platform in the ICS to an authorization regime, to give just an example, could conflict with the principle of "absence of prior authorization" enshrined, for information society services, by the e-commerce directive 2000/31. Other obstacles may arise from the basic principle of the free movement of goods and services.

Bibliography

Aloisi A., De Stefano V., Silberman S. (2017), *A Manifesto to Reform the Gig Economy*, Pg. 99, May 26, 2017, < https://goo.gl/vTwN7h >

Brownsword R. (2004), *What the world needs now: Techno-regulation, human rights and human dignity. Global governance and the quest for justice*, Oxford, Hart Publishing, pp.203-234

Brownsword R. (2015), *In the year 2061: from law to technological management*, Law Innovation and Technology, 7, n.1, pp.1-51

Busch C., Dannemann G., Nolke HS, Wiewiorka A., Zoll F., *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, in EuCML, Issue 4/2016 pp.164 ss.

Countouris N., De Stefano V., (2019), *New trade union strategies for new forms of employment*. Bld. Brussels. CoHuBiCoL. Available online: https://www.cohubicol.com/ (accessed on 7 August 2019). De Filippi, P. (2018). *Blockchain and the law: The rule of code*. Harvard University Press. De Minicis M. (2018), Precari e capitale, socializzazione e contingenza della forza lavoro, Economia e Lavoro, n.1, pp.121-130

De Minicis M., Mandrone M., Marocco M. (2018), Tempi moderni. Dalla parasubordinazione alle piattaforme di Lavoro (Modern Times: From Parasubordinazione (Quasisubordinate) to Labour Platform), SSRN Electronic Journal < https://bit.ly/2NZqBM7 >

De Stefano V. (2017), *Labour is not a technology - Reasserting the declaration of Philadelphia in times of platform work and gig-economy*, IUSLabour, n.2 < https://goo.gl/av3Pbj >

De Stefano V., Aloisi A. (2018), *European Legal framework for digital labour platforms, Luxembourg*, European Commission <doi: 10.2760 / 78590, JRC112243>

De Stefano V., Wouters M., *Should digital labour platforms be treated as private employment agencies?* ETUI, Brussels, ISSN 2507-1548, https://bit.ly/2MeecW7

Faioli M. (2018), *Gig-Economy and Market Design. Perché regolare il mercato del lavoro prestato mediante piattaforme digitali*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova

Felstiner A. (2013), *Labor standards*, in Michelucci P. (ed.) Handbook of Human Computation, New York, Springer, pp.823-836

Ferrante V. (2019), Approvata la direttiva che tutela i lavoratori a chiamata, in Il lavoro nel diritto. Gazier B., Gautié J. (2009), The "*Transitional Labour Markets*" Approach. Theory, History and Future Research Agenda, Paris, Document de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne < https://goo.gl/Ee43xD >

Giuli, D.; Bussotti, P.; Pettenati, M.C.; Codoban, I. The role of the trust intermediary in the information and Knowledge Society. In Proceedings of the ERCIM Workshop on User Interfaces for All, Vienna, Austria, 28–29 June 2004, pp. 326–331.

Hildebrandt, M. (2011). Legal protection by design: objections and refutations. *Legisprudence*, 5(2), 223-248. Kovács E. (2017), Regulatory Techniques for 'Virtual Workers', *Hungarian Labour Law E-Journal*, n.2 < https://goo.gl/XtDaUZ >

Leenes R. (2011), Framing techno-regulation: An exploration of state and non-state regulation by technology, *Legisprudence*, 5, n.2, pp.143-169 <doi: 10.5235 / 175214611797885675 >

Lessig, L. (2009). *Code: And other laws of cyberspace*. Available online: http://code-is-law.org/ (accessed on 7 August 2019).

Lettieri, N., Guarino, A., Malandrino, D., & Zaccagnino, R. (2019). Platform Economy and Techno-Regulation— Experimenting with Reputation and Nudge. Future Internet, 11(7), 163.

Lettieri, N., Law in The Turing's Cathedral. Notes on the Algorithmic Future of Legal Research, in W. Barfield (ed.) Cambridge Handbook on The Law Of Algorithms, 2020, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 32-95,

Marocco M.(2018), Diradando la nebbia. Prospettive di regolamentazione del lavoro intermediato dalle piattaforme digitali, Adapt Working Paper n.6 <doi: 10.13140 / RG.2.2.10629.86248>

Norta A., Nyman-Metcalf K., Othman AB, Rull A. (2016), "My agent will not let me talk to the general": Software agents as a tool against internet scams, in Kerikmäe T., Rull A. (eds.) *The Future of Law and eTechnologies*, Cham, Springer, pp.11-44

Pinna A., Ibba S. (2017), A blockchain-based Decentralized System for proper handling of temporary Employment contracts, in Arai K., Kapoor S., Bhatia R. (eds.) *Intelligent Computing*, Cham, Springer, pp.1231-1243 < https://bit.ly/2Cdh2Vi >

Prassl J., Risak M. (2016), Uber, Taskrabbit, & Co: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 37, n.3, pp.619-651

Ratti L., (2017) Online Platforms and Crowdwork in Europe: A Two-Step Approach to Expanding Agency Work Provisions, in Comp. Lab. Law & Pol. Journ., 38, 477 ff .;

Reidenberg, J. R. (1997). Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology. Tex. L. Rev., 76, 553.

Risak M. (2017), Fair Working Conditions for Platform Workers, Possible Regulatory Approaches to the EU Level, Friedrich-Ebert-Stiftung.

Rosenblatt W., Mooney S., Trippe W. (2001), *Digital rights management. Business and technology*, New York, John Wiley & Sons, Inc.

Sepp PM, Vedeshin A., Dutt P. (2016), Intellectual Property Protection of 3D Printing Using Secured Streaming, in Kerikmäe T., Rull A. (eds.) *The Future of Law and eTechnologies*, Cham, Springer, pp.81-109 Smorto (2017), *Critical assessment of the European Agenda for the collaborative economy*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Department A: Economic and Scientific Policy, https://goo.gl/soAiHR

Smorto (2018), *La tutela del contraente debole nella platform economy*, Giornale di Diritto del Lavoro e delle relazioni Industriali, 158.

Supiot A. (2003), *Transformation of labour and future of labour law in Europe*, Final Report, https://bit.ly/2SwdHb2

Van den Berg, B., & Leenes, R. E. (2013). Abort, retry, fail: scoping techno-regulation and other techno-effects. In *Human law and computer law: Comparative perspectives* (pp. 67-87). Springer, Dordrecht. [Google Scholar]

Ius variandi y valor profesional en la dimensión de la "Empresa 4.0": la perspectiva italiana

Valentina Aniballi

Ricercatrice di Diritto del lavoro
Università Mercatorum (Roma)

1. Premisa inicial

La perspectiva adoptada en este escrito es la que ofrece el art. 2103 del Código Civil italiano que gobierna el llamado "ius variandi". En concreto, el objeto de análisis será el papel de la negociación colectiva, prescindiendo de un examen de cada una de las experiencias codificadas por esta. De hecho, las partes sociales están llamadas a mejorar la compatibilidad profesional de los trabajadores en un contexto en el que la empresa busca constantemente una mayor versatilidad y fungibilidad de las tareas que se les asigna. Se intentará entonces analizar la capacidad del art. 2103 del Código Civil, en su formulación actual, para responder a los cambios profundos que afectan a los modelos de organización del trabajo, cambios estimulados por la creciente digitalización y por las innovaciones relacionadas con la *Industria 4.0*. En esta dirección van las intervenciones gubernamentales dirigidas explícitamente a aquellas empresas que pretendan aprovechar los potenciales vinculados a la cuarta revolución industrial mediante la adopción de nuevos modelos de organización del trabajo ([1]). Obviamente, este desafío también está abierto a las pequeñas y medianas empresas para las cuales la modernización de los procesos de producción supone una herramienta esencial que podría permitirles ganar competitividad en los mercados internacionales.

Resulta evidente que la aparición de nuevas figuras profesionales, especialmente en sectores de alto contenido tecnológico, ha minado la validez de los "antiguos" sistemas de clasificación profesional regidos por la negociación colectiva. "Tarea" y "calificación profesional" son, por lo tanto, conceptos con un contenido variable y su variabilidad se ve marcada por la evolución del contexto social y cultural de referencia. Al mismo tiempo, comienzan a abrirse nuevas fronteras en la distribución de los diferentes roles entre el hombre y la máquina para el ejercicio del poder de dirección y del poder de control del empleador.

2. El valor profesional en el art. 2103 del Código Civil

En su versión anterior, el primer párrafo del art. 2103 del Código Civil requería que el empleado fuese asignado "*a las tareas para las cuales fue contratado o a las correspondientes a la categoría superior que posteriormente adquirió o a tareas equivalentes a las últimas que realizó, sin ninguna reducción en la remuneración*". Por lo tanto, la protección de la profesionalidad se dejó esencialmente al juicio de equivalencia formulado por el juez, si bien, en ausencia de referencias precisas sobre las cuales calibrar la comparación ([2]). Además, la jurisprudencia se ha orientado casi por unanimidad hacia la preservación de los antecedentes profesionales adquiridos por el trabajador, mostrando un deseo de favorecer una noción estática de profesionalidad. ([3]). Solo más tarde la jurisprudencia identificó un vínculo entre equivalencia y profesionalidad entendida en un sentido dinámico, ya que se basó en un conocimiento adaptable sobre la base de la formación continua, de las experiencias en el mercado externo y de la evolución en el campo tecnológico ([4]).

Por consiguiente, estando vigente la regulación anterior, en caso de una disputa por parte del trabajador, la evaluación del juez sobre la legitimidad de la modificación unilateral por parte del empleador, no se limitaba a verificar la igualdad de remuneración y la trazabilidad de nuevas tareas al mismo nivel de clasificación profesional, debiendo verificar igualmente la equivalencia profesional. Las nuevas tareas podrían considerarse equivalentes a las últimas realmente realizadas solo si el patrimonio profesional del trabajador estuviera protegido, también en el sentido en el que el nuevo puesto le permitiera usar, e incluso enriquecer, el patrimonio profesional adquirido con el desempeño de la actividad laboral anterior ([5]).

1 Nos referimos, por ejemplo, al plan nacional "Impresa 4.0" (anteriormente "Industria 4.0") lanzado por el Gobierno italiano. El término "Industria" parecía ser engañoso si era referido exclusivamente a la dimensión manufacturera. El cambio al nombre "Impresa 4.0" parece haber captado la necesidad de insistir en la definición de un nuevo modelo de organización del trabajo que funcione a trescientos sesenta grados.

2 M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali,* 2004, 178.

3 En este sentido, expresión de un orientamiento rígido: Cass. 4 de agosto de 2015, n. 17624, Cass. 3 de febrero de 2015, n. 1916; Cass. 3 de marzo de 2016, n. 4211, Cass. 23 de mayo de 2013, n. 12725, Cass. 24 de junio de 2013, n. 15769, Cass. 14 de junio de 2013, n. 15010.

4 En este sentido, M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, en P. SCHLESINGER (a cargo de), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 1997, 134, 143 e 155; C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 119; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, en Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2016, 129 ss.

5 *Ex plurimis*, Cass. 4 de septiembre de 2015, n. 17623.

Las Secciones Unidas de la Corte di Cassazione dieron un paso importante con la sentencia del 24 de noviembre de 2006, n. 25033, pues consideraron admisible - al comprobarse los específicos "presupuestos de hecho" - la introducción de cláusulas de fungibilidad colectiva que permitan la movilidad horizontal ([6]) entre las tareas realizadas y las "nuevas" con respecto a las cuales existe una idoneidad original del trabajador. La pronunciación sugiere que una visión estática de la protección del patrimonio profesional debe ir acompañada de una visión dinámica de equivalencia, ya que la organización de la empresa está sujeta a cambios dictados por la innovación tecnológica y la competencia. La llamada movilidad "horizontal" puede considerarse legítima si las tareas de destino han sido adecuadas para mejorar el potencial del patrimonio profesional; por el contrario, es ilegítima si las tareas de destino, aunque estén incluidas en el nivel contractual ya atribuido, han causado un daño al derecho del trabajador a mejorar la profesionalidad adquirida ([7]).

En cambio, la redacción actual del art. 2103 del Código Civil, titulado "Prestazione del lavoro" y resultado de la enmienda hecha por el Decreto Legislativo n. 81 de 2015, surgida en actuación de la ley de delegación n. 183/2014 ([8]), impone que el trabajador sea asignado "*a las tareas para las cuales ha sido contratado o a aquellas correspondientes al grado superior que haya adquirido posteriormente*". En la gestión ordinaria del *ius variandi* por parte del empleador, el trabajador también podrá ser asignado "a tareas atribuibles al mismo nivel de clasificación que las últimas realmente realizadas" (primer apartado). Aun de acuerdo con la versión actual de la norma, la modificación de las estructuras organizativas de la empresa destinadas a influir en la posición del trabajador permite su asignación a tareas que pertenecen al nivel inferior de clasificación, siempre que entren en la misma categoría legal (párrafo 2) ([9]). Los convenios colectivos podrán establecer hipótesis adicionales de asignación a tareas que pertenezcan al nivel inferior de clasificación, siempre que entren en la misma categoría legal (párrafo 4). Ante el hecho de que ocurrieran ambos casos (párrafos 2 y 4), el trabajador tiene derecho a mantener el nivel de clasificación y la remuneración percibida anteriormente, con la exclusión de los elementos de remuneración relacionados con métodos particulares de la realización del desempeño laboral anterior ([10]).

Ahora bien, a raíz de la reforma, la atención de los intérpretes se ha centrado en la protección de la profesionalidad. Sin embargo, el legislador de 2015 tenía la intención de franquear la protección de la profesionalidad del juicio de equivalencia formulado por el juez, a la vez que superaba la visión estática de la protección de la profesionalidad. La elección parecía coherente con la rápida obsolescencia a la que se condenan las profesiones tradicionales a manos de la innovación tecnológica. En el contexto organizacional cambiado y cambiante del trabajo, la profesionalidad ya adquirida no puede ni debe constituir un obstáculo para la adquisición de una nueva profesionalidad ([11]). Desde esta perspectiva, el estar protegido no es solo interés del emprendedor ([12]), sino también del trabajador que opera dentro de contextos de producción en los que la naturaleza estática de las tareas y de los oficios cede ante los procesos constantes de reestructuración tecnológica. De hecho, sería completamente anacrónico seguir considerando la profesionalidad como un patrimonio personal intangible e inmutable ([13]).

De acuerdo con la legislación mencionada, el propio valor profesional de las tareas recién asignadas en comparación con las anteriores está garantizado por dos elementos objetivos: la (misma) categoría legal y el (mismo) nivel de clasificación ([14]). El nivel de clasificación, por lo tanto, es un parámetro más seguro que el binomio profesionalidad-equivalencia ([15]). En particular, las declaratorias de cada nivel deben especificar en qué medida se requiere la presencia de aquellos elementos que constituyen estándares confiables de medición del mismo valor en las diferentes profesiones. A modo de ejemplo, se puede citar el tamaño y la complejidad de los problemas a enfrentar, el grado de discreción en la ejecución del trabajo, la importancia que tiene el trabajo en la organización técnico-material.

6 Se habla de movilidad horizontal para indicar la facultad del empleador para asignar al trabajador a tareas equivalentes a las últimas realizadas, con igual remuneración. En cambio, se habla de movilidad vertical (ascendente) para indicar la asignación a tareas superiores, con derecho a la remuneración relativa. En esta hipótesis, hoy la asignación se convierte en definitiva, a menos que la voluntad del trabajador sea diferente, y si la misma no hubiera tenido lugar por razones sustitutivas de otro trabajador en servicio, después del período establecido por los convenios colectivos, incluidos los convenios de nivel de empresa, estipulados por asociaciones sindicales comparativamente más representativas en el plan nacional o, en su defecto, después de seis meses continuos.

7 Para más detalles, M. FAIOLI, Mansioni e macchina intelligente, Torino, 2018, 68 ss.

8 Más bien, el art. 7, let. e) de la ley de delegación (ley n. 183/2014) prevé la "*revisión de la regulación de las tareas, en el caso de los procesos de reorganización, reestructuración o conversión de la empresa identificados sobre la base de parámetros objetivos, conciliando el interés de la empresa en el uso útil del personal con el interés del empleado a la protección del lugar de trabajo, de la profesionalidad y de las condiciones de vida y económicas, estableciendo límites a la modificación de la calificación; previsión que la negociación colectiva, incluida la negociación a nivel de empresa o de segundo nivel, estipulada con las organizaciones sindicales de trabajadores comparativamente más representativas a nivel nacional en el marco interconfederal o de sector, puede establecer posteriores hipótesis con respecto a las establecidas de conformidad con esta letra*". La falta de referencias a reorganizaciones, reestructuraciones o conversiones de empresa y a parámetros objetivos dentro de la nueva versión del art. 2103 del Código Civil, llevó parte de la doctrina a hablar de delegación excesiva (en italiano "*eccesso di delega*").

9 Las categorías legales de trabajadores por cuenta ajena son las indicadas en el art. 2095 del Código Civil: gerentes, responsables de sector (en italiano "*quadri*"), empleados y obreros.

10 Se discute si el cambio de tareas es definitivo o reversible. La pregunta es relevante en el caso de que con posterioridad se carezca de la razón que legitimó este cambio. El cambio de funciones se comunica por escrito. También se discute si debe ir acompañado de una indicación de las razones que motivan el cambio en ausencia de una indicación expresa en la norma.

11 Ya en los años ochenta del siglo pasado, F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologia e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1985, 228-229, auspiciaba la intervención del legislador contra la rigidez de la disciplina del cambio de las tareas.

12 L. NOGLER, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro, en Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 2012, 451; R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO, *La mobilità professionale dei lavoratori*, in Lavoro e diritto, 1990, 236; F. LISO, *L'incidenza delle trasformazioni produttive, en Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1987, I, 56; F. SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, en Diritto delle relazioni industriali, 1994, 43; A. GARILLI, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, en Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1989, 176 e 181; D. DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale, en Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 853 ss.

13 En este sentido M. GRANDI, «*Intervento*», *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Atti delle Giornate di studio di Pisa, 26-27 maggio 1973, Milano, 140-141; L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in L. MENGONI (a cargo de), *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 404.

14 Por lo tanto, resulta razonable la elección del legislador de prever como el único límite para el cambio de tareas, el mantenimiento y la preservación de una profesionalidad que tengan el mismo valor que el adquirido, incluso siendo diferente. Así: C. PISANI, *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni, en WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 310/2016, 12 ss.*

15 En estos términos, F. LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, en WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, 7.

