

*“El uso de la pandemia para orientar el derecho laboral  
entre la continuidad y la discontinuidad”*

de Federico Martelloni – traducción de Daniela Marzi

### **Saludos y agradecimientos**

Buenos días a todos y buenas noches a todas.

Agradezco muchísimo la invitación del Presidente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Luis Benedicto Herrera Díaz y agradezco a todos y todas ustedes por el gran honor que me dan al recibir las reflexiones de un modesto laboralista italiano en un contexto de prestigio como el XII Conversatorio Nacional de la Especialidad Laboral

Estoy realmente feliz y orgulloso de intervenir junto a Magistrados de las Altas Cortes, expertos de la OIT y profesores del calibre de Alberto Goldin y César Augusto Carballo.

Es el hecho de intervenir con ellos, a la distancia de miles de kilómetros lo que me permite contener la emoción.

### **El título de la intervención y el objeto de exposición.**

Creo que debo, ante todo, a todos y todas ustedes, una explicación sobre el título de mi intervención:

He titulado mi exposición *“El uso de la pandemia para **orientar** el derecho laboral entre la continuidad y la discontinuidad”*.

¿Qué entiendo por “uso” de la pandemia? ¿Quiero decir, quizá, adoptar una postura negacionista? ¿O quiero quizá, redimensionar los efectos dramáticos de la crisis del covid 19 sobre la población, sobre la economía de las naciones y sobre su derecho?

¿A qué aludo cuando utilizo la fórmula: “orientar el derecho del trabajo”?

¿A cuáles elementos de continuidad y de discontinuidad me refiero?

Ante todo creo que es imprescindible una premisa: la crisis pandémica que atravesamos no solo existe sino que constituye, desde mi punto de vista, el más grande trauma colectivo desde el tiempo de las guerras mundiales hasta hoy...y, por tanto, desde que existe el derecho que del trabajo toma el nombre<sup>1</sup>. En el plano de las vidas humanas es una crisis epocal. Pero lo es y lo será también, indiscutiblemente, en el plano económico y social.

Al mismo tiempo **toda crisis** – del griego *krísis* que significa **elección, decisión** – **se presta para un uso político de la crisis**. Cada crisis, cada *momento difícil* o de fuerte

---

<sup>1</sup> Conocida expresión de Umberto Romagnoli, ver <http://www.insightweb.it/web/content/quel-diritto-che-dal-lavoro-prende-il-nome>

(N. de la T.)

*turbación* (según las primeras definiciones que se leen en los diccionarios y en las enciclopedias de cualquier país del mundo), todo **trauma colectivo impone** elecciones y **es utilizado** para tomar decisiones. Algunas de estas decisiones son efectivamente impuestas por la crisis (pensemos en las medidas de distanciamiento social ilimitadas, en muchos casos, en los cierres de emergencia generalizados o localizados). Otras decisiones preexisten a la crisis, preceden a la crisis...pero la crisis es “utilizada” para concretarlas, acelerarlas, reforzarlas, radicalizarlas o, simplemente, justificarlas.

Pues bien, en extrema síntesis, mirando lo que está sucediendo en el mundo y, en particular, observando las tendencias que se manifiestan en el campo del derecho del trabajo, de este lado y del otro del océano, tengo la impresión que la emergencia sanitaria (y el **derecho de la emergencia** del COVID-19) haya, en parte, contribuido a reforzar y consolidar algunas tendencias de larga duración del derecho del trabajo (lo que definiría como: uso instrumental de la crisis pandémica); por otra parte, tengo la impresión que la emergencia haya “llevado a la peineta” algunos nudos y puesto a la luz algunas criticidades del derecho del trabajo de nuestro tiempo. Desde este segundo punto de vista, me parece que el derecho de la emergencia (sanitaria) haya, en alguna medida, abierto también nuevas posibilidades y nuevos escenarios para el derecho del trabajo, introduciendo elementos nuevos de los que podría quedar traza en el futuro. Hago referencia a elementos positivos o progresivos, los que introducidos con la crisis o potenciados por medio de la crisis, podrían estabilizarse en el futuro.

Intentaré ir por orden, proponiéndoles una conceptualización más bien esquemática, de las tendencias que me parece encontrar: querría, en suma, someter a vuestra atención – y exponer, obviamente, a vuestras críticas – una grilla interpretativa que permita dialogar también a los juristas (sean teóricos o prácticos) que operen en ordenamientos jurídicos muy diversos, en contextos económicos heterogéneos, trabajando a gran distancia unos de otros, de Sud América a Europa o, si prefieren, de Colombia hasta la pequeña Italia.

