

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

No. 1

Enero-Abril
2020

Marzo de 2020.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

revistajuridicadeltrabajo@gmail.com / www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

El contenido de los artículos publicados en la Revista Jurídica del Trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores.



RESPONSABLES EDITORIALES

Equipo editorial

Director: Jorge Rosenbaum (Uruguay)

Coordinador: Federico Rosenbaum (Uruguay)

Comité científico

César Arese (Argentina), Héctor García (Argentina), Nelson Mannrich (Brasil), Rodrigo Palomo (Chile), Francisco Tapia (Chile), José Herrera (Colombia), Ignasi Beltrán (España), José Antonio Fernández Avilés (España), Carlos Palomeque (España), Eduardo Rojo (España), Wilfredo Sanguineti (España), Stefano Bellomo (Italia), Patricia Kurkzyn (México), Alfredo Villavicencio (Perú), Alejandro Castello (Uruguay), César Augusto Carballo (Venezuela) y Oscar Hernández (Venezuela).

Comité de evaluación

Miguel Ángel Mazza (Argentina), Ricardo Seco (Argentina), Carlos Ernesto Molina (Colombia), José Antonio Baz (España), Rosa Morato (España) y Héctor Jaime (Venezuela).

Miembros Correspondientes de Edición

Fábio Tulio Barroso (Brasil), Nicolás Márquez (Chile), Francisco Ruay (Chile), Raúl Saco Barrios (Perú), Javier Suarez (República Dominicana) e Iván Mirabal (Venezuela).

Coordinador del tema de debate del N° 1

Federico Rosenbaum (Uruguay)

ÍNDICE

EDITORIAL: Lanzamiento de la Revista Jurídica del Trabajo	iii
Manuel Carlos Palomeque López: La función social y las transformaciones del Derecho del Trabajo	1
María Luz Vega Ruiz: La salud y el trabajo, los derechos fundamentales del futuro	27
Rodrigo Palomo Vélez: Los instrumentos de protección contra la discriminación de trabajadores de edad en Chile	56
Héctor Omar García: El trabajo mediante plataformas digitales y el problema de su calificación jurídica: ¿autónomo, dependiente o ambos a la vez?	89
Iván Mirabal Rendón: Perspectivas del Derecho del Trabajo en la era digital. Análisis teórico: De la reflexión a los criterios de adaptabilidad	122
César Augusto Carballo: Trabajo mediante plataformas. El espejismo de la autonomía	146
Mariela Inés Laghezza: Libertad sindical para los trabajadores migrantes: un modelo para desarmar a la luz de la economía de plataformas	165
Francisco Alberto Ruay Sáez: Declaración de relación laboral y capitalismo de plataformas en Chile. Revisión de criterios a propósito de una sentencia de antaño	200

José Antonio Fernández Avilés; Daniel Peres Díaz: La calificación jurídica de la prestación de servicios en plataformas digitales. Un análisis a la luz de la reciente doctrina judicial española**229**

DEBATE: El trabajo desarrollado en plataformas digitales y su estudio desde el Derecho del Trabajo**261**

Eduardo Rojo Torrecilla: Las tecnologías, las plataformas digitales y el Derecho del Trabajo**262**

Adrián Todolí Signes: Las plataformas digitales y la ampliación del concepto de trabajador: Jurisprudencia española y la nueva ley de California (AB5)**278**

EDITORIAL

LANZAMIENTO DE LA REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

La **Revista Jurídica del Trabajo** es una publicación cuatrimestral que se difunde *online* en forma abierta y no persigue fines de lucro, siendo su principal objetivo colaborar con la difusión de artículos de investigación jurídica relacionados con el Derecho del Trabajo, que contengan aportes originales, aproximaciones críticas, comentarios jurisprudenciales de interés, análisis comparados y contenidos que agregan valor al conocimiento jurídico en la materia.

Hoy día, las transformaciones del mundo del trabajo han hecho que la producción jurídica en materia laboral crezca cuantitativamente y el acceso de la misma al público supere la capacidad de los medios tradicionales que se editan de forma impresa o a través de internet.

Las nuevas tecnologías y el desarrollo de las comunicaciones abren nuevos horizontes a los lectores, por lo que se amplían exponencialmente las oportunidades de organizar y hacer trascender sin fronteras, los aportes especializados de quienes investigan, estudian y orientan el saber en materia laboral.

Precisamente, la **Revista Jurídica del Trabajo** pretende ampliar ese segmento independiente de divulgación, para lo cual habrá de nutrirse con estudios empíricos y teóricos, dando cabida a opiniones plurales de distintos autores, las que no representan necesariamente el pensamiento de su Dirección y Coordinación, ni de los integrantes del Comité Científico y del Comité de Evaluación.

El primer número de la Revista abarca el periodo de enero-abril, el segundo, de mayo-agosto y el tercero, de setiembre-diciembre.

En cada número, la **Revista Jurídica del Trabajo** publica colaboraciones que son debidamente seleccionadas según las pautas específicas previstas a tales efectos. Además, se publican apuntes breves relativos a un tema de actualidad previamente determinado por el Equipo editorial, pretendiendo así generar futuras reflexiones y debates. A tales efectos, los referidos apuntes serán preparados por colaboradores con versación, considerando sus conocimientos, experiencia en el tema y trayectoria de investigación.

El público al que se dirige la **Revista Jurídica del Trabajo** es principalmente el de los profesionales del Derecho, investigadores e integrantes de la comunidad universitaria interesados en la materia laboral.

El Equipo editorial invita desde ya a quienes tengan interés en publicar sus trabajos o estudios en la próxima edición de la Revista, con la única limitante de ajustarse a la pautas de edición y a la aprobación arbitrada de los mismos.

El primer número de la **Revista Jurídica del Trabajo**, además de contener valiosísimos aportes de autores de diferentes países, introduce un debate interesante sobre el trabajo en las plataformas digitales, donde se exponen las principales controversias desde el ámbito del Derecho del Trabajo, y se aportan diversos enfoques de análisis y conclusiones disímiles a las posibles soluciones y/o regulaciones que pudieran adoptarse en cada ordenamiento jurídico e incluso a nivel internacional.

Jorge Rosenbaum Rimolo

Director

Federico Rosenbaum Carli

Coordinador

LA FUNCIÓN SOCIAL Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

THE SOCIAL FUNCTION AND TRANSFORMATIONS OF LABOR LAW

Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca (España). Miembro de
número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
carpa@usal.es

Fecha de envío: 07/02/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

LA FUNCIÓN SOCIAL Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ

Universidad de Salamanca (España)

Resumen: El artículo apunta a una descripción de la razón de ser del Derecho del Trabajo, identificando la función social de la disciplina, las transformaciones que se han verificado y destacando las propuestas de su refundación institucional. Asimismo, constituye objeto de estudio particular, el análisis de los límites del campo de aplicación del ordenamiento laboral. Se destaca también la función integradora del conflicto estructural, que debe operar a modo de “equilibrio estructural” entre la libertad de empresa y la protección del trabajo asalariado.

Palabras clave: Función social del Derecho del Trabajo - Transformaciones del Derecho del Trabajo - Refundación institucional del Derecho del Trabajo - Intervención normativa

Sumario: 1. La razón de ser del Derecho del Trabajo. 2. Las transformaciones de la las relaciones de producción y la afectación de modelo normativo clásico. 3. La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante. 4. Las propuestas de refundación institucional del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. 5. La revisión del sistema normativo laboral. 6. La flexibilización de los contenidos normativos. 7. La intervención normativa en el terreno de las actitudes de los sujetos laborales. 8. La función social duradera y la permanencia del Derecho del Trabajo: el “equilibrio estructural” del modelo.

Abstract: This paper describes the essence of Labor Law, identifying the social function of the discipline, the transformations that have been verified and

highlighting the proposals of its institutional re-foundation. Likewise, the analysis of the scope of application of the labor system is the subject of particular study. The integrative function of the structural conflict is also highlighted, which must operate as a “structural balance” between the freedom of enterprise and the protection of dependent work.

Key words: Social function of Labor Law - Transformations of Labor Law - Institutional re-foundation of Labor Law - Normative intervention

Summary: 1. The rationale for Labor Law. 2. The transformations of the relations of production and the affectation of the classical normative model. 3. The adaptation of the labor system to the changing economic reality. 4. Proposals for institutional re-foundation of Labor Law as a legal discipline. 5. The revision of the labor regulatory system. 6. The flexibility of normative contents. 7. The normative intervention in the field of the attitudes of the labor subjects. 8. The lasting social function and the permanence of Labor Law: the “structural balance” of the model.

Todos cuantos se sienten fracasados por no cumplir sus sueños es porque antes no tomaron la precaución elemental de no dejarse embaucar por los sueños.

Luis Landero, *Lluvia fina*, 2019

1. La razón de ser del Derecho del Trabajo

La intervención del Estado en las relaciones de producción, a través de la promulgación de normas protectoras de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial y limitadoras, por lo tanto, de la -hasta ese momento absoluta- voluntad del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo, responde históricamente a la necesidad social de canalizar el conflicto político surgido entre los nuevos protagonistas colectivos del sistema económico capitalista. El nuevo cuerpo normativo integrador habría de cumplir, así pues, la trascendental misión de imponer a esta contradicción de intereses un cauce de circulación compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción y las paredes maestras de la sociedad liberal. Esta es, sin duda, la función histórica que corresponde a la legislación del trabajo y, a la postre, al propio Derecho del Trabajo resultante de aquella.

No es posible olvidar, por lo mismo, el dato crucial que explica la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación en el conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un “equilibrio estructural” entre los intereses de los antagonistas. Al propio tiempo que instrumento protector de las relaciones sociales que legitima a través del contrato, el ordenamiento laboral limita la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de acción a los trabajadores. Por todo ello, no cabe duda de que la función social que ha otorgado en su momento carta de naturaleza al Derecho del Trabajo sigue siendo en la actualidad la “integración” del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada de trabajo asalariado. Sin perjuicio, claro es, de las importantes transformaciones que se han producido en el entramado

institucional de este ordenamiento desde sus orígenes, así como en sus soluciones normativas singulares, al hilo y como consecuencia de las modificaciones experimentadas por el sistema económico en su desarrollo histórico.

A pesar de los riesgos que entraña lógicamente la reflexión teórica sobre cuestiones venideras, parece fundado entender que el Derecho del Trabajo habrá de subsistir como cuerpo normativo, dotado eso sí de una u otra configuración institucional o incluso denominación, en tanto su función integradora siga siendo requerida por el sistema social. La presencia histórica del ordenamiento laboral no se debe, desde luego, al azar o al capricho de los legisladores, sino, al contrario, al diseño y ejecución de una misión precisa, cual es la “institucionalización” o “juridificación” de las contradicciones entre el trabajo asalariado y la titularidad de la organización productiva de la empresa capitalista.

2. Las transformaciones de las relaciones de producción y la afectación del modelo normativo clásico

Es verdad, por otra parte, que el Derecho del Trabajo no ha cumplido su función histórica del mismo modo, cualesquiera que hayan sido las circunstancias sociales envolventes, ni se ha rodeado de soluciones normativas o de esquemas institucionales inmutables. Ha conocido en su todavía corta historia, ni siquiera bicentenaria en la experiencia más antigua, versiones políticas autoritarias y democráticas y ha desarrollado su propuesta normativa de la mano de la evolución capitalista y de la reivindicación obrera y sindical. Es preciso distinguir por ello entre la función objetiva y duradera del Derecho del Trabajo, ligada de modo permanente al conflicto social de base -y este al sistema de producción-, y su contenido institucional -el modo instrumental de realizar dicha función-, que se subordina naturalmente a las contingencias políticas y a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, interpretando así de modo variable el equilibrio estructural que lo sustenta.

El escenario económico del tiempo presente -un «enorme cambio fruto de la mundialización y de los imperativos que plantea una nueva economía basada en el conocimiento», Consejo Europeo de Lisboa, 2000- se ha visto sacudido por importantes mutaciones que se han proyectado, de modo necesario y con consecuencias relevantes, sobre el sistema de relaciones de trabajo y su marco institucional. Tres son, me parece, los procesos principales -relacionados entre sí, desde luego- que explican tan complejo precipitado social:

En primer lugar, los formidables cambios internos de que ha sido objeto el proceso de producción de bienes y servicios como consecuencia de la implantación y desarrollo expansivo del tratamiento del conocimiento por medio de computadoras y robots, de la informatización y la robótica invasivas: las nuevas tecnologías de la información y la comunicación -las TICs y la utilización generalizada de internet- que han transformado verdaderamente, frente al modelo industrial hasta hace poco dominante, las formas de prestación del trabajo y de la organización productiva empresarial y, al fin, la propia fisonomía de las relaciones de trabajo asalariado y las condiciones en que estas se llevan a cabo. La digitalización de la economía ha supuesto en el conjunto de los sectores productivos, así pues, una transformación profunda del empleo, de la ocupación y de los cometidos profesionales, cuyas consecuencias finales no se está siquiera todavía -los procesos en curso están lejos de haber concluido, a la vista de los avances habidos en los campos de la inteligencia artificial y el aprendizaje automático- en condiciones de aventurar. De este modo, el tránsito de una era “fordista” a otra “digital” ha deparado «una pérdida de peso de la fabricación en serie de productos indiferenciados hasta vislumbrarse en la actualidad la personalización del consumo y la producción singularizada de bienes» -Consejo Económico y Social de España, *La digitalización de la economía*, 2017.

En segundo, un nuevo ámbito territorial para la actividad económica producto de la globalización o mundialización de la economía y consiguiente pérdida de valor de los modelos puramente nacionales de producción, con

la instauración de nuevas formas de competitividad internacional entre las empresas a partir de la cualificación profesional de la mano de obra y de su coste económico de la misma. El Comité Económico y Social de la Unión Europea definía con claridad hace años la nueva situación y sus consecuencias -*Dictamen sobre el empleo, competitividad y globalización de la economía*, 1997-: la «interpenetración profunda, organizada a escala internacional, de la producción de bienes y servicios, basada en las innovaciones y los progresos técnicos en el ámbito de los transportes y las telecomunicaciones, apoyada por un mercado financiero internacional que posibilita transacciones financieras realizadas en cuestión de segundos y que superan ampliamente las reales, y flanqueada por un desmantelamiento mundial de las barreras comerciales, por organizaciones de ámbito mundial y por pactos de ámbito regional». Lo que caracteriza el nuevo escenario es, así pues, el llamado “efecto asimétrico” de la globalización económica, ya que, de una parte, las instituciones políticas actúan en su mayoría en ámbitos regional o nacional, en tanto que, de otra, las empresas transnacionales lo hacen a escala mundial debido a la disminución continua de los costes de transacción.

Y, en fin, en tercero, para completar el panorama, lo que pudiera denominarse la “estructuralización” de la crisis económica, esto es, la permanencia de los efectos negativos de esta, que se han incorporado con estabilidad al sistema social -acaso para quedarse con nosotros para siempre-, con independencia de las fluctuaciones macroeconómicas de los ciclos. La precarización de las condiciones de trabajo, la flexibilización institucional, la exclusión de capas de la población y la desigualdad de grupos e individuos son, por lo demás, algunas de sus más graves y nocivas consecuencias. La crisis económica es un tejido propio del cuerpo capitalista al que pertenece, por lo que ha acompañado de por vida al Derecho del Trabajo para convertirse en su compañera de viaje -M. C. Palomeque, «Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica», *Revista de Política Social*, 1984, núm. 143- y moldear así bajo esta influencia su cuadro institucional.

Sin embargo, la crisis se instalaba de modo estructural en las economías industrializadas al menos a partir de la mitad de los años setenta del siglo veinte, para poner término a la edad de oro precedente de la legislación laboral y alimentar la adopción de políticas terminantes de ajuste económico y de empleo en los principales países industriales. Se había dado así la señal de salida a reformas laborales insistentes que ponían en su punto de mira -cada vez más ajustado su propósito revisionista- la corrección de algunos de los elementos compensadores más eficaces del modelo, al que buena parte del empresariado no deja de culpabilizar por considerarlo un obstáculo a las adaptaciones del mercado.

Por lo que ya no es posible confirmar en el presente el mantenimiento de la ecuación tradicional con que se ha explicado la relación entre ciclo económico y ordenamiento laboral. La lógica clásica del Derecho del Trabajo había presupuesto verdaderamente la expansión o, al menos, la estabilidad del sistema económico. El Derecho del Trabajo aparecía entonces como un ordenamiento de la “redistribución” de los recursos y, en su seno, se practicaba una negociación colectiva de mejora de las condiciones de trabajo y una acción sindical de presión y de contestación. El Derecho del Trabajo de la recesión económica se transformaba, por su parte, de un Derecho de la redistribución, en un Derecho de la “producción de riqueza”, que redescubría así su vocación originaria de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicables a las relaciones profesionales.

A pesar del buen comportamiento de alguna de las magnitudes económicas del sistema, no se acaban de erradicar todos los efectos de la crisis -la virulenta crisis financiera y económica mundial que estallaba en el otoño de 2008 a raíz de la caída de Lehman Brothers-, si se tiene en cuenta la permanencia de la degradación de las condiciones de trabajo por las que tanto han hecho las últimas reformas del ordenamiento laboral. Porque pareciera ahora que el Derecho del Trabajo no sea otra cosa que el resultado de un agónico sálvese quien pueda.

Dentro de este panorama, el ámbito institucional de las formas empresariales se ha convertido en campo de experimentación principal del

cambio. Podría decirse, así pues, que las transformaciones de la empresa - empleador, empresario, empresa-, de su morfología tradicional y de su comportamiento, constituyen por sus muchas implicaciones económicas y laborales la manifestación tal vez más relevante y rica de los nuevos escenarios que ofrece el sistema de relaciones laborales. Producto todo ello de una política empresarial renovada que se encamina a la consecución de mayor eficiencia en la organización de la producción y del trabajo dentro de una realidad económica cambiante, en pro de la adaptación, la eficiencia, la competitividad, la reducción de costes, la flexibilización y otras guías por el estilo.

Es el caso de los procesos de concentración económica de empresas, de fusión e integración de sociedades mercantiles para hacer frente a las nuevas exigencias de la competitividad transnacional, en el marco de la unión económica y monetaria europea señaladamente, de los que son un exponente principal los grupos de empresas y su dinámica acaparadora. Lo es también la descentralización productiva, como estrategia de gestión empresarial consistente en el desplazamiento hacia otras unidades empresariales -por filialización dentro del mismo grupo o no- de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se realizaban en la misma -externalización, subcontratación, *outsourcing*-. O la cooperación inter-empresarial a través de las empresas red o redes de empresas, mediante el establecimiento por vía contractual de nexos funcionales y no corporativos entre aquellas que dan origen a las formas organizativas múltiples que se requieran para atender debidamente a exigencias cada vez más abiertas de determinados procesos productivos. O, en fin, la puesta en funcionamiento de tejidos empresariales pertenecientes a la llamada “economía colaborativa” que se sustancian a través de plataformas de internet y su ofrecimiento al mercado de bienes y servicios y se encuentran en el origen de nuevas ocupaciones y trabajos -*crowdwork*- a cargo de personas -*providers, partners, turkers, riders*- cuya condición asalariada se pretende esconder detrás de las pantallas de los ordenadores y del disfraz de los trabajadores autónomos.

A la postre, se ha visto afectado en su conjunto el sistema de organización del trabajo resultante del capitalismo industrial sobre el que se ha construido la versión clásica del Derecho del Trabajo. De este modo, el modelo “fordista” de relaciones industriales, propio de la gran empresa industrial que realiza una producción en masa y responde a una concepción jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo -el convenio colectivo se erige dentro del mismo en la pieza reguladora básica de uniformización sectorial y territorial de las condiciones de trabajo-, ha dejado de ser el marco único de inspiración o de referencia del patrón normativo para coexistir, a la espera de ser superado sin remedio, con otras formas de organización del trabajo de la sociedad postindustrial.

Y así el entero sistema de relaciones laborales y sus diversos componentes se han visto afectados por las transformaciones apuntadas. Lo han sido, por lo pronto, el propio trabajo -en su dimensión doble de actividad humana y de prestación contractual-, la ocupación y el empleo. No se trata ya solo de que la digitalización de la economía haya producido -que lo ha hecho en efecto y de modo importante- un nuevo proceso, uno más desde la primera revolución industrial, de sustitución o remplazo del trabajo humano por -en este caso- ordenadores y robots para la realización de todo tipo de tareas, de carácter intelectual o manual conforme a la distinción tradicional, sino que asistimos en verdad a una nueva división del trabajo, entre el trabajo digital y el trabajo humano. Con un amplio campo para el segundo, fuera de las destrezas que podrían llevar a cabo las máquinas, en la realización de tareas encaminadas a la -CES, *La digitalización de la economía*, citado- «resolución de problemas, intuición, creatividad, persuasión, adaptabilidad situacional, improvisación en entornos cambiantes y complejos, reconocimiento visual y del lenguaje natural, comunicación interpersonal, sensibilidad, afecto y empatía». Destrucción de empleo, como consecuencia pues de la incorporación de la nueva tecnología a los procesos productivos, y por otra parte aparición de nichos de ocupación ligados a los entornos digitales emergentes, que por el momento no está en condiciones de

neutralizar en términos cuantitativos aquella sangría y además queda reservada para la cualificación profesional requerida.

El nuevo sistema de ocupación y empleo arroja ya una fractura agrandada entre el trabajo cualificado, que por su adecuación potencial a las exigencias tecnológicas empresariales sigue siendo demandado en el conjunto de la actividad productiva y al que se aparejan por lo común buenas condiciones de empleo, y el trabajo que no lo es, creciente como consecuencia del proceso de sustitución de mano de obra apuntado - desempleo tecnológico estructural- y de las carencias formativas que exhiben grandes capas de la población activa. Este quehacer se convierte por lo mismo en precario y queda a la intemperie frente a quienes le discuten el reconocimiento de una relación laboral, o directamente se la niegan, y se aprestan a desplazar el riesgo empresarial a sus prestadores.

La “descolectivización” del sistema laboral, al propio tiempo, se abre camino con paso firme en la cultura social y en la agenda de iniciativas políticas conservadoras y dominantes que ya han dado frutos considerables en el plano normativo. Presentadas estas como contribución a la modernización del marco regulador de las relaciones de trabajo, se trata en realidad de operaciones de política legislativa que han situado en su punto de mira el objetivo de la recuperación del juego de la autonomía de la voluntad y consiguiente ampliación de la función reglamentadora del contrato de trabajo -la individualización de las relaciones de trabajo-, no otra cosa en el fondo que el reforzamiento de los poderes del empresario en la relación laboral. A costa naturalmente de la degradación provocada de la negociación colectiva sectorial de condiciones de trabajo.

No han sido ajenos a ello, desde luego, los cambios producidos en la estructura y composición, así como en el comportamiento y actitud, de las clases trabajadoras -de los sujetos protagonistas del conflicto en general-, en cuyos ámbitos se muestran fenómenos nuevos y de variable intensidad como la pérdida de importancia relativa del proletariado industrial, la difuminación de la conciencia social y de clase, la crisis de solidaridad - fragmentación, individualización, corporativismo-, o, en fin, la precarización

de las condiciones de vida y trabajo de amplios sectores de la población asalariada. Tampoco los cambios producidos a la par en las organizaciones sindicales. De un sindicalismo de masas dedicado a la contestación de los fundamentos de la sociedad capitalista se ha pasado por momentos en la realidad -sin el abandono, en su caso, de los postulados estatutarios de transformación social- a un sindicalismo cada vez más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado -mayor representatividad sindical, participación institucional, concertación social y legislación negociada, moderación salarial, neocontractualismo-. En la medida en que el objetivo del empleo se ha situado en el primer plano de la preocupación sindical, han prevalecido lógicamente -frente al antagonismo y la reivindicación otrora dominantes- las prácticas de diálogo y participación en las decisiones estratégicas de las empresas.