3. El marco regulatorio de una posible "fungibilidad tecnológica"

De la formulación actual de la norma establecida en el Código Civil, se desprende que el perímetro del poder del empleador para modificar tareas hoy está claramente delineado. Al mismo tiempo, la posibilidad de intervención por parte de la interpretación jurisprudencial está fuertemente limitada. Como ya se ha mencionado, esta encuentra un límite inequívoco precisamente en el nivel de clasificación que constituye una unidad de medida más confiable con respecto a la profesionalidad. Una vez que se ha definido, al menos a nivel normativo, el límite dentro del cual se mueve el *ius variandi*, la determinación del contenido de los perfiles profesionales individuales pertenece a la negociación colectiva. Al hacerlo, los interlocutores sociales emitirán un juicio de compatibilidad entre diferentes tareas de igual valor (en el sentido indicado en el párrafo anterior). En particular, en los sectores más afectados por las innovaciones relacionadas con el fenómeno de la *Industria 4.0*, estos deberán asumir una posición sobre la "fungibilidad tecnológica" entre las tareas afectadas.

En el momento de definir la escala clasificatoria, los interlocutores sociales deberán tener en cuenta que todas las tareas que caigan dentro del mismo nivel de clasificación son, al menos en teoría, exigibles, prestando especial atención a la dinámica de remuneración y a los perfiles de formación. Las nuevas estructuras organizativas demandan la extensión del área de las competencias profesionales requeridas y el contenido del trabajo.

De hecho, en el nuevo marco regulatorio, la combinación inseparable de profesionalidad y capacitación adquiere particular importancia en términos de protección de la dignidad de la persona. Sin embargo, según parte de la doctrina, la escasa atención prestada a la cuestión de la efectividad del derecho a la educación (entendida en forma de aprendizaje permanente) habría determinado la prevalencia de una visión anacrónica del papel de la formación en los nuevos modelos de protección laboral, así lo demostraría la falta de introducción de un deber de capacitación a la hora de modificar el art. 2103 del Código Civil ([16]). El tercer párrafo, de hecho, se limita a especificar que el cambio de funciones va acompañado, en caso necesario, del cumplimiento de la obligación formativa (art. 2103, apartado 3, del Código Civil), pero el incumplimiento de esa obligación no determina la invalidez de la asignación de nuevas tareas. La ley tampoco establece sanciones al comprobarse esta hipótesis.

Ahora bien, el nuevo art. 2103 del Código Civil también permite a la negociación colectiva predefinir los contenidos de la clasificación del personal en relación con la formación profesional a fin de reducir las disputas relacionadas con la movilidad horizontal y la movilidad *in peius*. El llamamiento, aunque exiguo, a la capacitación en la movilidad endo-empresarial constituye un intento de compensar el riesgo de ampliación del abanico de tareas exigibles. Se comparte la opinión de quienes creen que el acreedor del trabajo (empleador) tiene la responsabilidad de proporcionar la formación si es necesaria para el desempeño de las nuevas tareas asignadas. De hecho, la formación es esencial, si el *background* profesional del trabajador no es suficiente para pasar a tareas que pertenecen al mismo nivel de calificación o inferior. En este caso, si no se le proporciona la formación adecuada, el trabajador difícilmente podría ser considerado responsable de su incapacitación respecto a la actividad realizada. Sin embargo, especialmente en sectores con alto contenido tecnológico, por su propia naturaleza, expuestos al riesgo de obsolescencia, parece casi improbable que se le pueda asignar al trabajador a tareas para las que no se le ha formado adecuadamente.

Al desviar el foco de atención a la posición del trabajador, el incumplimiento de la obligación de capacitación por su parte, en cambio, materializaría una violación de su obligación contractual ([17]). La negociación colectiva, al redefinir las clasificaciones, también debería intervenir para declinar las hipótesis de incumplimiento por parte del trabajador que, a modo de ejemplo, podría consistir en el rechazo a participar en la capacitación o en una participación discontinua e irregular.

Por lo general, la reforma aprovecha la experiencia de las llamadas "cláusulas de fungibilidad", incluidas en los convenios colectivos, que permiten el uso de los trabajadores dentro de un área contractual específica, a través de mecanismos de *job rotation*. De hecho, la autonomía colectiva, ya ha tratado de ampliar la noción de equivalencia profesional con una doble consecuencia: la extensión del alcance de las tareas laborables exigibles y la extensión de la facultad de recurrir a la movilidad horizontal. A la hora de valorar los resultados de la autonomía colectiva, la jurisprudencia reconoce que el concepto de equivalencia no puede entenderse de manera unitaria, ya que la movilidad profesional puede asumir connotaciones diversificadas según el contexto empresarial específico ([18]).

En resumen, la reforma de 2015 permite extender la actividad exigible al trabajador con el poder de asignarlo a diferentes tareas, incluso, si no corresponden a la profesionalidad adquirida con el tiempo, pero siempre que esas tareas estén dentro del mismo nivel de clasificación y en la misma categoría legal. La preferencia por un significado dinámico de la profesionalidad ([19]) coloca a la negociación colectiva en la condición de gestionar perfiles como la mayor responsabilidad y autonomía, normalmente requeridas para las figuras profesionales que operan en sectores con alto contenido tecnológico.

16 L. CASANO, Mercati transizionali e istituzioni del mercato del lavoro nella nuova geografia del lavoro, en Il piano Industria 4.0 un anno dopo. Analisi e prospettive future, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series, n. 65/2017, 78.

17 F. LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni, cit., 13.

18 En este sentido, también F. LISO, Brevi osservazioni, cit.

19 Para profundizar, M. FAIOLI, Mansioni e macchina intelligente, cit., 235.

4. La supresión del lugar de trabajo debida a razones empresariales: el perímetro del *repêchage*

Es razonable preguntarse cuáles son las repercusiones de la formulación actual de la norma del Código Civil sobre la "obligación de repêchage" que indica el deber del empleador de intentar reubicar al trabajador, dentro de la empresa, con el objetivo de evitar el despido por razón objetiva justificada, es decir, el despido estrictamente relacionado con las necesidades objetivas de la propia empresa ([20]). En otras palabras, hay que preguntarse si la nueva legislación también ha producido la extensión del repêchage a todas las tareas atribuibles al mismo nivel de clasificación (siempre que entren en la misma categoría legal), independientemente de las habilidades profesionales del trabajador ([21]).

En varias ocasiones, maduradas estas bajo la formulación legislativa anterior, la jurisprudencia ha declarado que, en caso de despido por una razón objetiva justificada debido a la supresión del lugar de trabajo, el empleador tiene la responsabilidad de demostrar no solo que en el momento del despido no había una posición similar a la suprimida, sino también haberse encontrado ante el rechazo del trabajador a la propuesta de reempleo en tareas inferiores comprendidas dentro de su bagaje profesional ([22]). Esto se debe a que el art. 2103 del Código Civil ha de interpretarse como un ejercicio de equilibrio entre el derecho del empleador a perseguir una organización empresarial productiva y eficiente y la del trabajador a mantener su lugar de trabajo; donde la descalificación (*demansionamento*) es la única alternativa al receso del empleador, no es necesario un acuerdo de descalificación o una solicitud del trabajador en este sentido anterior o contemporánea al despido ([23]). En aplicación del principio de corrección funcional y buena fe, es una responsabilidad del empleador proponer al empleado la posibilidad de trabajar en tareas inferiores compatibles con su formación profesional ([24]).

Volviendo la vista a la doctrina, aunque algunos autores se inclinen hacia una obligación de *repêchage* incluso en tareas inferiores ([25]), la doctrina prevaleciente ha descartado que el empleador tenga la obligación de ejercer el *ius variandi in peius* para evitar el despido del trabajador, puesto que al empleador le correspondería cargar con costes adicionales ya que tendría que pagar el salario de origen ([26]), dada la 'no sindicabilidad' de la estructura organizativa elegida por el empresario para su empresa ([27]). Se cree más bien que el *repêchage* en las tareas inferiores solo se podría permitir mediante un acuerdo de descalificación firmado en una "sede protegida", de conformidad con el sexto apartado del art. 2103 del Código Civil. Solo en caso de que el empleado se niegue a firmar este acuerdo, el empleador puede proceder legítimamente al despido, no pudiéndose obtener del segundo apartado del art. 2103 del Código Civil un cargo, en su contra, que asigne al trabajador a tareas inferiores ([28]).

20 El art. 3 de la ley n. 604/1966 establece que el despido por "*giustificato motivo oggettivo*" está debido a razones inherentes a la actividad de producción, la organización del trabajo y el funcionamiento regular de la misma. La carga de la prueba, de conformidad con el art. 5 l. n. 604/1966, se pone a cargo del empleador.

21 Por lo general, entre las contribuciones en materia de *repêchage*, R. ROMEI, *Le regole del repêchage alla luce della nuova formulazione dell'art.* 2103 c.c., en AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli. Un giurista della contemporaneità. Liber Amicorum*, Torino, 2018; R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità di ripescaggio nel licenziamento economico*, en AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli*, cit.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge n. 604 del 1966 al contratto a tutela crescenti*, Torino, 2016.

22 Entre las más recientes, Cass. 6 de diciembre de 2018, n. 31653; Cass. 11 de noviembre de 2019, n. 29100. Diferente es la posición de Cass.10 de mayo de 2016, n. 9467, en *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 10, 2195 ss., que consideraba inexistente la obligación del empleador de ofrecer al trabajador todas las tareas, incluso aquellas completamente incompatibles con las realizadas previamente por el trabajador.

23 Cass. 18 marzo 2009, n. 6552.

24 Así Cass. 19 de noviembre de 2015, n. 23698. De conformidad se señala que por último Cass. 11 de noviembre de 2019, n. 29100, reiteró la legitimidad del acuerdo de descalificación incluso antes de la reformulación del art. 2103 del Código Civil prevista por el decreto legislativo n. 81/2015.

25 M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cargo de), *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo* ius variandi, Modena, 2015, 42; cfr. F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel D.Lgs. del 15 giugno 2015, n. 81, en Diritti, lavoro*, mercati, 2015, 511.

26 C. PISANI, *La nuova disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, 151-152.

27 P. SORDI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il* Jobs Act, en I. PICCININI, A. PILEGGI, P. SORDI (a cargo de), Roma, 2016, 133. Según G. FRANZA, *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, en *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 2015, 10, 663, aunque debe excluirse una obligación de capacitación del empleador en caso de cambio de funciones a través de una transacción, en uno de los lugares protegidos mencionados en el sexto párrafo del art. 2103 del Código Civil, las partes podrían acordar la necesidad de una capacitación adecuada, como un elemento esencial del acuerdo, cuando estuvieran motivadas por el interés del trabajador en adquirir una profesionalidad diferente.

28 S. CIUCCIOVINO, *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il Jobs Act*, en *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2016, 43.

5. Negociación colectiva y derogabilidad de la disciplina de las tareas

La intervención reservada a la negociación colectiva por el nuevo art. 2103 del Código Civil responde a una lógica estructural, inspirada en la necesidad de gobernar de manera estable un perfil particularmente delicado en términos de organización del trabajo. Sin embargo, esta intervención requiere una revisión cuidadosa y profunda de las clasificaciones para evitar la desconexión, que hoy en día existe, entre la descripción contenida en los convenios colectivos y el mundo real de las profesionalidades. Primero, se necesita una operación de mapeo y descripción del trabajo y las habilidades profesionales, que tenga en cuenta las especificidades del sector y la realidad individual de la empresa.

También en el nuevo marco regulatorio es correcto afirmar que la profesionalidad sigue siendo un bien gestionado por la negociación colectiva, a la par de la formación profesional y el salario. La negociación colectiva deberá intervenir estableciendo para cada perfil identificado la dosificación de, al menos, dos componentes esenciales: la autonomía en la toma de decisiones junto a la consiguiente responsabilidad del trabajador perteneciente a un determinado nivel profesional. La negociación colectiva tendrá que definir vías formativas y laborales adecuadas, con el objetivo de garantizar la flexibilidad en las tareas que no vaya en detrimento de la protección de la persona. La dimensión empresarial de la autonomía colectiva es, sin duda, la más adecuada para captar las solicitudes de los sujetos involucrados y traducirlas en escalas clasificatorias actualizadas. Sin embargo, la dimensión nacional sigue siendo el amparo de aquellas empresas que no tienen un convenio colectivo de empresa.

Por un lado, conforme a la formulación actual del artículo 2103, la modificación de las estructuras organizativas y las hipótesis previstas por la negociación colectiva justifican la inclusión del empleado en tareas que pertenecen al nivel inferior de clasificación, siempre que estén dentro de la misma categoría legal (apartado 2). Por otro lado, las oportunidades que ofrece el art. 2103 del Código Civil, en realidad, también son apreciadas por la posibilidad de asignar al trabajador tareas atribuibles al mismo nivel de clasificación que el último realizado. Sin embargo, es la negociación colectiva, como demuestra la experiencia italiana en este tema, la que debe aprovechar estas oportunidades para definir los niveles de clasificación.

Incluso antes de la enmienda de 2015, en la dirección de una derogación a la regulación de las tareas, ya empujaba el art. 8, decreto ley 138/2011, de 13 de agosto de 2011 (convertida en ley 148/2011, de 14 de septiembre de 2011). La ley, de hecho, permite que "*acuerdos específicos*" alcanzados a nivel de empresa o a nivel territorial deroguen "*con efectos respecto a todos los trabajadores involucrados*" las disposiciones de la ley y de los convenios colectivos nacionales cuando estén destinados a perseguir objetivos tales como una mayor generación de empleo, la calidad de los contratos de trabajo, la participación de los trabajadores, el sacar a la *luz el trabajo* no declarado, la productividad y los aumentos salariales, la gestión de empresas y las crisis laborales. Objeto de estos acuerdos pueden ser, entre otros, las tareas del trabajador, la clasificación y la graduación del personal (apartado 2, letra b). Sin perjuicio de los conceptos de "causa justa" y "razón justificada", las excepciones estrictamente establecidas se refieren al despido discriminatorio, al despido del trabajador concomitantemente con el matrimonio, al despido de la trabajadora desde el comienzo del período de embarazo hasta el final de los períodos de interdicción en el trabajo, así como hasta un año de edad del hijo (art. 8, apartado 2, letra e) y otras formas de rescisión. Se pueden encontrar límites adicionales en el cumplimiento de la Constitución, así como en las restricciones derivadas de las regulaciones de la UE y los convenios laborales internacionales.

Por lo tanto, en el marco del citado art. 8 y en respuesta a los desafíos planteados por la innovación tecnológica, la acción de derogación (ejercida indiferentemente en melius o *en peius*) podría valorarse invocando el objetivo de una mayor creación de empleo o el de la calidad de los contratos de trabajo. Sin embargo, esta acción parece ser más una expresión de una lógica de urgencia o ante una ocasión excepcional.

6. Profesionalidad y nuevas tecnologías: algunas experiencias "colectivas"

Si, por un lado, la nueva versión del artículo 2103 del Código Civil sustrae la protección de la profesionalidad al juicio de equivalencia formulado por el juez, por otro lado, es necesario adaptar el contenido de los convenios colectivos. Hay que reconocer que se han dado algunos pasos en esta dirección, pero se necesita una mayor conciencia de los interlocutores sociales para dar una respuesta a la evolución tecnológica y organizativa en progreso y a la que se plantea para el futuro. La gestión de la movilidad intra-empresa es el banco de pruebas para los interlocutores sociales tradicionalmente llamados a equilibrar intereses opuestos, especialmente en sectores donde las nuevas tecnologías están destinadas a tener un mayor impacto en la organización del trabajo.

Con motivo de la renovación del contrato colectivo del Terciario Avanzado para el trienio 1 de julio de 2018-30 de junio de 2021, las Partes muestran conciencia de que la evolución impetuosa de la tecnología, de los mercados y de las necesidades ya no puede garantizar la permanencia de profesionalidad estática. Por lo tanto, con el fin de mantener efectivamente los niveles profesionales adquiridos, las Partes acuerdan la necesidad de promover vías de capacitación y actualización. En particular, la capacitación debe permitir a los trabajadores adquirir *"habilidades profesionales específicas" capaces de responder mejor a "las necesidades cambiantes de la demanda laboral, incluidas las derivadas de innovaciones tecnológicas y organizativas"*, también en beneficio del desarrollo profesional vertical (art. 140). El convenio colectivo parece aprovechar las oportunidades inherentes a la extensión del área de competencias profesionales requeridas en una perspectiva de enriquecimiento progresivo de los contenidos del trabajo ([29]).

Durante la renovación del contrato, los interlocutores sociales, conscientes de la necesaria revisión del sistema de clasificación profesional, han previsto la actualización parcial de los contenidos profesionales y de los parámetros de remuneración para adaptarlos al Marco Europeo de Cualificaciones (*European Qualifications Framework*); y, debido a sus habilidades electrónicas particulares (I.C.T.), han integrado el sistema de clasificación de personal E.Q.F., con el E.C.F. (*European e-Competence Framework*). Además, las Partes aconsejan verificar la clasificación del Personal para que el nivel reconocido al trabajador sea el realmente previsto para las tareas realizadas también a través de la participación de organismos de certificación especiales.

La intervención de los interlocutores sociales en el sector Terciario Avanzado, aunque apreciable, todavía responde a una lógica tradicional. El "Protocolo territorial sobre nuevas tecnologías, organización del trabajo y crecimiento profesional", firmado en Bérgamo el 24 de junio de 2019, proporcionó una respuesta transversal, ya que no está vinculada a la especificidad de un solo sector de producción, sino a las características de un área territorial específica. En ese momento, las Secretarías Confederales CGIL, CISL y UIL expresaron la necesidad de gobernar el proceso de innovación conectado al programa gubernamental *Impresa 4.0* con modalidades participativas. Los interlocutores sociales aprovechan una oportunidad importante en los paradigmas desarrollados por ese programa y, de manera más general, en la difusión de nuevas tecnologías, oportunidades que se traducen en un crecimiento competitivo para el sistema empresarial local. Las partes esperan la definición conjunta de iniciativas específicas, también apoyadas por seminarios y actividades de capacitación. El vínculo entre las nuevas tecnologías y la organización del trabajo se aborda con referencia particular a las tareas, las clasificaciones y la gratificación. A nivel organizacional, las partes se comprometen a promover "*la creación de sesiones de capacitación conjunta entre RSU ([30])/Direcciones de la empresa para ilustrar las mejores prácticas empresariales destinadas a involucrar a los trabajadores en la gestión de las nuevas tecnologías, con especial referencia a los trabajadores más necesitados (trabajadores ancianos, extranjeros, con baja educación)*". La mejora de la profesionalidad de los trabajadores involucrados en la gestión de nuevas tecnologías se lleva a cabo a través de la difusión de nuevas descripciones de las funciones empresariales, así como en cumplimiento de las leyes y de las disposiciones del CCNL (Convenio Colectivo Nacional de Trabajo). Las experiencias de la empresa constituirán una base a partir de la cual poder recurrir, principalmente en temas de capacitación. De hecho, las partes examinarán un modelo para adquirir habilidades en nuevas tecnologías en las áreas de aplicación relacionadas. Para este fin, también se requiere la intervención de los fondos interprofesionales. El impacto varía según el perfil del trabajador y su pertenencia a grupos poco profesionalizados o, por el contrario, de alto nivel. Después de todo el proceso, se contempla la definición de los sistemas de la empresa, cuyo objetivo es reconocer o compensar la adquisición por parte de los trabajadores de nuevas habilidades relacionadas con las nuevas tecnologías.