Para claridad metodológica y expositiva, digo de inmediato que **no** examinaré la tendencia a la llamada precarización o flexibilización de las relaciones de trabajo. No porque esta tendencia no exista: existe ¡y cuánto! De hecho, existe desde hace casi medio siglo, al menos en Europa.

Simplemente, tengo la impresión que, de un lado, esta tendencia a la precarización y flexibilización de las relaciones de trabajo es una tendencia de mucho o muchísimo tiempo, en torno a la cual mucho hemos reflexionado en ambas riberas del Atlántico; por otro lado, existe como siempre el riesgo de presentar como tendencia omnívora, omnicomprensiva, al punto de absorber cualquier cambio del trabajo o de su derecho y, en el fondo, de no ayudarnos a determinar las más recientes transformaciones o las más recientes tendencias sobre las cuales se ha injertado la crisis pandémica.

La larga noche de la flexibilidad, en suma, es la noche en la que todas las vacas son negras. Mientras que a mi me gustaría intentar – siempre que sea capaz – de mirar el

trabajo y su derecho a la luz del primer sol de la mañana: cuando mejor se distinguen colores, contornos y detalles.

Examinaré, en particular, cuatro diversas tendencias que me parecen caracterizan estos veinte años del nuevo siglo, para valorarlos a la luz de la emergencia sanitaria y del Derecho de la emergencia.

- la tendencia a la proliferación de las relaciones de trabajo **discontinuas**.
- La tendencia a la limitación de la incertidumbre o al “aseguramiento de las decisiones del empleador”
- La tendencia a la superación de la coordinación espacio temporal de la prestación de trabajo (con atenuación del paradigma disciplinar y expansión del control).
- La tendencia a mirar más allá de la subordinación (por parte de la empresa pero también de parte de la legislación laboral, con un rol fundamental de la jurisprudencia).

## **I. La tendencia a la proliferación de las relaciones de trabajo discontinuas.**

Una primera tendencia que se encuentra en los mercados del trabajo de todos los países del mundo es la tendencia a la fragmentación de las carreras profesionales – como usualmente se lee en las investigaciones de sociología del trabajo nacionales e internacionales – una tendencia a la proliferación de relaciones marcadas por la DISCONTINUIDAD.

Esta tendencia, al menos en parte efecto de las nuevas tecnologías digitales y por las consiguientes metamorfosis organizativas de las empresas se desarrolla sobre la escena global, casi sin excepciones territoriales. Ella ha dado lugar a una conocida definición de “economía de los trabajitos” o *gig economy*. Esta nueva economía tiene, obviamente, muchos aspectos, según los contextos nacionales y, más todavía, según las diversas áreas internas de los contextos nacionales: quiero decir, con esta precisión, que la economía de los trabajitos tiene elementos iguales que se encuentran en contextos metropolitanos como Londres o Nueva York, Bogotá o Rio de Janeiro, Roma o Milán, mientras pueden existir enormes diferencias, a distancia de pocos kilómetros, entre ciudad y campo, en el ámbito del mismo país o en el ámbito de una misma región de un mismo país. Esto sucede no porque en el campo o en la provincia no exista una economía de los trabajitos, al contrario, una economía de los trabajitos siempre ha existido: basta pensar en el trabajo de la agricultura, donde la discontinuidad ha siempre rimado con estacionalidad (y consecuente discontinuidad tanto del empleo como del ingreso) o el trabajo desarrollado en contextos económicos más atrasados o periféricos, en los que desde siempre proliferan formas de empleo informal o irregular

(particularmente en algunos sectores como el textil o el manufacturero de bajo valor agregado).

La novedad más reciente es, si acaso, un crecimiento de las carreras discontinuas en sectores tecnológicamente de vanguardia, en sectores de alto valor agregado o en sectores transformados en estratégicos como consecuencia de la internacionalización de los mercados y de las cadenas globales de valor como la logística: un sector que siguió siendo absolutamente central incluso en plena emergencia sanitaria, sin que las trabajadoras y los trabajadores se hayan beneficiado, en términos de derechos y de tutelas, de la centralidad de los servicios en los cuales fueron empleados.