La identificación o determinación del empresario, así como de la titularidad y ejercicio de los poderes de dirección y control inherentes a su posición jurídica dentro del contrato de trabajo, se ofrece por momentos como un problema en el ámbito de relaciones empresariales cada vez más complejas. La mutación de los vínculos jurídicos y económicos entre empresas ha conducido, de la mano de categorías como el empresario plural o múltiple, a la alteración del punto de vista jurídico tradicional de construcción institucional del sujeto acreedor de trabajo dentro de la relación laboral.

Y los cambios institucionales se han proyectado también, por último, sobre el contenido de la propia prestación de trabajo y las condiciones del mismo -salarios, tiempos, seguridad y salud, formación-. Al igual que sobre el lugar de la prestación -movilidad de trabajadores, trabajo a distancia- o el acceso a la protección social.

No puede decirse después de todo, sin embargo, que la respuesta del ordenamiento laboral haya estado hasta ahora en consonancia con el alcance de las transformaciones y la aceleración de los cambios. Acaso sí la de alguna jurisprudencia europea más sensible, al igual que los avances limitados en este campo de la autonomía y la negociación colectivas. Pero

no la acción legislativa del Estado, condenada al parecer a permanecer a la distancia de los retos sociales a que ya nos tiene acostumbrados. Habría que decir por ello, todo lo más, que la respuesta normativa, de momento, se halla “en construcción”, como la excelente y homónima película documental que José Luis Guerín realizó en 2001.

3. La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante

La necesidad de “adaptación” del ordenamiento laboral a la evolución de las diversas formas de organización del trabajo en la sociedad contemporánea, de modo que pueda seguir realizando la función de cohesión social que le es propia más allá de su reducto industrial tradicional, ha justificado ciertamente una amplia serie de propuestas de modificación o de reforma institucional de la disciplina, trasladadas ya en medida variable a los diferentes ordenamientos positivos, que se enmarcan sin duda dentro de un debate político y social de más amplio calado.

El debate jurídico general -de política legislativa y técnico- acerca de la adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante proyecta su ambicioso espectro, ciertamente, sobre, al menos, cuatro grandes planos institucionales, diferenciados a efectos de análisis pero lógicamente interrelacionados, que se ofrecen de este modo como otros tantos ámbitos preferentes para la reflexión y la crítica: la delimitación institucional del propio Derecho del Trabajo como disciplina dentro del conjunto del ordenamiento jurídico y de su papel regulador en el sistema social -el debate sobre la “función” y la “refundación” de la disciplina del trabajo asalariado-; el sistema normativo laboral, su morfología y las relaciones dinámicas entre los instrumentos reguladores que lo integran -el debate sobre la “individualización” de las relaciones laborales-; el contenido del ordenamiento laboral y sus soluciones normativas -el debate sobre la “flexibilización”-; y, en fin, el terreno de las actitudes de los sujetos -el debate sobre la “participación” y “cooperación” en las relaciones de trabajo-.

4. Las propuestas de refundación institucional del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica

Las propuestas de reforma han comenzado, desde luego, por la interrogación acerca de la configuración institucional de la propia disciplina jurídica del trabajo asalariado, sobre la redefinición o refundación del Derecho del Trabajo. Las preocupaciones teóricas acerca de este asunto parten, en todos los casos, de la comprobación elemental de la crisis de adaptación del ordenamiento laboral clásico a los cambios experimentados por el sistema de producción y los modos de organización del trabajo. Y las nuevas situaciones económicas y sociales huyen, ciertamente, de la aplicación de un modelo único para la relación de trabajo, mediante la reclamación de los cambios institucionales que permitan la contemplación normativa de las diversas formas de organización de la producción y del trabajo existentes.

Dentro de este marco es preciso tener en cuenta la propuesta de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acerca del “trabajo decente para todos” -*Memoria del director general. Trabajo decente*, Ginebra, 1999-, frente a la transformación de las circunstancias económicas y sociales generada por la nueva economía mundial, adoptada tras la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* (1998) y como punto de convergencia de cuatro objetivos estratégicos definidos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. La Conferencia Internacional del Trabajo aprobaba en esta línea, el 19 de junio de 2009, la resolución *Para recuperarse de la crisis: un Pacto Mundial por el Empleo*. Y también la iniciativa sobre el futuro del trabajo (2015-2019), articulada a través de diálogos nacionales -para España, *El futuro del trabajo que queremos*, Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Madrid- que culminaba en el año del centenario con el importante informe *Trabajar*

para un futuro más prometedor (OIT, Ginebra, 2019), a cargo de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.

La Unión Europea abría asimismo hace años un importante debate acerca de la modernización del Derecho del Trabajo con vistas al mantenimiento de los objetivos de la estrategia de Lisboa de crecimiento sostenible de la economía -Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 2006-. El documento se planteaba, así pues, la «función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una “flexiguridad” que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva». O, de otro modo, el «reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos». La discusión teórica sobre estas cuestiones permanecerá sin duda abierta y de obligado tránsito durante los próximos tiempos.

Y así, sin perjuicio de quienes querrían retrotraer la disciplina de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del Derecho civil de bienes y contratos, como si nada hubiera sucedido desde los orígenes del capitalismo industrial y la función social atribuida desde entonces al ordenamiento laboral pudiese ser desatendida, o de quienes inclusive reclaman una ordenación general del mercado de trabajo, la posición más amplia en la materia se decanta por la configuración de un Derecho común del trabajo, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que las articula y haga posible el ejercicio de la función de cohesión social que le es propia en el nuevo ámbito económico sobrevenido: el trabajo subordinado tradicional a través del contrato de trabajo, el trabajo parasubordinado económicamente dependiente y el trabajo independiente o autónomo.

5. La revisión del sistema normativo laboral

El propio sistema normativo de las relaciones laborales no ha escapado, claro es, a la revisión de su morfología y de su comportamiento

interno, mediante el recurso a operaciones de política jurídica correctoras de la relación funcional clásica entre la ley y el convenio colectivo -entre la norma estatal y la norma producto de la autonomía colectiva, en general- y, derivadamente, del papel tradicional que se ha asignado a la negociación colectiva.

Esta tendencia de reforma normativa, visible ya desde hace años en los ordenamientos positivos, encierra en realidad transformaciones de envergadura y de alcance desiguales, por lo que su aceptación -presentada como contribución incondicional a la modernización del marco regulador de las relaciones de trabajo- no debe ser necesariamente homogénea y funcional. En el horizonte de todo lo cual se halla, a fin de cuentas, el objetivo de la “individualización” de las relaciones de trabajo, entendida la expresión como la operación normativa de recuperación del juego de la autonomía de la voluntad y consiguiente ampliación de la función reglamentadora del contrato de trabajo y, de su mano, de los poderes empresariales en la relación laboral, por encima del esquema tradicional de norma mínima y de pacto de mejora de las condiciones de trabajo.

Así pues, a este orden de cosas hay que referir algunos procesos institucionales visibles desde hace tiempo en las operaciones reformadoras.

Por lo pronto, la “desregulación” de la relación de trabajo, es decir, propiamente, la desaparición o retirada de la regulación imperativa -estatal o convenida colectivamente- que hasta el momento del repliegue normativo contenía la disciplina de un determinado supuesto. La consecuencia inmediata del “vacío normativo” resultante no será otra, así pues, que el “cambio de disciplina” para dicho ámbito, esto es, la eventual ocupación del tejido social ahora libre, bien por la negociación colectiva, si lo que ha desaparecido es una norma legal -autonomización-, bien, en su caso, por la autonomía privada y el contrato de trabajo -individualización propiamente dicha-.

También, la “autonomización” de la relación de trabajo, o reforzamiento de la función normativa de la autonomía y de la negociación colectivas a costa o en detrimento de la que hasta el momento

correspondiese a la ley o a la norma de producción estatal, cuyo repliegue regulador ella misma decide. Se trata, así pues, de supuestos de cambio de la disciplina legal por una establecida por convenio colectivo. Tales como la “dispositivización” de la norma legal, o transformación -decidida por esta- de su naturaleza o carácter imperativo -de derecho necesario- en meramente dispositivo, aplicable en consecuencia solo en defecto de convenio colectivo, lo que sin duda afecta a la relación de subsidiariedad entre estas fuentes, manteniéndose en unos casos la solución normativa propia del anterior precepto imperativo -continuidad normativa- y adoptando la norma legal, en otros, contenidos o soluciones menos favorables para los trabajadores -regresividad normativa-. O la “transferencia” de materias reguladas hasta el momento por una norma estatal al ámbito de la negociación colectiva, sin perjuicio del eventual mantenimiento de exigencias legales básicas de carácter imperativo -supuesto de autonomización plena o de exclusión voluntaria de la norma estatal, provisto por igual de elementos propios de la relación de complementariedad entre las normas y de novedad institucional. O, sin duda, la ampliación de las materias que integran el “contenido mínimo” del convenio colectivo.

Y, en fin, la revisión de la función uniformizadora de la negociación colectiva, a través de propuestas institucionales diversas. La “contractualización” de la regulación producto de la autonomía colectiva, o revisión de la eficacia normativa del convenio -el convenio colectivo como norma jurídica- en beneficio de su consideración como un contrato, de carácter colectivo pero provisto tan solo de eficacia contractual. La limitación de la eficacia personal del convenio colectivo, contra el principio legislativo de su eficacia general o “erga omnes”, abriéndose camino de este modo el recurso u oferta a supuestos variados -por razones de la situación económica de la empresa, básicamente- de inaplicación parcial de los mismos. La “descentralización” plena de los instrumentos convencionales, articulándose a tal fin un sistema plural de acuerdos colectivos con el recurso a la utilización flexible de sus diferentes modalidades en las distintas unidades de negociación -régimen de acuerdos y convenios a la carta. O la

remoción de determinados ingredientes definidores del sistema de negociación colectiva tradicional -la ultractividad del convenio, de modo señalado.

6. La flexibilización de los contenidos normativos

Los profundos cambios imputables a razones económicas de que ha sido objeto el contenido del ordenamiento laboral se justifican de modo habitual, por cierto, mediante el recurso a la noción de “adaptación” de la disciplina legal del mercado de trabajo al marco económico en que las empresas desarrollan su actividad, con el declarado propósito de mejorar la competitividad de las mismas y de facilitar de este modo la creación, el incremento y, también, la mejora de la calidad del empleo -el debate sobre la flexibilización de los contenidos normativos-. En realidad, mera actualización y trasunto semántico de formulaciones ya conocidas con anterioridad, como la de “flexibilización” y semejantes.

Y ello ha sido así a partir, fundamentalmente, de la incorporación de mecanismos de “adaptabilidad normativa” en las distintas fases de la relación laboral, destinados a aumentar los poderes del empresario en la dirección y control de la mano de obra: la oferta de modalidades de contratación plurales -flexibilidad de “entrada”-; la definición más flexible -flexibilidad “interna”- del contenido de la prestación laboral -sistemas de clasificación profesional y de retribución, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo- y la reordenación del tiempo de trabajo -jornada, descansos, trabajo nocturno, a turnos-; y, en fin, la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral -flexibilidad de “salida”-.

7. La intervención normativa en el terreno de las actitudes de los sujetos laborales

Las operaciones de adaptación institucional del ordenamiento laboral a los nuevos ámbitos económicos y sociales se completan, por último, con la intervención en el sensible territorio de las actitudes de los sujetos de la relación laboral y su contemplación por el ordenamiento jurídico, a través de actuaciones normativas diversas orientadas tendencialmente hacia el desplazamiento de la frontera móvil existente siempre entre el conflicto y la cooperación en las relaciones de producción y de trabajo asalariado hacia los dominios de esta última -el debate sobre la participación y la cooperación en las relaciones de trabajo-. Es el caso, singularmente, de la habilitación legislativa de mecanismos institucionales de participación y de diálogo en detrimento perceptible de la reivindicación y de la confrontación o, también, de la (a veces) verdadera obsesión legal por la calificación de las instancias colectivas de representación de intereses de los trabajadores en la empresa como fórmulas participativas en la misma.

8. La función social duradera y la permanencia del Derecho del Trabajo: el “equilibrio estructural” del modelo

Así las cosas, no parece ocioso introducir una reflexión general acerca de la permeabilidad discrecional de las fronteras de la disciplina y contra el voluntarismo metodológico en la materia. O, dicho de otro modo, ¿son ampliables a voluntad los límites del campo de aplicación del ordenamiento laboral? ¿Existen reglas objetivas de ordenación del tránsito o flujo institucional hacia dentro y fuera de los perfiles de la disciplina? La historia del Derecho del Trabajo es en todos los escenarios nacionales, ciertamente, la propia de su movilidad de contenidos, incluida la permanente ampliación subjetiva de su ámbito aplicativo, pero no cabe duda de que estas operaciones normativas no son sino otras tantas traducciones de política legislativa en el ejercicio de la función social que tiene atribuida dicho ordenamiento.

La actualización de la función del ordenamiento laboral en territorios fronterizos a su esfera de comportamiento genuina se ha manifestado, así

pues, a través de fórmulas técnicas diversas, como son la utilización de un número abierto de relaciones laborales “especiales” o “atípicas”, junto al contrato de trabajo común destinatario del patrón normativo, o, en fin, la “laboralización” parcial -y protección social consiguiente- del trabajo por cuenta propia, independiente o autónomo, o, mejor aún, de determinadas expresiones del mismo -trabajo parasubordinado, económicamente dependiente-.

La exclusión tradicional del trabajo autónomo del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, explicada a partir de la posición desplazada que la figura ha ocupado dentro del sistema industrial de producción -la actividad económica del modelo de referencia ha descansado, como se sabe, sobre la prestación generalizada de trabajo retribuido y dependiente-, ha dejado paso a un incremento paulatino de la significación económica de las diversas expresiones del trabajo autónomo -tantas veces cobertura fraudulenta, sin embargo, de relaciones laborales propias- dentro del sistema de producción -paralelo, por lo demás, a la crisis del empleo, o de determinadas formas del mismo- y a la consiguiente preocupación de los poderes públicos por la protección social de estas personas.

La defensa de una extensión -siempre parcial y limitada por la naturaleza de las cosas- de las normas laborales a los trabajadores autónomos tiene su plena justificación, a fin de cuentas, en el despliegue de la propia función integradora y de legitimación social del Derecho del Trabajo, esta vez en relación con personas y actividades que, no siendo aquellas que siguen definiendo el supuesto tipo de regulación, son sin embargo perfectamente asimilables a estos propósitos al ámbito institucional del trabajo asalariado. La búsqueda de un marco jurídico laboral adaptado al trabajo autónomo se relaciona así, en último término, con la preocupación por garantizar a estos trabajadores niveles de protección social -laboral y de seguridad social- semejantes a los trabajadores asalariados. A cuyo fin se disponen, por lo demás, fórmulas de laboralización parcial del supuesto, del tipo de la habilitación legislativa contenida en el ordenamiento español, según la cual «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la

legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente», que sanciona en definitiva un modelo legal de “exclusión general/laboralización excepcional” del trabajo autónomo en su relación con el ordenamiento jurídico laboral.

La actividad económica del modelo de referencia sigue descansado principalmente, así pues, sobre la relación de intercambio de trabajo dependiente por salario, esto es, sobre la prestación de trabajo por cuenta ajena, por lo que el conflicto social generado en su seno y la necesidad de su disciplina o integración se han erigido en el punto de mira y en la razón de ser, respectivamente, del ordenamiento jurídico laboral. Con todo, la significación económica actual de las diversas expresiones del trabajo autónomo dentro del sistema de producción, así como el creciente proceso de proletarización -de asimilación a los estándares de vida y de trabajo de los asalariados- de los trabajadores que se ocupan en estas formas de actividad, se encuentran por supuesto en el origen de la preocupación de los poderes públicos por la protección social de estas personas.

Como no ha dejado de reconocer un importante informe europeo - AA.VV. (A. Supiot coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro el Derecho de Trabajo en Europa. Informe para la Comisión Europea*, 1999-, «estos desarrollos recientes ponen de manifiesto el lugar central que ocupan en este debate las cuestiones relativas a la protección social», en la medida en que «el trabajo autónomo no es concebible si tiene como objeto o como efecto mermar los ingresos de la seguridad social; y, a la inversa, el estatuto de trabajador autónomo no es atractivo, si a las incertidumbres económicas que son inevitables en el mismo hay que sumar la perspectiva de una mala protección social». La aplicación de determinados aspectos del Derecho del Trabajo a los trabajadores que no son asalariados ni empresarios ha sido tomada en consideración de este modo por distintas legislaciones nacionales -las “collaborazioni continuative e coordinate” del ordenamiento italiano o los “trabajadores económicamente dependientes” del español, de modo señalado-, en cuya operación extensiva late, desde luego, la idea de que los trabajadores que no pueden ser calificados como

asalariados, pero que se encuentran en una situación de “dependencia económica” frente a un empresario principal, deben poder beneficiarse de los derechos sociales propios de esa dependencia -trabajadores semiautónomos, parasubordinados, etc-.

La protección social de estos trabajadores autónomos, además naturalmente de su incorporación a la acción protectora del sistema de seguridad social, o de las ayudas de política de empleo o de carácter fiscal adoptadas en su favor, puede ser perfectamente articulada en razón a las consideraciones antes expuestas -también en la actualidad, en pleno proceso cultural de valorización económica y social del recurso al trabajo independiente- a través de la fórmula normativa de cláusulas generales de laboralización parcial.

Y volviendo pues a la reflexión principal sobre la función social y la permanencia del Derecho del Trabajo, deben quedar asentadas ya a este propósito algunas consideraciones de carácter básico.

Primera. La “función integradora” -juridificación, institucionalización- del conflicto estructural instalado en la relación de trabajo asalariado es la razón de ser histórica o causa eficiente del Derecho del Trabajo, al propio tiempo que la justificación de su mantenimiento o permanencia.

Segunda. Esta función esencial reposa sobre un delicado “equilibrio estructural” entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado -compensación de las desigualdades del contratante débil y de los grupos sociales dependientes-, por otro.

Tercera. La interpretación histórica de dicho equilibrio es una operación contingente, de acuerdo en cada caso con los diferentes factores condicionantes en juego -el sistema político y la correlación de fuerzas sociales dentro del mismo, la situación de la economía, el papel desempeñado por la autonomía colectiva, etc.-, sin que en ningún caso la acción legislativa pueda dismantelar el “núcleo esencial” del acuerdo social sobreentendido -traducible a la postre en la noción de “pacto constitucional

material”-, so pena de privar al cuerpo jurídico laboral de su función legitimadora primaria.

Cuarta. El aparato institucional y las soluciones normativas de que se sirve el ordenamiento laboral, instrumentos por lo tanto para la realización de la función social que le es propia -es indispensable distinguir, por lo tanto, como se ha indicado, entre “función objetiva” del ordenamiento laboral y “modo de llevarla a cabo” en cada escenario y de acuerdo con los factores condicionantes del caso-, no han dejado de experimentar lógicamente las transformaciones históricas derivadas del desarrollo de los correspondientes procesos sociales, políticos y económicos.

Quinta. El resultado último de este entramado no es otro, en fin, que la “legitimación del sistema social y de su orden económico” -sistema de libertad de empresa y economía de mercado propios del Estado social y democrático de derecho-, cuya racionalización debe quedar asegurada siempre en el marco de las limitaciones y contrapesos conocidos, lo que a la postre habrá de servir de test para medir la efectividad social del propio sistema normativo laboral.

Se puede concluir así que la existencia de transformaciones institucionales -o de cambios de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas- originadas por causas políticas y económicas es consustancial al Derecho del Trabajo, de las que ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación -la prestación de trabajo asalariado dependiente-, cuya operación ha sido moldeada en cada caso naturalmente por las modificaciones históricas producidas a lo largo de la evolución del sistema de producción de referencia y los cambios sociales aparejados.

El problema radica, sin embargo, en la determinación del alcance de dichas transformaciones institucionales, así como en la identificación de los objetivos singulares que motivan las correspondientes iniciativas legislativas que las hacen posibles, lo que no deja de ser, por cierto, una cuestión esencialmente política, aunque utilice vehículos o instrumentos de expresión

de otro carácter -económicos, jurídicos-. Y, de este modo, el conflicto de intereses instalado en el seno de las relaciones laborales proyecta lógicamente su debate o confrontación a este ámbito de reflexión. Por ello, la discusión acerca de la transformación o reforma del marco normativo de las relaciones de trabajo corre el riesgo, sin embargo, al igual que las cuestiones de matriz ideológica y política semejante -el debate sobre la flexibilización del marco laboral es un buen ejemplo-, de convertirse en una polémica puramente formal, desprovista de contenidos y amparadora por ello de las más heterogéneas propuestas en sintonía con los respectivos intereses en juego.

Bajo su cobertura formal, reformar o flexibilizar el marco regulador del mercado de trabajo puede querer significar, según quien realice la propuesta, desde la pura desarticulación de los elementos de tutela del ordenamiento laboral, so pretexto de que engendran supuestas e indeseables disfunciones para el desarrollo del proceso productivo -con significativa y peligrosa similitud a la situación antecedente a la intervención del Estado en los primeros tiempos de la industrialización capitalista-, hasta la adaptación lógica del ordenamiento laboral a las exigencias de las transformaciones sociales y económicas, acerca de cuya procedencia seguramente pocas discrepancias cabría aceptar en el plano teórico, pasando por diversas propuestas de carácter intermedio. Por ello, el debate sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo debe ser referido, específicamente, a las iniciativas o modificaciones singulares que se pretendan llevar a cabo, desplazándose la discusión a un plano concreto de los contenidos y las soluciones normativas proyectadas.

Y así, no deja de resultar preocupante, desde el punto de vista del equilibrio estructural del modelo laboral del Estado social y de su función objetiva, el sesgo “desequilibrador” incorporado a determinadas operaciones de política legislativa frente a la crisis económica. Como ha sucedido en el ordenamiento español, sin ir más lejos, con la reforma laboral promovida por el Gobierno del Partido Popular en 2012 y años siguientes. Estas normas han perpetrado, a través de instrumentos diversos un reforzamiento

considerable del poder individual del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo, con vistas a la consecución de un modelo pleno de “gestión empresarial” de la flexibilidad interna en la empresa y de mejora de su tasa de ganancia, entendida como presupuesto para la recuperación de la actividad económica, lo que forzosamente redundará en un deterioro parcial de la posición contractual de los trabajadores en la empresa. Y, al propio tiempo, una erosión significativa del poder contractual colectivo de los trabajadores, mediante la degradación efectiva de la negociación colectiva sectorial de condiciones de trabajo. Como consecuencia de lo cual, claro es, el “desplazamiento” sensible de la línea de equilibrio del modelo laboral en vigor hacia el territorio de los intereses empresariales está servido.

Con todo, el nuevo Gobierno de coalición entre el Partido Socialista y Unidas Podemos que se ha abierto camino en España desde el mes de enero de 2020 tiene encima de su mesa política la posibilidad de revertir esta situación. Es más, ha anunciado que lo hará.