Es un documento programático que destaca la voluntad de las partes a intervenir activamente en un tema tradicionalmente dentro de su competencia, pero con una mayor conciencia que en el pasado, ya que la valoración de los trabajadores y el crecimiento de sus habilidades profesionales y técnicas en relación con los cambios tecnológicos actualmente pasa por un "*entrenamiento extendido y programado*". La solución participativa es ampliamente defendida por los interlocutores sociales que auspician el gobierno conjunto del proceso de innovación y cambio, en beneficio de las empresas y del empleo. Sin embargo, la dimensión territorial que describe los contornos del Protocolo exige rastrear las necesidades locales en términos de habilidades profesionales y de capital humano disponible para mejorar su potencial. Puede explotarse en aquellos contextos en los que la presencia de pequeñas y muy pequeñas empresas dificulta la formación de representantes sindicales en la empresa que, en otros contextos, pueden dar vida, junto con la contraparte del empleador, a una regulación colectiva a nivel de empresa.

29 Entre las herramientas previstas a este efecto, hay que señalar el "Patto di prova per mansioni superiori d'area omogenea".

30 El acrónimo se refiere a las "Representaciones Sindicales Unitarias".

Por lo demás, el desajuste entre los sistemas de clasificación del personal y el contenido real del trabajo conlleva la necesidad de una lectura de la profesionalidad en términos de habilidades, roles y comportamientos, sobre todo en los sectores de producción con mayor intensidad de habilidades profesionales y capital tecnológico, donde la digitalización de los procesos de producción afecta inevitablemente a la descripción de las tareas y a los perfiles profesionales. En estos sectores, la reformulación de las declaratorias deberá tener en cuenta no solo el contenido técnico y tecnológico real de las tareas presentes en la empresa, sino también otros elementos de identificación de diferentes estándares profesionales co-esenciales para cada función. Esto, además, está en línea con la llamada desmaterialización de la idea de trabajo que implica una mayor atención a la dimensión subjetiva del saber hacer, es decir, hacia aquellos aspectos distintivos del profesionalismo que contribuyen a la definición de cada rol y que pueden identificarse en la propensión a la innovación, en el espíritu de iniciativa, en la orientación al resultado, en la resolución de problemas, en la capacidad de trabajar en equipo, en la flexibilidad profesional, en la actitud hacia el liderazgo y la transferencia de habilidades ([31]).

6.1. Profesionalidad y nuevas tecnologías: oportunidades para la autonomía individual.

Al concluir esta breve contribución, una mención rápida merece la autonomía individual. Ya se ha dicho anteriormente que en las llamadas "sedes protegidas", se pueden estipular acuerdos de descalificación ([32]), es decir, acuerdos individuales para cambiar sus funciones, su nivel de clasificación y la remuneración relacionada, siempre que esto sea de interés para el trabajador en la conservación del empleo, a la adquisición de una profesionalidad diferente o a la mejora de las condiciones de vida (art. 2103 del Código Civil, apartado 6). Precisamente en los sectores con un alto contenido tecnológico, la adquisición de una profesionalidad diferente es un aspecto relevante y el camino ofrecido por la norma parece factible, especialmente en contextos donde la negociación colectiva es deficiente. Esto es un *escamotage* que, si se usa conscientemente y sin fines evasivos, puede paliar el retraso inevitable con el que la autonomía colectiva toma nota de los cambios ya realizados en la organización del trabajo y luego interviene con una actividad de mantenimiento para adaptarse a ellos.

Además, cambiando la perspectiva, pero permaneciendo aún dentro de la esfera de la autonomía individual, si es cierto que se requiere que la negociación colectiva desempeñe un papel importante, no desdeñable es la mayor fuerza contractual que llega a algunos trabajadores por el hecho de poseer habilidades tan elevadas y especializadas que les permiten afirmar sus prioridades en la definición de la relación laboral en el momento de estipulación del contrato individual.

Finalmente, si la introducción de nuevas tecnologías se asocia casi naturalmente con sus posibles consecuencias negativas en las relaciones laborales existentes, también es cierto que podría ofrecer nuevas oportunidades para el crecimiento del empleo en el contexto empresarial.

31 Para profundizar, E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoralistica*, Adapt – University Press, 2019, 92-116; P. TOMASSETTI, *Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale*, en *Diritto delle relazioni industriali,* 2019, n. 4, 1158-1159.

32 El trabajador puede ser asistido por un representante de la asociación sindical en la que se adhiere o asigna un mandato o por un abogado o un consultor laboral.

Bibliografía

AMENDOLA F., *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, en *Diritti, lavoro, mercati*, 2015, 489 ss.

BROLLO M., *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, en P. SCHLESINGER (a cargo de), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 1997.

BROLLO M., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, en F. CARINCI (a cargo de), *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo* ius variandi, Modena, 2015.

CARINCI F., in AIDLASS (a cargo de), *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Atti dell'VIII Congresso nazionale di Napoli del 12-14 aprile 1985, Milano, 1986.

CASANO L., *Mercati transizionali e istituzioni del mercato del lavoro nella nuova geografia del lavoro*, en AA.VV., *Il piano Industria 4.0 un anno dopo. Analisi e prospettive future*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series, n. 65/2017, 110 ss.

CIUCCIOVINO S., *Giustificato motivo di licenziamento e* repêchage *dopo il* Jobs Act, en *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2016.

DAGNINO E., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoralistica*, Adapt – University Press, 2019

DE FEO D., *La nuova nozione di equivalenza professionale*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 853 ss.

DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO F., *La mobilità professionale dei lavoratori*, en *Lavoro e diritto*, 1990, 236 ss.

DEL PUNTA R., *Sulla prova dell'impossibilità di ripescaggio nel licenziamento economico*, A. PERULLI (a cargo de), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Torino, 2017.

FAIOLI M., *Mansioni e macchina intelligente*, 2018, Torino.

FERRARESI M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge n. 604 del 1966 al contratto a tutela crescenti*, Torino, 2016.

FRANZA G., *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, en *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 2015, 663 ss.

GARILLI A., *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1989.

GARILLI A., *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali,* 2016, 129 ss.

GRANDI M., «Intervento», *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Atti delle *Giornate di studio di Pisa*, 26-27 de mayo de 1973, Milano.

LISO F., *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, en *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1987, I, 53 ss.

LISO F., *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, en *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015*.

MAGNANI M., *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2004, 165 ss.

MENGONI L., *I poteri dell'imprenditore*, en L. MENGONI (a cargo de), *Diritto e Valori*, Bologna, 1985.

NOGLER L., *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, en *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 2012.

PISANI C., *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996.

PISANI C., *La nuova disciplina delle mansioni*, Torino, 2015.

PISANI C., *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, en *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 310/2016*.

ROMEI R., *Le regole del repêchage alla luce della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c.*, en *AA.VV., Giuseppe Santoro Passarelli.* Un giurista della contemporaneità. Liber Amicorum, Torino, 2018.

SCARPELLI F., *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, en *Diritto delle relazioni industriali*, 1994, 43 ss.

SORDI P., *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, en I. PICCININI, A. PILEGGI, P. SORDI (a cargo de), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il* Jobs Act, Roma, 2016.

TOMASSETTI P., *Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale*, en *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, n. 4, 1149 ss.

Novas tecnologias: novas responsabilidades?

Vera Oliveira[1]

Universidade do Minho
Braga, Portugal

1 Investigadora Júnior do JusGov, Centro de Investigação em Justiça e Governação, Universidade do Minho, Braga, Portugal

Abstract

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, surgiu com o objetivo de maior harmonização da legislação na União Europeia. As novas tecnologias despoletaram a verificação de formas alternativas no cumprimento das obrigações laborais. Atualmente, a evolução e flexibilidade do conceito de posto de trabalho permitem que o trabalhador se encontre no seu local de trabalho sem que para isso necessite estar presente fisicamente. Este novo paradigma no âmbito laboral poderá suscitar questões relevantes, nomeadamente, em termos de consequências associadas à violação de dados pessoais pois que o trabalhador se encontra sujeito a um maior número de ameaças de foro digital. Basta, para isso, pensar na quantidade de e-mails que os trabalhadores, no exercício das suas funções, enviam a clientes ou à sua própria entidade empregadora considerando que estes podem conter (e muitas vezes contêm) dados pessoais do próprio trabalhador, de colaboradores da organização e de terceiros, como fornecedores ou clientes. Atentando nas disposições do Regulamento, a violação de dados pessoais será imputada ao responsável pelo tratamento e, no caso de o trabalhador prestar trabalho para uma organização, será esta organização a responsável pelo tratamento dos dados. Será também sobre a organização que recairão as respetivas consequências. Tal irá implicar que o contexto da relação empregador-trabalhador seja (re)definido para acomodar os termos em que uma situação desta natureza irá ser tratada. Caberá definir quanto ao trabalhador: novas tecnologias, novas responsabilidades?

Keywords: Novas tecnologias; Regulamento Geral de Proteção de Dados; Violação de Dados Pessoais.

1 Introdução

Um regulamento é um ato legislativo vinculativo cujos elementos normativos são aplicáveis a todos os países da União Europeia. Nesse sentido, o RGPD surge com o intuito de garantir que os Estados Membros asseguram a aplicação de medidas comuns no que à proteção de dados pessoais diz respeito.

No entanto, tendo em conta a dificuldade desta harmonização em determinados campos, nomeadamente no campo das relações de trabalho, o legislador europeu entendeu ser mais adequado dar alguma margem ao legislador nacional para regular estas matérias (artigo 88.º do diploma).

A presente pesquisa pretende ser um elemento de estudo quanto à aplicação do RGPD no caso concreto em que o trabalhador, no exercício das suas funções, provoca uma violação de dados pessoais. A verdade é que, cada vez mais, o posto de trabalho se torna mais flexível e já não se limita somente a uma máquina, uma secretária e um horário de trabalho fixo.

Atualmente, o trabalhador responde a e-mails, dentro e fora do horário de trabalho, utilizando para o efeito vários dispositivos: o computador, o smartphone, o tablet... todos eles equipamentos integrantes do "posto de trabalho", num avião, café, aeroporto, enfim, em qualquer lugar do Mundo no qual o trabalhador se encontre. O posto de trabalho tem vindo a sofrer alterações. Não só a nível da sua localização, que passou de ser apenas circunscrita a um local dentro da própria organização para passar a ser, de facto, o Mundo.

Consequentemente, o trabalhador fica sujeito a uma quantidade considerável de ameaças, vulnerabilidades e riscos que poderão despoletar a violação de dados pessoais. Esta situação irá originar questões que terão de ser analisadas ao nível do RGPD e poderão ainda surgir questões na esfera de relação laboral, cuja análise é também fundamental.

A constante globalização das organizações e a maior flexibilidade dos instrumentos que podem ser utilizados pelo trabalhador demonstram uma enorme modificação da tradicional conceção de posto de trabalho e, consequentemente, da relação laboral. Os dados pessoais, assim como a informação confidencial, devem ser protegidos, não só pelo trabalhador, mas também pela organização, por forma a que não se verifiquem violações de dados pessoais que possam implicar prejuízos em termos monetários e mesmo de reputação da organização.

A relação laboral assenta, naturalmente, num desequilíbrio uma vez que o trabalhador se encontra numa posição desfavorável face à posição do empregador. Desta forma, será interessante ter em perspetiva as consequências que poderão advir de uma violação de dados pessoais causada pelo trabalhador quando, na verdade, é sobre a organização que recaem as responsabilidades decorrentes da posição de responsável pelo tratamento dos dados.

No presente artigo será analisada a utilização da Internet na relação laboral, na ótica do RGPD e na ótica do próprio trabalhador para que, posteriormente, se apresentem as consequências que poderão ocorrer nos casos em que o trabalhador, no exercício das suas funções, origina uma violação de dados pessoais. Serão analisadas as consequências associadas ao cumprimento do Regulamento, assim como os efeitos ao nível da relação laboral.

2 A Internet na relação laboral

Na relação laboral, a Internet é fundamental não só porque permite a conexão da empresa a nível internacional, mas também porque possibilita que o trabalhador, mesmo à distância, consiga contactar com a sua entidade empregadora. Permite-se que o trabalhador esteja "presente" na organização apenas por se encontrar "ligado" através da rede, sem necessidade da sua presença física.

Tendo em conta esta nova dinâmica de troca de dados que, desde há algum tempo, deixou de ser puramente em formato papel para passar a ser em formato quase totalmente digital, é necessário que se considerem soluções que permitam uma maior segurança dos dados e das informações que circulam em ambas as direções. Aliás, que podem circular em três dimensões quando, para além da relação estabelecida entre o trabalhador e o empregador, exista ainda um terceiro, por exemplo, um cliente ou um fornecedor que é abrangido por estas comunicações digitais.

Antes da chegada da era digital, os documentos eram, na sua grande maioria, em formato papel. Desta forma, aqueles que contivessem informação com valor para a organização deveriam ser sujeitos a medidas de proteção por forma a não caírem nas mãos erradas. Hoje em dia a preocupação deverá manter-se. Mas agora, para além das "mãos" erradas, devem também ser tidas em consideração as "máquinas" erradas.

2.1 O Regulamento Geral da Proteção de Dados

Para efeitos do RGPD, conforme o artigo 4.º ("Definições"), 1) são: "«Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;".

Também de acordo com este artigo, pelo 2), trata-se de uma operação de: «Tratamento», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;".

Por sua vez, determina este artigo em 7) que é: "«Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro;". Finalmente, será considerada, pelo referido artigo, em 12): «Violação de dados pessoais», uma violação da segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento;".

Quer isto dizer que, uma vez que é a entidade empregadora quem define as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais (nomeadamente, dados dos clientes, como e-mail, contacto telefónico, nome), recairá sobre esta organização a obrigação de proteger estes dados. Desta forma, a organização terá de respeitar e cumprir os "Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais" constantes do artigo 5.º[1] do RGPD. Acresce ainda a responsabilidade de, segundo o artigo 5.º, n.º2, demonstrar que tratou os dados pessoais com base na licitude, lealdade e transparência, considerando a limitação das finalidades, a minimização dos dados, a exatidão, a limitação da conservação e ainda a integridade e confidencialidade.

2.2 O trabalhador e a utilização da Internet

Ora, como discutido na Secção 2.1, o trabalhador pode, hoje em dia, a partir de qualquer lugar e a partir de qualquer máquina à sua disposição, exercer as funções. Deste modo, acrescem as ameaças às quais pode estar sujeito. A comunicação efetuada entre a entidade empregadora e o trabalhador, e até entre estes e os clientes ou fornecedores, poderá desenvolver-se através de e-mail.

Assim, a título de exemplo, serão analisadas as ameaças mais recorrentes. Nas ameaças tecnológicas, o phishing é um ataque pelo qual poderá existir roubo de dados ou informações através do e-mail, podendo estar aqui em causa dados pessoais, tais como roubo de identidade, dados financeiros, entre outros, ou informações que respeitem à empresa.

Também associado às comunicações por e-mail surge o SPAM que, em termos resumidos, será um ataque pelo qual é enviada publicidade não solicitada que poderá conter vírus e, dessa forma, infetar a máquina utilizada pelo trabalhador.

1 Artigo 5.º, Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais, "1. Os dados pessoais são: a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»); b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1 («limitação das finalidades»); c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»); d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora («exatidão»); e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados («limitação da conservação»); f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas («integridade e confidencialidade»); 2. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 e tem de poder comproválo («responsabilidade»).".

Relativamente às ameaças comportamentais, estas ocorrem quando o trabalhador se coloca numa situação vulnerável acedendo a sítios da Internet a partir de um dispositivo que contenha dados pessoais e/ou empresariais para fins diversos da sua atividade laboral. Quer isto dizer que o trabalhador em alguns casos poderá comprometer a segurança da informação quando acede a sites que não apresentem um certificado de segurança.

Até ao momento foram abordadas questões que poderão comprometer o posto de trabalho, infetando o computador do trabalhador. Mas existe ainda a possibilidade de estas ameaças surgirem devido à utilização, por exemplo, de pen drives que se encontrem infetadas e que permitam o acesso indevido a dados e informações por terceiros não autorizados. Não obstante, é necessário ter em consideração um outro tipo de ataque ao qual o trabalhador pode estar sujeito. O visual hacking é uma modalidade que, de forma simples, se poderá traduzir na visualização da informação que está no ecrã do dispositivo utilizado pelo trabalhador. Poderá ser evitado através da inserção de um privacy screen nos dispositivos aos quais o trabalhador aceda para exercer as suas funções.

É ainda indispensável considerar os fatores ambientais. No caso de, por exemplo, o local onde o trabalhador se encontra com o seu dispositivo ser afetado por um incêndio, isto poderá constituir uma ameaça que terá de ser tida em consideração.

Em síntese, por um lado, o trabalhador poderá comprometer informações confidenciais da empresa e, por outro lado, poderá por em causa dados pessoais de clientes, fornecedores e até colaboradores da empresa. Face a esta situação, quando as vulnerabilidades a que se encontra sujeito a ameaças, vulnerabilidades e riscos para os dados pessoais que trata, o trabalhador poderá originar uma violação de dados pessoais que será imputada na esfera do responsável pelo tratamento (ou seja, a sua entidade patronal).

3 Consequências da violação de dados

No caso de ocorrer uma violação de dados pessoais, segundo o artigo 33.º[2] , é necessário que exista uma notificação à autoridade de controlo, sempre que estiver em causa risco para os direitos e liberdades da pessoa singular. Também, de acordo com o artigo 34.º[3] , uma comunicação ao titular dos dados, ambos do RGPD.

No que às consequências se refere, em concordância com o disposto no artigo 79.º, n.º1 do RGPD, esta violação de dados pessoais confere meios de defesa para o titular dos dados. "Sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial, nomeadamente o direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo, nos termos do artigo 77.º, todos os titulares de dados têm direito à ação judicial se considerarem ter havido violação dos direitos que lhes assistem nos termos do presente regulamento, na sequência do tratamento dos seus dados pessoais efetuado em violação do referido regulamento.".

Acresce ainda o direito de indemnização e responsabilidade, consagrado no artigo 82.º do RGPD, sendo que: "1. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos. 2. Qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento. O subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.".