En extrema síntesis, me parece difícil negar que la pandemia ha penalizado fuertemente a trabajadoras y trabajadores discontinuos: los titulares de contratos spot, de colaboración ocasional, de relaciones de corta duración, directos o mediados por agencias de trabajo o por plataformas digitales, usualmente han interrumpido sus propias actividades profesionales de la noche a la mañana, sin alguna red de protección social o formas de protección a las remuneraciones que corresponden, en cambio, a los trabajadores más tradicionales. En cualquier caso, como en el sector de la agricultura y en la logística, estos trabajadores discontinuos han trabajado o hiper trabajado, expuesto al chantaje “encargo”. Dicho de otra forma: se vieron constreñidos a trabajar con pocos derechos, poca ganancia y poca seguridad social, poca seguridad sanitaria; en suma, fueron llamados héroes y fueron tratados como esclavos.

En conclusión, formas de trabajo como el *job on call* de matriz anglosajona (en Italia se llama trabajo intermitente), el trabajo autónomo desarrollado en régimen de mono-cliente, las diversas formas de colaboración ocasional a medio camino entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, las prestaciones profesionales mediadas por las grandes plataformas digitales de servicio, el trabajo en la agricultura, el trabajo en el sector de la logística...hasta los repartidores empleados en la entrega de comida a domicilio en los sectores metropolitanos *delivery-food*...todas estas formas de trabajo, decía, han visto aumentar el grado de incertidumbre ocupacional y empeorar las propias condiciones de trabajo, quedando casi totalmente desprovistos de formas de protección a la remuneración y seguridad social.

Pero hay más: está ocurriendo y – estoy seguro – ocurrirá al final de la pandemia, que las empresas invocarán la máxima “flexibilidad de entrada al mercado de trabajo”, solicitando la liberalización de los contratos de trabajo a plazo y del trabajo por medio de agencia, como sucede en toda época de crisis ocupacional.

Así que, otra vez, se confirmará la tendencia a utilizar en modo instrumental la nueva emergencia sanitaria ocupacional y, por lo tanto, **contraponer dos diversas nociones de “empleo” como tasa de ocupación (una tasa a hacer crecer a cualquier costo) al empleo como estatus: como correlato de derechos y protecciones propias del titular de un contrato de trabajo.**

Así que, al contrario, muy sabio es usar la pandemia para bonificar y reorientar al sistema económico. En otras palabras, quiero decir que hoy, en vez de distribuir

recursos en desorden, se requeriría proceder en manera selectiva y condicionada: “condicionar” las medidas de apoyo a las empresas, puestas en objetiva dificultad por la pandemia, a la ocupación de buen nivel y a la reconversión ecológica, seleccionando destinatarios merecedores de las medidas de apoyo sobre la base de standards también sociales y ambientales.

## II. La certeza jurídica, en los tiempos de la incertidumbre.

Una segunda tendencia del nuevo siglo es ciertamente la tendencia a proteger las empresas del fantasma de la incertidumbre. Me explico.

Para empujar y apuntalar las reformas del trabajo del nuevo siglo, el pensamiento económico y jurídico ha movido una palanca particularmente eficaz, especialmente en el clima de incertidumbre en el cual debaten, mucho tiempo antes de las incertidumbres debidas a la emergencia sanitaria del COVID-19, los actores económicos, expuestos a las continuas turbulencias de los mercados internacionales más inestables y competitivos: se trata de la *certeza jurídica*.

Tal argumento ha ganado la escena en los primeros años del nuevo siglo, manifestando la exigencia, devenida prioritaria en una economía que ha transformado en su contrario la regla de oro del fordismo, según la cual era la producción la que determinaba la demanda, de *reducir la incertidumbre del empleador* al momento en que adopta una decisión de carácter económico-organizativo relativa a la fuerza de trabajo de la empresa.

Para economistas como Cahuc, Kramarz, Blanchard y Tirole – este último ha sido incluso galardonado con el premio Nobel de economía – el principal límite del derecho del trabajo clásico reside en el hecho de representar un factor de incertidumbre tal de producir una “turbación” en el cálculo de anticipación racional de los agentes económicos<sup>2</sup>.