Bibliografía

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2006). *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI.*
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (1997). *Dictamen sobre el empleo, competitividad y globalización de la economía.*
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (2017). *La digitalización de la economía.*
- OIT (1999). *Memoria del director general. Trabajo decente.*
- OIT (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor.*
- PALOMEQUE, M. C. (1984). “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, Nº 143.
- SUPIOT, A. (Coord.) y AA.VV. (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro el Derecho de Trabajo en Europa. Informe para la Comisión Europea.*

Recursos electrónicos

- CONSEJO EUROPEO DE LISBOA (2000). Conclusiones de la Presidencia.
Disponible en https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm.

LA SALUD Y EL TRABAJO, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL FUTURO

HEALTH AND WORK, THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE FUTURE

María Luz VEGA RUIZ

Consejera principal. Departamento de Investigación de la Organización Internacional del Trabajo

vega@ilo.org

Fecha de envío: 27/01/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

LA SALUD Y EL TRABAJO, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL FUTURO

María Luz VEGA RUIZ

Organización Internacional del Trabajo

Resumen: La salud y el trabajo se encuentran intrínsecamente unidos en su regulación desde la primera revolución industrial. Las nuevas formas de trabajo sitúan a la salud en el centro de las condiciones de trabajo y hacen necesario reexaminar las formas de regularlas para garantizar la dignidad y los niveles de protección necesarios. La reciente discusión sobre el Futuro del trabajo abre la posibilidad de plantear la cuestión y de considerar la salud en el trabajo como un derecho fundamental en el trabajo.

Palabras clave: Salud - Derechos fundamentales - Condiciones de trabajo - Seguridad y salud en el trabajo - Derechos humanos - Nuevas formas de trabajo

Sumario: 1. Cuestiones preliminares 2. La salud como núcleo de las condiciones de trabajo. 3. La salud como derecho 4. La seguridad y la salud en el trabajo: elemento fundamental de las políticas de salud y/o derecho fundamental 5. Conclusiones: derecho a la salud y derecho del trabajo.

Abstract: Since the Industrial revolution: Health and Work are closely interdependent in the regulations. New forms of work place the health at the centre of the working conditions and call for a new examination of its regulation with the view of preserving human dignity and the needed level of protection. The recent discussion on the Future of work has opened the possibility and the discussion on the need of considering OSH as a fundamental right at work.

Key words: Health - Fundamental rights - Working conditions - OSH - Human rights - New forms of work

Summary: 1. Preliminary questions. 2. The health at the centre of working conditions 3. Health as right 4. OSH: fundamental element of health policies or fundamental right? 5. Conclusions: right to health and labour law.

1. Cuestiones preliminares

Trabajo y salud aparecen como conceptos diferentes en una primera aproximación a la esfera del ser humano. Sin embargo, se trata de “hechos” intrínsecamente interrelacionados, por cuanto hoy es impensable que el trabajo pueda hacerse en condiciones adecuadas en un estado de ausencia de salud. De hecho, para la OMS la salud “es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹. Esta definición muestra desde un punto de vista internacional, la clara interrelación entre dos hechos en principio diferentes, pero en la práctica interdependientes: la salud es imprescindible para trabajar y las condiciones en las que se realiza el trabajo pueden perjudicar la salud.

Nadie duda hoy que la Revolución Industrial y como consecuencia una nueva forma de trabajar, ocasionó cambios sustantivos en las condiciones de vida y bienestar de los trabajadores, razón por la cual diversos investigadores de perfil social o económico, comenzaron a estudiar el impacto de los cambios industriales sobre la salud de la población trabajadora. Marx y Engels Villerme, Guérin, Penot y Benoiston de Chateauneuf entre otros, son algunos de los que consideraban el deterioro de la salud como uno de los efectos del capitalismo en los nuevos métodos de trabajo, es decir la nueva forma de organizar la producción afectaba el desarrollo humano².

En el siglo XX se consideró como una evidencia que el desarrollo económico y el humano deben ir estrechamente unidos. El aumento de la esperanza de vida, la disminución de la mortalidad de los niños menores de cinco años. o la reducción de la proporción de iletrados y analfabetos alcanzó tasas impensables hasta entonces, aunque, sin embargo, observando el

¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, e adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde entonces

² Yanez L. El trabajo como determinante de la salud. Salud Trabajadores. 2003;11(1):21-42. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2938663>.

mundo desde una perspectiva global, las privaciones y carencias humanas siguieron y siguen siendo masivas.

Estas carencias continúan presentes y en este sentido, el informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo de 2019 resalta las desigualdades como el mayor problema de nuestro tiempo. “Junto a la reducción de la brecha de los niveles de vida básicos —con un número sin precedentes de personas que consiguen huir de la pobreza, el hambre y las enfermedades en todo el mundo— se observa también que las capacidades que necesitarán las personas para competir en el futuro inmediato han evolucionado”, señala el informe³, es decir que si bien el mundo se desarrolla y mejora en ciertos ámbitos los niveles de vida de la población, la globalización ha traído nuevo retos para la salud de los trabajadores, la ecología, o la sostenibilidad⁴.

Las consecuencias sociales del modelo económico de desarrollo existente, además de concentrar capital, producir pobreza, desempleo, y merma en la calidad del empleo, han afectado de forma negativa a la salud de los trabajadores, incrementando el número de accidentados y enfermos ocupacionales. La OIT calcula 7.500 muertos por día como consecuencia de ambientes de trabajo inseguros e insalubres, de los cuales 6.500 fallecen por causa de enfermedades contraídas en el trabajo.

Cada día mueren personas a causa de accidentes laborales o enfermedades relacionadas con el trabajo – más de 2,78 millones de muertes por año. Además, anualmente ocurren unos 374 millones de lesiones relacionadas con el trabajo no mortales, que resultan en más de 4 días de absentismo laboral. El coste de esta adversidad diaria es enorme y la carga económica de las malas prácticas de seguridad y salud se estima en un 3,94 por ciento del Producto Interior Bruto global de cada año⁵. Es

³ PNUD. Informe sobre desarrollo humano 2019. http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf

⁴ Ya el informe del PNUD en el 2018 indicaba la merma de los recursos renovables, la contaminación del ambiente, la evidente exacerbación de las desigualdades y en suma la aceleración del nexo-consumo-obreza-desigualdad-medio ambiente.12. Informe sobre desarrollo humano 1998. Madrid: Ed. Mundi-Prensa; 1998

⁵ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_687617.pdf.

evidente desde estas cifras, considerar que la salud es parte esencial del estudio del trabajo y está en el origen del desarrollo social, y que la necesidad de contar con un trabajo decente y un medio ambiente saludable es una reivindicación básica y esencial de la esfera de lo laboral.

Paralelamente, y como ya se esbozó, en el mundo del avance de la ciencia médica y del uso del algoritmo en el tratamiento personalizado del enfermo, el trabajo aparece hoy más que nunca en el origen de nuevos riesgos, enfermedades e incluso como elemento de distorsión de la salud pública. ¿Cómo es posible este cambio?

La protección de la salud, que fue parte de las primeras leyes sociales, incluso de algunas adoptadas sin fines explícitamente laborales (en Prusia, hacia 1830, las primeras leyes contra el trabajo infantil fueron promovidas por líderes militares que buscaban una población de reclutas sanos), es hoy causa de preocupación en un mundo donde la actividad profesional se ve afectada por elementos externos de riesgo, como la polución medioambiental y la invasión tecnológica, e internamente por los cambios en los sistemas de producción, por la necesidad de nuevas competencias laborales y, en fin, por una gestión diferente de los llamados recursos humanos.

Como resultado, según el estudio de *The Work Force View*⁶, en 2018, una de cada cinco personas en Europa (18%) afirmaba sufrir de estrés todos los días y un 30% de ellas se sentían tan estresadas que se planteaban cambiar de trabajo. No obstante, el 79% de los entrevistados se consideran optimistas, lo que genera aún más contradicciones al intentar interpretar los resultados. ¿Un futuro de optimistas estresados? Esta es sin duda una conclusión simplista.

Nadie duda que trabajar sigue siendo hoy una necesidad y una forma de realización humana, aunque por sus condiciones actuales sea también una causa importante de estrés y de enfermedades, que amplían su espectro más allá de los riesgos profesionales conocidos. El reciente reconocimiento del *burn out* por la OMS como enfermedad, y la inclusión de los trastornos

⁶ <https://www.asociacion-centro.org/wp-content/uploads/2018/04/ADP-Workforce-2018-ES.pdf>.

mentales y del comportamiento en la lista de enfermedades profesionales de la OIT, constatan el hecho de que la salud del trabajador enfrenta en el siglo XXI retos invisibles que van más allá de lo conocido, de lo predecible y de lo que con los medios actuales es posible prevenir.

Es innegable que el mundo de hoy ofrece formas de trabajo muy distintas en contenido y condiciones de las existentes después de la primera revolución industrial. Hoy se plantean dicotomías tales como la autonomía del trabajador *versus* la inestabilidad, la necesidad de capacidades y formación especiales *versus* la tendencia a un menor esfuerzo físico, la disminución de la penosidad y el impulso de la creatividad *versus* el trabajo mecánico y repetitivo, y la deslocalización del centro de trabajo por una mayor independencia y flexibilidad *versus* la sociedad 24 horas/ 7 días.

En este contexto, la necesidad de preservar la salud mental y el equilibrio personal adquiere preminencia sobre la defensa de la salud física de forma exclusiva, lo que ilustra la permeabilidad mayor de lo laboral a todas las esferas sociales y humanas. Es decir, el trabajo se expande por todos los ámbitos humanos, convirtiendo la salud en un bien de obligada protección. Se siguen necesitando hoy trabajadores “sanos”, pero se concibe el bienestar social como una aspiración universal. No cabe trabajar sin tener salud.

La salud laboral aparece hoy estrechamente ligada a la salud pública, ya que, por ejemplo, normas medioambientales en materia de contaminación del aire, tienen un impacto directo en las normas de seguridad y producción en la empresa, y que cualquier forma de violencia social afecta el mundo del trabajo.

Parece, así, evidente que la salud laboral no quedará circunscrita a la limitación de la penosidad o la peligrosidad de la tarea, que se verá aliviada por el uso de la máquina, sino por el nivel de concentración, estrés, sofisticación y adaptación al cambio que pueden llevar consigo las nuevas formas de trabajo, así como los efectos de un cambio climático que afecta todos los sectores y puede transformar radicalmente el trabajo.

Nuevas formas de trabajo a distancia, verbigracia el teletrabajo, provocan nuevos conflictos y situaciones de stress. De hecho, el 41% de los trabajadores con trabajo móvil basado en las TIC registran altos niveles de estrés, frente al 25% de los trabajadores que desempeñan sus tareas en las instalaciones del empleador. Esto reviste especial importancia cuando los trabajadores tienen que trabajar desde casa más horas de las que les corresponden. El teletrabajo y el trabajo móvil basado en las TIC también se asocian a los trastornos del sueño que, a su vez, se relacionan con los niveles de estrés⁷.

No cabe duda que la utilización de nuevos entes “automáticos” genera diferentes riesgos físicos y psíquicos, e incluso una nueva categoría de riesgos morales, al enfrentarse a problemas éticos. Las llamadas “enfermedades del progreso” son una nueva perspectiva que parece re-enfocar la prevención, basculando de lo físico a lo mental, y eso implica nuevas reglas y límites. Prueba de ello son las regulaciones sobre violencia y acoso en el trabajo, que han dado lugar incluso a la adopción de un nuevo Convenio internacional en el trabajo en la última Conferencia de la OIT.

Desde la perspectiva actual, la salud adquiere un papel central en una sociedad donde la ecuación espacio/tiempo se diluye en el ejercicio de la actividad profesional. La necesidad de garantizar equilibrio entre la vida personal y profesional va más allá de avalar las condiciones de trabajo establecidas, ya que debe reflejar los ritmos biológicos de descanso necesario, lo que resulta hoy más complicado con el uso de nuevas tecnológicas y de “maquinas inteligentes” que permiten acceder a la vida personal y profesional simultáneamente (teléfonos móviles, tabletas, etc.). Más allá de la tecnología, el ser humano enfrenta un mundo “sucio”, contaminado, donde respirar o beber agua limpia resulta difícil, a veces imposible.

2. La salud como núcleo de las condiciones de trabajo

⁷ Buneo C. EL TIEMPO DE TRABAJO Y SUS EFECTOS EN LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES OIT https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/WCMS_732837/lang-es/index.htm. Pág 7

La actividad laboral está sujeta a variables muy diversas y el conjunto de todas ellas forman las condiciones de trabajo. Aspectos económicos (salario), organizativos (tiempo de trabajo) y la preservación de la salud son los principales componentes de dichas condiciones.

De forma general, y revisando la mayor parte de las definiciones técnicas se entiende como condiciones de trabajo cualquier aspecto del trabajo con posibles consecuencias para la salud de los trabajadores, incluyendo, además de los aspectos ambientales y los tecnológicos, las cuestiones de organización y ordenación del trabajo. El concepto cubre un amplio rango de temas, pero centrados y entorno a la dignidad y el bienestar del individuo que realiza una actividad laboral.

Aunque como se ha mencionado, la enfermedad no es algo extraño a la condición humana, sino que forma parte de su naturaleza, al igual que la salud, no es menos cierto que en el trabajo “nos relacionamos” con sustancias, materiales y máquinas peligrosas, con exigencias físicas forzadas, con condiciones ambientales y climáticas perjudiciales, etc. Estas pueden ser evitables o minimizadas, si existe una política de prevención adecuada y si se evalúa cualquier característica del trabajo concreto que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador⁸, estas medidas deben ser consideradas de forma amplia. Es por ello que también influyen en la salud las condiciones de empleo y el modo en que se presta el trabajo asalariado: los tipos de contratos, la jornada, el reparto de género de las tareas, la doble jornada.

Desde esta perspectiva la salud, en el concepto que se mencionó y que utiliza la OMS, es el centro de dichas condiciones, el núcleo central sobre el que establecer una serie de derechos y que permite el desarrollo del trabajo decente.

La propia OIT en el Preámbulo de su Constitución⁸ ya señala que en su origen y fundamento está el hecho de “*que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número*

⁸https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO.

de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y (considerando) que es urgente mejorar dichas condiciones”. Incidiendo en esta idea la Declaración de Filadelfia (anexo de la Constitución) considera que, entre otras, es necesario fomentar programas que permitan “*adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección; así como “proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”*”.

El concepto condiciones de trabajo quedaba así acuñado para la Organización de forma interrelacionada y ligada al bienestar, la paz y la justicia social. No puede existir justicia y paz social sin garantía de dichas condiciones.

Avanzando en la idea, el concepto general de ambientes de trabajo sanos y seguros ha ido plasmándose en documentos esenciales de OIT entorno a un enfoque que permita garantizar condiciones de trabajo saludables y seguras. Esta nueva formulación fue ya reconocida en la Declaración de Justicia Social⁹, donde las condiciones de trabajo (sanas y saludables) son consideradas como una medida de protección social¹⁰ que deberá ser sostenible y adaptada a las circunstancias nacionales¹¹.

El concepto de condiciones de trabajo seguras y saludables se recoge de nuevo en la Declaración del Centenario de la OIT¹² que insiste así mismo en algunas ocasiones en la necesidad de tener *condiciones de trabajo más*

⁹Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf.

¹⁰De hecho en el Curso de la discusión sobre la Declaración se planteó a la Oficina la cuestión si la seguridad y salud era elemento del concepto de la protección de los trabajadores https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_488863.pdf párrafo 240 y ss.

¹¹ Punto I A ii)

¹² Parte II D) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf.

humanas, alineándose con la Constitución original de la OIT y con la idea general de un futuro del trabajo centrado en las personas.

Más allá de las normas internacionales que regulan las diferentes condiciones de trabajo de forma general, o por sectores y/ o categorías de trabajadores, son también numerosos en la Organización, los instrumentos que abarcan en su contenido a las condiciones de trabajo y hacen referencia explícita a su protección, incluyendo en el concepto la salud de forma implícita o explícita, y a menudo la protección del bienestar de los trabajadores.

Es por tanto evidente que las condiciones de trabajo son un concepto global que define la forma en que se realiza y se proyecta el trabajo y cuyo centro es la protección de un ser humano “sano” en un sentido amplio. Los cambios actuales en la forma en que se realiza la prestación laboral sitúan de nuevo a la salud como el elemento nuclear de esa protección debida, lo que pareciera haber estado en tela de juicio, e incluso haber llevado, en algunas ocasiones, a considerar la seguridad y salud en el trabajo fuera de ese “corpus” único que responde a la idea inicial de “la necesidad de protección” expresada por la Constitución de la OIT. No obstante, el ya mencionado concepto de condiciones de trabajo sanas y saludables recoge de forma firme esta perspectiva, apartando cualquier duda sobre la necesidad.

Los trabajos de la Comisión Global sobre el futuro del Trabajo marcaron explícitamente esta línea. Por ejemplo, al referirse al tiempo de trabajo la Comisión señala que “la capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial. Los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deben invertir esfuerzos en elaborar acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad. El diálogo social es una herramienta importante para forjar acuerdos innovadores sobre la ordenación del tiempo de trabajo, adaptados a los trabajadores y a los

empleadores. Así, los trabajadores, tanto hombres como mujeres, podrían *organizar* sus horarios con arreglo a sus responsabilidades domésticas”¹³.

La propia evolución de los riesgos laborales y su prevención deben ser redefinidos en función de nuevos criterios dónde temas como el bienestar psicológico y sensorial tiene un lugar preminente por la incorporación de las tecnologías y estos aspectos quedan intrínsecamente ligados con las demás condiciones de trabajo.

Situaciones nuevas como la evaluación abierta vía internet de la reputación se convierte en un riesgo laboral psicológico de primer nivel en algunas ocupaciones¹⁴. Al mismo tiempo algunas nuevas formas de trabajo son consideradas por otros “oficios” similares como amenazas, generando situaciones de violencia no pensadas en un ambiente de trabajo de hace veinte años. El conocido conflicto ciudadano entre taxis y otros tipos de vehículos con conductor con uso de plataformas (Uber o Cabify) es la muestra más evidente de nuevas formas de violencia laboral. Además, muchas de las tareas que surgen del uso de nuevas tecnologías son fruto de una fragmentación del proceso de producción y provocan asilamiento y presión psicológica consecuente. Es por tanto evidente que la protección debida para el ser humano debe referirse muy específicamente a un concepto amplio de salud.

El uso de nuevas tecnologías (TCI) puede traducirse en tecno estrés es decir “una clase de estrés laboral que se produce cuando el trabajador muestra un rechazo o tiene una actitud negativa hacia las NTIC por diversos motivos, en otros, por la falta de adaptación a las nuevas herramientas o por sus gustos personales”¹⁵. La incorporación de robots no está exenta de nuevos riesgos. En efecto la existencia de robots al lado de trabajadores tradicionales puede generar presión psicológica por el ritmo en que “opera”

¹³ OIT. Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, 2019, Ginebra, pág. 42.

¹⁴ Empresas como Ebay o Amazon permiten que sus clientes valoren los productos vendidos a través de su plataforma, así como dejen comentarios sobre la fiabilidad del vendedor, la rapidez en la entrega y la atención postventa, y con ello se determina la continuidad del trabajador y en algún caso las compensaciones. La presión que representa estas herramientas es muy superior a la ejercida por una “antigua” vigilancia permanente en el centro de trabajo.

¹⁵ UGT *Riesgos psicosociales. Tecnoestrés*, Fichas de prevención, 2013.

el robot o por la existencia de tareas añadidas, así como el sentimiento de una mayor responsabilidad en la toma de decisiones que manejar robots implica.

Otro problema respecto a estos nuevos riesgos es delimitar el espacio profesional y el privado por cuanto la acumulación de estrés puede también ser resultado de presiones a las que se encuentra sometido el ser humano en su día a día, y dónde también se incorporan las nuevas tecnologías.

Salud laboral y salud pública aparecen cada día más relacionadas, como ya se mencionó, lo que tendrá efecto también en los regímenes de previsión y la cobertura y financiación de los riesgos comunes y de trabajo, llegando en casos como las plataformas de “riders” a que el trabajador cubra su propia “seguridad”. En todo caso la protección de la salud no sólo cobra perspectivas nuevas, sino que le dota de centralidad (o la recupera) en el mundo del trabajo¹⁶.

3. La salud como derecho

Es cierto que los primeros documentos sobre derechos humanos no incluían a la salud como tal, pero no por una deliberada exclusión, sino por cuanto la falta de desarrollo científico existente que no permitía exigir algo difícil de proteger.

En el plano internacional, el derecho fundamental a la salud se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en cuyo preámbulo se define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”. También se afirma que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

¹⁶ OIT. Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, 2019, Ginebra, pág. 40.

Cristalizando la idea dos años más tarde, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia sanitaria y los servicios sociales necesarios”¹⁷.

Como ya se indicó, son muchos los componentes que determinan nuestra salud: los niveles de pobreza y exclusión, el desempleo, la educación, el acceso a alimentos, agua potable e instalaciones sanitarias, la vivienda, el acceso a información, los grados de protección social, la discriminación por cuestiones de género, raza o edad, la inversión en salud pública, la vulnerabilidad frente al cambio climático, ya que la salud es un concepto muy amplio.

Es importante reiterar que la salud es mucho más que ausencia de enfermedad o el tener acceso a la atención médica; es un derecho fundamental que toca todos los aspectos de la vida. Es por ello que a, la ya mencionada definición de la OMS de salud, se han ido incorporando otras dimensiones, como la capacidad de funcionar, o la salud como un fenómeno continuo y dinámico a lo largo del tiempo, hasta llegar a instaurarse la idea de que la salud es un fenómeno multidimensional. Así pues, se constata que la noción de salud ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde un enfoque médico-biológico hasta un concepto global e integral que incorpora el paradigma socio-ecológico¹⁸. La preocupación por el impacto del cambio climático es, sin duda, una de las más importantes manifestaciones de las interrelaciones y el cambio de percepción.

El ya mencionado artículo 25 de la Declaración de Derechos humanos indica varios (por no decir numerosos) componentes necesarios para lograr el bienestar, por lo que lo configura como un derecho interdependiente de otros derechos básicos y fundamentales que permiten construir el concepto del estado de derecho y social sobre la base de la idea de que en una

¹⁷ Artículo 25.

¹⁸ Miguel Ángel Royo Bordonada, José Frutos García García Salud Pública y Epidemiología. 2006 <https://www.semanticscholar.org/paper/Salud-P%C3%BAblica-y-Epidemiolog%C3%ADa-Bordonada-Garc%C3%ADa/c22e4945d5c99c5ba7585007825ff02460dbd47f>.

sociedad en la que no se respeten los derechos fundamentales no puede haber bienestar físico, mental y social, o lo que es lo mismo, vida saludable para las personas que son las titulares del derecho.

El derecho a la salud está también desarrollado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 12 establece que los Estados partes en el pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y en el segundo párrafo describe algunas de las medidas que se deberán adoptar para garantizarlo. El problema es que la obligación de adoptar medidas propuesta por el Pacto es laxa, es decir, se deberán “adoptar medidas” creando condiciones para facilitar la promoción de esos derechos de “forma progresiva” y “en la medida de los recursos disponibles”.

No obstante, y a pesar de la vaguedad relativa, desde esta perspectiva el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Similares afirmaciones se encuentran en numerosos pactos y declaraciones regionales de derechos humanos lo que sin duda reitera la centralidad de su consideración y su característica como derecho fundamental. Regiones como la UE consideran OSH como uno de los ámbitos más relevantes de la política social, lo que se refleja por ejemplo en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales que considera que todo “trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud su seguridad y su dignidad”.