2 Artigo 33.º, Notificação de uma violação de dados pessoais à autoridade de controlo, "1. Em caso de violação de dados pessoais, o responsável pelo tratamento notifica desse facto a autoridade de controlo competente nos termos do artigo 55.º, sem demora injustificada e, sempre que possível, até 72 horas após ter tido conhecimento da mesma, a menos que a violação dos dados pessoais não seja suscetível de resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Se a notificação à autoridade de controlo não for transmitida no prazo de 72 horas, é acompanhada dos motivos do atraso. 2. O subcontratante notifica o responsável pelo tratamento sem demora injustificada após ter conhecimento de uma violação de dados pessoais. 3. A notificação referida no n.º 1 deve, pelo menos: a) Descrever a natureza da violação dos dados pessoais incluindo, se possível, as categorias e o número aproximado de titulares de dados afetados, bem como as categorias e o número aproximado de registos de dados pessoais em causa; b) Comunicar o nome e os contactos do encarregado da proteção de dados ou de outro ponto de contacto onde possam ser obtidas mais informações; c) Descrever as consequências prováveis da violação de dados pessoais; d) Descrever as medidas adotadas ou propostas pelo responsável pelo tratamento para reparar a violação de dados pessoais, inclusive, se for caso disso, medidas para atenuar os seus eventuais efeitos negativos; 4. Caso, e na medida em que não seja possível fornecer todas as informações ao mesmo tempo, estas podem ser fornecidas por fases, sem demora injustificada. 5. O responsável pelo tratamento documenta quaisquer violações de dados pessoais, compreendendo os factos relacionados com as mesmas, os respetivos efeitos e a medida de reparação adotada. Essa documentação deve permitir à autoridade de controlo verificar o cumprimento do disposto no presente artigo.".

3 Artigo 34.º, Comunicação de uma violação de dados pessoais ao titular dos dados, "1. Quando a violação dos dados pessoais for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento comunica a violação de dados pessoais ao titular dos dados sem demora injustificada. 2. A comunicação ao titular dos dados a que se refere o n.º 1 do presente artigo descreve em linguagem clara e simples a natureza da violação dos dados pessoais e fornece, pelo menos, as informações e medidas previstas no artigo 33.º, n.º 3, alíneas b), c) e d). 3. A comunicação ao titular dos dados a que se refere o n.º 1 não é exigida se for preenchida uma das seguintes condições: a) O responsável pelo tratamento tiver aplicado medidas de proteção adequadas, tanto técnicas como organizativas, e essas medidas tiverem sido aplicadas aos dados pessoais afetados pela violação de dados pessoais, especialmente medidas que tornem os dados pessoais incompreensíveis para qualquer pessoa não autorizada a aceder a esses dados, tais como a cifragem; b) O responsável pelo tratamento tiver tomado medidas subsequentes que assegurem que o elevado risco para os direitos e liberdades dos titulares dos dados a que se refere o n.º 1 já não é suscetível de se concretizar; ou c) Implicar um esforço desproporcionado. Nesse caso, é feita uma comunicação pública ou tomada uma medida semelhante através da qual os titulares dos dados são informados de forma igualmente eficaz. 4. Se o responsável pelo tratamento não tiver já comunicado a violação de dados pessoais ao titular dos dados, a autoridade de controlo, tendo considerado a probabilidade de a violação de dados pessoais resultar num elevado risco, pode exigir-lhe que proceda a essa notificação ou pode constatar que se encontram preenchidas as condições referidas no n.º3.".

3.1 Consequências para a entidade empregadora

Por outras palavras, até ao momento, o responsável pelo tratamento dos dados que será, no caso, a entidade empregadora, aquando da verificação de uma violação de dados pessoais poderá ter de enfrentar uma reclamação na autoridade de controlo competente (em Portugal, a Comissão Nacional de Proteção de Dados), uma ação judicial e o pagamento de uma indeminização pelos danos sofridos.

Concretamente, quando se verifique a violação de obrigações respeitantes à segurança do tratamento de dados pessoais, será aplicável o disposto no artigo 32.º[4] RGPD. Assim sendo, de acordo com o artigo 83.º, n.º4 do RGPD: "A violação das disposições a seguir enumeradas está sujeita, em conformidade com o n.º 2, a coimas até 10 000 000 EUR ou, no caso de uma empresa, até 2 % do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado: a) As obrigações do responsável pelo tratamento e do subcontratante nos termos dos artigos 8.º, 11.º, 25.º a 39.º e 42.º e 43.º; b) As obrigações do organismo de certificação nos termos dos artigos 42.º e 43.º; c) As obrigações do organismo de supervisão nos termos do artigo 41.º, n.º 4;.".

Somando as responsabilidades mencionadas anteriormente e ainda a referida coima, a entidade empregadora, responsável pelo tratamento, poderá vir a sofrer um enorme abalo não só na sua reputação, mas também financeiros, uma vez que as coimas a ser aplicadas tendem a ser consideráveis.

3.2 Consequências (possíveis) para o trabalhador

Até então constataram-se os efeitos na esfera da entidade empregadora enquanto responsável pelo tratamento de dados pessoais. A propósito da possibilidade de existirem consequências para a relação laboral, relevará estudar a legislação portuguesa, em especial o Código do Trabalho (que será abreviado em CT).

Este diploma não determina especificamente as eventuais repercussões para o trabalhador no caso de este ser o meio pelo qual se origina a violação de dados cuja responsabilidade será atribuída ao empregador.

Analisando o disposto no artigo 328.º[5] do CT, respeitante ao poder disciplinar da entidade empregadora, pode verificar-se que, em primeira linha, o trabalhador poderá vir a ser repreendido pelo seu comportamento na medida em que impulsionou a violação de dados pessoais. Em último recurso, o empregador poderá lançar mão do despedimento.

A este respeito, será necessário distinguir os casos em que este comportamento é culposo com o intuito de provocar danos para a entidade empregadora ou, por outro lado, os casos em que o trabalhador viola dados pessoais sem intenção de provocar quaisquer danos. Tal irá relevar para efeitos de aplicação da respetiva sanção disciplinar.

Relativamente às modalidades de despedimento por facto imputável ao trabalhador importa analisar o disposto artigo 351.º[6] do CT. Relacionando esta disposição com os preceitos do RGPD, levantam-se aqui duas questões.

A primeira, por um lado, no sentido de saber se a entidade empregadora, face a uma violação de dados pessoais que se entenda ser atribuída à atuação de um trabalhador, poderá despedir o trabalhador com fundamento na sua atuação. Por outras palavras, saber se poderá alegar que existiu uma atuação não diligente do trabalhador que culminou numa situação de risco para os direitos e garantias dos trabalhadores da empresa nos casos em que se verifique a afetação de dados pessoais de colaboradores (alínea b)).

4 Artigo 32.º, Segurança do tratamento, "1. Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento e o subcontratante aplicam as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco, incluindo, consoante o que for adequado: a) A pseudonimização e a cifragem dos dados pessoais; b) A capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento; c) A capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico; d) Um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento. 2. Ao avaliar o nível de segurança adequado, devem ser tidos em conta, designadamente, os riscos apresentados pelo tratamento, em particular devido à destruição, perda e alteração acidentais ou ilícitas, e à divulgação ou ao acesso não autorizados, de dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento. 3. O cumprimento de um código de conduta aprovado conforme referido no artigo 40.º ou de um procedimento de certificação aprovado conforme referido no artigo 42.º pode ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações estabelecidas no n.º 1 do presente artigo. 4. O responsável pelo tratamento e o subcontratante tomam medidas para assegurar que qualquer pessoa singular que, agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, tenha acesso a dados pessoais, só procede ao seu tratamento mediante instruções do responsável pelo tratamento, exceto se tal lhe for exigido pelo direito da União ou de um Estado-Membro.".

5 Artigo 328.º, Sanções disciplinares, "1 - No exercício do poder disciplinar, o empregador pode aplicar as seguintes sanções: a) Repreensão; b) Repreensão registada; c) Sanção pecuniária; d) Perda de dias de férias; e) Suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade; f) Despedimento sem indemnização ou compensação. 2 - O instrumento de regulamentação colectiva de trabalho pode prever outras sanções disciplinares, desde que não prejudiquem os direitos e garantias do trabalhador. 3 - A aplicação das sanções deve respeitar os seguintes limites: a) As sanções pecuniárias aplicadas a trabalhador por infracções praticadas no mesmo dia não podem exceder um terço da retribuição diária e, em cada ano civil, a retribuição correspondente a 30 dias; b) A perda de dias de férias não pode pôr em causa o gozo de 20 dias úteis; c) A suspensão do trabalho não pode exceder 30 dias por cada infracção e, em cada ano civil, o total de 90 dias. 4 - Sempre que o justifiquem as especiais condições de trabalho, os limites estabelecidos nas alíneas a) e c) do número anterior podem ser elevados até ao dobro por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. 5 - A sanção pode ser agravada pela sua divulgação no âmbito da empresa.".

6 Artigo 351.º, Noção de justa causa de despedimento, "1 - Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. 2 - Constituem, nomeadamente, justa causa de despedimento os seguintes comportamentos do trabalhador: a) Desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores; b) Violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa; c) Provocação repetida de conflitos com trabalhadores da empresa; d) Desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho a que está afecto; e) Lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa; f) Falsas declarações relativas à justificação de faltas; g) Faltas não justificadas ao trabalho que determinem directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou 10 interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco; h) Falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho; i) Prática, no âmbito da empresa, de violências físicas, injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhador da empresa, elemento dos corpos sociais ou empregador individual não pertencente a estes, seus delegados ou representantes; j) Sequestro ou em geral crime contra a liberdade das pessoas referidas na alínea anterior; l) Incumprimento ou oposição ao cumprimento de decisão judicial ou administrativa; m) Reduções anormais de produtividade. 3 - Na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes.

A segunda questão é a de saber se, por outro lado, a entidade empregadora poderá considerar despedir o trabalhador fundamentando ter ficado sujeita a uma enorme pressão financeira com vista a dar resposta ao cumprimento de todas as suas obrigações após a verificação do incidente de violação de dados pessoais provocado pelo seu trabalhador (alínea e)).

A verdade é que uma violação de dados pessoais provocada por um trabalhador não é, no âmbito da legislação nacional portuguesa, uma justa causa de despedimento. As consequências dessa mesma violação é que poderão vir a ser integradas numa das alíneas referidas anteriormente e, portanto, nas causas justificativas de despedimento.
Com este intuito, surge a Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto, Lei da Proteção de Dados Pessoais, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O seu artigo 28.º, respeitante às relações laborais, vem consagrar disposições relativas às matérias de tratamento de dados pessoais dos trabalhadores, consentimento do trabalhador, imagens gravadas e tratamento de dados biométricos do trabalhador. À margem desta disposição ficam os deveres do trabalhador que, desempenhando funções relativas, realize atividades de tratamento de dados pessoais.

Nesta disposição normativa apenas se faz referência ao tratamento de dados pessoais de trabalhadores pela entidade empregadora, pelo que não se determinam as consequências que poderão advir para a relação laboral no caso de violação de dados pessoais provocada por um trabalhador.

Em último recurso, em termos de apuramento de responsabilidades nesta matéria, uma outra questão poderá ser trazida à colação: saber se o trabalhador pode ser considerado como subcontratante para efeitos do RGPD. Ora, subcontratante é, de acordo com o artigo 4.º, 8), "uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes;". Neste sentido, o Data Protection Act de 2018, na Parte 3, Capítulo 1, Parágrafo 32) em (3)[8], determina que o trabalhador[9] se afasta da figura de subcontratante.

4 Conclusão

A relação entre trabalhador e empregador deixou de ser uma relação confinada à empresa. O empregador tem todo o interesse que o trabalhador se desloque a outros países para criar relações comerciais e/ou estratégicas com outras empresas ou com outras pessoas.

Isto comporta, necessariamente, uma nova dimensão de segurança e proteção de da-dos pessoais que é necessário introduzir e tratar. Dado que os dados pessoais deixam de estar limitados a um espaço e a um formato, a sua segurança terá, necessariamente, de ser mais abrangente de forma a englobar todas estas novas exigências.

A entidade empregadora poderá não estar preparada para situações em que ocorram violação de dados e, por conseguinte, também o trabalhador não estará preparado para dar resposta às possíveis ameaças que se "escondem" na rede e principalmente na rede situada fora da sua organização.

Se dentro desta é possível que haja um maior controlo e uma maior segurança, fora desta é necessário que se criem mecanismos, não só técnicos, mas também de caráter comportamental, que impeçam que os terceiros tenham acesso a dados pessoais.

O RGPD não se apresenta como um instrumento cuja finalidade se caraterize na responsabilização de pessoas singulares que estejam autorizadas a agir em nome do responsável pelo tratamento de dados. Na verdade, apenas o subcontratante pode ser responsabilizado nesta medida.

Não se afigura, no entanto, coerente considerar que o trabalhador é um subcontratante para efeitos de apuramento da sua responsabilidade. Tal figura pretende referir-se aos casos em que o responsável pelo tratamento delega o tratamento dos dados pessoais a outra entidade fora do seu controlo "interno". Esta relação ficará subordinada a contrato de subcontratação entre essas entidades e o próprio responsável. O trabalhador, por sua vez, encontra-se vinculado ao contrato de trabalho[10] e o tratamento de dados pessoais que possa realizar estarão sempre subordinados ao controlo e direção da entidade empregadora e, portanto, do responsável pelo

7 Artigo 28.º, Relações laborais, "1 - O empregador pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no Código do Trabalho e respetiva legislação complementar ou noutros regimes setoriais, com as especificidades estabelecidas no presente artigo. 2 - O número anterior abrange igualmente o tratamento efetuado por subcontratante ou contabilista certificado em nome do empregador, para fins de gestão das relações laborais, desde que realizado ao abrigo de um contrato de prestação de serviços e sujeito a iguais garantias de sigilo. 3 - Salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais: a) Se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador; ou b) Se esse tratamento estiver abrangido pelo disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. 4 - As imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância, nos termos previstos no artigo 20.º do Código do Trabalho, só podem ser utilizadas no âmbito do processo penal. 5 - Nos casos previstos no número anterior, as imagens gravadas e outros dados pessoais podem também ser utilizados para efeitos de apuramento de responsabilidade disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal. 6 - O tratamento de dados biométricos dos trabalhadores só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acessos às instalações do empregador, devendo assegurar-se que apenas se utilizem representações dos dados biométricos e que o respetivo processo de recolha não permita a reversibilidade dos referidos dados.".

8 32, Meaning of "controller" and "processor", "(3) In this Part, "processor" means any person who processes personal data on behalf of the controller (other than a person who is an employee of the controller).".

9 33, Other definitions, "(2) "Employee", in relation to any person, includes an individual who holds a position (whether paid or unpaid) under the direction and control of that person.".

10 Artigo 28.º, Subcontratante, "3. O tratamento em subcontratação é regulado por contrato ou outro ato normativo ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros, que vincule o subcontratante ao responsável pelo tratamento, estabeleça o objeto e a duração do tratamento, a natureza e finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, e

tratamento.
E apesar de, na verdade, o trabalhador poder despoletar uma violação de dados pessoais quando desenvolve comunicações interna ou externamente, caberá à entidade empregadora formar os seus trabalhadores no sentido de que estes se encontrem consciencializados dos procedimentos e das diligências que deverão tomar com o objetivo de avaliar se o ambiente, digital e/ou físico, é seguro para efetuar operações nas quais estejam presentes dados pessoais.

Nesse caso, caberá ao trabalhador cumprir as diretrizes da entidade empregadora no que toca à segurança da informação e proteção de dados. Caso se prove que não atuou em conformidade, após esgotadas as sanções disciplinares mais leves, a entidade empregadora poderá lançar mão de despedimento por justa causa com base em desobediência ilegítima de ordens dadas ao trabalhador (alínea a) do n.º2 do artigo 351.º).

Entendemos que a maior preocupação do legislador tenha sido salvaguardar o trabalhador destas novas implicações do novo modelo de posto de trabalhado, colocando-o numa posição com mais garantias face ao tratamento dos seus dados pessoais. Porém, será fundamental refletir esta situação de um modo mais abrangente. Tal justificar-se-á para que se dissipem eventuais dúvidas sobre o modus operandi no momento em que uma violação de dados pessoais é originada por uma ação ou omissão do próprio trabalhador.

Neste âmbito, a dúvida prevalece: o que sucede nos casos em que o trabalhador, mesmo tendo sido diligente, origina uma violação de dados pessoais de terceiros. Apesar da sua entidade empregadora, enquanto responsável pelo tratamento de dados, ser a linha da frente em termos de consequências ao nível do RGPD, permanece ainda sem resposta, se no caso do trabalhador: novas tecnologias, novas responsabilidades?

References

1. CASTRO, Catarina Sarmento e, "Direito da Informática – Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, Coimbra, 2005.

2. GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C., NOUWT, S. (Eds.), "Reinventing Data Protection?", Springer, Switzerland, 2009.

3. MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço, "Direito da Informática", Almedina, Coimbra, 2006.

4. MOREIRA, Teresa Coelho, As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: um Admirável Mundo Novo do Trabalho?, in "Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Volume VI", Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

5. SILVEIRA, Alessandra, "Princípios de Direito da União Europeia–Doutrina e Jurisprudência", Quid Iuris Editora, Lisboa, 2009.

6. JOUINIA M., RABAIA L. B. A., AISSAB A. B., "Classification of Security Threats in Information Systems": https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877050914006528

7. Página oficial Information Commissioner's Office: https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1546/data-controllers-and-data-processors-dp-guidance.pdf

as obrigações e direitos do responsável pelo tratamento. Esse contrato ou outro ato normativo estipulam, designadamente, que o subcontratante: a) Trata os dados pessoais apenas mediante instruções documentadas do responsável pelo tratamento, incluindo no que respeita às transferências de dados para países terceiros ou organizações internacionais, a menos que seja obrigado a fazê-lo pelo direito da União ou do Estado-Membro a que está sujeito, informando nesse caso o responsável pelo tratamento desse requisito jurídico antes do tratamento, salvo se a lei proibir tal informação por motivos importantes de interesse público; b) Assegura que as pessoas autorizadas a tratar os dados pessoais assumiram um compromisso de confidencialidade ou estão sujeitas a adequadas obrigações legais de confidencialidade; c) Adota todas as medidas exigidas nos termos do artigo 32.º; d) Respeita as condições a que se referem os n.ºs 2 e 4 para contratar outro subcontratante; e) Toma em conta a natureza do tratamento, e na medida do possível, presta assistência ao responsável pelo tratamento através de medidas técnicas e organizativas adequadas, para permitir que este cumpra a sua obrigação de dar resposta aos pedidos dos titulares dos dados tendo em vista o exercício dos seus direitos previstos no capítulo III; f) Presta assistência ao responsável pelo tratamento no sentido de assegurar o cumprimento das obrigações previstas nos artigos 32.º a 36.º, tendo em conta a natureza do tratamento e a informação ao dispor do subcontratante; g) Consoante a escolha do responsável pelo tratamento, apaga ou devolve-lhe todos os dados pessoais depois de concluída a prestação de serviços relacionados com o tratamento, apagando as cópias existentes, a menos que a conservação dos dados seja exigida ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros; e h) Disponibiliza ao responsável pelo tratamento todas as informações necessárias para demonstrar o cumprimento das obrigações previstas no presente artigo e facilita e contribui para as auditorias, inclusive as inspeções, conduzidas pelo responsável pelo tratamento ou por outro auditor por este mandatado.".