En esta perspectiva, que ha encontrado una exhaustiva formulación en dos conocidos informes redactados por el Gobierno francés en el bienio 2003-2004 de los estudiosos recién citados<sup>3</sup>, la crítica de los economistas no se dirige, como en los modelos de la escuela neoclásica, hacia el exceso de tutela asegurado por la norma jurídica de marca protectora (la así llamada rigidez del mercado del trabajo). Se dirige, en cambio, hacia el juez del trabajo, cuyas modalidades de intervención son tales que no hacen posible, con suficiente grado de certeza, las consecuencias de una determinada decisión económico-organizativa tomada por la empresa, a partir de las consecuencias de un

---

<sup>2</sup> F. EYMARD-DUVERNAY, *Calculer ou débattre ? Application aux situations de licenciement et de recrutement*, en *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Paris, 2005, 87.

<sup>3</sup> O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, in *Rapport du Conseil d'Analyse Economique*, n° 44, La documentation française, Paris, 2003; P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la Précarité à la Mobilité: Vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, *Rapport du Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, Paris, 2004.

despido<sup>4</sup>. Objeto de la crítica es, por lo tanto, la imprevisibilidad, encarnada por el juez del trabajo, cuyas aleatorias decisiones, sobre todo en materia de despido por motivos económicos, estarían en la base de la renuencia de los empleadores a contratar nuevo personal<sup>5</sup>.

Esta segunda tendencia, por lo demás, se cruza con el tema de la emergencia ocupacional que he mencionado al final del examen de la primera tendencia: la no disposición a contratar nuevos trabajadores de acuerdo a las reglas que protegen la estabilidad de un contrato de trabajo subordinado a tiempo indefinido, penaliza la ocupación e impide a los desempleados y subocupados (los así llamados *outsiders* que se multiplicarán al final de la pandemia), de cruzar los bastiones de la fortaleza protegida por el derecho del trabajo.

Precisamente con el fin de favorecer la ocupación, los citados economistas han sugerido, en caso de despido a causa de motivos económicos, sustituir el tradicional examen judicial sobre la efectiva existencia y consistencia de las motivaciones tomadas por el empleador, con técnicas de regulación alternativa que permitan a las partes predeterminar el costo económico de la ruptura del contrato de trabajo.

Así, en la década comprendida entre 2005 y 2010, justo en el corazón de la Europa social, países como Francia, España e Italia han introducido, respectivamente, los contratos *premiere embauche* y *nouvelle embauche* (Francia, 2005-2006); el despido express (España 2007); el contrato a tutelas crecientes (Italia, 2015). Todos unidos por un elemento: la predeterminación del costo del despido y la marginalización del rol del juez.

Respecto a esta tendencia ¿qué está produciendo la hodierna pandemia?

Sobre esto, formularía dos observaciones.

- a) En primer lugar, con total evidencia, la pandemia del COVID 19 ha exasperado la incertidumbre de las empresas: basta pensar que la incertidumbre se ha trasladado a relacionarse con la posibilidad misma de las empresas de continuar produciendo.
- b) En segundo lugar, los ordenamientos jurídicos de los distintos países han aplicado respuestas extremadamente diversas. Hay quien ha respondido la incertidumbre con una, al menos temporal, radical inversión de ruta: es el caso de Italia, que ha predispuesto una prohibición de despido, colectivo e individual, POR RAZONES ECONÓMICAS, varias veces prorrogada, para cubrir la total duración de la emergencia sanitaria. Hay quien (y son la mayoría) ha intervenido reforzando los sistemas de protección social y de tutela de la desocupación involuntaria, como Francia, dejando inalterado el régimen del despido.

---

<sup>4</sup> En doctrina, v. F. EYMARD-DUVERNAY, *L'encadrement juridique du licenciement mis en question par les économistes*, *Connaissance de l'emploi*, 2004, n° 6, 3 ; ID., *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ?*, in *Dr. Soc.* 2004, 812; J. GAUTIE, *Les économistes contre la protection de l'emploi*, in *Dr. Soc.*, 2005, 3; ID., *Repenser l'articulation entre marché du travail et protection sociale : quelle voie pour l'après-fordisme ?*, in *Revue Esprit*, 2003, noviembre; T. SACHS, *Droit du travail et rhétorique libérale : la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité*, in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Padova, 2005, 23.

<sup>5</sup> Cfr. J. FREYSSINET, *Commentaire*, in O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, en *Rapport pour le Conseil d'analyse économique, La documentation française*, Paris, 2003.