Este reconocimiento y compromiso ha sido reconocido por la comunidad internacional, que considera todos los determinantes sociales de la salud como elementos básicos de la agenda de desarrollo.

Ya en 2012, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Resolución que lleva por título el “Futuro que queremos”. En dicha Resolución los jefes de Estado, después de la cumbre de Río+20, se comprometieron a acelerar el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Mundial y pusieron las bases para erradicar la pobreza y el hambre del

mundo haciendo hincapié en el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones: económicas, sociales y ambientales. En ella se afirma explícitamente que las medidas sobre los determinantes sociales y ambientales de la salud son muy importantes para la población mundial “a fin de crear sociedades inclusivas, equitativas, económicamente productivas y sanas. Pedimos que se haga plenamente efectivo el derecho de todos a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”¹⁹.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) actualmente en vigor²⁰, continúan en esta línea. En efecto el objetivo 3: **salud y bienestar**, determina la necesidad de tener una vida saludable y promover el bienestar universal. En los ODS, la salud y el trabajo aparecen intrínsecamente ligados no sólo en el objetivo 8.8 “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” sino al tratar de la salud (ODS 3.9 “para 2030, reducir sustancialmente el número de muertes y enfermedades producidas por productos químicos peligrosos y la contaminación del aire, el agua y el suelo”) y en relación a la creación de instituciones sólidas (16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas).

No cabe duda que la salud tiene una posición central en la agenda a través del ya mencionado ODS 3. De hecho, representa una oportunidad única para promover la salud pública a través de una estrategia integrada de políticas en diferentes sectores (el enfoque “salud en todas las políticas”, planteado por la OMS). Esto implica que el cumplimiento de las metas de salud requerirá una coherencia de programas y orientaciones para reforzar sinergias entre ciertos ODS y minimizar efectos negativos.

¹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/66/288.

²⁰ La llamada Agenda 2030, 8 A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015, que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, constituye la hoja de ruta del desarrollo global para los próximos años. Estos objetivos globales (y sus 169 metas) completan la agenda de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pero van mucho más allá al incluir retos como el cambio climático, la desigualdad económica, el consumo sostenible, paz y justicia, entre otros. A diferencia de los ODM, esta agenda inclusiva lanzada en el 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aplica a todos los países, pobres y ricos, aunque cada país podrá impulsar diferentes metas, según sus prioridades.

Hoy nadie niega que la salud es un derecho humano fundamental por cuanto como todo otro derecho fundamental, es inherente a la persona en razón de su dignidad humana además es un derecho habilitante por cuanto permite el disfrute y el acceso a otros derechos. Su relación con el trabajo es innegable pues es imposible pensar trabajar dignamente en ausencia de salud. Por otro lado, la salud puede verse afectada por el trabajo y afectar su calidad de derecho fundamental lo que plantea cuestiones relativas a la jerarquía de las normas que regulan la seguridad y salud en el trabajo.

Un aspecto esencial en la consideración de la salud como derecho fundamental es su relación con otro derecho fundamental: la igualdad. Es sustancial considerar, como se mencionó, que las desigualdades sociales existentes afectan de forma directa a la salud y que la mortalidad aumenta en relación a la pobreza, la vulnerabilidad y la marginación. De hecho, más causas de desigualdad acumuladas; mayores efectos sobre la salud²¹, de hecho la OMS considera que la principal causa de la mala salud es la pobreza extrema²².

Las desigualdades a las que nos referimos no son sólo las económicas (que pueden explicar las cifras comparativas entre países) , sino las relativas a educación empleo e incluso cohesión social y por muchos estudiosos son consideradas la mayor epidemia en términos de epidemiología.

Más allá de la mejora de los servicios de salud, en un mundo convulso económicamente, es fundamental ser capaz de diseñar y aplicar políticas activas de empleo que puedan paliar los efectos del empobrecimiento de las condiciones de trabajo que afectan esencialmente a los más pobres y débiles. La mayor parte de los datos existente muestran que existe una relación estrecha entre la salud y la inseguridad laboral²³. En efecto en las dos últimas décadas, la investigación sobre salud pública y salud laboral ha ido ampliando paulatinamente su campo de estudio dando cabida a las

²¹ Como señalaba Johan Peter Frank, la miseria es la madre de las enfermedades.

²² OMS Rapport sur la Santé dans le Monde ; réduire les Ecart, Genève, OMS, 1995.

²³ Benach J, Muntaner C, Solar O, Santana V, Quinlan M, EMCONET Network. employment, work, and health inequalities: a global perspective. Icaria editorial 2010.

condiciones de empleo en su relación con la salud y, más recientemente, con la desigualdad. No obstante, los estudios realizados apenas si analizan la situación de los países de renta media y baja, las causas de las desigualdades, o las políticas que ayuden a mejorar la salud y reducir la desigualdad, entre otros temas.

Dichos estudios prueban que el proceso de globalización, caracterizado por el amplio desarrollo de políticas de tipo neoliberal hasta la “gran recesión” actual, ha venido acompañado por el aumento de la desigualdad en aspectos muy diversos: desde el nivel macroeconómico hasta el nivel interpersonal e individual que configura la vida y el trabajo humano.

Sin embargo, aunque en varios países se ha prestado atención a los efectos de dichas políticas sobre las condiciones económicas de las personas, no puede decirse lo mismo con respecto a los efectos que el trabajo tiene sobre la salud y la inequidad en salud. La literatura actual sobre la salud laboral suele centrarse en los factores de riesgo existentes en el lugar de trabajo, un enfoque que es demasiado limitado para entender el papel que juegan los determinantes sociales relacionados con el empleo en la generación de desigualdades de salud en el planeta. La conclusión de los estudios está centrada en la necesidad de elaborar políticas amplias que consideren la salud como un fenómeno global y dónde las políticas de empleo jueguen un papel central.

4. La seguridad y la salud en el trabajo: elemento fundamental de las políticas de salud y/o derecho fundamental

La seguridad y salud laboral o seguridad y salud en el trabajo (denominada anteriormente como "seguridad e higiene en el trabajo") es un proceso interdisciplinario originado como un subsistema de la Administración de Recursos Humanos y como consecuencia de las relaciones laborales, que tiene por objeto la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

También puede definirse como la actividad orientada a crear las condiciones para que el trabajador pueda desarrollar su labor eficientemente y sin riesgos, evitando sucesos y daños que puedan afectar su salud o integridad, el patrimonio de la entidad y el medio ambiente.

Se trata así de un elemento esencial de la salud integral de la persona ya que una parte importante de la vida transcurre ligada al ambiente laboral. Desde una perspectiva tradicional, la seguridad y salud se ha centrado en la prevención de riesgos y en la reparación de los accidentes e incidentes, visión clásica, que buscaba diferenciar el tratamiento de la salud ocupacional con la salud pública.

No obstante, y como se ha venido señalando, los límites entre ambas empiezan a confundirse por cuanto las esferas privada y laboral en los procesos organizativos actuales son difíciles de identificar, así como el poder atribuir responsabilidades.

Anualmente 12,2 millones de personas, mayormente en países en desarrollo, mueren en edad laboral por causas de enfermedades no transmisibles, y se calcula que los problemas relacionados con el trabajo ocasionan una media de pérdidas nacionales que van del 4 al 6% del PIB²⁴.

Si consideramos que más del 50% de los trabajadores en el mundo están en la economía informal y que el 70% del total de los trabajadores (formales e informales) carecen de protección o de seguro en caso de enfermedades o accidentes profesionales, las cifras son alarmantes²⁵.

En la actualidad, la aplicación de tecnologías y las nuevas formas de trabajo se caracterizan por una mayor flexibilidad laboral y conllevan inevitablemente una ruptura del binomio espacio/tiempo de trabajo, tal como estaba diseñado en el trabajo estándar. Estos cambios han provocado riesgos emergentes de diferente envergadura y características, difíciles de afrontar con los sistemas de prevención vigentes.

En efecto dichas formas revelan algunas características muy diferentes de las formas tradicionales de trabajo, a saber:

²⁴ Benavides, Consol, George What can be public health do for the welfare state? Occupational health could be an answer en Benavides FG at al J Epidemiol community Health 2019.

²⁵ Ver nota 22.

- la desvinculación con la empresa en cuanto a espacio físico, provocando aislamiento, el desempeño de un trabajo en solitario, sin liderazgo, apoyo, supervisión y capacidad relaciones personales-laborales, e incluso, trabajar en lugares no apropiados o habilitados para ello; y
- el factor del tiempo de trabajo, en cuanto que la persona debe responder en un plazo fijo a un trabajo determinado; un hecho que condiciona, por una parte, no disponer de horario de trabajo para responder a tiempo y, por otra, somete a la eventualidad del empleo, de una relación que existe durante un encargo determinado y que provoca incertidumbre sobre el futuro y la continuidad del trabajo y el salario de mañana. Como consecuencia de estas nuevas exigencias, el trabajador móvil permanece pendiente constantemente de las plataformas como único medio de interactuar con el empleador, para recibir y trasladar información, resolver una tarea o encontrar una nueva.

Hoy afrontamos una fuerza de trabajo dispersa y diversa que han posibilitado: descentralizar tareas que ahora pueden ser realizadas por trabajadores diseminados geográficamente; acceder a especialistas remotos con diferentes disciplinas, de diferente formación, cultura y edad; y extender la vida laboral hasta una edad más avanzada dado que el uso de la tecnología ha facilitado el desempeño de la labor²⁶.

La literatura especializada identifica a los trabajadores que realizan un uso intensivo de las tecnologías, como vulnerables y realizando su actividad en un entorno de trabajo «siempre de servicio», con menor grado de autonomía y privacidad y con una intensificación de la carga y del ritmo de

²⁶ Stacey, N., Ellwood, P., Bradbrook, S., Laboratory -Hsl, S., Reynolds, J., Ravetz, J., ... Lye, D. (2018). Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025 European Agency for Safety and Health at Work-EU-OSHA 2. Retrieved from <http://europa.eu>.

trabajo, exacerbada por la “necesidad de ajustarse a algoritmos de creación de reputación”²⁷.

Otros factores que aumentan los riesgos psicosociales (los riesgos físicos pueden identificarse más fácilmente en relación a la profesión o empleo) a los que se ven sometidos los trabajadores que no disponen de un lugar de trabajo estándar (las interrupciones y las mayores distracciones que dificultan su concentración; mayor intensidad del trabajo, al trabajar con plazos ajustados con un ritmo elevado y sin pausas; y un mayor aislamiento, falta de apoyo social y liderazgo que incluso), podría determinar el “desarrollo de hábitos antisociales y/o que amenacen la salud como una forma de sobrellevar el estrés, como la dependencia del alcohol o las drogas”, como señala EU-OSHA²⁸.

Existen nuevas enfermedades y ausencias de salud ligadas al ámbito profesional pero no únicamente circunscritas al mismo. El llamado y ya mencionado tecnoestrés fue descrito por Brod en 1984²⁹ como “una enfermedad de adaptación moderna causada por la incapacidad para hacer frente a las nuevas tecnologías informáticas de una manera saludable”. El mismo Brod lo define como “un estado psicológico negativo relacionado con el uso de las tecnologías o amenaza de su uso en un futuro, una experiencia relacionada con sentimientos de ansiedad, fatiga mental, escepticismo y creencias de ineficacia” y condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC.

Otro riesgo emergente, que deriva del uso permanente de la tecnología es el de violencia y acoso cibernético, (que por el uso de internet presenta nuevas variantes al acoso tradicional). Además, la pérdida de habilidades sociales y del contacto facilitado por la realización del trabajo en

²⁷ Akhtar, P., Moore, P. (2017). The psychosocial impacts of technological change in contemporary workplaces, and trade union responses. *International Journal of Labour Research*, 8(1–2), 101–131. Retrieved from www.ilo.org/publns.

²⁸ EU-OSHA. (2019). A review on the future of work: online labour exchanges or crowdsourcing: OSHwiki. Retrieved March 18, 2019, from https://oshwiki.eu/wiki/A_review_on_the_future_of_work:_online_labour_exchanges_or_crowdsourcing.

²⁹ Brod, C. (1984). *Technostress : the human cost of the computer revolution*. Addison-Wesley.

equipo también son una consecuencia del avance de la digitalización y pueden conducir a emplear un lenguaje negativo, hostil y provocar una sensación de despersonalización que podría parecer intimidación. Por otra parte, existen comportamientos que intencionalmente buscan causar ese efecto como el ciberbullying que se caracteriza por el uso de las TIC para infringir daño de una forma repetitiva e intencionada a una persona que no puede defenderse fácilmente.

Otra nuevas formas de violencia que puede cometerse on-line responde a cuestiones de género, como el ciberhostigamiento un tipo de hostigamiento que se comete por correo electrónico, mensajes de texto o en internet y “conlleva la existencia de incidentes reiterados que pueden constituir o no actos inocuos por separado, pero que, combinados, socavan la sensación de seguridad de la víctima y provocan angustia, miedo o alarma”, estos deben ser cometidos por la misma persona de forma reiterada; y el ciberacoso que puede adoptar, entre otras, la forma de mensajes de correo electrónico, de texto (o en línea) sexualmente explícitos y no deseados; insinuaciones inapropiadas u ofensivas en redes sociales o salas de chat en internet; amenazas de violencia física o sexual proferidas por correo electrónico o mensajes de texto (o en línea); e incitación al odio.

Por último, otro tipo de violencia, en este caso presencial, pero propiciado por el uso de la tecnología (en cuanto que posibilita que el trabajador se desplace y trabaje en cualquier lugar), sucede cuando la persona se encuentra trabajando en algún lugar público, en el que puede estar sometido a la violencia física y/o el abuso verbal de terceros, hecho ante el cual un trabajador solitario puede verse sorprendido y sin protección o ayuda a la que recurrir. En este caso, y como ocurre ante otros riesgos emergentes, se está trabajando para que las tecnologías sean las herramientas que permitan reducir el riesgo al que se ve expuesto el trabajador. Como acaece en el caso de sufrir un trabajador desplazado un accidente o enfermedad, durante los cuales los dispositivos portátiles pueden monitorear tanto los signos vitales, como la ubicación del GPS y establecer comunicación con los servicios de emergencia.

La necesidad de garantizar un ambiente de trabajo seguro y protegido para los trabajadores es más evidente en el entorno laboral del siglo XXI, ya que es difícil calificar hoy un trabajo como decente si no es seguro, ni saludable.

En el contexto actual el derecho a la salud en el trabajo se convierte en un elemento central en el deber de protección de las condiciones de trabajo, propio del Estado de bienestar y plasmado recientemente en la ya mencionada Declaración del Centenario y se reafirme su condición de derecho fundamental.

Que el mundo del trabajo ha sido objeto de numerosas transformaciones a lo largo de las dos últimas décadas constituye una realidad que no escapa a ningún sector de la sociedad. Tales modificaciones atienden a la creciente participación de la mujer en el empleo, al aumento de población activa en proceso de envejecimiento, a los cambios en las formas de trabajo y a los cambios en la naturaleza de los riesgos³⁰. El cambio climático representa también una faceta diferente.

En relación con estos últimos llama la atención que su aparición no se deba tanto a la exposición de un riesgo específico sino a un conjunto de factores –entre otros, la organización del trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo, las relaciones jerárquicas, la fatiga asociada al transporte y el grado de aceptación de la diversidad étnica y cultural de la empresa–, que deben inscribirse en un contexto global que la OIT define como «bienestar en el trabajo» y que implica un concepto amplio de salud.

La promoción de un enfoque global del bienestar en el trabajo exige que los agentes interesados –autoridades públicas, interlocutores sociales, empresas, aseguradores públicos y privados, etc.– persigan objetivos complementarios, tales como: la reducción del número de accidentes y

³⁰ En este sentido, se observa que las denominadas «enfermedades emergentes» (la violencia en el trabajo, el acoso y la intimidación) son las causantes de un porcentaje considerable (18%) de problemas de salud asociados al trabajo, en Comunicación de la Comisión «Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)», cit., págs. 6-9.

enfermedades profesionales; la integración de la dimensión de igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación del riesgo; la prevención de los denominados «riesgos sociales»; la consideración de la evolución demográfica y su incidencia en cuanto a riesgos accidentes y enfermedades; el examen de los cambios en las formas de empleo, las modalidades de organización del trabajo y la jornada laboral; la incidencia de los riesgos en las pequeñas empresas; y el análisis de los riesgos nuevos o emergentes, y todo en ello en el contexto de un mundo con peculiaridades crecientes.

Es necesario además implantar una verdadera cultura de la prevención, en la que se incluyan los distintos sujetos del mercado de trabajo, que permita anticipar y controlar todos los riesgos. Para ello, frente a una limitación de la prevención a los riesgos específicos y clásicos se debe abordar una orientación que tienda a la promoción del «bienestar en el trabajo» en tres ámbitos complementarios: educación, sensibilización y adaptación de los riesgos nuevos y emergentes³¹.

Así, los servicios de prevención se entienden como órganos multidisciplinares, que incluyen los riesgos sociales y psicológicos, e integran la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres, mientras que la labor de la inspección de trabajo no sólo debe combinar funciones de control y prevención hacia trabajadores y empresarios, sino también abarcar a la totalidad de los riesgos, especialmente en aquellos sectores en los que tienden a ser complejos y a presentarse de forma combinada (por ejemplo, en hospitales).

Utilizar adecuadamente los instrumentos jurídicos es la última línea de actuación, y precisa la existencia de un marco legislativo equilibrado y sólido, que, aun con todo, requiere su adaptación permanente a la evolución de los conocimientos científicos, al progreso técnico y el entorno del trabajo. Será en este sentido necesaria la integración de los riesgos emergentes a

³¹ En cuanto a la educación se entiende que el factor determinante es la formación profesional continua. De ahí que para que tenga incidencia directa en el entorno de trabajo debe impartirse regularmente y adaptarse a las realidades del trabajo cotidiano. Por lo que se refiere a la sensibilización, debe movilizar instrumentos variados dirigidos a un público específico a través de una adaptación adecuada del entorno de trabajo.

través de nuevas acciones legislativa. Esta línea debe ser completada con un dialogo social global y sectorial.

Los eventuales riesgos climáticos y del medio ambiente y en particular aquellos que son de mayor gravedad³², deberán ser objeto de medidas similares, aunque la discusión política global y las estrategia mundiales en su entorno resultan más complejas.

De lo anterior se desprende que la salud es hoy por tanto un elemento central del desarrollo humano y de las políticas sociales. Su protección se convierte en eje fundamental de las políticas nacionales, y muy en especial, por sus circunstancias particulares de las laborales.

5. Conclusiones: derecho a la salud y derecho del trabajo

El mencionado reposicionamiento de la salud en el centro de las condiciones de trabajo genera nuevas discusiones en el ámbito social y como consecuencia una necesidad regenerada de contenidos innovadores y adaptados en las políticas y normativas. La reciente Iniciativa sobre el Futuro del Trabajo, tanto en los trabajos de la Comisión como en las discusiones de la Declaración del Centenario, confirman la necesidad de tal empeño y de situar a la salud del trabajador en el núcleo de la protección.

El debate sobre su condición de derecho fundamental en el trabajo ha quedado abierto de nuevo sobre la base de la necesidad de garantizar unas condiciones de trabajo saludables y seguras.

La salud es un bien jurídico protegible y por ser inherente a la persona y clave para garantizar la dignidad humana, es considerado de forma unánime como un derecho fundamental de todo ser humano. Su realización

³² Como por ejemplo, los ligados a cambio meteorológicos extremos que causen daños mayores en infraestructuras y pérdida de vida humanas, los que son resultado de fallos en las medidas para evitar los efectos del cambio climático. Los daños medioambientales causados por el ser humano, incluidos los crímenes medioambientales como los derrames de petróleo, o la contaminación radioactiva., los colapsos y pérdidas en la biodiversidad y el ecosistema con resultados en consecuencias irreversible, y los desastres naturales mayores como terremotos, , tsunamis, erupciones volcánicas o tormentas geomagnéticas (esto son los riesgos más evidentes según la definición del WEF).

efectiva resulta indispensable y para ello es necesario garantizar su plena aplicación también en el lugar de trabajo.

Nadie duda hoy que la Declaración de Derechos Humanos es uno de los grandes logros de las Naciones Unidas ya que supone la creación de un código protegido a nivel universal e internacional al que todas las naciones pueden adherirse y al que toda persona aspira y la salud es uno de sus elementos.

La cuestión radica hoy en cómo garantizar con el rango y la fuerza necesarias a las necesidades actuales la protección de la salud en el mundo del trabajo, considerando que es un elemento básico de los valores y principios de la OIT. Los convenios internacionales existentes sobre la materia son sin duda una base sólida para desarrollar la protección, pero en cuanto su aplicación directa depende de la ratificación quizás sea necesario establecer algún tipo de protección o reconocimiento adicional que permita establecer mejores y mayores garantías jurídicas.

La Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo sentó claramente su posición al señalar que “la comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo la salud como uno de los derechos humanos. En un mundo en el que casi 3 millones de trabajadores siguen muriendo cada año como consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, 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”.

Es importante recordar que la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales reconoce un cuerpo básico de derechos interdependientes que son considerados el centro de la acción de la OIT en el cumplimiento de sus fines. Todos los países se comprometen a respetarlos sin necesidad de que exista la ratificación de los Convenios que los recogen. Dados los cambios en el mundo del trabajo y la generalización de desprotecciones y el incremento de las desigualdades, parece que el momento ha llegado de reexaminar sobre esta base la necesidad de ampliar este texto de referencia. Son los actores sociales quienes deberán determinar los pasos a seguir y decidir sobre eventual integración, pero ya sólo la apertura del debate debe

ser considerad un hito, pues no existe ya duda que no cabría hablar de un futuro del trabajo sino garantizamos un futuro de bienestar y saludable.

Bibliografía

- BENACH, J., MUNTANER, C., SOLAR, O., SANTANA, V., QUINLAN, M. (2010). EMCONET Network. Employment, work, and health inequalities: a global perspective, Icaria editorial.
- BROD, C. (1984). Technostress: the human cost of the computer revolution, Addison-Wesley.
- OIT (2019). Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra.
- OMS (1995). Rapport sur la Santé dans le Monde; réduire les Ecart, Genève.
- PNUD (2018). Informe sobre desarrollo humano 2018, Madrid, Ed. Mundi-Prensa.
- UGT (2013). *Riesgos psicosociales. Tecnoestrés*, Fichas de prevención.

Recursos electrónicos

- ADP (2018). The Workforce View in Europe 2018. Disponible en <https://www.asociacion-centro.org/wp-content/uploads/2018/04/ADP-Workforce-2018-ES.pdf>.
- AKHTAR, P., MOORE, P. (2017). The psychosocial impacts of technological change in contemporary workplaces, and trade union responses, International Journal of Labour Research, 8 (1–2), pp. 101–131. Disponible en www.ilo.org/publns.
- BUENO, C. (2019). EL TIEMPO DE TRABAJO Y SUS EFECTOS EN LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES OIT. Disponible en https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/WCMS_732837/lang-es/index.htm.
- EU-OSHA. (2019). A review on the future of work: online labour exchanges or crowdsourcing, OSHwiki, Disponible en https://oshwiki.eu/wiki/A_review_on_the_future_of_work:_online_labour_exchanges_or_crowdsourcing.

- OIT (2019). SEGURIDAD Y SALUD EN EL CENTRO DEL FUTURO DEL TRABAJO. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_687617.pdf.
- PNUD (2019). Informe sobre desarrollo humano 2019. Disponible en http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf.
- STACEY, N., ELLWOOD, P., BRADBROOK, S., REYNOLDS, J., WILLIAMS, H., LYE, D. (2018). Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025 European, Agency for Safety and Health at Work-EU-OSHA 2. Disponible en <http://europa.eu>.
- YANEZ, L. (2003). El trabajo como determinante de la salud. Salud de los Trabajadores, Vol. 11, N° 1, pp. 21-42. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2938663>.

LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE TRABAJADORES DE EDAD EN CHILE

PROTECTION INSTRUMENTS AGAINST LABOR DISCRIMINATION BY AGE IN CHILE

Rodrigo PALOMO VÉLEZ

Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Director del Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Abogado. Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Valencia, España)

rpalomo@utalca.cl

Fecha de envío: 06/02/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE TRABAJADORES DE EDAD EN CHILE

Rodrigo PALOMO VÉLEZ

Universidad de Talca (Chile)

Resumen: Una condición personal, como lo es la edad, puede incidir en la mayor vulnerabilidad de los trabajadores, que el ordenamiento jurídico chileno no protege de modo integral y suficiente.

En tal sentido, se analizan los instrumentos de protección del derecho a la no discriminación laboral por edad, revisando la eficacia de la protección constitucional, administrativa y jurisdiccional en Chile. En particular, se concluye la ineficacia de la acción de tutela laboral frente a las discriminaciones objeto del estudio.

Palabras clave: Discriminación laboral - Trabajadores de edad - Acción de tutela laboral

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad en la normativa chilena. 2.1. La proscripción constitucional de la discriminación laboral. 2.2. La proscripción legal de la discriminación laboral, y en particular, en razón de la edad. 3. Los instrumentos de protección legal contra la discriminación de trabajadores de edad. 3.1. La protección administrativa. 3.2. La protección jurisdiccional. 4. Conclusiones.

Abstract: A personal condition such as age, might have an impact to more vulnerable workers, a condition that Chilean juridical system does not protect in an integral and sufficient way.

In that order, instruments that protect the right to not be discriminated due to age are analyzed, reviewing the constitutional, administrative and judicial protection

efficacy in Chile. It is concluded the inefficacy of the labor responsibility action facing discriminations object of this study.

Key words: Labor discrimination - Advanced age workers - Labor responsibility action

Summary: 1. Introduction. 2. The right to non-discrimination of older workers in chilean regulations. 2.1. The constitutional proscription of labor discrimination. 2.2. The legal proscription of labor discrimination, and in particular, due to age. 3. The instruments of legal protection against older workers discrimination. 3.1. Administrative protection. 3.2. Jurisdictional protection. 4. Conclusions.

1. Introducción

El foco de atención principal de este estudio son los trabajadores de edad¹. Aunque no hay una delimitación normativa de este colectivo, a efectos de este trabajo se considera que son aquellas personas mayores de 45 años. Dicha edad parece representar un punto de inflexión – o al menos, un punto medio – entre el *peak* de la vida laboral y el inicio del acercamiento hacia la edad de jubilación. Lo cierto es que la referida edad es ampliamente utilizada en el ámbito estadístico para identificar a trabajadores de edad, y coincide, en el caso chileno, según se verá, con la constatación de que los casos de discriminación laboral por edad que se han judicializado o requerido el actuar de la Dirección del Trabajo han afectado principalmente a trabajadores a partir de dicha edad². Se trata, por tanto, de una noción más amplia que la categoría de personas mayores, a la que por cierto envuelve, y que considera a quienes tienen 60 años o más³.

La edad y el trabajo decantan problemas en dos dimensiones principales. Por un lado, están las cuestiones que atañen a la configuración del mercado de trabajo y que suelen quedar asociadas a políticas de empleo. Por otro, están las cuestiones que requieren la atención del Derecho. En primer término, se precisa de un enfoque desde una perspectiva de Derechos Humanos, considerando al efecto la protección internacional de las personas de edad, los estándares derivados de la aplicación de diversos

¹ También suele denominárseles trabajadores de edad madura o trabajadores de edad avanzada. Por todos, Javier Calvo, “Los mayores en el nuevo derecho del empleo” en *Transiciones laborales y reformas al mercado del trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, ed. Agustín Galán (Albacete, Bomarzo, 2015), 337.

² Es, entonces, una noción asociada a la connotación social de la edad, no relacionada con cambios funcionales, físicos o psicológicos de las personas. En esta misma línea se encuentra la Recomendación N° 162 OIT, cuando se refiere a los “trabajadores de edad”, entendiendo por tales a “todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación” (art. I.1.1). Véase a José Castro, “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares” en *Boletín de la Dirección del Trabajo* N°146 (2001): 14.

³ Este es el criterio de Naciones Unidas (ej. Convención Interamericana de Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores) y fue asumido por Chile en la Ley N° 19.828/2002, que crea el SENAMA.

Sobre la falta de uniformidad de la ley chilena al intentar definir categorías etarias, véase Fabiola Lathrop, “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile” en *Revista Chilena de Derecho* N°36-1 (2009): 81-84.

instrumentos internacionales y su recepción en el derecho interno. De otra parte, para el Derecho del Trabajo, esta relación entre edad y trabajo adquiere especial relevancia, en atención a que tales problemas derivan, sea de diferenciaciones normativas en razón de la edad (igualdad de trato en la ley), sea porque suponen el reconocimiento y protección de la no discriminación empresarial por el criterio de referencia (igualdad de trato en las relaciones laborales). Ciertamente se trata de dimensiones con amplios vasos comunicantes. En definitiva, la edad genera una serie de estereotipos que repercuten en las perspectivas laborales de las personas⁴.

La hipótesis de este estudio es que los trabajadores están expuestos a decisiones empresariales diferenciadoras en razón de la edad, las que pueden envolver discriminaciones arbitrarias. Una condición personal, como lo es la edad madura, puede incidir entonces en la mayor vulnerabilidad de los trabajadores, que el ordenamiento jurídico chileno no protege de modo integral y suficiente.

No hay en Chile un estudio detenido y actualizado, desde un enfoque jurídico, sobre discriminación de trabajadores por su edad. En esta oportunidad se procura aportar un análisis riguroso que abra puntos de discusión, sea por alusión directa, sea porque queden sugeridos entre líneas. Con tales propósitos, se ha desarrollado una investigación dogmática, normativa y jurisprudencial del caso chileno⁵.

⁴ Esther Carrizosa, "La gestión de la diversidad funcional en la empresa. La discapacidad, la enfermedad, y los trabajadores de edad avanzada" en *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, ed. Lourdes Mella y Silvia Fernández (Berna, Peter Lang, 2017), 12.

⁵ La doctrina chilena no ha abordado este tema, en particular. Las referencias se plantean fundamentalmente a propósito del análisis del derecho a la no discriminación en el empleo, en general. Los referentes dogmáticos, por tanto, son principalmente extranjeros y enfocados en el análisis de sistemas normativos donde se ha prestado especial atención a la edad como un factor discriminatorio en el trabajo (ej. Unión Europea y Estados Unidos). Véase como referencia, por su claridad y actualidad, la opinión de Wilfredo Sanguinetti, "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?" en *Revista Trabajo y Derecho* N°59 (2019): 10 y ss.

En lo referido a la normativa, este trabajo se nutre tanto de la normativa interna como de los principales instrumentos internacionales aplicables a Chile, sobre la materia en cuestión.

Por cuanto dice relación con la jurisprudencia, el universo de análisis está determinado por las sentencias recaídas en acciones de tutela donde el derecho vulnerado ha sido precisamente la no discriminación en razón de la edad, pronunciadas desde inicio de la reforma procesal laboral (2008) y hasta diciembre de 2019, en todos los tribunales del país, y que han sido publicadas en las bases de datos de Microjuris y el Poder Judicial. Además, se ha revisado la jurisprudencia administrativa, contenida en los dictámenes de la Dirección del Trabajo.

2. El derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad en la normativa chilena

2.1. La proscripción constitucional de la discriminación laboral

En Chile, el principio de no discriminación en materia laboral posee rango constitucional. En efecto, la Constitución “prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (art. 19 N° 16 inciso tercero).

Esta disposición es una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (art. 19 N° 2), cuya incorporación en el art. 19 N° 16 se explica más bien por la materia que por su contenido⁶. Asimismo, es concreción de la garantía básica del art. 1 de la Constitución: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Tiene un alcance amplio en cuanto al sujeto imperado por la prohibición. No sólo alcanza a la ley y a las autoridades públicas, sino que extiende la obligación de no discriminación a los particulares, como es propio en las relaciones laborales.

Téngase presente, además, que la disposición en referencia no contempla una desagregación de criterios sospechosos de discriminación. Por el contrario, la Constitución excluye cualquier motivo que no se base en la capacidad o idoneidad personal.

Con todo, la edad como factor de diferenciación prohibido, aunque no se contempla de modo expreso en la Constitución, se enmarca sin dificultad en la cláusula abierta de no discriminación transcrita.

Durante la tramitación de la Ley N° 19.739/2001, a la que se aludirá enseguida, la entonces Directora del Trabajo, Sra. María Ester Feres, opinó que “la disposición constitucional configura una norma suficiente para

⁶ Eduardo Caamaño, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), 70.

orientar al resto del ordenamiento jurídico, ya que se trata de una garantía contenida en la Constitución, de carácter imperativo, que debiera llevar indudablemente a la nulidad del acto, porque lo que se está violando es una normativa superior. Sin embargo, en los hechos se percibe una gran falta de protección de la garantía constitucional. Es así motivo de gran discusión, el entender o no cubierta, dicha garantía, por el recurso de protección, acaeciendo que el 99% de los recursos son declarados inadmisibles, fundándose en la existencia de otros procedimientos en el ordenamiento jurídico para calificar las situaciones y demandar su sanción”⁷.

Efectivamente, el art. 20 de la Constitución excluye la procedencia de la acción de protección respecto del derecho a la no discriminación laboral. Pese a que se ha postulado su aplicabilidad por la vía de incluir dicho derecho en la garantía genérica de igualdad del art. 19 N° 2 o en la libertad de trabajo del art. 19 N° 16, lo cierto es que esta tesis es rechazada por los tribunales⁸.

2.2. La proscripción legal de la discriminación laboral, y en particular, en razón de la edad

La Ley N° 20.609/2012, que establece medidas contra la discriminación, entiende que discriminación arbitraria es toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en los motivos que

⁷ Congreso Nacional (S.F.), 7 y 8.

⁸ Por todos, Eduardo Caamañó, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), 109 y ss.

señala, entre ellos, la edad (art. 2)⁹. Si bien esta ley tiene carácter genérico, ha tenido cierta incidencia en materia laboral¹⁰.

La prohibición legal de la discriminación laboral, en particular, se encuentra contenida en el art. 2 del Código del Trabajo. Y la actual redacción de esta norma incorpora la edad como uno de los factores de discriminación. En lo pertinente, establece:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, *edad*, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.

Así pues, el legislador ha reseñado un conjunto de motivaciones que, dada su especial aptitud o potencial lesivo a la condición humana, constituyen discriminaciones vedadas¹¹.

⁹ Luis Díaz, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 40 N° 2 (2013): 649 y ss.

¹⁰ Véase, por ejemplo el dictamen de la Dirección del Trabajo, de 17 de febrero de 2017, Ord. N° 823/26, que invoca la referida normativa para interpretar la obligación empresarial en materia de servicios higiénicos en caso de un trabajador transexual.

¹¹ Dirección del Trabajo, 11 de agosto de 2004, Ord. N° 3.704/134.

Entre los autores se ha cuestionado la técnica legislativa en orden a explicitar criterios o factores de diferenciación prohibidos, ya que estos en la práctica pueden llegar a ser ilimitados, obligando a actualizar constantemente la norma¹².

No obstante, hoy parece claro que el sistema jurídico chileno – constitucional y legal – recoge un modelo antidiscriminatorio mixto, de sospecha abierta: los únicos motivos lícitos para fundar una distinción de trato son la capacidad o la idoneidad personal para el cargo y función; cualquier otro es prohibido¹³.

En este orden de cosas, la enunciación legal de las veintiún categorías sospechosas responde a una protección reforzada de la prohibición de discriminación respecto de aquellos criterios potencialmente más frecuentes de distinciones de trato en el ámbito laboral¹⁴. Así, la ilegitimidad de los criterios de distinción enumerados por el legislador viene determinada de antemano por éste; en cambio, respecto de aquellos no especificados, su ilegitimidad dependerá de su falta de fundamentación objetiva y razonable. Dicho de otro modo, cuando se pretenda realizar diferenciaciones por aquellos supuestos, el juicio de legitimidad habrá de ser más estricto¹⁵.

Por cuanto dice relación con el criterio de discriminación objeto de este trabajo, la OIT ha señalado que “una de las ventajas que supone contar con una legislación especial en materia de edad reside en el hecho de que

¹² Eduardo Caamaño, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), 74. Véase también un interesante análisis sobre las ambiguas referencias a categorías sospechosas, en Luis Díaz, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 40 N° 2 (2013): 643 y ss.

¹³ José Luis Ugarte, *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), 25.

¹⁴ Luis Lizama y José Luis Ugarte, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998), 239. En el mismo sentido, Matías Rodríguez, “Nociones sobre la discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Vol. 3 N° 3 (2013): 36.

¹⁵ Dirección del Trabajo, 11 de agosto de 2004, Ord. N° 3.704/134.

Ugarte se aleja de esta posición, y sostiene que “la única función del catálogo sería una ventaja argumentativa: se da por supuesto – sin necesidad de justificación adicional – el carácter prohibido de los criterios contenidos en ese catálogo, pero ello no aumenta ni intensifica la gravedad de las distinciones fundadas en ellos”. José Luis Ugarte, *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), 66.

sus disposiciones pueden reconocerlas claramente y por igual empleadores y trabajadores”. En todo caso, la norma debe complementarse con una jurisprudencia en que se contemplen las diversas manifestaciones de la discriminación, ya sean directas o indirectas¹⁶.

La incorporación de la edad como criterio sospechoso de discriminación laboral ocurrió con la Ley N° 19.739/2001. En la moción parlamentaria de los senadores Sres. José Antonio Viera Gallo y Jaime Gazmuri (1999), estos señalaban que “se ha impuesto una práctica de contratación de personas menores de 35, e incluso 30 años, a la vez que se despiden con mayor facilidad a aquellas que superan los 50 y que, por tanto, difícilmente logran reinsertarse en un empleo o bien, deben crear su propia fuente laboral, permanecer en la informalidad o realizar actividades eventuales, con los perjuicios que ello provoca, tanto en su calidad de vida como en sus perspectivas previsionales”¹⁷.

Esta Ley, por tanto, buscó complementar la disposición legal que se refiere a la no discriminación en materias laborales, donde existía una omisión que era considerada “delicada y grave”¹⁸.

3. Los instrumentos de protección legal contra la discriminación de trabajadores de edad

3.1. La protección administrativa

¹⁶ OIT, “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Conferencia Internacional del Trabajo, 100 reunión* (Ginebra, 2011), 55 y 56. En la misma línea, el diputado Sr. Alejandro Navarro, entre varios, durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 19.739/2001. Congreso Nacional (S.F.), 29 y 30.

¹⁷ Congreso Nacional (S.F.), 4.

¹⁸ En este sentido, el diputado Sr. Sergio Ojeda. Congreso Nacional (S.F.), 28. Concordando, el diputado Sr. Jaime Mulet sostuvo que el no señalar la edad como criterio de discriminación en el Código del Trabajo hacía que la norma legal fuese “insuficiente en relación a la norma constitucional, porque, en todo caso, esta última tiene rango mayor y debiera prevalecer sobre las disposiciones del Código; pero en la práctica, como no se señala expresamente la causa de la edad en dicho cuerpo legal, se discrimina por ese motivo sin la debida consideración a la interpretación constitucional”. Congreso Nacional (S.F.), 45.

En el marco de su misión institucional, la Dirección del Trabajo debe promover los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Con tal propósito, pone en movimiento sus competencias interpretativas, de fiscalización y de solución de conflictos.

En la primera dimensión, es menester traer a colación nuevamente el dictamen marco, Ord. N° 3.704/134, de 11 de agosto de 2004, que fijó el sentido y alcance del artículo 2 del Código del Trabajo, en lo referido al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral. Luego, en el dictamen Ord. N° 2210/035, de 5 de junio de 2009, que explicita y desarrolla los requisitos para imponer límites a un derecho fundamental, la Dirección del Trabajo reitera su posición sobre este derecho en particular. Y en el dictamen Ord. N° 2660/033, de 18 de julio de 2014, actualiza la doctrina vigente en materia de discriminación laboral a la luz de la Ley N° 20.609/2012, que establece medidas contra la discriminación.

Sobre la discriminación laboral en razón de la edad, en particular, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado a propósito de las ofertas de trabajo. Pese a que las normas constitucionales y legales prohíben la discriminación, siguen existiendo convocatorias laborales donde se incluye un tope o rango de edad, que no atiende a la capacidad o idoneidad personal del postulante, práctica abiertamente discriminatoria.

Al respecto, el dictamen Ord. N° 0698/16, de 11 de febrero de 2003, declara que la publicación de avisos en medios de prensa señalando como requisito para acceder a un determinado puesto de trabajo algunas de las condiciones o calidades señaladas en el art. 2 del Código del Trabajo, entre ellas, la edad, configura una infracción laboral que debe ser sancionada con multa administrativa, no siendo necesario ningún elemento adicional, como un móvil o intención determinada o un sujeto específico afectado.

En la misma línea, pero en un supuesto más específico, el dictamen Ord. N° 2287/049, de 21 de junio de 2007, declara ilegal el requisito de “no encontrarse en proceso de jubilación o jubilado” para un concurso público convocado para proveer determinados cargos directivos.

Por otro lado, la Dirección del Trabajo también puede ejercer sus facultades de fiscalización respecto de vulneración de derechos fundamentales. Por ejemplo, en lo que compete a este trabajo, se encuentra facultada para fiscalizar y, eventualmente, sancionar a cualquier empleador que formule, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, una oferta de trabajo que contenga una condición discriminatoria de aquellas señaladas en el art. 2 del Código del Trabajo¹⁹. Cometer actos de discriminación en ofertas de trabajo, como infracción al art. 2 del Código del Trabajo, se considera una infracción gravísima, sancionada con una multa cuya cuantía dependerá del número de trabajadores de la empresa.

Como organismo llamado a intervenir en materia de investigación de vulneraciones de derechos fundamentales, la Dirección del Trabajo debe denunciar judicialmente los hechos de que tome conocimiento, acompañando el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia sirve de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación del proceso judicial.

Ahora bien, la Dirección del Trabajo carece de facultades para investigar vulneraciones producidas con ocasión del despido, en cuyo caso sólo el trabajador puede demandar la tutela al tribunal competente.

En la tercera dimensión anunciada, la Inspección del Trabajo debe llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas (art. 486 del Código del Trabajo).

Si el conflicto se judicializa, a requerimiento del tribunal, la Dirección del Trabajo debe emitir informe sobre hechos denunciados y podrá hacerse parte en el juicio. Debe, además, registrar las sentencias dictadas en estos procedimientos.

¹⁹ En este sentido, véase el dictamen de la Dirección del Trabajo, de 28 de febrero de 2005, Ord. N° 850/29.

La Orden de Servicio N° 02, de 29 de marzo de 2017, señala bases y establece orientaciones generales del procedimiento administrativo en materia de denuncias por vulneración de derechos fundamentales. Por su parte, la Circular N° 28, de 3 de abril de 2017, imparte instrucciones específicas sobre la materia.

3.2. La protección jurisdiccional

Frente a la vulneración de derechos fundamentales el Derecho del Trabajo debe responder de una doble manera. Dando garantías para evitar la lesión del derecho fundamental y, en caso de haberse producido ésta, procurando su plena reparación.

En esta última dirección destaca la acción y procedimiento de tutela laboral, regulada a partir del art. 485 del Código del Trabajo, aplicable respecto de cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. También resulta aplicable cuando la vulneración de derechos fundamentales se produce con ocasión del despido.

La ley entiende que dichos derechos resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Cuando ello resulta probado en esta vía judicial, el tribunal debe ordenar el cese inmediato del acto vulneratorio, en caso de que persista a la fecha de la sentencia, e indicar las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales. El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y no puede autorizar acuerdos que mantengan indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales. Ciertamente, también condenará por las multas a que hubiere lugar.

Cuando la vulneración del derecho fundamental se produce con ocasión del despido, es procedente además una indemnización adicional a las básicas aplicables por despido injustificado, cuya cuantía define el juez entre seis y once meses de remuneración.

Sólo cuando el juez declara que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del art. 2 del Código del

Trabajo, y ello además es calificado como grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones²⁰.

En efecto, la tutela laboral resulta aplicable para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el citado art. 2, con excepción de los contemplados en su inciso sexto. Es decir, esta exclusión hace inaplicable la acción de tutela a la discriminación que se produce en ofertas de trabajo²¹.

Habiéndose analizado la utilización de esta garantía respecto de casos de discriminación laboral en razón de la edad, objeto de este trabajo, cabe destacar varias cuestiones.

En primer lugar, se constata que existen escasas sentencias – dieciocho – sobre esta vulneración en particular, que responden en su gran mayoría a casos de despidos discriminatorios de trabajadores de edad. De manera excepcionalísima la judicatura ha resuelto supuestos de discriminación laboral por este criterio, estando vigente la relación de trabajo²². La mayoría de las sentencias acoge la demanda de los trabajadores²³.

²⁰ Antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral y, por tanto, de la existencia de la acción de tutela laboral, la entonces Directora del Trabajo, Sra. Feres, había informado de “dos procedimientos seguidos ante los Tribunales del Trabajo, fundamentados en la norma constitucional que, en primera instancia, habrían sido resueltos con la nulidad del despido, aunque posteriormente se declaró su improcedencia, llegándose a un arreglo de carácter indemnizatorio”. Congreso Nacional (S.F.), 8.

²¹ En este escenario, y vista también la inoperancia del recurso de protección, considérese que podría resultar aplicable la acción genérica de no discriminación arbitraria, incorporada al ordenamiento jurídico por la citada Ley N° 20.609/2012, que establece medidas contra la discriminación. Bolaños (2013), 48.

Con todo, dicha acción plantea varias desventajas respecto de la tutela laboral: entre las principales, la conoce un juez civil, no opera el sistema de prueba indiciaria y no contempla un régimen de reparación de los daños y perjuicios, que tendrían que reclamarse en otro juicio civil de lato conocimiento. Martínez (2017), 66 y 67.

Ciertamente, subsiste también la posibilidad de reclamar la sanción administrativa correspondiente.

²² Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, de 9 de febrero de 2018, RIT T-149-2017.

²³ En el universo de análisis explicitado en la definición metodológica, las sentencias que resuelven casos de discriminación laboral en razón de la edad (avanzada), acogiendo la demanda presentada, son las siguientes: Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT, T-2-2009; 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de febrero de 2010, RIT T-57-2009; Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 3 de marzo de 2010, RIT T-26-2009; Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 5 de abril de 2010, RIT T-2-2010; 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 9 de agosto de 2010, RIT T-114-2010; 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012; 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 27 de agosto de 2015, RIT T-106-2015; Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, de 5 de noviembre de 2015, RIT T-47-2015; 2° Juzgado de Letras del

En prácticamente todos los casos las empresas demandadas fundaron – al menos, formalmente – el despido en la causal de necesidades de la empresa (o su equivalente en legislaciones especiales). Sólo se encontró una sentencia de tutela pronunciada en un supuesto de despido indirecto²⁴.

Otro dato relevante es que todos los demandantes han sido trabajadores mayores de 45 años; la mayoría no alcanzaba aún la edad de jubilación.