EL IMPACTO DE LA ROBÓTICA EN EL MERCADO DE TRABAJO: VISIÓN INCLUSIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO Y DE LA ECONOMÍA

The impact of robotics and computerization on the labour market: Inclusive insight from a Law and Economics perspective

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

sanuran@ucm.es[1]

José Ignacio López Sánchez

jilopez@ucm.es | grauruiz@ucm.es

Complutense University of Madrid
Spain

Disruptive technologies always bring a mix of benefits and risks. But whatever the impacts, the final outcomes for employment and inclusiveness are shaped by policies[2]

1 LÓPEZ SÁNCHEZ. I.: Catedrático de Organización de Empresas, UCM; GRAU RUIZ, Mª A.: Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, UCM; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Mª Y.: Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM, España-

2 United Nations: Trade and Development Report, 2017; in particular, Chapter III, Robots, Industrialization and Inclusive Growth, p. 60

I. INTRODUCCIÓN

Desde **INBOTS** estamos trabajando para dar una visión general de los aspectos legales, éticos y socioeconómicos de la "robótica interactiva" (exoesqueletos, humanoides, prótesis, robots colaborativos...), un campo emergente en el que los robots están concebidos para realizar tareas en estrecha proximidad con los seres humanos, cooperando con ellos tanto física como cognitivamente.

En el contexto global, la automatización es una realidad. Muchos empleos desaparecen porque serán reemplazados por máquinas (TIC, Robots, Inteligencia Artificial, entre otros). Las empresas deben estar preparadas para afrontar este reto y seguir siendo competitivas. Si las PYMEs no son capaces de adaptarse al nuevo entorno competitivo, pueden desaparecer. Por esta razón, es necesario que incorporen esta tecnología como fuente de conocimiento externo. Según López Sánchez et al. (2010), las TIC por sí solas no ayudan en general a conseguir grandes mejoras de productividad, sino que por su máximo potencial deben ser utilizadas de forma adecuada, lo que significa que se requieren cambios considerables dentro de las organizaciones. Hay pruebas de que es necesario no sólo invertir en TIC, sino también hacerlo con una estrategia adecuada y reestructurando los procesos empresariales, ya que existe una complementariedad entre el uso de las TIC y determinadas prácticas organizativas. El crecimiento de los mercados de consumo y la competencia mundial exigen una expansión y modernización continuas de las capacidades de producción. La adopción de sistemas robóticos de alta tecnología ayuda a las empresas a aumentar la producción, mantener altos estándares de calidad, mejorar la productividad y también, lo que es esencial, mejorar la calidad del trabajo al hacerse cargo de trabajos inseguros, tediosos y repetitivos.

La literatura señala que el crecimiento en la adopción de robots puede tener un impacto en la disminución de empleos y salarios; pero también sugiere que un nivel más alto de educación ayudará en la transición para adaptarse y cambiar a nuevas categorías ocupacionales. En los próximos años, las competencias que las empresas pedirán a sus trabajadores cambiarán. Entre otras cosas, porque muchas de las tareas serán realizadas por robots. La inteligencia artificial ayudará a automatizar muchos trabajos y los trabajadores tendrán que adaptarse y vivir con las máquinas.

Esta investigación pretende alcanzar tres objetivos:

1) Analizar la evolución de los robots en el mundo para extraer conclusiones iniciales sobre el comportamiento de algunos países y comprobar si los países con mayor densidad de robots por trabajador son países cuyos puestos de trabajo tienen menor riesgo de ser sustituidos por la automatización y son más competitivos.

2) Identificar las capacidades y habilidades demandadas en los puestos de trabajo de los próximos años. Además de hacer una primera aproximación de los puestos de trabajo que podrían ser destruidos, pero también de los que se crearán.

3) Definir un marco jurídico y económico que facilite el período de transición, esto es, los cambios de formación que deben recibir los trabajadores para adaptarse a los nuevos puestos de trabajo.

II. COMPETITIVIDAD GLOBAL EN UN ESCENARIO ROBOTIZADO. PROGRESO TECNOLÓGICO Y BIENESTAR SOCIAL EN EL MERCADO DE TRABAJO

La automatización en sí no es mala. De hecho, los países con una mayor densidad de robots por trabajador son países cuyos puestos de trabajo tienen un menor riesgo de ser sustituidos por la automatización. Hawksworth et al (2018) en su informe, "*¿Realmente los robots robarán nuestros trabajos? Un análisis internacional del impacto potencial a largo plazo de la automatización*", muestran una correlación negativa entre los empleos potenciales en alto riesgo de automatización, ajustados para tener en cuenta la composición de la industria, y la densidad de robots industriales en el país . Esto sugiere que la fuerza laboral de los países tecnológicamente más avanzados, como Japón, Corea del Sur y Singapur, que trabajan cada vez más junto a los robots, ya se ha adaptado en cierta medida a la automatización, por lo que puede estar en menor riesgo en el futuro. En cambio, pueden estar bien situados para cosechar los beneficios de la automatización en términos de mayor productividad y salarios reales.

El *Global Competitiveness Index* (GCI) ha identificado, monitoreado y evaluado los factores que impulsan el crecimiento y la prosperidad a largo plazo de las diferentes economías de todo el mundo durante más de cuarenta años. El GCI mide el desempeño de cerca de 140 países en 12 pilares de la competitividad, "ayudando a los responsables de la formulación de políticas a identificar los desafíos que deben abordarse y las fortalezas que deben aprovecharse al diseñar las estrategias de crecimiento económico para sus países" (Schwab, 2017). En el informe de 2017, el CGI ha señalado los tres principales desafíos para el progreso económico, la colaboración público-privada y la acción política: a) las incertidumbres financieras como amenaza para la financiación de la innovación y la adopción de tecnologías; b) aunque reducidas, sigue existiendo una brecha de innovación entre las economías desarrolladas y las emergentes; c) la flexibilidad del mercado laboral y la protección de los trabajadores; señalando que el progreso económico y el bienestar social a largo plazo dependen, en gran medida, del progreso tecnológico.

Durante décadas, los autores han conjeturado que la tecnología traerá mayores tasas de desempleo, ya que los robots reemplazarán a los humanos: Keynes (1930) lo llamó "desempleo tecnológico"; Leontief (1952) declaró que "la mano de obra será cada vez menos importante.... cada vez más trabajadores serán sustituidos por máquinas". Los robots reemplazarán a los trabajadores en algunas tareas porque son más rápidos, más eficientes, más confiables, y también pueden operar bajo condiciones duras, insalubres y peligrosas. Además, durante los últimos años los precios de los robots han bajado significativamente, creando incentivos económicos adicionales para que los empleadores reemplacen la mano de obra por robots en todas las industrias y países, aunque la distribución de la densidad de robots es desigual (Frey y Osborne, 2017; Graetz y Michaels, 2017).
En este trabajo, definimos la densidad de robots como el número de robots por cada 10.000 personas de la población activa (que representa a los trabajadores activos y a los desempleados). Estudios recientes concluyen que el aumento de los robots, medido como densidad de robots, durante los próximos 10-15 años reducirá las tasas de empleo así como los salarios, mientras que hay un aumento de la mano de obra y/o de la productividad total (Acemoglu y Restrepo, 2017; Dauth et al, 2017; Frey y Osborne, 2017; Graet y Michaels, 2017; Domenech et al, 2018).

Sin embargo, no afectará de la misma manera a todos los puestos de trabajo, sino que dependerá de las características personales (como sexo, edad y nivel educativo), características laborales (como tipo de contrato, antigüedad, nivel de cualificación, etc.) y características de la empresa (tamaño y sector). Es posible que se pierdan algunos empleos, pero se cambiarán otras ocupaciones y se crearán otras nuevas que hoy no existen (Frey y Osborne, 2017; MGI, 2017; Hawksworth, Berriman y Goel, 2018).

Debido a la automatización de procesos y a la incorporación de robots en todos los ámbitos, cabe destacar dos ideas.

La primera es la necesidad de formar a los trabajadores menos cualificados (y que han sido sustituidos o que probablemente serán sustituidos) para que puedan desarrollar nuevas tareas.

Y la segunda, la importancia de incorporar, en la educación primaria, contenidos sobre robótica para estimular las "vocaciones" de los más jóvenes hacia estudios más técnicos vinculados a los nuevos puestos que se demanden en el futuro.

La formación y la educación serán esenciales para mejorar el mercado laboral, y se necesitarán modelos y enfoques empresariales para lograr la capacitación, principalmente durante los períodos de transición, cuando todas estas políticas deben fortalecerse (MGI, 2017).

Hemos utilizado datos de la Federación Internacional de Robótica (IFR, 2017) sobre el stock operativo de robots en 71 países durante el periodo 1993-2016. Tras una revisión y limpieza de los datos, se ha calculado la densidad de los robots, año tras año, a partir de la información sobre población activa del Banco Mundial y de la Organización Internacional del Trabajo. Se ha utilizado el *R package TSclust* (Montero y Vilar, 2014), un algoritmo de agrupamiento de series temporales con un índice de disimilitud adaptativa (Chouakria-Douzal y Nagabhushan, 2007) para identificar trayectorias de robotización similares. El resultado ha sido interpretado en términos de patrones de evolución, y comparado con un indicador sobre la competitividad de los países, el GCI del Foro Económico Mundial.

El algoritmo de agrupamiento de series de tiempo nos permite identificar cuatro agrupaciones diferentes basadas en una evolución similar

durante el periodo estudiado. Se trata de un resultado de trabajo en curso que debemos perfeccionar, pero que, en nuestra opinión, ya proporciona algunas conclusiones preliminares relevantes. En primer lugar, debemos considerar a Japón como un caso atípico. Su comportamiento es único y muy diferente al de otros países.

En segundo lugar, se han identificado cuatro grupos (clusters):

Llamamos cluster 1 a los países que empezaron tarde con la robotización y que han crecido poco o tienen un comportamiento errático. En general, corresponde a países menos competitivos según GCI.

Los grupos 2, 3 y 4 se refieren a los países que, en general, ocupan posiciones destacadas dentro del ICB. 21 países de estos clusters se encuentran en el Top 30 del GCI, y sólo 10 ocupan posiciones inferiores. Por lo tanto, los clusters 2, 3 y 4 corresponden a países altamente competitivos.

En cuanto a las particularidades del cluster 4 (Alemania, Corea y Singapur), hemos observado un crecimiento sostenido, que en el caso de Singapur y Corea, incluye una aceleración del crecimiento a partir de 2009-2010.

El Cluster 3 (Suecia, Italia, Francia, **España**, Finlandia y Bélgica) incluye países cuyo crecimiento es menos fuerte que el C4, más el estancamiento relativo de 2007 (serie relativamente plana desde entonces).

Finalmente, el Cluster 2 (Noruega, Reino Unido, Australia, Norteamérica (Estados Unidos), Suiza, Austria, China, Holanda, Polonia, entre otros), tiene valores generalmente inferiores a los de C3, pero observamos una aceleración en los últimos años, en contraste con C3.

Como conclusión, podemos llamar Cluster 4 a países líderes; Cluster 3 a los países que lo estaban haciendo bien pero que han estado estancados y Cluster 2 a los que están acelerando su robotización.

En un primer análisis no vemos una relación clara entre la robotización y el aumento del desempleo (esto tendrá que ser verificado en un estudio posterior). Sin embargo, podemos observar que aquellos países que tienen una mayor densidad de robots, por trabajador, generalmente tienen una menor tasa de desempleo.

En este caso, hemos considerado la tasa de densidad de robots, ya que el número de robots (todo el material operativo) por cada 10.000 trabajadores que trabajan actualmente (el número de personas empleadas, + 15, fuente OIT[3]), estos datos han sido obtenidos de la Federación Internacional de Robótica (ifr.org/worldrobotics). Y la tasa de desempleo (OIT, 2019) es probablemente la medida más conocida del mercado laboral y, sin duda, una de las más citadas por los medios de comunicación en muchos países. La tasa de desempleo es una medida útil de la infrautilización de la oferta de mano de obra. Refleja la incapacidad de una economía para generar empleo para aquellas personas que quieren trabajar pero no lo hacen a pesar de que están disponibles para el empleo y buscan trabajo activamente. Por lo tanto, se considera un indicador de la eficiencia y la eficacia de una economía para absorber la mano de obra y de los resultados del mercado de trabajo. Del mismo modo, los países cuyos trabajadores son más productivos presentan un menor riesgo de automatización de sus puestos de trabajo. Como se ha mencionado anteriormente, los países con mayor productividad por trabajador son aquellos cuyos puestos de trabajo tienen un menor riesgo de ser sustituidos por la automatización (fuente de datos): Hawksworth et al (2018).

Según la OIT (2019) (www.ilo.org), la productividad del trabajo es un indicador económico importante que está estrechamente vinculado al crecimiento económico, la competitividad y los niveles de vida dentro de una economía. La productividad del trabajo representa el volumen total de producción (medido en términos de producto interior bruto, PIB) producido por unidad de trabajo (medido en términos de número de personas empleadas) durante un período de referencia temporal determinado. El indicador permite a los usuarios de los datos evaluar los niveles de productividad y las tasas de crecimiento del PIB en relación con la mano de obra a lo largo del tiempo, proporcionando así información general sobre la eficiencia y la calidad del capital humano en el proceso de producción en un determinado contexto económico y social, incluidos otros inputs e innovaciones complementarios utilizados en la producción. Según Hawksworth et al (2018: 14), el proceso de automatización puede caracterizarse por la presencia de tres oleadas superpuestas: 1) Algoritmo, 2) Aumento, y 3) Autonomía.

Oleada del Algoritmo (Algorithm wave): La primera ola de automatización, que ya está en marcha, es principalmente la automatización de tareas computacionales simples y el análisis de datos estructurados. Esto incluye la realización manual de cálculos matemáticos o el uso de paquetes de software básicos y búsquedas en Internet. El mercado dispone de aplicaciones cada vez más sofisticadas para el procesamiento de grandes datos y la ejecución de algoritmos de aprendizaje de máquinas. Sin embargo, son estas tareas computacionales más fundamentales las que se verán más afectadas en primer lugar

Oleada de aumento (Augmentation Wave) Se espera que la segunda ola de automatización implique un cambio más dinámico en el número de tareas que se realizan, en particular las que son rutinarias y repetitivas. Por ejemplo, las tareas rutinarias como la cumplimentación de formularios o el intercambio de información, que incluye la transferencia física de información, se verán cada vez más incrementadas por la tecnología. También es probable que se reduzca la necesidad de muchos lenguajes de programación, ya que las tareas programables repetitivas están cada vez más automatizadas, y a través de las propias máquinas se construyen y rediseñan los algoritmos de aprendizaje. Esto también implicará nuevos avances en robótica, aunque por lo general éstos no serán totalmente autónomos durante este período, sino que operarán con la ayuda de trabajadores humanos y aumentarán sus capacidades. Se espera que los impactos de esta segunda ola surjan a escala de toda la economía en el transcurso de la década de 2020.

Oleada de autonomía (Autonomy Wave): La tercera ola de automatización es la de la IA autónoma y la robótica, que automatizará aún más las tareas rutinarias, pero también las que implican trabajo físico o destreza manual. La resolución de problemas se extenderá cada vez más desde la modelización analítica de datos estructurados hasta la resolución de problemas en situaciones dinámicas del mundo real que también requieren la adopción de medidas de respuesta. Esto incluirá la simulación del comportamiento adaptativo de los agentes autónomos, como en las fábricas o en el transporte. Se espera que los impactos totales de esta tercera ola sólo surjan a escala de toda la economía en la década de 2030, aunque algunas de estas tecnologías ya se están poniendo a prueba en la actualidad.

3 Labour Force (employment) -- ILO modelled estimates (thousands) Download from ILOSTAT, last update 18 February 2019 http://www.ilo.org/ilostat/faces/oracle/webcenter/portalapp/pagehierarchy/Page3.jspx?MBI_ID=2

EJEMPLO, ESPAÑA

Labour Force (employment), Jobs at potential (%) high risk of automation across countries (for each of the three waves)

Source: Own elaboration from the data provided by International Labour Organization (2019) and Hawksworth et al (2018). 1) an Algorithm wave, 2) an Augmentation wave, and 3) and Autonomy wave. The third wave include the estimated impacts from all three waves of automation.

Country Labour Force (employment thousands)	(% Jobs high risk) three waves	Jobs at potential high risk per wave
Spain 19203	3	576.090
	21	4.032.630
	34	6.529.020

III. CONOCIMIENTO ORGANIZATIVO, CAPACIDADES Y CUALIFICACIONES.

Gracias a la tecnología y a su impacto en las comunicaciones a través de una importante reducción de costes, la especialización se ve facilitada por la reducción de la variedad de tareas que pueden realizar los empleados, lo que permite a los agentes alcanzar mayores niveles de especialización y potenciar a otros miembros del equipo.

Uno de los enfoques teóricos más recientes sobre el papel de las TIC en la productividad se centra en el impacto de estas tecnologías en el conocimiento organizativo. El conocimiento organizacional es la combinación de la memoria organizacional y las capacidades de aprendizaje organizacional (Nelson y Winter, 1982). La memoria organizacional se refiere a la información histórica almacenada en la empresa y que tradicionalmente se utiliza para la toma de decisiones (Walsh y Ungson, 1991). El conocimiento disponible para una empresa sobre sus clientes y competidores, puede ser una fuente de inspiración para la innovación organizativa (Birkinshaw y Mol, 2006), incluso puede considerarse que la influencia positiva de la memoria organizativa en la innovación organizativa puede lograrse a través de diferentes canales. La memoria organizacional podría facilitar la introducción de nuevas prácticas empresariales, que se nutren de ella como repositorio de información histórica que puede ser de valor, generando al mismo tiempo una garantía de supervivencia a través de su uso (Walsh y Ungson, 1991).

Labor Force (complement) -- ILO modelled estimates (thousands) Downloaded from ILOSTAT, last update 18 February 2019 http://www.ilo.org/ilostat/faces/oracle/webcontent/portlapp/pagehierarchy/Page3.jspx?MBI_ID=2

El aprendizaje organizacional puede considerarse un recurso multidimensional asociado a la capacidad de una organización para procesar (crear, obtener, transferir e integrar) conocimiento y modificar su comportamiento, para mejorar el rendimiento como resultado de estas contribuciones (Slater y Naver, 1995; Goh y Richards, 1997; Céspedes-Lorente, Jerez-Gómez y Valle-Cabrera, 2005). Las TIC pueden contribuir al rendimiento de dos maneras. Ya sea reduciendo los costos de acceso a la información de los empleados de referencia, alentando el aprendizaje organizacional, o reduciendo los costos de comunicación vertical y horizontal. El acceso asequible a la información conduce a un efecto estimulante de los agentes, que permite asumir un mayor número de tareas, ya que hay más fuentes de información para completarlas sin tener que recurrir a terceros (Bloom et al., 2014). El aumento de la velocidad y la calidad de las comunicaciones de información reduce el coste de la coordinación y, por lo tanto, el coste de la supervisión de cada tarea, disminuyendo así los costes de mano de obra y mejorando la toma de decisiones. Estos menores costos de comunicación y la facilidad de replicación ayudan a las empresas a innovar a través de nuevos productos (Brynjolfsson y Saunders, 2010), lo que permite a las TIC reducir los costos generales de adquisición de información y el costo variable de participar en los mercados. Gracias a la importante reducción de costes que supone la implantación de las TIC en las empresas, se facilita la especialización a través de la reducción de la variedad de tareas que pueden realizar los empleados, permitiendo a los agentes alcanzar mayores niveles de especialización y potenciando a otros miembros del equipo (Bloom et al., 2014).