En uno y otro caso, los jueces son llamados hoy – o serán llamados mañana, cuando se concluirá la estación de las (pocas) prohibiciones – a asumir una tarea difícilísima: la de distinguir los casos en los que las condiciones de la empresa, puesta a dura prueba por la emergencia sanitaria, vuelva **inevitable el despido por razones objetivas** (entendidas como *extrema ratio* a la luz de los sistemas constitucionales y de la Convención OIT n. 182) y los casos en los que la pandemia es aprovechada por las empresas como gran ocasión para “adelgazarse”, principalmente resguardadas del control judicial sobre la efectiva existencia de razones que vuelven objetivamente imposible relanzar la producción, manteniendo vivas las relaciones de trabajo o re-emplendo a los trabajadores en otras prestaciones.

Corresponderá – yo creo – a los juristas de todo el mundo recordar que el derecho en general, y el derecho del trabajo en particular exige SIEMPRE el control de un sujeto tercero e imparcial que califique la conformidad de las conductas de los actores sociales a las reglas de conducta previstas por el sistema jurídico, ya que de lo contrario, las condición de los trabajadores sería sometida a una doble exposición: en un primer momento, la exposición a los riesgos de la crisis sanitarias (con todos sus efectos sobre la salud y sobre las remuneraciones de los trabajadores); en un segundo momento, la exposición al arbitrio del empleador y de su poder unilateral carente de límites y controles.

### **III. La tendencia a la superación de la coordinación espacio-temporal de la prestación de trabajo (con atenuación del paradigma disciplinar y expansión del control).**

Hay una tercera tendencia, siempre más acentuada, que implica al trabajo y a su derecho en todo el mundo: la tendencia a la **atenuación de la coordinación espacio temporal de la prestación de trabajo** como efecto de la propagación de las tecnologías digitales.

No es, por cierto, esta la sede para hablar de la llamada *industria 4.0* ni me parecería sensato insistir en el actual estadio de evolución de la (ya de cierta data) cuarta revolución industrial: me limito a decir que, desde que los computadores comenzaron a inervar los sistemas de producción de la riqueza, se ha asistido –con una rapidez impensable en otras fases de desarrollo del sistema capitalista y con un impacto parangonable a la introducción de la división científica de trabajo y de la cadena de montaje en los sistemas de producción de la riqueza– a una tendencia incontrarrestable: la de atenuar los vínculos explícitos de obediencia sustituyéndolos con vínculos explícitos de resultado; flexibilizar el poder de autoridad del empleador intensificando los instrumentos de control (también a distancia) de la prestación de trabajo; reducir la sujeción personal del trabajador a las órdenes de un superior jerárquico privilegiando cada vez más una organización impersonal de la actividad de trabajo, a través de los algoritmos y otras infraestructuras digitales.

Tal tendencia ha producido, mucho antes de la pandemia, al menos dos efectos relevantes:

- a) en primer lugar, la dificultad de rastrear el PODER DIRECTIVO, indicativo del vínculo de subordinación, ha favorecido una fuga del contrato de trabajo subordinado y, por esta vía, una fuga del derecho del trabajo, permitiendo la proliferación de relaciones de trabajo autónomo más o menos genuinos, de relaciones de naturaleza cuasi-autónoma o para-subordinada, dotados de una protección jurídico laboral mucho más lábil que la tradicionalmente asegurada al trabajo dependiente;
- b) en segundo lugar, la paralela intensificación de las formas de control a distancia sobre la prestación ajena ha determinado, tanto en el mundo del trabajo subordinado como, particularmente, en el modo de trabajo autónomo, una inédita capacidad intrusiva en la esfera personal del trabajador y, en algún caso, la dilatación de la esfera de trabajo y una invasión del tiempo de trabajo en la esfera privada de trabajadoras y trabajadores.

Esta tendencia, como todos saben, ha sido extraordinariamente acentuada por las exigencias de distanciamiento social dirigidas a contener los contagios de COVID-19, tanto que, en algunas fases de la pandemia y en algunos sectores (tanto de trabajo privado como público), las formas de *smart working*, de trabajo a distancia, de trabajo remoto, se han vuelto preponderantes o hasta exclusivas.

Esto podría rebelarse el efecto más duradero de la actual pandemia. Sea en razón de los ahorros organizativos que permite, bajo el perfil de los costos estructurales y materiales de la empresa post-fordista, sea en razón de las ventajas sobre las exigencias de vida de las trabajadoras y trabajadores involucrados, en parte aparentes pero, en cierta medida, también reales.