Un nudo problemático de estos casos queda en evidencia en materia probatoria, donde cobra importancia el sistema de prueba indiciaria (art. 493 del Código del Trabajo). Sabido es que este sistema tiene su fundamento en que por regla general las conductas lesivas de derechos fundamentales suelen encubrirse con conductas aparentemente lícitas, y en la dificultad del trabajador, especialmente una vez terminado el contrato de trabajo, de acceder a la prueba necesaria, la que se encuentra generalmente al interior de la empresa²⁵.

Trabajo de Santiago, de 11 de octubre de 2016, RIT T-318-2016; 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de noviembre de 2016, RIT T-323-2016; y Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 21 de junio de 2018, RIT T-134-2018.

Por su parte, rechazaron la discriminación en razón de la edad, las siguientes sentencias: Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, de 2 de octubre de 2009, RIT T-7-2009; 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 15 de febrero de 2010, RIT T-40-2009; Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, de 17 de agosto de 2018, RIT T-26-2018; Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, de 13 de febrero de 2019, RIT T-30-2018; 2º Juzgado de Letras de Linares, de 14 de junio de 2019, RIT T-29-2018; y Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, de 17 de junio de 2019, RIT T-197-2019.

²⁴ Sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de febrero de 2010, RIT T-57-2009. Se trataba de un guardia de seguridad, de 72 años, que demandó tutela laboral y despido indirecto, arguyendo discriminación en sus remuneraciones y otros beneficios respecto de los demás trabajadores – menores que él – que prestaban iguales servicios en idénticas condiciones y en las mismas instalaciones. Sostuvo que dicho trato diferencial se debía exclusivamente a su edad. La empresa no negó dichas diferencias, pero esgrimió que se concedieron al actor otros beneficios que las compensaban con creces. Interesante es la tesis judicial que descarta que pueda ser útil para desvirtuar una acusación de discriminación, la existencia de supuestos beneficios conexos que teóricamente puedan mitigar o anular (compensar) las diferencias de trato.

²⁵ Como acertadamente precisa la doctrina, se trata de una regla legal de juicio que opera en la etapa de la construcción de la sentencia por parte del juez, por lo que no será necesario aplicarla en dos casos: cuando el trabajador logra la prueba del hecho lesivo mediante la aportación de prueba directa sobre el hecho, y/o cuando el empleador logra acreditar hechos constitutivos de una justificación objetiva y proporcionada de su decisión o conducta. José Luis Ugarte, *Tutela de derechos fundamentales de trabajador* (Santiago, Legal Publishing, 2009), 45.

Si bien el sistema de prueba indiciaria – y la aplicación de la sana crítica – favorecen la perspectiva probatoria en estos casos, ello no quiere decir que la sola existencia de un despido de un trabajador de edad vaya a ser sinónimo de discriminación²⁶.

Así queda claro en las sentencias que rechazan demandas de tutela. “La edad del demandante y la circunstancia de ser el funcionario de mayor edad dentro de su área, no se puede estimar por sí sola como una conducta de discriminación frente al despido”. Dicho de otro modo, “en el contexto objetivo en que se produjo el despido, no puede considerarse únicamente la edad del demandante como acto discriminatorio y debe reconocérsele al empleador la facultad de tomar las decisiones que las necesidades de la empresa exija”²⁷.

En cambio, sí se han considerado indicios suficientes – en algunos casos, derechamente plena prueba – para condenar la vulneración del derecho a la no discriminación por edad uno o más de los siguientes:

- Documentos internos y políticas de la empresa:

Una de las sentencias analizadas sostiene que “se presume que el despido del actor ha tenido como causa el hecho de que su edad no se

²⁶ Álvaro Araya, “La discriminación por edad en el ámbito laboral: una mirada a la jurisprudencia”, en *Serie Notas y Artículos de interés*, Novoa & Araya abogados. N°3, julio (2012): 8.

²⁷ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, de 2 de octubre de 2009, RIT T-7-2009, considerandos sexto y octavo, respectivamente. En este caso, un supervisor de área en una empresa contratista de aseo, de 53 años, fue despedido por necesidades de la empresa, alegándose por ésta una reestructuración del área a la que pertenecía el trabajador despedido. El Tribunal rechazó la demanda, toda vez que se acreditó que las funciones del demandante fueron distribuidas entre otros supervisores de la empresa, que la empresa había perdido clientes, y que también se había despedido a otros trabajadores por la misma razón.

En la misma línea, la sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 15 de febrero de 2010, RIT T-40-2009, donde un gerente de desarrollo organizacional, contratado a los 58 años, es despedido a los 59 por necesidades de la empresa. El Tribunal estimó que “no se ha alcanzado convicción respecto a los supuestos actos de discriminación denunciados con ocasión del despido, en específico, que se habrían manifestado en un trato desmejorado por motivos de edad” (considerando sexto). Por el contrario, hizo primar la libertad de administración del empleador para decidir el cierre de una gerencia.

Lo propio concluyen las sentencias del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, de 17 de agosto de 2018, RIT T-26-2018; del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, de 13 de febrero de 2019, RIT T-30-2018; del 2° Juzgado de Letras de Linares, de 14 de junio de 2019, RIT T-29-2018; y del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 17 de junio de 2019, RIT T-197-2019.

condice con las políticas que la demandada aplica a sus ejecutivos de venta y según las cuales éstos no han de sobrepasar los 50 años”²⁸.

En otra sentencia, respecto de la política de despedir a los trabajadores una vez que cumplen la edad para jubilar, se señala que “no se ha justificado cual sería el real beneficio para estos trabajadores, y si podían oponerse a esta medida. Por ende no se ha fundamentado la proporcionalidad en relación a la edad y la decisión de desvincular, lo que además se materializa enviando una carta la que se sostiene en las necesidades de la empresa, por racionalización”²⁹.

- Cláusulas en contrato de trabajo:

Es un indicio de discriminación la incorporación en el contrato de trabajo de una cláusula del siguiente tenor: “La relación laboral finalizará al término del mes en que el empleado local cumpla 65 años de edad”³⁰.

- Edad de otros trabajadores despedidos:

En un caso se afirmó que “el análisis comparativo de las edades de los profesores despedidos y los que permanecieron arroja que en general los despedidos resultan ser entre sus pares, los de mayor edad”³¹.

En otra sentencia se señala: “Que en la lógica ya descrita, esto es, que la actora junto a los otros trabajadores despedidos eran las técnicas de enfermería de mayor edad en su categoría y con mayores años de prestación de servicios y por ende las que tenían las mayores remuneraciones, son, en

²⁸ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 3 de marzo de 2010, RIT T-26-2009; y con el mismo supuesto fáctico, la sentencia del mismo Tribunal, de 5 de abril de 2010, RIT, T-2-2010. En estos casos, el principal indicio de discriminación fue un documento interno denominado “Modelo preferente de canales indirectos de Movistar” que limitaba a 50 años la edad máxima de los ejecutivos de venta.

²⁹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, de 5 de noviembre de 2015, RIT T-47-2015, considerando séptimo. Un profesora fue despedida a los 60 años. En el juicio se acreditó la política de la demandada de ofrecer una salida a los profesores en edad de jubilar. La empresa sostuvo que no era una medida en contra de la trabajadora despedida, ya que le permitiría prepararse para un período próximo al descanso y se le ofrecía pagarle las indemnizaciones por años de servicios.

³⁰ Sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012. Esta sentencia resolvió el caso del chofer del embajador de Alemania, despedido al cumplir 65 años, invocándose sin embargo una reestructuración de las actividades de la Embajada.

³¹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT T-2-2009, considerando undécimo. Téngase presente que esta sentencia fue revocada en sede de nulidad, aunque por una cuestión que no atacaba al fondo y en un fallo abiertamente cuestionable, según se verá.

opinión del tribunal indicios suficientes de la vulneración alegada. Por lo anterior, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 493 del Código del Trabajo correspondía a la demandada explicar los fundamentos del despido y su proporcionalidad, lo que en la especie no ha ocurrido”³².

- No probar la causal invocada:

La invocación de la causal de necesidades de la empresa fundada en hechos genéricos deviene en injustificada, lo que representa un primer gran indicio para la tutela laboral³³.

- Declaraciones de representantes de la empresa demandada:

“Dado que a juicio de la demandada era probable que lo invertido en capacitación a favor de la actora no retornara a la demandada por la edad de la misma, prefirieron prescindir de los servicios de ésta. Cabe reflexionar que teniendo en consideración el factor retorno de la inversión en capacitación también hace incierta por ejemplo la devolución de ésta respecto de aquel trabajador que obtenga un mejor trabajo y decida renunciar”. Visto que la demandada decidió sin fundamento teórico la desvinculación de la actora, “tomó la decisión desde el prejuicio”³⁴.

En otro caso, se consideró entre los indicios de discriminación “el haber sido despedido el denunciante a días de cumplir 65 años de edad,

³² Sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 11 de octubre de 2016, RIT T-318-2016, considerando décimo cuarto. Igual razonamiento, frente al mismo supuesto fáctico sufrido por otra trabajadora, en la sentencia del mismo tribunal, de 2 de noviembre de 2016, RIT T-323-2016.

Este criterio también fue relevante para decidir en sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 9 de agosto de 2010, RIT T-114-2010.

³³ En este sentido, las siguientes sentencias: Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 5 de abril de 2010, RIT T-2-2010; 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 9 de agosto de 2010, RIT T-114-2010; y 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012.

En la doctrina, véase Juan Prado, “Vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido. Discriminación por edad”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. III N° 1 (2015): 327.

³⁴ Sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 9 de agosto de 2010, RIT T-114-2010, considerando vigésimo primero. En este caso, una educadora de párvulos de 54 años fue despedida basándose la empresa en una “reorganización en los métodos de enseñanza del ciclo preescolar”. En concreto, el colegio comenzaría a aplicar una metodología dual para la enseñanza del inglés, por lo que evaluó el nivel del idioma a sus profesores. De los resultados de la prueba de inglés y de la proyección de cada educador iba a depender que el colegio los capacitara, ya que no iba a invertir en capacitar a las personas de cierta edad, porque luego de poco tiempo se iban a ir.

habiéndose hecho referencia por el representante de la empresa que le notificó el despido de que estaba cumpliendo un ciclo o una etapa”³⁵.

- Inexistencia de impedimentos para el desarrollo del trabajo contratado:

“El trabajo desarrollado por la demandante, es un trabajo que perfectamente puede ser desarrollado por personas de 50 años o más, ya que no hay ninguna imposibilidad de carácter física o intelectual que impida a estas personas, entre ellas la demandante, realizar la labor de ejecutivas de ventas para la cual fueron contratados”³⁶.

- Falta de justificación razonable en las diferencias de trato:

“Ha quedado establecido que el motivo de discriminación ha sido la edad, que la consecuencia para el actor ha sido percibir un monto inferior de remuneración que otros trabajadores que prestan las mismas funciones sin que la demandada haya justificado razonablemente las referidas diferencias”³⁷.

En otro caso, la sentencia indicó: “Si, como se ha descartado, el desempeño de la actora no fue el criterio usado para decidir de entre sus pares que ella fuera la trabajadora exonerada, entonces, ¿cuál fue?. Teniendo presente en nuestro análisis, además, que la antigüedad de los trabajadores traía aparejado también un mayor nivel de ingresos para los profesores, siendo como era la actora, la profesora de mayor edad entre las que formaban el departamento de inglés de la institución, habiéndose decidido la reorganización del grupo de profesores con criterios reconocidos de orden financiero, esta sentenciadora llega a la convicción que la elección de la demandante como la profesora a despedir, se tomó en consideración a su edad, lo que representa una desigualdad de trato”³⁸.

³⁵ Sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 27 de agosto de 2015, RIT T-106-2015, considerando décimo tercero.

³⁶ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 5 de abril de 2010, RIT T-2-2010, considerando duodécimo. En el mismo sentido, sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012.

³⁷ Sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de febrero de 2010, RIT T-57-2009, considerando décimo noveno.

³⁸ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT T-2-2009, considerando duodécimo.

Siguiendo el mismo criterio, otra sentencia sostuvo: “Que no se hayan acreditado las razones invocadas por la empleadora para explicar por qué se optó por el demandante entre los tres vendedores para ser despedido, y que no hayan antecedentes que quienes ocupaban su mismo cargo y siguieron trabajando en la empresa tuvieran una mayor edad, en opinión del tribunal constituyen indicios suficientes para establecer que el actor fue elegido para ser despedido por ser quien tenía mayor edad, configurándose así un despido discriminatorio y vulneratorio de los derechos fundamentales del trabajador”³⁹.

Un último ejemplo: “La demandada realizó actos de discriminación al desvincular a la actora por haber cumplido la edad de 60 años, sin haber justificado la proporcionalidad de su decisión, pues esta no se basa en ningún hecho que diga relación con su capacidad e idoneidad personal, en el desempeño de sus labores”⁴⁰.

En la mayoría de los casos analizados se trató de una discriminación directa encubierta, y no de una discriminación indirecta, como se indica en alguna sentencia⁴¹. En efecto, en los supuestos analizados la razón invocada para el despido – necesidades de la empresa – encubre un factor discriminatorio, la edad. La discriminación indirecta, en cambio, protege a colectivos victimizados del impacto adverso de medidas laborales de aplicación general⁴².

³⁹ Sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 27 de agosto de 2015, RIT T-106-2015, considerando décimo tercero.

⁴⁰ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, de 5 de noviembre de 2015, RIT T-47-2015, considerando octavo.

⁴¹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT T-2-2009. El Tribunal consideró que la práctica discriminatoria por edad y costo de la remuneración de la trabajadora (más alta que sus colegas) era “una discriminación indirecta, por tratarse de una diferenciación basadas en motivos que sólo fueron formalmente lícitos, que en el curso del juicio se pretendieron encontrar en deficiencias en su idoneidad personal o capacidad, y que fueron descartados, pero que devienen en discriminación en atención a los efectos adversos producidos” (considerando duodécimo).

Al respecto, véase también Raúl Fernández, “Dos conceptos de discriminación directa en el trabajo: un aporte desde el derecho comparado”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 282 (2019): 35 y ss.

⁴² De la misma opinión, Matías Rodríguez, “Nociones de la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento legal en Chile”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Vol. III N°3 (2013): 38.

Otra cuestión llamativa es que los jueces fundan sus sentencias en el marco constitucional y legal que prohíbe la discriminación laboral por edad. Sólo marginalmente se invoca como argumento de refuerzo el Convenio N° 111 OIT y otros instrumentos internacionales⁴³.

Respecto del alcance condenatorio de las sentencias estudiadas, la mayoría fija la indemnización adicional en el mínimo legal (seis remuneraciones⁴⁴) o en un *quantum* cercano a éste (ocho remuneraciones⁴⁵), aunque en algunos casos se acerca o alcanza el máximo legal (diez⁴⁶ u once remuneraciones⁴⁷).

A mayor abundamiento, en la mayoría de los casos el juez no fundamenta la definición del monto de esta indemnización; sólo en casos excepcionales se sostiene que tal determinación se basa en el derecho fundamental afectado y en la intensidad de la afectación⁴⁸.

En pocos casos se condena también a una medida reparatoria de carácter no pecuniario (jornada de reflexión sobre discriminación laboral⁴⁹;

⁴³ Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 15 de febrero de 2010, RIT T-40-2009; y sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012.

Especialmente interesante es la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, de 9 de febrero de 2018, RIT T-149-2017, que invoca por primera vez en Chile la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Sostiene que la valorización de las personas mayores y el enfoque diferencial para el goce efectivo de sus derechos "deben ser interpretados por toda la sociedad, y en particular por el empleador de una persona mayor, como un llamado efectivo y cierto a maximizar la protección de sus derechos fundamentales" (considerando décimo tercero).

⁴⁴ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 5 de abril de 2010, RIT T-2-2010; sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012; y sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, de 5 de noviembre de 2015, RIT T-47-2015.

⁴⁵ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT T-2-2009; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 3 de marzo de 2010, RIT T-26-2009; y sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 27 de agosto de 2015, RIT T-106-2015.

⁴⁶ Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de febrero de 2010, RIT T-57-2009.

⁴⁷ Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 9 de agosto de 2010, RIT T-114-2010; sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 11 de octubre de 2016, RIT T-318-2016; y sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de noviembre de 2016, RIT T-323-2016; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 21 de junio de 2018, RIT T-134-2018.

⁴⁸ Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de junio de 2012, RIT T-99-2012; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 21 de junio de 2018, RIT T-134-2018.

⁴⁹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT T-2-2009; sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 9 de agosto de 2010, RIT

incorporación de una cláusula en todos los contratos de trabajo con descripción detallada del sistema de bonos que otorga la empresa⁵⁰; ceremonia de despedida formal de los docentes denunciantes, para agradecerles el tiempo servido, invitando a todos los trabajadores y estudiantes de la Universidad⁵¹).

En ninguno de los casos analizados se condena a la reincorporación del trabajador por haberse producido el despido con discriminación grave, aunque en algunas sentencias si se hace referencia a esta sanción. Así, por ejemplo, se ha sostenido que es errada la distinción realizada por la norma legal, que pareciera distinguir entre discriminaciones graves y aquellas que no lo serían, “en circunstancias que todo acto de discriminación es sin duda alguna de carácter grave pues rompe sin fundamento alguno la igualdad de trato que merecen todos los seres humanos e introduce diferencias odiosas para castigar aspectos del ser humano que son especialmente sensibles, como la raza, el origen social, el sexo o la edad”⁵².

Otra sentencia establece que “corresponde al juez fijar en concreto el quantum de la sanción, ejercicio en el que, en el caso particular, tendrá en consideración, que la trabajadora perdió su empleo, a raíz de esta vulneración, a sólo dos años de encontrarse, de acuerdo con la ley, en condiciones de decidir si jubilaría, elección que, dada la decisión de tercero que la afectó, deberá realizar en condiciones bastante más desventajosas que las que hubiera tenido de haberla podido ejercer si hubiera podido hacerlo formando parte de la institución a la que por 18 años perteneció y que en tales condiciones, la edad de la actora, incluso dificulta la obtención de un nuevo empleo, lo que transforma la vulneración efectuada por el empleador en grave, pese a lo cual y teniendo en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 489 inciso 4° del estatuto laboral, calificándose

T-114-2010; sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 21 de junio de 2018, RIT T-134-2018.

⁵⁰ Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 2 de febrero de 2010, RIT T-57-2009.

⁵¹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 21 de junio de 2018, RIT T-134-2018.

⁵² Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 21 de junio de 2018, RIT T-134-2018.

como grave el despido vulneratorio, el trabajador puede optar entre la reincorporación y las indemnizaciones a que se refiere el mismo artículo en el inciso anterior lo que se hará en forma incidental, habiendo, la actora demandado en su libelo el pago de la indemnización a que se refiere el mencionado artículo 489 inciso 3°, esta Juez tendrá por ejercido el derecho a opción referido y fijará la referida indemnización en ocho meses de su última remuneración mensual⁵³.

En materia recursiva, se han deducido varios recursos de nulidad por empresas condenadas, las que en su mayoría han alegado la vulneración de la sana crítica en la valoración de la prueba: la empresa recurrente sostiene que el demandante no logró acreditar siquiera un mínimo estándar que pudiera presumir que ha logrado constituir indicios de que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales, y el Tribunal desestimó sin causa o justificación suficiente, antecedentes probatorios de vital importancia que se incorporaron al proceso que fundamentaron el despido y su proporcionalidad y que, en todo caso, demuestran que en modo alguno la empleadora procedió al despido como un acto atentatorio a la garantía de no discriminación. La casi totalidad de estos recursos han sido rechazados⁵⁴.

Solo uno fue acogido, con una tesis que carece de sostén jurídico. “El legislador en el artículo 493 efectivamente acepta la prueba indiciaria, pero ella está referida a las hipótesis del inciso primero del artículo 485, ocurriendo que, en la especie, la actora ha sostenido que ha sido discriminada en razón de la edad y tal caso se encuentra contemplado en el inciso segundo de esta última disposición, la que hace aplicable sólo el procedimiento a seguir a los actos de discriminación laboral del artículo 2° del Código del Trabajo. Consecuentemente, la sentenciadora ha efectuado una aplicación errónea de la norma al conformarse con prueba indiciaria para dar por acreditada la discriminación por edad denunciada por la

⁵³ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 25 de abril de 2009, RIT T-2-2009, considerando décimocuarto.

⁵⁴ Sentencias de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 11 de mayo de 2010, Rol N° 34-2010; y de 18 de junio de 2010, Rol N° 49-2010; y sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de junio de 2010, Rol N° 276-2010; y de 30 de enero de 2017, Rol N° 2382-2016.

demandante”. “La prueba de los casos de discriminación del artículo 2° del Código del Trabajo exigen una prueba más importante que simples indicios, como ocurre en las hipótesis del artículo 485 inciso primero”⁵⁵.

Ha habido un par de intentos de unificación, los que han sido desestimados por razones formales o por inactividad procesal del recurrente.

Finalmente, adviértase que no se detecta a nivel jurisprudencial casos de discriminación multidimensional ni discriminación agravada (se rechaza la vulneración de otros derechos fundamentales cuando se invocan)⁵⁶.

4. Conclusiones

La discriminación laboral de personas de edad avanzada y la falta de mecanismos eficaces para enfrentarla es un problema que debe analizarse en clave de derechos humanos, a partir de la aplicación de los postulados propios de interpretación de derechos humanos, particularmente teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los derechos y el principio favor persona, considerando al efecto la categoría edad como una sospechosa de distinción arbitraria, justificando la procedencia de exámenes más estrictos para determinar su compatibilidad con la Constitución y con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos fundamentales.

La preocupación por la discriminación por edad en el trabajo es una forma de discriminación recientemente reconocida, en el Mundo y en Chile. Los sistemas jurídicos nacionales e internacionales han reaccionado más tardíamente frente a este criterio sospechoso de discriminación laboral, seguramente presionados por la constatación de los cambios sociodemográficos.

Su ocurrencia es una manifestación más del maltrato estructural que sufren las personas de edad en nuestro país. En tal sentido, la discriminación

⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 27 de julio de 2009, Rol N° 163-2009, considerando noveno.

⁵⁶ En sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, de 5 de abril de 2010, RIT T-2-2010, el Tribunal rechazó que haya existido – además de la discriminación por edad – vulneración de otros derechos reclamados, concretamente la integridad psíquica y la honra de la trabajadora. Lo propio había resuelto la sentencia del mismo Tribunal, de 3 de marzo de 2010, RIT T-26-2009.

de estos trabajadores es un problema inserto en un contexto más amplio, referido al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas mayores, en cuanto resultan especialmente vulnerables frente a las normas laborales y de protección social.

Por cierto, es necesario distinguir entre la discriminación institucionalizada (diferencias de trato en razón de la edad contempladas en el ordenamiento jurídico) y la discriminación por los actores de las relaciones laborales; esta última ha sido objeto de este trabajo.

El derecho estudiado tiene reconocimiento en diversos instrumentos internacionales, destacando el Convenio N° 111 OIT y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de reciente vigencia. Por su parte, el reconocimiento normativo a nivel interno viene dado fundamentalmente por el art. 19 numerales 2° y 16 de la Constitución y su desarrollo legal en el art. 2 del Código del Trabajo.

Este estudio ha tenido como centro el análisis de los instrumentos de protección del derecho a la no discriminación laboral de personas de edad avanzada. El riesgo de que quedara como una declaración de principios fue tempranamente advertido⁵⁷.