El marco teórico del ***Skill Biased Technological Change*** (SBTC), se basa en la idea de la existencia de una fuerte complementariedad entre las nuevas tecnologías y los trabajadores cualificados, tanto a nivel industrial (Berman et al, 1994) como empresarial. En ambos casos hay evidencia de una relación directa y positiva entre las TIC y las habilidades de los empleados, incluso Doms et al. (1997) demostraron a nivel corporativo y en varias industrias, que el uso de las últimas tecnologías implica reclutar y contratar perfiles profesionales más cualificados, una vez más argumentando dicho sesgo hacia las necesidades intrínsecas de la propia tecnología.

Aunque el capital humano no aparece en los estados financieros de las empresas, en general se acepta que el valor de una empresa podría estar determinado por el valor de los recursos humanos que la componen, y esto es particularmente cierto en el caso de las empresas de servicios (Black y Lynch, 1998). Las necesidades cambiantes en los distintos perfiles de cualificación como consecuencia de la implantación de las TIC, se basan en la reducción de los costes de comunicación, supervisión y organización (Milgrom y Roberts, 1990; Garicano y Rossi-Hansberg, 2006), además, estas TIC suponen un cambio en la estructura organizativa que supone un aplanamiento de las jerarquías de las empresas y una reducción significativa de las tareas repetitivas, lo que permite una toma de decisiones más compleja para los problemas que nunca se habían enfrentado (Bresnahan et al. 2002, Garicano y Rossi-Hansberg, 2006).

Suponiendo que todo lo anterior sea cierto, las empresas con un uso intensivo de las TIC buscarán empleados con habilidades genéricas capaces de realizar múltiples tareas (Black y Lynch, 2001; Bresnahan et al., 2002; Bartel et al. 2007).

En nuestro estudio, utilizamos los datos obtenidos por Bughin et al (2018) así como las 25 habilidades que estudian y que han sido contrastadas a través de otras investigaciones.

A. Habilidades físicas y manuales (Physical and manual skills)

1. Funcionamiento y navegación de los equipos generales (Conductores, operarios de la línea de montaje). 2. Reparación de equipo general y habilidades mecánicas (Mecánica de automóviles y camiones) 3. Habilidades artesanales y técnicas (albañiles, techadores, electricistas). 4. Habilidades motoras finas (enfermeras, trabajadores de preparación de alimentos) 5. Habilidades y fuerza motriz gruesa (Alimentadores de máquinas, limpiadores, empacadores) 6.Habilidades de inspección y monitoreo (guardias de seguridad, control de calidad)

B. Habilidades cognitivas básicas (Basic cognitive skills)

7. Instrucción básica, aritmética y comunicación (Cajeros, servicio al cliente). 8. Educación básica. Entrada y tratamiento de datos básicos (mecanógrafos, entrada de datos, responsables)

C. Habilidades cognitivas más altas (Higher cognitive skills)

9. Instrucción y escritura avanzadas (Editores, asistentes legales, escritores) 10. Habilidades cuantitativas y estadísticas (analistas financieros, contadores) 11. Pensamiento crítico y toma de decisiones (médicos, aseguradores) 12. Gestión de proyectos (agentes de compras, supervisores de primera línea) 13. Procesamiento e interpretación

de información compleja (analistas de estudios de mercado, abogados). 14. Creatividad (especialistas en relaciones públicas, compositores de música)

D. Habilidades sociales y emocionales (Social and emotional skills)

15. Destrezas avanzadas de comunicación y negociación (representantes de ventas, agentes de bienes raíces) 16. Habilidades interpersonales y empatía (Consejeros, trabajadores sociales, terapeutas). 17. Liderazgo y gestión de otros (gerentes, ejecutivos). 18 Espíritu de empresa y toma de iniciativas (desarrollo empresarial, estrategas). 19. Adaptabilidad y aprendizaje continuo (personal de respuesta a emergencias, programadores). 20. Enseñar y formar a otros (profesores, instructores, formadores)

E. Conocimientos tecnológicos (Technological skills)

21. Conocimientos básicos de informática (asistentes administrativos, autoeditores). 22. Conocimientos avanzados de informática y programación (desarrollo de programas informáticos, administradores de redes). 23. Análisis avanzado de datos y habilidades matemáticas (estadísticos, analistas de investigación de operaciones). 24. Diseño, ingeniería y mantenimiento de tecnología (Ingenieros, expertos en robótica, diseñadores de productos). 25. Investigación y desarrollo científico (Científicos)

Los empleos que requieren cualificaciones A y B serán los primeros en automatizarse, mientras que los empleos más exigentes requerirán cualificaciones D y E.

1. POTENCIALES TRABAJOS DE ALTO RIESGO

Recientemente, la hipótesis más desarrollada en la literatura sobre la relación entre las habilidades de los empleados y los cambios tecnológicos, radica en la no-neutralidad de las TIC respecto a las habilidades de los trabajadores, entendiendo estas últimas como un indicador de su nivel de educación, formación o experiencia en el trabajo (Baccini y Cioni, 2010). En este sentido, los modelos teóricos aplicados en la literatura asumen que existe un sesgo tecnológico positivo con respecto a las habilidades de los empleados (Caselli, 1999), o incluso que, al analizar la evolución de los modelos tayloristas, el capital tecnológico puede sustituir más fácilmente a la mano de obra menos cualificada que a la mano de obra cualificada y, por lo tanto, los cambios tecnológicos a largo plazo implican un sesgo positivo hacia la mano de obra cualificada y su comparación con la media (Hawksworth et al, 2018: 13). Por ejemplo, para los operadores de máquinas y los ensambladores, las tareas realizadas son principalmente manuales y rutinarias, que representan aproximadamente dos tercios de su actividad laboral. Esta concentración de la mano de obra en este conjunto particular de tareas hace que su trabajo sea más automatizable.

Hemos encontrado literatura que se centra en el uso de mano de obra calificada para fomentar el cambio organizacional en el contexto de una rápida absorción de las TIC (O'Mahoney y Van Ark; 2003). En un estudio sobre las empresas, Bresnahan, Brynjolfsson e Hitt (2002) concluyeron que un aumento de la demanda de trabajadores cualificados asociado a la difusión de las TIC podría atribuirse más al cambio organizativo inducido por las TIC que a la propia tecnología. Este estudio destaca la importancia de contar con una fuerza laboral con habilidades genéricas que complementen las nuevas tecnologías (O'Mahoney y Van Ark, 2003). Entendemos que hay recompensas para los trabajadores cualificados a través del cambio organizacional, cuando se requieren transformaciones dentro de la empresa para obtener mejoras en la productividad. De ello se deduce, por tanto, que las TIC tienen un impacto en la productividad de las empresas, aprovechando los recursos preexistentes y complementarios (Barua et al, 1995; Brynjolfsson y Yang, 1996, Brynjolfsson y Hitt, 1998). Frey y Osborne (2017) analizan el salario medio medio de las ocupaciones según su probabilidad de informatización, y hacen lo mismo con el nivel de cualificación (medido por la fracción de trabajadores que han obtenido una licenciatura o un nivel educativo superior) dentro de cada ocupación. Revelan que tanto los salarios como los logros educativos muestran una fuerte relación negativa con la probabilidad de informatización. Su modelo predice que la informatización sustituirá principalmente a los empleos poco cualificados y poco remunerados en un futuro próximo. Por el contrario, las ocupaciones altamente cualificadas y con salarios elevados son las menos susceptibles al capital informático. El efecto de las TIC sobre la productividad no sólo es directo y positivo, es decir, cualquier aumento de la inversión en TIC implica una mayor productividad, sino que, además, debe ir acompañado de cambios en las competencias de la organización y de los recursos humanos. Así las cosas, se puede deducir que la productividad de las TIC depende de las inversiones complementarias de la organización, y que estas inversiones conllevan mejoras en los intangibles, cuya ausencia sigue siendo un hecho en determinadas métricas de productividad (Cardona et al., 2013).

En el momento en que existe una cierta variedad de habilidades de los trabajadores dentro de una organización, lo que significa una cierta estructura organizativa, hay pruebas de que la tecnología podría ser otro elemento a tener en cuenta a la hora de determinar el perfil ideal del empleado para cada organización, más allá de la composición de la oferta de mano de obra cualificada en el mercado. Si los empleados tienen las habilidades y competencias en las "TIC emergentes" (Bharadwaj 2000), esto facilita la integración entre la estrategia de TI y la estrategia de la empresa, el desarrollo de sistemas fiables y rentables para las empresas, y la capacidad de anticiparse a las necesidades de negocio antes que los competidores.

Una variable que juega un papel importante en el proceso de automatización de los puestos de trabajo es el nivel de formación de los trabajadores. Según Hawksworth et al, (2018: 16), la mayor diferencia en la proporción de empleos con altos índices potenciales de automatización se relaciona con los niveles de educación de los trabajadores. Aquellos con niveles de educación bajos y niveles de educación medios tienen tasas medias de automatización estimadas notablemente más altas en todos los países (44% y 36% respectivamente), en comparación con aquellos con niveles de educación más altos, como los graduados universitarios (11%). Los trabajadores con altos niveles de educación están sobrerrepresentados en la educación profesional, científica y técnica, y en la educación, que tiende a ser menos automatizable en promedio.

Los hombres y las mujeres con altos niveles de educación tienen tasas estimadas de automatización similares a largo plazo (11% y 12% respectivamente). Los trabajadores varones con un alto nivel de educación tienen más probabilidades de ser empleados en el sector de la información y las comunicaciones (varones: 9% frente a mujeres: 4%), mientras que las trabajadoras con un alto nivel de educación tienen más probabilidades de ser empleadas en la educación (mujeres: 29% frente a varones: 14%).
En cambio, para los trabajadores con un bajo nivel de educación hay una diferencia notable entre hombres y mujeres. Los hombres con bajos niveles de educación se enfrentan a un mayor riesgo estimado de automatización (52%) en comparación con las mujeres con bajo nivel de educación (29%). La mayor diferencia estriba en el tipo de ocupaciones, en las que los trabajadores varones con bajo nivel educativo están sobrerrepresentados como trabajadores de la artesanía y oficios conexos y operadores de maquinaria y ensambladores, mientras que las trabajadoras con bajo nivel educativo están

sobrerrepresentadas como trabajadoras de servicios y ventas y en ocupaciones elementales, como las de limpiadores y ayudantes. En particular, los trabajadores y trabajadoras con altos niveles de educación también muestran una mayor similitud en su participación en el empleo entre las ocupaciones (Hawksworth et al, 2018: 16).

2. PÉRDIDA Y CREACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO PREVISTOS

Los países que tienen una mayor densidad de robots, y una mayor productividad de sus trabajadores, tienen menores tasas de desempleo y menos riesgo de automatizar sus trabajos. Durante otras revoluciones, como la industrial, se destruyeron muchos puestos de trabajo, pero también se crearon muchos otros.

Bughin et al (2018)[4], cuantifican los cambios netos de empleo resultantes de la automatización y otras tendencias macroeconómicas utilizando un modelo de empleo para el período. Identifican cuatro factores que impulsan la pérdida de empleo, COMIBNANDO el factor de la IA y otros factores: 1. Pérdida de trabajo debido a la automatización. 2. Pérdida de empleo debido a ganancias de productividad no relacionadas con la IA. 3. Ganancia de trabajo directa de la automatización. 4. Aumento del empleo debido a los factores macroeconómicos, incluidos los efectos indirectos de la automatización.

Para poder identificar el número de puestos de trabajo que se eliminarán y los nuevos puestos de trabajo que se crearán, debido al efecto de la automatización, hemos tenido que recurrir a diferentes bases de datos. Las horas o porcentajes de cada una de las habilidades se han obtenido del McKinsey Global Institute (MGI, Bughin,2018: páginas 8 y 14)[5]. Los datos sobre las horas trabajadas por trabajador en cada uno de los países se han descargado de la OCDE (2019)[6] La media anual de horas trabajadas se define como el número total de horas efectivamente trabajadas por año dividido por el número medio de personas empleadas por año. Las horas efectivamente trabajadas incluyen las horas de trabajo regulares de los trabajadores a tiempo completo, a tiempo parcial y a tiempo parcial, las horas extraordinarias remuneradas y no remuneradas, las horas trabajadas en empleos adicionales, y excluyen el tiempo no trabajado debido a los días festivos, las vacaciones anuales remuneradas, las enfermedades propias, las lesiones y la discapacidad temporal, la licencia de maternidad, la licencia parental, la escolarización o la formación, la inactividad laboral por razones técnicas o económicas, la huelga o los conflictos laborales, las inclemencias del tiempo, las vacaciones compensatorias y otras razones (OCDE, 2019). Los datos referentes a la población ocupada, tanto en el año 2016 como en la última estimación disponible (año 2022), han sido obtenidos de ILOSTAT: Organización Internacional del Trabajo (2019)[7]

Si multiplicamos la población ocupada en cada uno de los países analizados por el número medio de horas trabajadas por trabajador, obtenemos el total de horas trabajadas en cada país. LL los Los datos obtenidos demuestran que Estados Unidos, con una población ocupada menor que la de Europa Occidental, tiene el mismo total de horas trabajadas. Este diferencial de productividad está motivado por el hecho de que un trabajador estadounidense trabaja más horas que uno europeo. Este hecho tiene efectos positivos frente a la menor pérdida de empleos.

Si analizamos, a partir de las estimaciones de MGI, las horas que varían en el período 2016-2030 debido al efecto de automatización en función de cada una de las competencias exigidas, y, para extrapolar el número de puestos de trabajo afectados, dividimos el número total de horas por el número medio de horas trabajadas por trabajador, el resultado es el número de puestos de trabajo perdidos y de puestos de trabajo ganados.

Se comprueba entonces que los Estados Unidos perderían 9.730.337 puestos de trabajo, pero necesitarían 21.179.775 nuevos puestos de trabajo (Capacidades cognitivas más altas, Capacidades sociales y emocionales, y Capacidades tecnológicas). El saldo neto sería un aumento de 11.449.438 puestos de trabajo.

Europa Occidental perdería 18.792.969 puestos de trabajo, pero necesitaría 27.605.046 nuevos puestos de trabajo. El saldo neto sería un aumento de 8.812.077 puestos de trabajo.

Europa Occidental perdería muchos más puestos de trabajo que los Estados Unidos, y no los recuperaría en la misma proporción.

En relación con el segundo objetivo de este estudio, hemos identificado las capacidades y habilidades demandadas en los puestos de trabajo de los próximos años. Los trabajos que requieren habilidades físicas y manuales y habilidades cognitivas básicas serán los primeros en automatizarse, mientras que los trabajos más exigentes requerirán habilidades sociales y emocionales y habilidades tecnológicas.

Una de las variables que juega un papel importante en el proceso de automatización de los puestos de trabajo es el nivel de formación de los trabajadores. La mayor diferencia en la proporción de empleos con tasas de automatización potencialmente altas se relaciona con los niveles de educación de los trabajadores. Aquellos con niveles de educación bajos y niveles de educación medios tienen tasas medias de automatización estimadas notablemente más altas en todos los países (44% y 36% respectivamente), en comparación con aquellos con niveles de educación más altos, como los graduados universitarios (11%) . Los trabajadores con altos niveles de educación están sobrerrepresentados en la educación profesional, científica y técnica, y en la educación, que tiende a ser menos automatizable en promedio.

A partir de los datos del MGI analizados podemos hacer un **análisis más exhaustivo de cinco países europeos con la mayor población activa**: Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y España. Para ello, hemos tenido que calcular el número de trabajadores en función del porcentaje de horas que dedican a cada una de las habilidades. MGI proporciona los datos como porcentaje del total de horas trabajadas. Como conocemos la población ocupada y el número medio de horas trabajadas por trabajador, podemos calcular el número medio de trabajadores afectados.

A continuación analizamos el número total de trabajadores en los cinco países en cada una de las habilidades[8] en el año 2016. El porcentaje de horas suma 100. Y posteriormente se muestra el

4 Bughin, Jacques; Eric Hazan; Susan Lund; Peter Dahlström; Anna Wiesinger and Amresh Subramaniam (2018). "Skill Shift Automation and The Future Of The Workforce", McKinsey Global Institute, may 2018. https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/skill-shift-automation-and-the-future-of-theworkforce

5 https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/skill-shift-automation-and-the-future-of-theworkforce

6 https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm

7 https://www.ilo.org/ilostat

8 Skills: (A) Physical and manual skills; (B) Basic cognitive skills; (C) Higher cognitive skills; (D) Social and emotional skills; (E) Technological skills

pronóstico hacia 2030 del total de trabajadores, en cada una de las diferentes habilidades, en cada país. Los porcentajes de horas no suman 100. Esto se debe a que las variaciones (aumento o disminución de horas) se han producido en cada una de las habilidades y no en el total.

Finalmente, se comprueba los puestos de trabajo perdidos y ganados, en cada una de las cualificaciones, para cada uno de los países. Todos los países analizados necesitan más puestos de trabajo que los que van a perder. Esto nos permite concluir que la automatización (robots e Inteligencia Artificial) no tendrá un impacto negativo en los trabajos. Otra cuestión es que los países pueden tener trabajadores con las cualificaciones necesarias para los nuevos puestos de trabajo.

Los países que son capaces de formar a sus trabajadores en las nuevas cualificaciones y retener a los trabajadores con talento pueden acortar el período de transición. Esto les permitirá ser más competitivos y aprovechar las ventajas de la automatización.

IV. LA TRANSICIÓN SOCIAL Y JURÍDICAMENTE RESPONSABLE Y PROPUESTAS PARA UNA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA INCLUSIVA EN UN MERCADO LABORAL SOSTENIBLE.

En Inbots estamos inmersos en el debate sobre varias cuestiones que requieren de un consenso, previo análisis económico-filosófico-jurídico: ¿deberíamos concebir a los robots -incluidos los robots "inteligentes" que poseen inteligencia artificial- como sujetos o agentes por derecho propio? ¿Es este enfoque sostenible? ¿Qué enfoques alternativos existen? ¿Cuáles serían las consecuencias de estos enfoques para cuestiones jurídicas importantes como el reparto de la responsabilidad y la protección de la propiedad intelectual? ¿Cuáles son las consecuencias del crecimiento de la robótica interactiva para las leyes laborales y el futuro del trabajo? ¿Qué elementos de la legislación fiscal y de la responsabilidad social de las empresas deberían examinarse en este contexto?.