Tengo la impresión que esta transformación del modo de producir y trabajar constituirá una nueva gran frontera para el derecho del trabajo y sus operadores, además de para los sujetos colectivos.

Puedo, en esta sede, solo señalar los perfiles que me parecen más interesantes y problemáticos, en términos de duda.

- ¿Qué impacto tendrá la flexibilización de la coordinación espacio-temporal de la prestación de trabajo sobre las tipologías de retribución? ¿Es imaginable un gran retorno de la paga a destajo 2.0? ¿Con cuáles efectos sobre los sistemas jurídicos que exigen una “retribución suficiente para asegurar al trabajador y a su familia una existencia libre y digna”?

- ¿Qué efecto tendrán las tecnologías digitales y las redes intranet, expandidas hasta las habitaciones de los trabajadores y trabajadoras, sobre el tiempo de vida de las personas, sobre la intimidad y sobre su privacidad? ¿Es posible pensar que, en vez de definir en términos negativos el tiempo libre, en términos residuales respecto del tiempo de trabajo, el componente legal y jurisprudencial elaboren una noción de tiempo-persona, puesta a resguardo de las intrusiones, actuales y potenciales, del tiempo de trabajo?

- Y, por último ¿cuáles formas adoptará la acción colectiva y el contrapoder colectivo en un contexto des-espacializado, donde tiene poco sentido el derecho a los lugares donde reunirse, a los tableros de anuncios donde pegar los folletos y donde arriesga tener poco sentido el abandono del lugar físico para cruzar los brazos y levantar una huelga?

No agrego más, salvo aventurar una hipótesis (que podría incluso sonar como una invitación): pese a que los juristas tejedores – por tales entiendo a los jueces – tengan una cierta actitud a la conservación, me parece indispensable que sean precisamente ellos quienes propongan alguna presión interpretativa en sede aplicativa, solicitando una actualización de las normas de acuerdo a las transformaciones del tiempo presente. La innovación tecnológica y organizativa, en efecto, y los problemas y las cuestiones que tal innovación plantean al derecho del trabajo tienen una temporalidad demasiado rápida y sincopada respecto de la temporalidad de la política. Así que pienso corresponderá a los jueces indicar el camino, a la espera que también el legislador encuentre el coraje (y el tiempo) para recorrerlo.

#### **IV. La tendencia a mirar más allá de la subordinación**

Está estrechamente vinculada a la tercera línea de tendencia apenas explicada, una cuarta línea evolutiva que he calificado como **tendencia a mirar más allá de la subordinación**: por parte de la empresa pero también, osaría decir finalmente, por parte de la legislación laboral, con un fundamental rol jugado por la jurisprudencia incluso muy reciente.

Se trata de un tema no nuevo, así que no gastaré tiempo en explicar las características más investigadas y comunes, por ustedes bien conocidas.

Me limito a desarrollar pocas observaciones sobre las tendencias más recientes encontradas en la legislación y en la jurisprudencia europea, atendido que este tema es tocado también por reconocidas contribuciones en el ámbito de estas dos últimas jornadas de estudio.

En primer lugar, señalo que desde hace tiempo, en Europa, se advierten intervenciones normativas orientadas a asegurar tutelas inderogables de marca laboral fuera de la acostumbrada relación de trabajo subordinada.

Es destacable la técnica de tutela adoptada por el libro VII del *Code du travail* francés, que extiende en todo o en parte el estatuto protector de los titulares de un *contrat de travail* y algunas figuras igualmente necesitadas de tutela y protección, como las *assistantes maternelles*.

Es conocida la figura del *worker*, introducida en el sistema jurídico del Reino Unido para reconocer una parte del estatuto protector previsto por el derecho del trabajo inglés también a trabajadores no subordinados.

Muy discutido, aunque no siempre eficaz, es el *Estatuto del trabajo autónomo dependiente*, adoptado en España en el 2007, haciendo uso de un oxímoron (trabajo “autónomo dependiente”, justamente) que, al menos, tiene el mérito de señalar que la

gran dicotomía que tradicionalmente oponía trabajo subordinado y trabajo autónomo no está más en condiciones de determinar, por sí sola, el campo de aplicación de la tutela laboral y, su lado opuesto, el área en la que está destinado a operar el derecho común de los contratos civiles y comerciales, entendidos como contratos entre pares. En Italia, el art. 2 del d.lgs. 81/2015, recientemente refundido (por obra de la ley n. 128/2019), ha extendido significativamente el radio de acción del derecho del trabajo, disponiendo la integral aplicación del estatuto protector que corresponde a los trabajadores subordinados, a todos los trabajos renovables de carácter personal, en los que la prestación se inserte en un servicio unilateralmente organizado por el titular de la empresa, incluso en modo impersonal (por ejemplo, a través de un algoritmo adoptado por una plataforma digital).