En este orden de cosas, destáquense las siguientes conclusiones:

- No ha habido mejoras en la tutela constitucional de este derecho. Si bien se ha planteado algún debate sobre la procedencia del recurso de protección, lo cierto es que no constituye una fórmula efectiva de tutela.
- En materia de tutela administrativa, es posible advertir algunos avances en la investigación y denuncia de vulneraciones de derechos fundamentales, y en la mediación procedente en estos casos. Sin embargo, el estudio choca con la dificultad para acceder a información

⁵⁷ Durante la tramitación de la Ley N° 19.739/2001, el diputado Sr. Rodolfo Seguel, por citar sólo un ejemplo, advertía que “aun cuando vamos a legislar para evitar la discriminación por edad y sexo, estoy convencido de que nadie respetará esa normativa. Sin embargo, es una buena declaración de principios, porque servirá para ir haciendo conciencia, en los sectores empresariales fundamentalmente”. Congreso Nacional (S.F.), 20.

desagregada de la Dirección del Trabajo sobre la operatividad de estos instrumentos.

- En lo que respecta a la tutela jurisdiccional, sin duda los principios e instrumentos incorporados por la actual justicia del trabajo, vigente desde 2008, han mejorado el escenario de protección de los derechos laborales, entre ellos, los derechos fundamentales. En tal perspectiva, es preciso destacar la funcionalidad de la acción de tutela.

Sin embargo, esta protección sigue siendo insuficiente. En efecto, la acción de tutela no es procedente frente a ofertas laborales discriminatorias, dejando un espacio abierto a estas conductas (la tutela administrativa sólo podría decantar en multa). Con acierto, la doctrina afirma que éste “es uno de los mayores déficit del Derecho del Trabajo chileno en relación con la protección de la discriminación laboral”, máxime cuando “existe certeza de que buena parte de las prácticas discriminatorias se producen en Chile durante los procesos de selección de los trabajadores”⁵⁸.

Son excepcionalísimas las sentencias de tutela por discriminación laboral en razón de la edad durante la relación de trabajo, y pocas por despido discriminatorio en razón de este criterio, muy posiblemente no porque no haya casos, sino por otras razones. Primero, porque la edad, pese a ser un factor sensible, no está aún entre los que más resienten la discriminación laboral en nuestro país⁵⁹. Segundo, por la inestabilidad del empleo y el temor al despido. Tercero, por la incidencia de medios de solución alternativa de conflictos; especialmente la conciliación judicial y,

⁵⁸ José Luis Ugarte, *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), 69 y 70.

Algunos autores han postulado la procedencia de la acción de tutela en supuestos de discriminación pre-ocupacionales; la práctica judicial, sin embargo, no recoge dicha tesis. Véase Camilo Iturriaga, “Los actos discriminatorios en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Vol. IV N° 1 (2016): 57 y ss.; y Carlos Martínez, “Ampliación del alcance de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales a problemas de discriminación pre-ocupacional”, en *Revista Laboral Chilena* (Diciembre, 2017): 63 y ss.

⁵⁹ Se ha informado que los factores más sensibles a la discriminación laboral en Chile serían el sexo y la sindicalización. Véase un inventario de los colectivos que sufren mayor discriminación en América, según país, en F. Bolaños, “El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación”, en *AAVV, IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Guayaquil, SEDTSS, 2013), 28.

eventualmente, la mediación de derechos fundamentales. Cuarto, por la especial complejidad de la edad como criterio sospechoso de discriminación, que hace más difícil la operatividad de las ya de por sí limitadas posibilidades de tutela contra medidas discriminatorias⁶⁰. Y quinto, por los problemas probatorios (incluso con el sistema indiciario, la prueba puede seguir resultando compleja para el trabajador que demanda)⁶¹.

Frente a este escenario, ¿cómo avanzar?

Una posibilidad es incorporar instrumentos de protección frente a la discriminación laboral por edad a través de la negociación colectiva. En tal sentido, será interesante revisar si los nuevos contenidos negociales reconocidos expresamente por la última reforma laboral de la Ley N° 20.940/2016 se transforman en un avance en el sentido que se comenta. El nuevo art. 306 del Código del Trabajo permite negociar acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad y acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, entre otras cuestiones. Con todo, la persistencia del modelo normativo chileno restrictivo de los derechos colectivos no permite augurar un avance sustancial por esta vía. Es más, incluso en sistemas negociales más robustos se ha constatado la debilidad de la negociación colectiva para evitar la discriminación laboral en razón de la edad⁶².

Una alternativa más factible consistiría en potenciar los mecanismos de protección existentes; en particular, la acción de tutela. En tal sentido,

⁶⁰ Noemí Serrano, "La edad como factor de discriminación en el empleo", en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* N° 12 (Universidad de Valladolid, 2011): 31; Wilfredo Sanguinetti, "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?", en *Trabajo y Derecho*, N° 59 (2019): 10 y ss.

⁶¹ Al respecto, véase José Luis Ugarte, *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), 71 a 75.

⁶² Respecto del sistema español, véase un interesante análisis del papel de la negociación colectiva en la segmentación del mercado de trabajo por razón de la edad, en Eva Garrido, "La edad como factor de segmentación en el mercado de trabajo", en *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, coord. Jesús Cruz (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015), 419 a 435.

Téngase presente, además, que en el referido sistema normativo la discriminación laboral grave está tipificada como delito penal, en el art. 314 del Código Penal, aunque dicha norma no menciona la edad como criterio sospechoso de discriminación. Sobre esta arista, véase el trabajo de Antonio Baylos y Juan Terradillos, "Derecho Penal del Trabajo. Una reflexión general a partir de la experiencia normativa española", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* N° 7 (2008): p. 8.

resulta imperioso habilitar legalmente la procedencia de esta acción frente a discriminaciones pre-ocupacionales.

De otro lado, según se ha dicho, la exigencia de justificación de determinadas decisiones empresariales no es suficiente para garantizar la corrección de las mismas desde el punto de vista del factor edad. En otros sistemas normativos, ante criterios de especial vulnerabilidad se ha incorporado un elemento adicional de protección, denominado *motivating factor*⁶³. Este mecanismo obligaría a que la empresa, ante una medida que afecte a un trabajador de edad, descarte cualquier elemento discriminatorio por razón de esta condición. Este mecanismo, más intenso que el sistema de prueba indiciaria existente en nuestro país, podría dotar de mayor eficacia a la acción de tutela como mecanismo de protección frente a la discriminación laboral en razón de la edad avanzada. Bajo esta lógica, la protección se construye partiendo del hecho real de que esta clase de discriminación se produce regularmente en las relaciones laborales.

Asimismo, se hace necesario sensibilizar a los jueces laborales respecto de la complejidad del sistema reparatorio en estos casos, de cara a conseguir la reparación de las consecuencias de la conducta discriminatoria, incluso más allá de la reparación individual de la víctima⁶⁴.

Dentro de los mecanismos internacionales, destáquese al cierre el nuevo espacio abierto por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: los mecanismos de

⁶³ Se reconoce inicialmente en la *Civil Rights Act* (1991) de Estados Unidos, para quejas de discriminación por raza, sexo, nacionalidad y religión. Luego, la *Protecting Older Workers Against Discrimination Act* (2013) acoge la misma fórmula para la específica circunstancia de la edad. Esta última acta se encuentra disponible en <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr2852/text>

En efecto, la doctrina sostiene que la cuestión de la no discriminación laboral por edad hunde sus raíces en el Derecho estadounidense; en concreto, habría surgido con la regulación que impedía esta clase de discriminación en el Estado de Colorado (1903). Al respecto, véase Noemí Serrano, “La edad como factor de discriminación en el empleo”, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* N° 12 (España, Universidad de Valladolid, 2011): 19.

⁶⁴ José Luis Ugarte, *El derecho a la no discriminación en el trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), 90 y 91.

seguimiento (Conferencia de Estados Parte y Comité de Expertos) y sobretudo los medios de protección (sistema de peticiones individuales⁶⁵).

Una tercera vía – indirecta – para propender a mejorar el sistema de protección frente a discriminaciones por edad podría ser que se complementara con políticas de empleo. Parece ser que no basta la persecución de conductas discriminatorias sino que deberían también instrumentarse políticas activas de promoción de la igualdad de trato por edad⁶⁶, incluyendo eventualmente medidas especiales de discriminación positiva⁶⁷. En la misma perspectiva, parece necesaria la articulación de políticas de empleo en relación con las personas de edad avanzada⁶⁸.

Al respecto, cabe citar nuevamente a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que en su art. 18 reconoce el derecho al trabajo. En lo pertinente establece que “los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado”. Asimismo, “los Estados Parte

⁶⁵ “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte (...)” (art. 36).

Al efecto, recientemente se ha habilitado el Portal del Sistema Individual de Peticiones, de fácil acceso *online*: <http://www.oas.org/es/cidh/portal/>

⁶⁶ Al parecer, es necesario “demostrar cómo el mantenimiento de estos trabajadores en el empleo y la contratación puede formar parte integrante de la gestión empresarial competitiva y productiva y ser compatible con la misma”. OIT, “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Conferencia Internacional del Trabajo, 100 reunión* (Ginebra, 2011), 73.

⁶⁷ César Arese, “Gran avance en derechos humanos laborales de las personas mayores”, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, Vol. I N° 1 (2016): 28. Pueden revisarse algunas experiencias nacionales en esta línea, en OIT, “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Conferencia Internacional del Trabajo, 100 reunión* (Ginebra, 2011), 55 y 56.

⁶⁸ Respecto del sistema europeo y sistemas nacionales en dicho contexto geográfico hay nutrida literatura. Por todos, véase Javier Calvo, “Los mayores en el nuevo derecho del empleo” en *Transiciones laborales y reformas al mercado del trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, ed. Agustín Galán (Albacete, Bomarzo, 2015), 360 y ss.

promoverán programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados”. Promoverán también “políticas laborales dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor”. Y “alentarán el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos”⁶⁹.

En definitiva, erradicar la discriminación laboral arbitraria por razón de la edad exige no sólo mejoras en las estructuras normativas, sino importantes cambios culturales⁷⁰. “A la larga nos hacemos viejos”. El envejecimiento global ya está cambiando los parámetros sociales, culturales, económicos y normativos. En este contexto, el Derecho del Trabajo enfrenta un nuevo desafío.

⁶⁹ En el ámbito europeo resulta de interés, en esta misma perspectiva, el Acuerdo Marco Autónomo sobre Envejecimiento Activo y Enfoque Intergeneracional. Se trata de un acuerdo marco suscrito el 8 de marzo de 2017 por los principales interlocutores empresariales y sindicales europeos, revestidos de amplia representatividad. Su propósito central es facilitar la participación activa de los trabajadores de más edad en el mercado laboral hasta la edad de jubilación y promover un enfoque intergeneracional. El acuerdo es buen indicador del estado actual de la discusión en Europa sobre el maltrato estructural de los adultos mayores en el ámbito laboral, y pone en relieve al diálogo social como mecanismo para avanzar en estas materias.

Véase la traducción al castellano en Rodrigo Palomo y Fernanda Salazar, “Acuerdo marco autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional en la Unión Europea”, en *Revista Laboral Chilena* (julio, 2017): 103 y ss.

⁷⁰ “Las percepciones sociales cambian lentamente y la legislación que prohíbe la discriminación por razones de edad es un medio importante para acelerar los cambios de comportamiento”. En este sentido, OIT, “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Conferencia Internacional del Trabajo, 96° reunión* (Ginebra, 2007), 46. En la misma línea, la diputada Sra. María Rozas durante la tramitación de la Ley N° 19.739/2001: “La solución del problema pasa, más que por lo que aprobemos los diputados, por un cambio cultural, de manera que empecemos a respetar la experiencia que la gente ha aportado durante muchos años de su vida y a la cual todavía le falta mucho por aportar. Creo que aparte de que exista una ley sobre la materia, es necesario estudiar la forma de cambiar nuestra mentalidad, de manera que se respete la sabiduría, el conocimiento y los años de servicio prestados al país por los mayores”. Congreso Nacional (S.F.), p. 31.

Bibliografía

- ARAYA, Á.(2012). “La discriminación por edad en el ámbito laboral: una mirada a la jurisprudencia”, en *Serie Notas y Artículos de Interés, Novoa & Araya Abogados*, n° 3 (julio): 1-9.
- ARESE, C. (2016). “Gran avance en derechos humanos laborales de las personas mayores”, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, Vol. I n° 1: 25-30.
- BAYLOS, A; TERRADILLOS, J. (2008). “Derecho Penal del Trabajo. Una reflexión general a partir de la experiencia normativa española”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* n° 7: 3-26.
- BOLAÑOS, F. (2013). “El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación”, en AAVV, *IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Guayaquil, SEDTSS): 13 – 57.
- CAAMAÑO, E. (2005). *El derecho a la no discriminación en el empleo*. Santiago: LexisNexis.
- CALVO, J. (2015). “Los mayores en el nuevo derecho del empleo”, en *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, ed. Galán, Agustín, 333-423. Albacete, Bomarzo.
- CASTRO, J. (2001). “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”, en *Boletín de la Dirección del Trabajo*, n° 146: 7-19
- CARRIZOSA, E. (2017). “La gestión de la diversidad funcional en la empresa. La discapacidad, la enfermedad, y los trabajadores de edad avanzada”, en *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, ed. Mella, Lourdes y Fernández, Silvia, 1-36. Berna, Peter Lang.
- DÍAZ, L. (2013). “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40 n°2: 635 – 668.
- FERNÁNDEZ, R. (2019). “Dos conceptos de discriminación directa en el trabajo: un aporte desde el derecho comparado”, en *Revista Laboral Chilena*, n° 282: 35-46.

- GARRIDO, E. (2015). “La edad como factor de segmentación en el mercado de trabajo”, en *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, coord. Cruz, Jesús, 385-442, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- ITURRIAGA, C. (2016). “Los actos discriminatorios en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. IV n° 1: 57-72.
- LATHROP, F. (2009). “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 n° 1: 77-113.
- LIZAMA, L. y UGARTE, J. (1998). *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- MARTÍNEZ, C. (2017). “Ampliación del alcance de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales a problemas de discriminación pre-ocupacional”, en *Revista Laboral Chilena* (Diciembre): 59 – 68.
- OIT (2007). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96° reunión* (Ginebra).
- OIT (2011). *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión* (Ginebra).
- PALOMO, R. y SALAZAR, F. (2017). “Acuerdo marco autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional en la Unión Europea”, en *Revista Laboral Chilena* (julio): 103 – 107.
- PRADO, J. (2015). “Vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido. Discriminación por edad”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Vol. III n° 1: 325 – 360.
- RODRÍGUEZ, M. (2013). “Nociones sobre la discriminación laboral indirecta. Reconocimiento legal en Chile”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Vol. III n° 3: 13-41.

SANGUINETI, W. (2019). "La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?" en *Trabajo y Derecho* n° 59: 10-15.

SERRANO, N. (2011). "La edad como factor de discriminación en el empleo", en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, Universidad de Valladolid* n° 12: 17-43.

UGARTE, J. (2013). *El derecho a la no discriminación en el trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.

UGARTE, J. (2009). *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago: Legal Publishing.

Recursos electrónicos

CONGRESO NACIONAL (S.F.): Historia de la Ley N° 19.739. Modifica el Código del Trabajo a fin de evitar la discriminación por edad y sexo en la postulación a empleos, [fecha de consulta: 16 de enero de 2018]. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/19.739/>].

**EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES Y EL
PROBLEMA DE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA: ¿AUTÓNOMO,
DEPENDIENTE O AMBOS A LA VEZ?**

**WORK THROUGH DIGITAL PLATFORMS AND THE PROBLEM
OF IT'S LEGAL QUALIFICATION: AUTONOMOUS,
DEPENDENT OR BOTH AT THE SAME TIME?**

Héctor Omar GARCÍA

*Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

hgarciaomar@gmail.com

Fecha de envío: 17/02/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES Y EL PROBLEMA DE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA: ¿AUTÓNOMO, DEPENDIENTE O AMBOS A LA VEZ?

Héctor Omar GARCÍA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: En el presente trabajo se presenta la problemática de la calificación jurídica del trabajo mediante plataformas digitales. Asimismo, se ahonda en las diversas respuestas dispensadas a nivel comparado, que pasan por considerar un trabajo de carácter autónomo, uno de tipo dependiente y una revalorización de figuras intermedias.

Palabras clave: Plataformas digitales - Nuevas formas de trabajo - Trabajador autónomo - Trabajador dependiente

Sumario: 1. Nuevas tecnologías y nuevas formas de empresa y de organización del trabajo. 1.1. Un nuevo modelo de *empresa magra*: de la calidad total a la flexibilidad total. 1.2. La plataforma, ¿puro espacio virtual de comunicación entre oferente y demandante del servicio u organizadora de este? 2. Otra vuelta en torno a la calificación del vínculo entre plataforma y trabajador. 3. Nuevas miradas y revalorización de las figuras intermedias entre la dependencia y la autonomía. 4. En síntesis...

Abstract: This paper presents the problem of the legal qualification of work through digital platforms. Likewise, it delves into the various responses dispensed at a comparative level, which include an autonomous work, a dependent type and a revaluation of intermediate figures.

Key words: Digital platforms - New forms of work - Self-employed - Dependent worker

Summary: 1. New technologies and new forms of business and work organization. 1.1. A new model of *lean business*: from total quality to total flexibility. 1.2. The platform, pure virtual space of communication between the offeror and the customer or organizer of the service? 2. Another approach around the qualification of the link between platform and worker. 3. New views and revaluation of intermediate figures between dependence and autonomy. 4. In summary...

1. Nuevas tecnologías y nuevas formas de empresa y de organización del trabajo

Mientras la influencia de la tecnología digital sobre las formas de organizar la empresa y la producción se expande de manera acelerada y creciente, el trabajo asalariado por cuenta ajena, en sus configuraciones histórica, arquetípica y contractual, cede terreno de manera indetenible¹ a modos de ejecución en los que se hacen cada vez menos reconocibles los nexos entre estos y el centro organizativo de la explotación, a la vez que se hace menos perceptible la conexión entre los componentes *materiales* y los *inmateriales* de la organización empresarial, que constituyen, todos ellos en su conjunto, instrumentos para el logro de los *fin*es de esta (en términos del art. 5º, LCT). La tecnología digital juega un papel determinante en el actual contexto, al extremo de dar lugar a nuevas denominaciones y caracterizaciones del orden económico global -v.gr., capitalismo *cognitivo*²,

¹ Autores franceses, desde los diversos campos de las ciencias económicas y sociales y el derecho, trazan paralelismos entre los cambios generados en la sociedad por la revolución industrial y los que surgen de manera incesante de la “nueva revolución” provocada por los últimos avances en las tecnologías de la información y la comunicación. (Vid. ALLANO, Sylvain y HAUTCOEUR, Pierre-Cyrille, « La ‘révolution’ numérique, une révolution industrielle ? », *France Stratégie*, <https://www.strategie.gouv.fr/debats/revolution-numerique-une-revolution-industrielle>. En el mismo sentido, se expresan las tesis jurídicas de LARHER, Yann-Maël, *Les relations numériques de travail* (tesis), Université Paris II, 31 de mayo de 2017 (<https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/soutenances-de-theses/les-relations-numeriques-de-travail>); y de KIRCHDORFER, Dominik, “La revolución digital. Cambios en el mercado laboral”, *Eurobabble*, <https://euro-babble.eu/es/2019/02/28/digital-revolution-labour-market-shifts/>). Con distinta mirada, Cruz Villalón apunta que, por muy profunda que esté siendo y vaya a ser la digitalización del empleo y de la economía, esta “se está produciendo de manera bastante natural en casi todas las sociedades”; es decir, que “ni la universalización ni la celeridad de la digitalización presuponen su carácter brusco de fractura, ni social ni jurídica. En modo alguno se perciben respuestas de intensificación de la conflictividad social; basta advertir que no se advierte en estos momentos movimiento alguno de reacción frente a la digitalización asimilable a lo que supuso en su momento histórico el ludismo a resultas de la introducción del telar en la primera industrialización del siglo XIX; por el contrario, lo que se detecta es una generalizada aceptación pacífica y fácilmente interiorizada de los cambios derivados de todo ello”. Por ello, el profesor de la Universidad de Sevilla considera conveniente evitar el uso del tan difundido término “disrupción” por ser más apropiado el de “irrupción” para describir la entidad del impacto que está teniendo la extensión de la digitalización como nueva tecnología en el ámbito de la economía y del empleo. Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Las transformaciones de las relaciones laborales ante el impacto de la digitalización de la economía”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, pp. 21/22.

² FORLIVESI, Michele, “Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione”, en *Labour & Law Issues*, vol. 4, nº 1, 2018, p. 38.

capitalismo de plataformas³-, en cuyo escenario las tecnologías de la información y la comunicación se erigen en instrumentos primordiales de reorganización de empresas y sistemas de producción, permitiendo a las cadenas de valor mundiales fragmentarse y crear modelos avanzados de externalización productiva que hacen uso de infraestructuras digitales (sitios *web*, plataformas, aplicaciones, algoritmos predictivos) para facilitar a productores y consumidores el aprovechamiento rápido y a costos reducidos de una fuerza laboral externa y prácticamente inagotable⁴.

A su vez, las nuevas denominaciones aplicadas al actual marco económico, tales como “economía bajo demanda” (*on-demand economy*), “economía de los pequeños trabajos” (*gig economy*) o “economía de plataformas”, entre muchas otras⁵, aluden -conforme explica Juan Raso- básicamente a una nueva forma de economía que nace del intercambio de bienes y servicios a través de internet y que, al ser enfocada, permite dar un paso más, que refiere a “soportes digitales avanzados”, los cuales dan lugar a “construir nuevas formas de organización del trabajo y nuevas estrategias productivas, con consecuencias no fáciles de medir en el mundo del trabajo y en la economía en general: la empresa magra con ramificaciones externas es sustituida por plataformas que captan, organizan y distribuyen trabajo”⁶.

Las tecnologías de la información y la comunicación exhiben su total predominio conformando una nueva “gran división del trabajo” dentro de las empresas y los establecimientos, que en muchos casos pueden identificarse con el solo utillaje tecnológico, dentro del cual reina el algoritmo -como lo hicieron, en su respectivo tiempo, el cronómetro, en la producción tayloriana, la línea de montaje, en el sistema *fordista*, y, en menor medida, el tablero electrónico en el método *ohnista* o *toyotista*-. El algoritmo puede

³ PERULLI, Adalberto, “Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro: verso un nuovo sistema di tutela?”, en PERULLI, A. (a cura di), *Lavoro autónomo e capitalismo delle piattaforme*, Università Ca’Foscari Venezia – Dipartimento di Economia. *Collana del Centro studi giuridici*, n° 14, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2018, p. 122.

⁴ FORLIVESI, op. cit., p. 39.

⁵ Raso, por ejemplo, utiliza la denominación de “economía virtual”. Vid. RASO DELGUE, Juan, “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT University Press, Vol. 5, N° 1, enero-marzo de 2017, p. 5.

⁶ RASO DELGUE, op. cit., p. 4.

autogobernarse y gobernar en simultáneo la prestación humana de las tareas que él mismo asigna, controla y eventualmente reasigna a otro, dentro de la red de prestadores de la plataforma. La sola referencia al algoritmo denota no solo la empresa muy desarrollada tecnológicamente en general sino, ante todo, una nueva configuración empresarial. Forma de empresa particular y ya muy difundida -conocida como *plataforma digital*, *plataforma electrónica*, *plataforma virtual* o sencillamente *plataforma* con omisión de todo adjetivo-, de cuya creación las tecnologías de la información y la comunicación han sido factores determinantes.