En la interacción, derivada del cambio tecnológico, entre el rendimiento económico y el empleo, debe prestarse especial atención a la dimensión social de este fenómeno intergeneracional (por ejemplo, los nativos digitales frente a las generaciones anteriores que envejecen) en el contexto mundial.

En particular, dentro de la Unión Europea, la "ciudadanía digital plena" (Cortina, 2018) debe plantearse en el marco del pilar europeo de los derechos sociales para proteger los valores humanos. No es admisible que el legislador, ni ninguna otra institución propia del Estado de Derecho, quede al albur de una tecnocracia mal entendida que ponga en duda la soberanía tecnológica; no todo lo tecnológicamente posible ha de ser legalmente admisible y éticamente aceptable.

Esto implica pasar del "principio de precaución" (De Asís, 2014) aplicado a la libertad de investigación científica y de la "neutralidad tecnológica" (Leenes et alt, 2017), al principio de *innovación tecnológica social y jurídicamente responsable* **mediante el aumento de la cantidad y la calidad (con condiciones de trabajo justas) del empleo humano**, cualquiera que sea la forma y naturaleza del mismo.

Con el fin de garantizar el equilibrio entre la libertad empresarial y la protección y garantía del trabajo humano, es absolutamente necesaria la participación de los empresarios y de los representantes de los trabajadores, especialmente de los sindicatos, para tomar decisiones acertadas, basadas en el consenso entre ellos y aceptadas por las autoridades públicas en este nuevo modelo de producción.

Todos estos actores deben trabajar juntos para afrontar los retos, problemas y también oportunidades que plantean la robótica y la inteligencia artificial y decidir sobre la forma y el alcance de la futura regulación; en particular, afrontando la vía de soft law y de hard law siendo transparentes para permitir la rendición de cuentas respecto a los costos y beneficios sociales y económicos generados por las diferentes aplicaciones tecnológicas.

Es imprescindible un conjunto de normas mínimas de obligado cumplimiento para encontrar un equilibrio entre facilitar el desarrollo tecnológico y proteger los valores deseados por los seres humanos, ya que "estamos creando sistemas que nos ayuden" (Nisa Ávila, 2016).

Es hora de hacer los esfuerzos necesarios para dar forma a las políticas públicas y empresariales con el debido respeto al principio de solidaridad en la relación entre tecnología, procesos sociales y regulación.

Desde esta perspectiva, debe adoptarse un concepto de IA y de Robots en una futura legislación, permitiendo que se materialicen los principios de innovación tecnológica y solidaridad social y legalmente responsable.

En este sentido, la Inteligencia Artificial (IA) puede entenderse como un conjunto de tecnologías dedicadas a replicar en las máquinas procesos cognitivos similares a los humanos, con el fin de permitir a los primeros aprender y adaptarse por sí mismos a un entorno específico (FTI Consulting Report); o como `la capacidad de los programas de ordenador para producir resultados de razonamiento equivalentes a los obtenidos por la inteligencia humana natural mediante sistemas artificiales de aprendizaje que son similares a los naturales' (Agote Eguizábal, 2018).

La Comisión Europea, en su Comunicación "Inteligencia Artificial para Europa", afirma: La inteligencia artificial (IA) se refiere a los sistemas que muestran un comportamiento inteligente mediante el análisis de su entorno y la adopción de medidas -con cierto grado de autonomía- para lograr objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden estar basados exclusivamente

4 Bughin, Jacques; Eric Hazan; Susan Lund; Peter Dahlström; Anna Wiesinger and Amresh Subramaniam (2018). "Skill Shift Automation and The Future Of The Workforce", McKinsey Global Institute, may 2018. https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/skill-shift-automation-and-the-future-of-theworkforce

5 https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-work/skill-shift-automation-and-the-future-of-theworkforce

6 https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm

7 https://www.ilo.org/ilostat

en software y actuar en el mundo virtual (por ejemplo, asistentes de voz, software de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento de voz y de rostros) o la IA puede estar integrada en dispositivos de hardware (por ejemplo, robots avanzados, coches autónomos, aviones teledirigidos o aplicaciones de Internet of Things)".

Los robots pueden o no estar equipados con IA. Deben ser considerados como "facilitadores " de personas, (para que los individuos puedan dedicarse al desarrollo de habilidades inherentes a los seres humanos), ya sean CoBots o Robots Inclusivos, que comparten las características indicadas anteriormente, especialmente autonomía, corporalidad e interacción física y/o cognitiva con los seres humanos.

Las propuestas nacionales deben tener en cuenta el contexto internacional y europeo, en el que, desde diferentes aspectos, las instituciones se ocupan y preocupan por consensuar objetivos para revisar el impacto de estas nuevas tecnologías, también la robótica, en el mercado de trabajo.

En este sentido, la **Organización Internacional del Trabajo** (OIT), Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, acaba de publicar su informe *Trabajar por un futuro mejor*. Pide el uso de la tecnología en apoyo del trabajo decente y un enfoque "humano al mando" (*human-in-command approach*)[9], poniendo al frente, en el control del uso de las tecnologías, a los seres humanos, siempre respetando la dignidad del trabajador. El debate sobre la tecnología en el futuro del trabajo se ha centrado principalmente en la creación y destrucción de empleo y en la necesidad de "recapacitar". Este programa centrado en el ser humano señala el papel más amplio de la tecnología en la promoción del trabajo decente.

Por un lado, la tecnología puede liberar a los trabajadores del trabajo arduo, pesado y peligroso; y los robots de colaboración, o cobots, pueden reducir el peligro relacionado con el trabajo y las lesiones potenciales. Por otra parte, los procesos impulsados por la tecnología también pueden hacer que la mano de obra sea superflua, alienando a los trabajadores y frenando su desarrollo. La automatización puede reducir el control y la autonomía de los trabajadores, así como la riqueza del contenido del trabajo, lo que resulta en un potencial de trabajo de escritorio y una disminución de la satisfacción de los trabajadores.

La OIT recomienda que los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores supervisen el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo, orienten su desarrollo de manera que se respete la dignidad de los trabajadores y consideren la adopción de nuevas reglamentaciones desde este punto de vista. Las decisiones finales que afectan al trabajo deben ser tomadas por seres humanos, no por algoritmos. El ejercicio de la gestión algorítmica, la vigilancia y el control, a través de sensores, vestimenta (WEARABLES) y otras formas de monitoreo, debe ser regulado.

En el ámbito de la Unión Europea, el **Parlamento Europeo**, en su última Resolución de 12 de febrero de 2019 sobre una "Política industrial europea global en materia de inteligencia artificial y robótica", destaca las características de la mano de obra en la era de la inteligencia artificial y la robótica. Destaca que "como en anteriores revoluciones tecnológicas, se sustituirán algunos puestos de trabajo, pero también se crearán nuevos puestos de trabajo que transformarán vidas y prácticas laborales". Reconoce que "el mayor uso de la robótica y la IA también debería reducir la exposición humana a condiciones nocivas y peligrosas y también debería ayudar a crear más empleos de calidad y decentes y a mejorar la productividad".

Esta institución fomenta el desarrollo del aprendizaje y de las prioridades de formación profesional para ayudar a los trabajadores a adaptarse a los cambios tecnológicos. En consecuencia, recomienda que "los Estados miembros, junto con los agentes del sector privado, identifiquen los riesgos y desarrollen estrategias para garantizar que se desarrollen programas pertinentes de reciclaje y recualificación; subraya que las propias empresas deben invertir en la formación y recualificación de su mano de obra existente a fin de satisfacer sus necesidades".
Afirma claramente que "los avances en la aplicación de la IA en la industria deberían realizarse con una amplia consulta de los interlocutores sociales, ya que el cambio potencial en el número de personas que trabajan en la industria requiere políticas proactivas para ayudar a los trabajadores a adaptarse a las nuevas demandas y para garantizar que los beneficios se compartan ampliamente; observa que esto requiere un replanteamiento y un nuevo diseño de las políticas del mercado laboral, los regímenes de seguridad social y la fiscalidad".

El documento último del Parlamento Europeo (EPRS), *Economic impacts of artificial intelligence* (AI)[10], analiza los impactos económicos de la IA, entre ellos sobre el mercado de trabajo, partiendo del consenso sobre los cambios significativos en la fuerza laboral en todos los sectores de la economía, acompañado de cambios en la naturaleza y el contenido de los puestos de trabajo; considerando probable que se produzca una polarización en los puestos de trabajo: puestos de trabajo peor remunerados que, por lo general, son los que requieren habilidades manuales y cognitivas de rutina, son las que corren mayor riesgo de ser reemplazados por la IA y la automatización, mientras que los trabajos cualificados bien remunerados que normalmente requieren habilidades cognitivas no rutinarias se realizarán en mayor demanda. Avanza que las relaciones laborales pueden alterarse, con cambios de empleo más frecuentes y un aumento de la tasa de desempleo, el aumento del trabajo precario, el trabajo por cuenta propia y el trabajo on-call, lo que posiblemente debilitaría la posición de los trabajadores en el mercado laboral, los derechos humanos, así como el papel de los sindicatos.

Insta a una actuación urgente en el ámbito de la UE porque, si bien la IA tiene un potencial significativo para impulsar la economía, el crecimiento y la productividad, al mismo tiempo crea riesgos igualmente graves para el mercado laboral. La actuación a nivel de la UE se ha de afrontar, como postula la **Comisión Europea**, bajo una "Human-centric AI"[11], esto es, inteligencia artificial centrada en el ser humano.

Centrándonos en el ser humano y desde la perspectiva más específica de este estudio, basado en la formación-recapacitación- recualificación de los trabajadores, en sus habilidades y destrezas, con el objetivo de que las personas se mantengan "empleables" en el futuro, debe tenerse en cuenta que existen diferentes situaciones:

a) La falta temporal de competencias puede llevar a un refuerzo de la inversión en formación durante la fase de transición, mientras que el trabajador no puede trabajar.

b) Cuando el reentrenamiento (la re-educación en competencias digitales) no es factible debido a circunstancias especiales de vulnerabilidad, es necesaria una red de seguridad.

9 ILO : *Work for a brighter future*, Ginebra, 2019, disponible en.....

10 https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637967/EPRS_BRI(2019)637967_EN.pdf

c) Cuando es posible la compatibilidad entre la formación y el trabajo, por ejemplo, la colaboración con robots interactivos (cobots), la adaptación humana permite reciclar o establecer nuevos contratos.

Mientras que las dos primeras situaciones son costosas para los empleadores y el sector público (y requiere la puesta en marcha de una estrategia coordinada por los Estados en la que los actores privados también inviertan en formación necesaria -*retraining and reskilling programmes*), la tercera es la óptima, porque el humano mantiene su lugar de trabajo, aprende haciendo continuamente, genera ingresos en lugar de exigirlos, evitando el botsourcing.

Teniendo en cuenta la orientación dada a este trabajo para seguir un enfoque inclusivo, y todos los costos incorporados en las acciones necesarias que puedan adoptarse, en esta sección se discuten varias alternativas.

Si una empresa invierte en robótica, puede estar en la mejor posición para competir y, posteriormente, puede (o no) estar obteniendo beneficios económicos. Estos beneficios pueden reinvertirse en la empresa y de alguna manera fluir hacia el trabajador: ya sea como un ingreso básico mínimo privado recibido por haber sido desplazado en casos extremos, o preferiblemente como un paquete para la educación en habilidades tecnológicas, mientras se mantiene el lugar de trabajo. Por supuesto, en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, esta última opción no debe ser declarada como pago en especie por el trabajador, ya que en última instancia sirve para mejorar el rendimiento del empleador.

Si una empresa decide no seguir el comportamiento anteriormente mencionado (como una especie de procedimiento directo), entonces, mediante el pago del impuesto sobre la renta de las sociedades, el Estado estaría en condiciones de utilizar en algún momento los ingresos fiscales recaudados, de nuevo, (indirectamente) para ambos fines: o bien proporcionando una renta básica mínima para la supervivencia, o bien destinando fondos a la educación para mejorar las competencias tecnológicas. Este esquema puede ser articulado a través de la empresa, otorgando incentivos fiscales para adecuar el programa a las necesidades correspondientes de manera personalizada; o bien, permitir que el trabajador disfrute de subsidios o beneficios fiscales para asegurar su propia capacitación.

Mientras un trabajador siga trabajando, la solidaridad en el sistema puede funcionar. Proyectar en el futuro una imagen con parados masivos y con pocos capaces de trabajar y producir para ellos, y aún menos propietarios de los medios de producción, no es deseable en absoluto, ya que resulta en una sociedad altamente polarizada y en individuos estigmatizados y aumenta la desigualdad. La solución pasa por la igualdad de oportunidades y los esfuerzos para reasignar los beneficios. Una renta mínima plana, aunque atractiva por su sencillez, agudiza la brecha. El principio de proporcionalidad debería guiar el proceso de atribución de esta ayuda financiera, de acuerdo con datos realistas.

El principio de igualdad, entendido como no discriminación, exige la búsqueda de acciones legales a favor de los grupos vulnerables debido a las nuevas formas de discapacidad, como la falta de competencias tecnológicas, evitando cualquier tipo de discriminación de corte tecnológico.

El aprendizaje permanente de los trabajadores debería facilitarse tanto por el empleador como por el Estado; comprensiblemente, cuando este aprendizaje por determinadas circunstancias personales no sea posible, habrá de prepararse una red de seguridad para los trabajadores más vulnerables (ofreciendo una renta mínima de supervivencia) y/o prever la posible introducción de una cuota "humana" para que mantengan la ocupación en su puesto de trabajo (no tecnológicamente cualificado)[12].

Anteriores contextos similares han requerido una acción positiva por parte de los responsables políticos (por ejemplo, la cuota de género y la cuota de discapacitados). No obstante, esta cuota debe estar sujeta a condiciones, y debe estar relacionada con la edad y la proximidad de la jubilación, limitando los costes. Esta cuota también debería considerar una perspectiva temporal, de acuerdo con el cambio previsible en la escala de cualificación profesional hacia puestos de trabajo de mayor valor añadido. El paso a un nivel superior ayudará a retener a las jóvenes generaciones con talento y, en cierta medida, limitará la inmigración de los trabajadores no cualificados. Además, desde una perspectiva más amplia, se esperan algunos cambios en la estructura del mercado laboral (en lo que respecta a los trabajadores dependientes), por lo que una proporción cada vez mayor de emprendedores tecnológicos -ya cualificados- aliviaría la presión de los empresarios para hacerse cargo de esta cuota. El legislador debería preocuparse pronto por este nuevo tipo de trabajadores autónomos y adoptar normas que preserven la equidad y la dignidad.

Como las predicciones relacionadas con los riesgos de desplazamiento de los trabajadores en una empresa pueden variar con el paso del tiempo, debido a la velocidad del cambio tecnológico y a las mejoras de la robótica dotada de sistemas de inteligencia artificial, una empresa debe considerar la posibilidad de transferir el probable riesgo de los trabajadores desplazados en el futuro a un tercero. Aquí, las compañías de seguros podrían cubrir las implicaciones de la obsolescencia tecnológica para los trabajadores, yendo más allá de la cobertura típica por el mantenimiento de los robots. El Estado debe apoyar este riesgo sistémico. Dinámicamente se requiere una solución mixta, que mejore la colaboración entre el sector público y el privado a la luz del objetivo de desarrollo sostenible número 17 de las Naciones Unidas. La experiencia ya existente en muchos países con las contribuciones a los planes y fondos de pensiones, por parte de los empleados y los empleadores, y la deducibilidad de las aportaciones, podría proporcionar alguna orientación en este sentido.

11 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, COM (2019) 168 final, Bruselas, 8 de abril de 2019.

12 Sánchez-Urán Azaña, Mª Y y Grau Ruiz, Mª A.: (2018) «Robotics and Work: Labor and Tax regulatory Framework», en International Congress Technological Innovation and Future of Work, 5 y 6 de abril de 2018, Santiago de Compostela. Eprint UCM, 2018. [Documento electrónico disponible en: https://eprints.ucm.es/47718/].

Las finanzas públicas deberían promover estos comportamientos socialmente responsables a través del gasto fiscal, pero fijando condiciones claras y controlables. En una empresa competitiva y socialmente responsable, una parte de los beneficios económicos obtenidos por el ahorro que suponga la inversión en robots más avanzados puede reinvertirse en ella y hacerse llegar a los trabajadores desplazados como renta básica de origen privado o como cursos de formación continua en competencias tecnológicas mientras la persona trabajadora sigue manteniendo y promocionando en el puesto de trabajo ocupado. En caso contrario, si la empresa no reinvirtiera parte de sus beneficios con tales finalidades, estos se verían grados por el impuesto sobre sociedades; y con la recaudación obtenida, el Estado sería entonces el encargado de asignar la renta básica o de invertir en educación tecnológica directa o indirectamente. En el primer supuesto, podría conceder una subvención al trabajador o permitirle deducir los gastos por formación en los que haya incurrido; en el segundo supuesto, podría otorgar incentivos fiscales a programas empresariales que cumplieran con determinadas prioridades prefijadas ante la falta (o pérdida sobrevenida) de competencias digitales.

En este sentido, el Grupo de expertos de Alto Nivel sobre el Impacto de la *Transformación Digital en los mercados de trabajo de la Unión Europea*[13], propone en su informe la introducción de cuentas personales de aprendizaje de competencias o habilidades digitales (*digital skills personal learning account, DSPLA*), que permitirían a los trabajadores adquirir habilidades relevantes a lo largo de sus carreras para seguir siendo útiles en los mercados laborales digitales en rápida transformación. Las cuentas pertenecerían al trabajador y serían trasladables de un trabajo a otro.

13 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-impact-digital-transformation-eu-labour-markets (última visita, junio 2019)

V. CONCLUSIÓN

El crecimiento de los mercados de consumo y la competencia mundial exigen una expansión y modernización continuas de las capacidades de producción. La adopción de sistemas robóticos de alta tecnología ayuda a las empresas a aumentar la producción, mantener altos estándares de calidad, mejorar la productividad y mejorar la calidad del trabajo al hacerse cargo de trabajos inseguros, tediosos y repetitivos.

La literatura señala que el crecimiento en la adopción de robots puede tener un impacto en la disminución de empleos y salarios; también sugiere que un mayor nivel de educación ayudará en la transición para adaptarse y cambiar a nuevas categorías ocupacionales.

En los próximos años, las habilidades que las empresas requerirán de sus trabajadores cambiarán, ya que muchas de las tareas serán realizadas por robots. La inteligencia artificial ayudará a automatizar muchos trabajos y los trabajadores tendrán que adaptarse y vivir con las máquinas. La automatización en sí no es mala. De hecho, los países con una mayor densidad de robots por trabajador son países cuyos puestos de trabajo tienen un menor riesgo de ser sustituidos por la automatización. En la interacción derivada del cambio tecnológico entre el rendimiento económico y el empleo, debe prestarse especial atención a la dimensión social de este fenómeno intergeneracional (por ejemplo, los nativos digitales frente a las generaciones anteriores que envejecen) en el contexto mundial.