Esta tendencia a ver más allá de los bastiones de la subordinación ¡ha sido ciertamente acentuada por la pandemia! La urgencia de la instancia de tutela y protección ha empujado al legislador a asegurar, en plena crisis sanitaria, formas de protección social trans-típicas, que se reconocen independientemente de la naturaleza subordinada y autónoma de la relación.

Por su parte, la jurisprudencia, basándose en la misma urgencia, ha superado muchos dogmatismos tradicionales.

Esto es, en cambio, evidente en el contencioso, planetario, que ha implicado a los choferes de Uber y los repartidores de Foodola, Deliveroo, Glovo, etc. Empleados en el sector de la entrega de comida a domicilio.

A los repartidores les fueron reconocidas, por vía judicial, medidas de tutela y protección de la salud, con reconocimiento de la obligación de entrega de los dispositivos de protección individual por parte de las plataformas. Y, en muchos casos, los jueces han hecho mucho más.

Como ha escrito dos días atrás, en un importante diario italiano, un destacado periodista “Junto al médico y al enfermero, el otro personaje del año es el repartidor. Se hace llamar rider, pero es siempre el mismo: el que baja de la bici o del furgón con un paquete en mano que a veces le llega hasta más arriba de la cabeza. La pandemia lo ha transformado en una figura decisiva, el único caballero al que le es concedido superar el puente levadizo para aprovisionar las fortalezas en las que vivimos atrincherados hace meses. En el mundo «smart» sirve alguien que se ensucie todavía la suela de los zapatos. Y él lo ha hecho, sin una coraza de garantías que lo cautelase contra los riesgos del contagio y la precariedad. Las multinacionales del delivery-food lo habían degradado a trabajito, mal pagado y mucho menos tutelado. Despedible en el modo más brutal, con una simple desconexión del teléfono: a tal punto vales poco que no pierdo ni siquiera tiempo en pagar a un ser humano para echarlo.

Nos habían explicado que era justo retribuirlo por pieza, dado que era un joven de paso, ¿y quién de joven no tiene ya algunas deudas? Después el joven envejece y para él la deuda se ha convertido en la vida” (Gramellini, en *Il Corriere della Sera*, 25 enero 2020).

En el contencioso judicial que se refiere a estas figuras, en cualquier caso, la jurisprudencia ha reconocido una fuerza de atracción de las figuras de nuevo cuño, disponiendo la aplicación parcial (UK) o total (Italia) del estatuto protector de los trabajadores subordinados.

En algún otro caso, los jueces han forzado las tradicionales categorías dogmáticas, historizando la noción de subordinación e impulsando una obra de adaptación de la misma noción al nuevo contexto del trabajo mediado por las plataformas digitales.

Hoy, en Italia, al igual de lo que ha ocurrido en Brasil, España y Francia, una sentencia del Tribunal de Palermo (publicada el 24.11.2020) califica a un ciclista repartidor de Glovo, de casi cincuenta años, como trabajador subordinado de jornada completa y por tiempo indefinido, entregándole un escudo que lo defiende de las lanzas los aprovechadores.

Conclusiones.

Para concluir, me parece que las metamorfosis del trabajo entrelazadas a las nuevas urgencias dictadas por la crisis sanitaria, ponen al derecho del trabajo ante una encrucijada: soportar los efectos de las transformaciones en curso y adaptarse a los cambios, secundándolos y acompañándolos casi como si fueran neutros e ineluctables, o bien, contribuir a orientarlos.

En una palabra, para volver al inicio de esta breve conferencia y a los orígenes etimológicos de la palabra crisis: elegir.

Siendo concientes que aquellos que menos tiempo tienen para meditar serán los propios jueces a quienes corresponde – como es sabido – no solo la tarea aplicar el derecho sino la ingrata tarea de hacerlo vivir en los interregnos, cuando un viejo mundo lucha por sobrevivir y un nuevo mundo aún no ha surgido.

Buen trabajo y buena suerte a todos y todas ustedes.

Y otra vez gracias por el privilegio que me han conferido.