En un primer análisis no vemos una relación clara entre la robotización y el aumento del desempleo. Sin embargo, podemos observar evidencia empírica de que aquellos países que tienen una mayor densidad de robots, por trabajador, generalmente tienen una menor tasa de desempleo. De manera similar, podemos observar evidencia empírica de que aquellos países cuyos trabajadores son más productivos presentan un menor riesgo de automatización de sus puestos de trabajo. Los países con mayor productividad por trabajador son aquellos cuyos puestos de trabajo tienen un menor riesgo de ser sustituid os por la automatización.

En este trabajo hemos identificado las capacidades y habilidades demandadas en los puestos de trabajo de los próximos años. Los trabajos que requieren habilidades físicas y manuales y habilidades cognitivas básicas serán los primeros en automatizarse, mientras que los trabajos más exigentes requerirán habilidades sociales y emocionales y habilidades tecnológicas. Una de las variables que juega un papel importante en el proceso de automatización de los puestos de trabajo es el nivel de formación de los trabajadores. La mayor diferencia en la proporción de empleos con tasas de automatización potencialmente altas se relaciona con los niveles de educación de los trabajadores. Aquellos con niveles de educación bajos y niveles de educación medios tienen tasas medias de automatización estimadas notablemente más altas en todos los países en comparación con aquellos con niveles de educación más altos, como los graduados universitarios. Los trabajadores con altos niveles de educación están sobrerrepresentados en la educación profesional, científica y técnica, y en la educación, que tiende a ser menos automatizable en promedio.

También hemos hecho una primera aproximación de los puestos de trabajo que podrían ser destruidos, pero también de los que se crearán. Los Estados Unidos perderían hasta 9.730.337 puestos de trabajo, pero necesitarían 21.179.775 nuevos puestos de trabajo (mayores aptitudes cognitivas, sociales y emocionales y tecnológicas). El saldo neto sería un aumento de 11.449.438 puestos de trabajo. Europa Occidental perdería 18.792.969 puestos de trabajo, pero necesitaría 27.605.046 nuevos puestos de trabajo. El saldo neto sería un aumento de 8.812.077 puestos de trabajo. Europa Occidental perdería muchos más puestos de trabajo que los Estados Unidos, y no los recuperaría en la misma proporción.

En relación con los puestos de trabajo perdidos y ganados, en cada una de las cualificaciones, todos los países analizados necesitan más puestos de trabajo que los que van a perder. Esto nos permite concluir que la automatización (robots e Inteligencia Artificial) no tendrá un impacto negativo en los trabajos. Otra cuestión es que los países pueden tener trabajadores con las cualificaciones necesarias para los nuevos puestos de trabajo.

Por lo tanto, es el momento de abordar el tema principal del debate jurídico actual: la importancia de la formación para una transición socialmente responsable. Para mantener la paz social, las subvenciones salariales podrían incentivar el trabajo (y la formación) de los trabajadores de bajos ingresos.

Por supuesto, las políticas públicas son cruciales para aumentar el crecimiento económico y mejorar el empleo para todos, invirtiendo en educación, investigación y desarrollo, e infraestructuras; la imposición de los robots parece más fácil de incluir en un programa electoral, que un aumento de la inversión en I+D, innovación y educación. La solución pasa por la igualdad de oportunidades y los esfuerzos para reasignar los beneficios. Una renta mínima plana, aunque atractiva por su sencillez, agudiza la brecha. El principio de proporcionalidad debería guiar el proceso de atribución de esta ayuda financiera, de acuerdo con datos realistas. El principio de igualdad, entendido como no discriminación, exige la búsqueda de acciones legales a favor de los grupos vulnerables debido a las nuevas formas de discapacidad, como la falta de habilidades tecnológicas. El concepto de cuota "humana" podría implementarse aquí, sujeto a condiciones con una perspectiva temporal. Dado que se esperan algunos cambios en la estructura del mercado laboral, una proporción cada vez mayor de emprendedores tecnológicos, ya cualificados, aliviaría la presión de los empresarios para que se hicieran cargo de esta cuota. El legislador debería preocuparse pronto por este nuevo tipo de trabajadores autónomos y adoptar normas que preserven la equidad y la dignidad.

Por supuesto, esta investigación tiene limitaciones significativas, que deben tenerse en cuenta al interpretar los resultados. Aunque hemos utilizado datos de fuentes oficiales e internacionalmente aceptadas (OIT, BM, WEF, entre otros), la previsión de la evolución del empleo depende de muchos factores que pueden cambiar y definir un horizonte completamente diferente.

Lo que parece claro es que el futuro está lleno de retos y oportunidades. Robots e Inteligencia Artificial no son sinónimo de desempleo, sino de futuro, crecimiento y productividad. Nos corresponderá a nosotros y a nuestros responsables políticos saber cómo adaptarnos al futuro de tal forma que toda la sociedad se beneficie del cambio.

BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, D., and Restrepo, P. (2017), "Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets," NBER Working Papers 23285, National Bureau of Economic Research, Inc.

Adecco-Cuatrecasas: Informe, (2018), available at https://adecco.es/wp-content/uploads/2018/02/Estudio-cualitativo-sobre-la-percepcio%CC%81n-de-la-robo%CC%81tica-industrial-en-Espan%CC%83a.pdf

Agote Eguizábal, R (2018) 'Inteligencia Artificial, Ser humano y Derecho', Revista Claves de Razón Práctica, No. 237.

Arranz de Andrés, C. (Dir.) (2017) "Aspectos fiscales de la dependencia y la discapacidad", Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Autor, D.H. (2019): "Work of the Past, Work of the Future", MIT, available at https://economics.mit.edu/files/16724?utm_campaign=Economic%20Studies&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=70315554

De Asís, R. (2014): Una mirada a la Robótica desde los Derechos Humanos, Dykinson, Madrid.

Barrio Andrés, M. (Dir.) (2018) "Derecho de los Robots", La Ley - Wolters Kluwer, Madrid.

Bartel, A., Ichniowski, C., & Shaw, K. (2007). "How Does Information Technology Affect Productivity? Plant-Level Comparisons of Product Innovation, Process Improvement, and Worker Skills". Quarterly Journal of Economics, 122. pp. 1721-1758.
Barua, A., Lee, S. y Whinston, A. (1996).- "The Calculus of Reengineering". Information Systems Research. 7(4), pp.409-428.

Bharadwaj, A.S. (2000).- "A Resource-Based perspective on information technology capability and firm performance: an empirical investigation". MIS Quarterly. Marzo, pp: 160-196

Berman, E., Bound, J. y Griliches, Z (1994).- "Changes in the Demand for Skilled Labour within U.S Manufacturing : Evidence from the Annual Survey of Manufacturers". Quarterly Journal of Economics, 109(2), pp.367-397

Birkinshaw, J.; Mol, M. (2006).- "How management innovation happens.". MIT Sloan Review, 47(4), 81-88.

Black, S. y Lynch, L. (2001).- "How to compete: the impact of workplace practices and information technology on productivity". Working paper 6120. National Bureau of Economic Research. 2001.

Bloom, N.; Garicano, L.; Sadun, R.; Van Reenen, J. (2014).- "The distinct effects of information technology and communication technology on firm organization". Management Science, 60(12), 2859-2885.

Bresnahan, T.E., Brynjolfsson, E. y Hitt, L.M. (2002).- "Information, Technology and Information Worker Productivity: Task Level Evidence". Quarterly Journal of Economics, 2002 - MIT Press 117(1), pp: 339-376.

Brynjolfsson, E, Hitt, L (1996).- "Paradox Lost? Firm-Level Evidence of High Returns to Information Systems Spending". Management Science, 42. pp. 541-558.

Brynjolfsson, E. Yang, S (1996).- "Information Technology and Productivity : A Review of the Literature". Advances in computers, 43. pp. 179-214.

Brynjolfsson, E; Saunders, A. (2009). "Wired for Innovation." Cambridge MA

Brynjolfsson, E, Mcafee, A. (2014): The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies, W. W. Norton & Company, New York.

Calo,, R., Froomkin, A.M. and Kerr, I (Eds.) (2016) "Robot Law", Edward Elgar, Cheltenham.

Calo, R. (2016): 'La robótica y las lecciones del Derecho cibernético', Revista Privacidad y Derecho Digital, No. 2.

Cardona, M., Kretschmer, T. y Strobel, T. (2013).- "ICT and Productivity: conclusions from the empirical literature". Information Economics and Policy. 25(2013). Pp.109-125.

Chouakria–Douzal, A., and Nagabhushan, P. N. (2007). "Adaptive Dissimilarity Index for Measuring Time Series Proximity". Advances in Data Analysis and Classification, 1(1): 5-21.

Comisión Europea (2018): «En ruta hacia la movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro», COM/2018/283 final, Bruselas, 17.5.2018.

Cortina, A.: (2018): 'Ciudadanía digital y dignidad humana', El País, 26 March 2018.

Dauth, W., Findeisen, S., Suedekum, J. and Woessner, N. (2017). "German Robots – The Impact of Industrial Robots on Workers". Discussion Paper. Revised Version December 18, 2017.

Doménech, R., García, J.R., Montañez, M. and Neut, A. (2018). "Afectados por la-revolución digital El caso de España". Papeles De Economía Española, 156: 128-45.

Doménech, R., García, J.R., Montañez, M. and Neut, A. (2018): ¿Cuán vulnerable es el Empleo en España a la revolución digital?, BBVA, Madrid, March 2018.

Avalaible at https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2018/03/Cuan-vulnerable-es-el-empleo-en-Espana-a-la-revolucion-digital.pdf

Fernández Amor, J.A: (2018): «Derecho tributario y cuarta revolución industrial: análisis jurídico sobre aspectos fiscales de la robótica», Nueva Fiscalidad, N.º 1, enero-marzo, pp. 47 y ss.

Frey, C. B., and Osborne, M. A. (2017). "The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?," Technological Forecasting and Social Change, 114: 254-80

FTI Consulting (2018): The global policy response to AI Report, February, available at http://brussels.ftistratcomm.com/wp-content/uploads/sites/5/2018/02/The-global-policy-response-to-AI-snapshot.pdf

García Mexía, P.: 'Entes Capaces No Personales. ¿Hacia una personalidad para los robots', available at https://www.automatas.tech/pablo-garcia-mexia-colaboracion.html

García-Prieto Cuesta, J.: '¿Qué es un Robot?, in BARRIO ANDRÉS, M. (Dir.): Derecho de los Robots, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

García Novoa, C. (2018): «Impuestos atípicos en la era post BEPS» (Capítulo 8), en CUBERO TRUYO, A. (Dir.): Tributos asistemáticos del ordenamiento

vigente, Tirant lo Blanch, Valencia.

Garicano L (2000) Hierarchies and the organization of knowledge in production. Journal Political Econom. 108(5):874–904.

Garicano, L. Rossi-Handsberg, E. (2006).- "Organization and Inequality in a knowledge economy". NBER Working Papers 11458, National Bureau of Economic Research, Inc.

Graetz, G. and Michaels, G. (2017) "Robots at Work," CEP Discussion Paper No 1335. Revised Version November 11, 2017.

Grau Ruiz, Mª.A. (2017): 'La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica', Nueva fiscalidad, No. 4.

Gupta, S., Keen, M, Shah, A. and Verdier, G. (Eds.) (2017) "Digital revolutions in public finance", International Monetary Fund, Washington DC, 2017. Available at http://www.elibrary.imf.org/view/IMF071/24304-9781484315224/24304-9781484315224/Other_formats/Source_PDF/24304-9781484316719.pdf

Hawksworth, J., Berriman, R., and Goel, S. (2018). "Will robots really steal our jobs? An international analysis of the potential long term impact of automation". Price Waterhouse Coopers Report.

Holder, C., Khurana, V.,, Hook, J, Bacon, G. and Day, R. (2016): ' Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (part II of II)', Computer law & Security Review, No. 32, 2016.

IBA, Global Employment Institute (2017): 'Artificial Intelligence and Robotics and Their Impact on the Workplace', April 2017.

ILO: The future of work, available at http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--es/index.htm; a summary of the national dialogues is available at http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_591507/lang--es/index.htm

International Federation of Robotics (IFR (2017) "The impact of Robots on Productivity, Employment and Jobs", April 2017; available at https://ifr.org/ifr-press-releases/news/position-paper

International Federation of Robotics (2017). "World Robotics: Industrial Robots 2017", Technical report.

International Monetary Found, (2017): 'Tackling Inequality', IMF Fiscal Monitor, octubre 2017, p. 3-4. Available at http://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2017/10/05/fiscal-monitor-october-2017

Keynes, J. M. (1930) "Economic Possibilities for our Grandchildren". In Essays in Persuasion (New York: Harcourt Brace): 358-373

Leenes, R., Palmerini, E., Koops, B-J., Bertolini, A., Salvini, P. and Lucivero, F. (2017): 'Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues' , Law, Innovation and Technology Review, Vol. 9, No. 1, 2017

Leontief, W. (1952) "Machines and Man," Scientific American, 187(3): 150-64.

López Sánchez, J.I.; Rodríguez Duarte, A.; Sandulli, F.D. (2010).- "Adopción y Uso de las TIC. Hacia un Modelo para las Pymes españolas", Estudio Núm38, Fundación COTEC, Madrid. ISBN: 978-84-95336-97-2

McKinsey Global Institute - MGI (2017). "Jobs lost, jobs gained: workforce transitions in a time of automation". Technical Report.

McKinsey Global Institute (2017): 'A future that works: automation, employment and productivity' 2017, available at https://www.mckinsey.com/mgi/overview/2017-in-review/automation-and-the-future-of-work/a-future-that-works-automation-employment-and-productivity

Mckinsey & Company (2016): Car data: paving the way to value-creating mobility. Perspectives on a new automotive business model, Advanced Industries, marzo de 2016. [Documento electrónico disponible en: https://www.mckinsey.com/industries/automotive-and-assembly/our-insights/creating-value-from-car-data]

Mercader Uguina, J.R. (2017): El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica; tirant lo blanch, Valencia.

Milgrom, P., Roberts, J. (1995).- "Complementarities and Fit : Strategy, Structure and Organizational Change in Manufacturing". Journal of Accounting and Economics. 19(2), pp. 179-208.

Montero, P. and Vilar, J. A. (2014). "TSclust: An R Package for Time Series Clustering". Journal of Statistical Software, 62 (1): 1-43.

Nelson, R.R. y Winter, S.G. (1982).- "An evolutionary theory of economic change". Cambridge, MA: Belknap Press.

Nieto, J (2017) 'El Futuro del trabajo que queremos y el Derecho del Trabajo', Ius Labor, No. 3, 2017, available at https://www.upf.edu/documents/3885005/140470042/1.+Editorial.pdf/406c3008-6ef9-7ed6-f4ee-8f754c9adc31

Nisa Ávila, J.A. (2016).: 'Robótica e Inteligencia Artificial ¿legislación social o nuevo ordenamiento jurídico', El Derecho.com, Lefebvre, http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/Robotica-Inteligencia-Artificial-legislacion-social-nuevo-ordenamiento_11_935305005.html, (consulted in January 2019).

OECD-International Transport Forum (2018): Safer Roads With Automated Vehicles?, 2018 [Documento electrónico disponible en: https://www.itf-oecd.org/safer-roads-automated-vehicles-0]

O'Mahoney M, Van Ark B (2003). "EU productivity and competitiveness: An industry perspective: Can Europe resume the catching-up process?." Office for official publications of the European communities. Luxemburg.

Palmarini, E. (2017): «Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea», Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, pp. 53-97. DOI: https://doi.org/10.18601/01234366.n32.03

PwC (2018): Will robots really steal our jobs? An international analysis of the potential long term impact of automation, available at https://www.pwc.es/es/publicaciones/tecnologia/assets/international-impact-of-automation-2018.pdf

Del Rey Guanter, S. (Dtor), (2018): Robótica y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las Relaciones Laborales, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid.

Richards, N.M. and Smart, D. (2016): "How sould the Law think about Robots', in CALO et al. : Robot Law, Edward Eldgar, Cheltenham.

Sánchez-Urán Azaña, Mª Y. y Grau Ruiz, Mª A.: «El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídicos-laborales y fiscales», Eprint UCM, 2018. [Documento electrónico disponible en: https://eprints.ucm.es/47523/]

Sánchez-Urán Azaña, Mª Y y Grau Ruiz, Mª A.: (2018) «Robotics and Work: Labor and Tax regulatory Framework», en International Congress Technological Innovation and Future of Work, 5 y 6 de abril de 2018, Santiago de Compostela. Eprint

UCM, 2018. [Documento electrónico disponible en: https://eprints.ucm.es/47718/].

Schwab, K. (editor) (2017). "The Global Competitiveness Report 2017–2018". World Economic Forum Insight Report. ISBN-13: 978-1-944835-11-8.

Segura Alastrué, M. (2018): 'Los robots en el Derecho Financiero y Tributario' (Chapter VII), in BARRIO ANDRÉS, M. (dir.): Derecho de los robots, La Ley -Wolters Kluwer, Madrid.

Slater, S.F. y Naver, J.C. (1995).- "Market Orientation and the learning organization".Journal of Marketing, 59(3), 63-75.

Standing, g. (2013): El Precariado: una nueva clase social, Edit. Pasado y Presente, Barcelona.

United Nations (2017): Trade and Development Report, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdr2017_en.pdf

Veruggio, G. (2006): The EURON Roboethics Roadmap, available at http://www3.nd.edu/~rbarger/ethics-roadmap.pdf.

VEruggio, G. and Operto, F. (2006) 'Roboethics: a bottom-up interdisciplinary discourse in the field of applied ethics in robotics', International Review of Information Ethics, Vol.6, No.12, 2006.

VEruggio, G. and Operto, F. (2008), "Roboethics: Social and Ethical Implications of Robotics', in Handbook of Robotics, Siciliano, B. y Khatib, O. (eds.), 2008.

Villar Ezcurra, M. (ed.) (2017): State Aids, Taxation and the Energy Sector, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Walsh, J.P; Ungson, G.R. (1991).- "Organizational memory". Academy of Management Review, 16, 57-91

Waters, R. (2017): 'Do androids dream of personal deductions?', The big read, Financial Times, 25 February 2017, available at https://www.ft.com/content/597fff44-fa78-11e6-9516-2d969e0d3b65

Waytz, A. and Norton, M.I.: (2014): 'Botsourcing and Outsourcing: Robot, British, Chinese, and German Workers Are for Thinking - Not Feeling - Jobs', Emotion, Vol. 14, No. 2, ;available at https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/waytz%20norton_a358958c-3b94-4f25-bb8c-7d10605738d8.pdf

LABOUR 2030 | PORTO 2019

II INTERNATIONAL CONGRESS

WORK INNOVATION, ARE WE READY?

THE FUTURE IS DIGITAL, AND IT'S ON!

LAW/ACADEMY

NUNO CEREJEIRA NAMORA PEDRO MARINHO FALCÃO & ASSOCIADOS