1.1. Un nuevo modelo de *empresa magra*: de la “calidad total” a la flexibilidad total

El nuevo paradigma de empresa y de organización del trabajo implicado por la plataforma consigue llevar la flexibilidad organizativa al extremo. No solo prescinde de empresas intermediarias y subcontratistas. También de establecimiento, entendido como centro de trabajo, y de todo elemento material que no sea el trabajador que presta el servicio que ella ofrece, careciendo hasta de elementos propios para el control de la prestación, que deriva hacia los usuarios del servicio, cuya información el algoritmo se encarga luego de procesar. Por obra de la alta tecnología digital, el método organizativo de las plataformas alcanza una eficiencia en términos de productividad que permite dejar de lado las formas de organización asociadas al *toyotismo*, caracterizadas por los vínculos interempresariales -salvo “alianzas estratégicas” que sí se dan entre plataformas de *delivery* y empresas dedicadas a la gastronomía (por ejemplo, entre Glovo y MacDonalds), que consisten fundamentalmente en operaciones de marketing que no implican modificaciones en las estructuras empresariales ni en la organización de la producción de ninguna de ellas-. Pero tanto el modelo de “*redes multidireccionales aplicado por empresas pequeñas y medianas*” como el “*modelo de producción basado en la franquicia y la*

*subcontratación bajo la cobertura de una gran compañía*⁷ son ajenos a la organización empresarial y del negocio de las plataformas. La plataforma informática no procura su interconexión con otras empresas para el desarrollo de redes empresariales sino construye su propia red (tendencialmente multitudinaria) de prestadores de servicios, que deben encontrarse disponibles para ejecutarlos “*just in time*” al usuario demandante.

Entre los distintos tipos de *crowdwork* (trabajo multitudinario) que generan las nuevas modalidades de negocio organizadas por plataformas digitales -de las que interesan aquí las que involucran labor humana fragmentada en microtarefas de baja calificación (lo que dio lugar a su caracterización como “*neotaylorismo digital*”) y ejecutadas fuera de línea, al instante y dentro del ámbito geográfico en que también se encuentran quienes las demandan (modalidad de prestación corrientemente denominada *crowdworking off-line local*)- puede observarse el recurso generalizado a la *autonomización* de quienes tienen a cargo la prestación de trabajo. Este modo de relacionamiento entre la plataforma y el prestador de servicios, no es, en rigor, producto de un auténtico *acuerdo* bilateral anudado entre sujetos dotados de un poder de negociación relativamente simétrico, sino de una *adhesión* contractual⁸ impuesta unilateralmente por la primera al segundo, que se formaliza mediante la aceptación de términos y condiciones contractuales a través del portal de internet de la plataforma o de la aplicación digital de esta. Dicho ello con palabras de Todolí Signes, “la plataforma es la que dicta las normas organizativas de obligado

⁷ CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, sexta edición en español, Siglo XXI Editores, México, 2005, Vol. 1 – *La sociedad red*, pp. 185/188 (con itálica en el texto citado).

⁸ LITTERIO, Liliana Hebe, “Trabajadores ‘plataforma-dependientes’: el caso Uber y Cabify”, en revista *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, p. 806. La autora afirma que “estos trabajadores son ajenos al contrato de sociedad imaginario, proclamado por la empresa, ya que su desempeño se ajusta más a un contrato de adhesión, pues se someten a las condiciones determinadas por la otra parte y todo parece funcionar en un sistema de ‘premios y castigos’”. Véase, también, de la misma autora: “Trabajadores ‘plataforma-dependientes’: El caso de *Rappi*, *Glovo* y *PedidosYa*”, en revista *La Ley* (diario), Año LXXXIII, N° 54, Tomo 2019-B, miércoles 20 de marzo de 2019, p. 3.

cumplimiento que considera necesarias, mientras que el trabajador solo puede aceptarlas o no trabajar”⁹.

A la aludida desmaterialización de la nueva configuración de empresa contribuye la *desespaciación*¹⁰ del establecimiento, cuyo único elemento visible, aunque también inmaterial, es la aplicación digital (*app*) instalada en sendos teléfonos móviles del prestador y del usuario del servicio. Ese instrumento hipertecnologizado es un factor clave en el artificio -que Raso refiere como “acto de magia extraordinario”¹¹- consistente en que un programa informático asume funciones inherentes a los poderes de la empresa o del empresario (poderes característicos del papel de empleador) y delega otras en los usuarios de los servicios ofrecidos por la plataforma, principalmente el control de calidad sobre la ejecución de la prestación contratada (v.gr., un envío de cosas, un traslado de personas o una reparación a domicilio). La invisibilidad de la empresa y del establecimiento contribuye a generar la ilusión de autonomía en el desempeño de los trabajadores de los cuales la plataforma se sirve -el conductor de automóvil que lleva a cabo el transporte de personas solicitado a través de la aplicación, o el mensajero que lleva comidas al domicilio de quien las ha demandado mediante el mismo dispositivo, por mencionar los casos más notorios-. Pero la plataforma en ningún momento abandona el tablero de mando de la explotación, que se cifra en las operaciones que hacen al cumplimiento de los fines de su organización empresarial (siempre en términos del art. 5º, LCT).

⁹ TODOLÍ SIGNES, Adrián, *El trabajo en la era de la economía colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 50.

¹⁰ Tomo el término de CONFALONIERI (h), Juan Ángel, vertido en su disertación impartida en la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el 4 de julio de 2019.

¹¹ RASO DELGUE, op. cit., p. 4. Este autor explica su metáfora del siguiente modo: “Hoy asistimos a avances prodigiosos de técnicas y tecnología, que dan una vuelta de tuerca más a la transformación de la empresa. No solo se da cuenta de nuevas realidades, sino que la propia empresa -como en un acto de magia extraordinario- desaparece, se volatiliza, pierde dimensiones físicas y humanas. La empresa se vuelve una interminable secuencia de algoritmos, con los que nos interrelacionamos en el inasible mundo virtual. La ‘fantasía’ de la que hablaba Supiot se vuelve realidad: nace una nueva empresa sin fábricas, sin máquinas, sin trabajadores.” Vid. RASO, op. y loc. cit., con remisión a SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus*, traducción de Silvio Mattoni, edición en español de Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007, pp. 180/181.

Esta nueva forma de empresa genera una contrapartida problemática para el Derecho del Trabajo en cuanto a la prestación de servicios bajo la *dependencia* -reconocida o no- de las plataformas, o de otras variantes de empresas cuya explotación se estructura sobre el funcionamiento de instrumental tecnológico avanzado. Ello porque -como reflexiona Adalberto Perulli- el capitalismo de las plataformas pone en discusión las categorías del “viejo” Derecho del Trabajo, en tanto, aunque sin negar su dimensión reguladora, de hecho, paradójicamente la revolución digital aplicada a la producción establece las condiciones para un profundo replanteamiento de las funciones y “figuras” de la rama jurídica en cuestión. Perulli dirige su mirada crítica, en primer lugar, hacia la figura de la subordinación, entendida no solo como categoría para medir el radio de acción del Derecho del Trabajo tradicional, sino también, en perspectiva, como categoría a través de la cual redefinir los vínculos regulativos entre la técnica, el trabajo y la protección de las personas. En segundo lugar, el citado autor propone repensar la figura del empleador, las condiciones para ejercer los poderes empresariales, en particular los de dirección y control, que vienen ampliamente puestos en cuestión por las modalidades digitales del capitalismo de plataformas. Y, finalmente, las figuras jurídicas de la organización del trabajo, desde el lugar y los tiempos hasta los términos de la calidad y de la salud y seguridad, que vienen cuestionados sobre todo por los riesgos conexos a la subdivisión de la actividad en microtarefas, como ocurre en muchas plataformas, o los riesgos de sobreexplotación o, incluso, los riesgos relacionados con los sistemas de seguridad de las plataformas digitales¹².

1.2. La plataforma, ¿puro espacio virtual de comunicación entre oferente y demandante del servicio u organizadora de este?

En lo concerniente al trabajo en la economía de plataformas, la cuestión central reside en develar -como subraya el profesor de la Universidad de Valencia ya citado en el presente estudio- si los trabajadores

¹² PERULLI, “Capitalismo delle...”, cit. p. 128.

que prestan servicios en tales nuevas empresas virtuales “siguen, de alguna forma, dentro del ámbito de dirección y control de estas o, por el contrario, la libertad concedida para la prestación del servicio es suficiente para convertirlos en trabajadores independientes y, por tanto, autónomos”¹³.

En tales casos de actividades o servicios ofrecidos desde plataformas digitales que requieren de trabajo humano a ser ejecutado localmente (*crowdwork off-line* local), la dependencia o subordinación genera indicios de su existencia pero de baja intensidad, al transfigurar y borrar algunas de sus facetas, particularmente la jurídica. El titular de la empresa se desentiende, en apariencia, de la dirección y el control de la prestación del trabajo, y se presenta, no como empleador del trabajador que la ejecuta ni como organizador del negocio, sino como un mero intermediario entre dicho prestador y el consumidor del servicio que la plataforma ofrece y publicita y por el cual percibe un porcentaje del precio de la prestación que ella misma fija, o eventualmente como proveedor del instrumento tecnológico (la aplicación) del que ambos se sirven para interconectarse. La plataforma-empresa, merced a la alta tecnología, se desmaterializa tras la interposición de la aplicación digital que la trasunta. Ello genera o permite un desdoblamiento de la subjetividad de la organizadora del negocio, que se hace visible en la dimensión virtual de internet mientras se invisibiliza como empresa en el mundo real detrás de la aplicación informática instalada en dispositivos electrónicos -generalmente celulares inteligentes-, que constituye el medio de comunicación entre la persona física que presta el servicio y la persona física o jurídica que lo demanda. Ese medio provisto por la plataforma, no otro, es el canal de contacto entre ambos sujetos, prestador y demandante del servicio. No existe contacto directo entre prestador y usuario hasta que este no comienza a recibir el servicio. Antes de ese encuentro personal toda comunicación se lleva a cabo mediante la aplicación.

La actitud refractaria de las plataformas digitales ante cualquier clasificación o caracterización que pueda conducir a incluirlas en algún tipo

¹³ TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era...*, cit., p. 9.

de regulación (no exclusivamente la de carácter laboral y de la seguridad social)¹⁴, dio pie a la creación, por parte de la doctrina iuslaboral, de los calificativos de *empresa evanescente* o *empresa líquida*, referidos a la plataforma, en cuanto esta ya no solo pone en cuestión su condición de empleadora o cuasi-empleadora sino incluso su propia entidad como organización empresarial¹⁵. En la mayoría de los casos -observa Cruz Villalón-, las plataformas digitales se presentan como meramente transparentes, como puro espacio instrumental de encuentro *directo* entre un profesional y un consumidor, sin intermediación alguna de ningún *sujeto*. Desde ese punto de vista, el autor precedentemente citado subraya que las plataformas vendrían a hacer uso de la teoría de la ajenidad en el mercado, no para diferenciar entre trabajo subordinado y autónomo, sino para distinguir entre trabajo autónomo en red y trabajo autónomo de contacto directo con el consumidor¹⁶.

Pero es evidente que así como la conexión entre prestador y demandante o consumidor no es directa, el modo de relacionarse entre estos sujetos tampoco es ajeno a la organización del negocio por parte de la plataforma. No debe perderse de vista que -como enmarca la cuestión Perulli- la plataforma es una empresa capitalista, un actor económico que crea valor gracias a la economía de escala bilateral, es decir, que genera tanto del lado de la demanda como del lado de la oferta, en función de un modelo de negocio central en la también denominada “economía de las redes”, en el cual una multitud (*crowd*) de prestadores -independientes, en la propia concepción del negocio de la plataforma- interactúa con una multitud de usuarios¹⁷. La plataforma, aunque de manera distante y despojada de subjetividad y materialidad, se mantiene presente en la

¹⁴ GAUTHIER, Gustavo, “El trabajo organizado por plataformas en Uruguay”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor O. (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2020 (en proceso de edición).

¹⁵ “(L)as plataformas (...) pretenden eludir las mayores responsabilidades posibles, intentando huir no sólo de ser calificadas como empleadores a efectos de la aplicación de la legislación laboral sino, incluso, a los efectos de huir de la condición de empresa cliente del presunto trabajador autónomo.” Vid. CRUZ VILLALÓN, “Las transformaciones...”, cit., p. 39.

¹⁶ *Ibidem*. (Itálica agregada.)

¹⁷ PERULLI, op. cit., pp. 117/118.

operación posicionándose estratégicamente detrás de su *aplicación*. La oferente del servicio no es otra que la plataforma; no lo es el prestador, simple *medio* o instrumento material y sustituible de la organización empresarial para la concreción de su negocio (*fin*). La plataforma recibe la demanda y su algoritmo propone la ejecución del servicio a varios prestadores en función de su cercanía geográfica con el demandante o de las probabilidades de acceso más rápido al lugar en que este se encuentra o desea recibir la prestación. Prestadores-trabajadores que la plataforma ha contratado bajo formas no laborales. Cualquiera de ellos puede aceptar, mediante la aplicación, la solicitud derivada por el algoritmo y cumplir la tarea a cambio de una contraprestación económica que establece -subrayo- la plataforma y en un importante número de veces le es abonada directamente por esta.

El servicio prestado “a demanda”, gracias a la gestión en línea (vía internet) de la oferta y la demanda vehiculizadas por una plataforma digital, permite suprimir o reducir considerablemente distancias y tiempos, y también protecciones y remuneraciones. De acuerdo con la visión de la investigadora veneciana Valentina Cagnin, lo que se aparenta ser un juego de estrategia de beneficios compartidos (*win-win*) entre todos los sujetos que intervienen en la operación (demandante, prestador y plataforma), en realidad configura un sistema en cuya concepción los costos son transferidos íntegramente a los trabajadores. Las empresas pueden movilizar, verosímilmente a costo cero, un número indefinido de prestadores, fijando unilateralmente su recompensa, estableciendo los criterios para adjudicarles una tarea y para retribuir la y, sobre todo, evitando cualquier forma de protección laboral para estos. Con todo, el hecho de que los prestadores del servicio (*crowdworkers*, también llamados *gig-workers*) se encuentren sujetos a condiciones de trabajo sumamente precarias no desalienta la clasificación contractual de estos, por parte de las plataformas, como trabajadores autónomos o cuentapropistas¹⁸.

¹⁸ CAGNIN, Valentina, “*Gig-economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltreconfine*”, en PERULLI, A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*,

2. Otra vuelta en torno a la calificación del vínculo entre plataforma y trabajador

El hecho de haber sido contractualmente despojado, por la plataforma, de la facultad de fijar lo que se presenta como su *propia* tarifa -a juicio de quien esto escribe- impide que el trabajador que presta el servicio pueda ser verazmente calificado como cuentapropista, microemprendedor, locador de servicios o profesional auténticamente autónomo. Si bien, importantes opiniones, como la de Adalberto Perulli, quitan relieve al dato “extrínseco” de la fijación del precio del servicio, por parte de la plataforma, como indicador de empleo subordinado, por considerar que representa “una prerrogativa que posee cualquier contratante fuerte en el mercado”¹⁹, considero oportuno recordar al respecto -con Trillo Párraga- que algunas plataformas, como es el caso de Uber en España, ofrecen a sus prestadores una contraprestación a la que no cabe sino atribuir el carácter de salario otorgado en el marco de una relación de trabajo subordinado, en cuanto excede significativamente el valor del traslado fijado por la misma plataforma, a cambio del cumplimiento de determinadas condiciones que implican contar con la disponibilidad “casi absoluta” del trabajador. Según apunta el autor castellano-manchego citado, Uber asegura a sus conductores un determinado salario (como, por ejemplo, un número garantizado de viajes a un precio “por hora” también garantizado) si estos se comprometen a cumplir ciertos requisitos, que pueden consistir en aceptar el 90% de las peticiones, completar un viaje por hora, estar conectado al menos 50 minutos por cada hora y recibir una buena evaluación en todos esos viajes²⁰.

Università Ca’Foscari Venezia – Dipartimento di Economia, *Collana del Centro studi giuridici*, n° 14, Nuova serie, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2018, pp. 32/33.

¹⁹ PERULLI, op. cit., p. 133.

²⁰ TRILLO PÁRRAGA, Francisco, “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, n° 76, Albacete, p. 19.

En el análisis crítico de la profesora catalana Anna Ginés, las nuevas tecnologías han provocado una nueva “huida del Derecho del Trabajo” al permitir que servicios que anteriormente eran prestados por trabajadores por cuenta ajena, en la actualidad, se realicen de forma íntegramente descentralizada mediante “falsos trabajadores autónomos” contratados para la prestación de puntuales servicios o actividades individuales. Se han sustituido, así, formas estables de empleo por formas atípicas de trabajo, que escapan de la protección de la normativa laboral en materia de salario mínimo, tiempo de trabajo, seguridad y salud laboral, no discriminación, acción colectiva, protección social, etcétera.²¹

Las formas novedosas de relacionarse entre la plataforma-empresa que organiza un servicio y la persona física que lo presta, no obstante ser instrumentadas o presentadas como vínculos asociativos o locativos sometidos a la legislación civil y comercial, no presentan diferencias sustanciales con las situaciones de desconcentración extrema del trabajo y la organización empresarial que se observan desde las últimas décadas del siglo XX y que han originado vinculaciones calificadas como “ambiguas” o “difusas” desde el punto de vista de la disciplina jurídica laboral, en cuanto el modo de llevar a cabo la tarea encierra la posibilidad cierta y genuina de asociar a esas relaciones tanto a un régimen de subordinación cuanto a uno de autonomía²². Tales son los casos de trabajo denominado *parasubordinado*, *cuasi-asalariado* o *autónomo-dependiente*, afincados, no sin diferencias de tratamiento jurídico, en algunos países de Europa (como Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Países Bajos), en los que el

²¹ GINÉS I FABRELLAS, Anna, “Plataformas de crowdeemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo?”, Proyecto realizado con la Ayuda Fundación BBVA a Investigadores y Creadores Culturales 2016. (Descargado de: https://www.google.com/search?q=Gin%C3%A9s+i+Fabrellas+Plataformas+de+crowdeemployment+virtual+%C2%BFNuevas+formas+de+trabajo+o+la+generalizaci%C3%B3n+del+falso+trabajo+aut%C3%B3nomo%3F+pdf&rlz=1C1OKWM_esAR878AR878&oq=Gin%C3%A9s+i+Fabrellas+Plataformas+de+crowdeemployment+virtual+%C2%BFNuevas+formas+de+trabajo+o+la+generalizaci%C3%B3n+del+falso+trabajo+aut%C3%B3nomo%3F+pdf&aqs=chrome..69i57.14062j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8, el 8 de diciembre de 2019.)

²² CAPARRÓS, Fernando Javier, “La dependencia en la economía de plataformas”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2020 (en proceso de edición).

trabajador, formalmente autónomo²³, ejecuta una actividad de manera coordinada para uno o varios empresarios de los cuales depende económicamente²⁴, y asimismo -en lo que es relevante a los fines del presente estudio- en los fenómenos más recientes del denominado *crowdwork* en su variante “*offline* específica local”²⁵, que -tal como se describió *supra*, en el párrafo I.1- consiste en la prestación de manera presencial del servicio ofrecido por una plataforma electrónica que tiene lugar en el mismo emplazamiento geográfico en que se encuentra la persona humana o jurídica que lo ha solicitado²⁶.

Las expresiones más difundidas de *crowdwork* fuera de línea (*offline*) en Argentina se verifican en los traslados de personas por choferes de plataformas como Uber, Cabify o Beat y en el envío (*delivery*) de comidas y otros productos a domicilio solicitado y comprometido mediante las aplicaciones digitales de las plataformas Rappi, Glovo, PedidosYa o Uber Eats, por mencionar solo a las más desarrolladas en el país. En estos casos, el trabajo heteroorganizado por las plataformas se sirve de trabajadores pretensamente autónomos, a los que un sector de la doctrina italiana extrae

²³ Incluso, en algún régimen puede ser calificado como “microempresario”, como es el caso de la ley francesa sobre “modernización de la economía”, del 4 de agosto de 2008, desde su modificación el 1° de enero de 2016 (denominado “auto-empresario”, antes de esta reforma). Vid. AUVERGNON, Philippe, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n° 6, dic. 2016, p. 6. En el caso de Austria, para ser admitidos en la celebración de convenios colectivos, los sindicatos y las asociaciones de empleadores deben cumplir varias condiciones, entre ellas la acreditación de representación de intereses de “empleados” o de “empleadores”.

²⁴ VALDÉS ALONSO, Alberto “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 26, 2000, p. 13; y del mismo autor, “La regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente en la ley 20/2007: apuntes para un debate”, en *RevEsCo – Revista de Estudios Cooperativos*, N° 96, Tercer cuatrimestre 2008, p. 135 (<http://webs.ucm.es/info/revesco/>).

²⁵ En este tipo de explotación, enmarcado en la denominada economía bajo demanda o *gig-economy*, las plataformas vinculan a empresas o particulares que requieren la prestación de un servicio que necesariamente tiene que ser ejecutado físicamente en un lugar determinado, con personas humanas que están en condiciones de brindar dicho servicio en el lugar y tiempo requeridos, por cuya prestación la plataforma percibe un porcentaje del importe abonado por el demandante. Vid. GAUTHIER, Gustavo, “Economía compartida, ‘*crowdworking*’ y Derecho del Trabajo”, en GAUTHIER, G. (coordinador), *Disrupción, economía compartida y Derecho. Enfoque jurídico multidisciplinario*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, pp. 115/116.

²⁶ TRIBUZIO, José E., “La organización y representación sindical de quienes prestan servicios en favor de plataformas digitales”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2020 (en proceso de edición).

de la denominada “zona gris”, ambigua o intermedia entre el trabajo autónomo y el subordinado, caracterizando su situación a lo sumo como supuestos de *trabajo autónomo débil* cuando no postulando decididamente su reconducción al segundo²⁷. En dichos supuestos, las notas características de la dependencia se verifican en su práctica integridad, aunque se encuentre desdibujada o controvertida la faceta jurídica del instituto históricamente considerado puerta de entrada o “llave maestra” que habilita la aplicación de las normas protectoras del Derecho del Trabajo²⁸.

Como bien describe el problema Cagnin, si, de un lado, esos trabajadores son libres de decidir cuándo trabajar y por cuánto tiempo, conectándose y desconectándose voluntariamente de la aplicación -única verdadera representación de la propia (relativa) autonomía-, de otro lado, los mismos aceptan las condiciones contractuales y de remuneración impuestas unilateralmente por la plataforma; no tienen ningún poder de negociación, deben cumplir las órdenes y directivas impartidas por esta, se encuentran sujetos de manera constante a un control “*ad opera*” de la plataforma sobre el trabajo ejecutado y, más allá de ello, en el caso de trabajar “a destajo”, pueden considerarse “contratados” solo cuando reciben una orden de servicio, y “despedidos” (o, al menos, ya no más retribuidos) inmediatamente después, sin saber si en lo sucesivo tendrán al menos una nueva posibilidad de prestar servicio. A pesar de que estas son las condiciones de trabajo más precarias que pueden encontrarse en los mercados de trabajo, las plataformas perseveran en la clasificación contractual de estos trabajadores como autónomos, en cuanto aquellas declaran desarrollar un mero “servicio de información”, desentendiéndose del servicio subyacente (v.gr., de transporte, *delivery*, limpieza o reparaciones a domicilio, etc.) y, por tanto, desconociendo toda atribución del carácter de comitente y más aún de

²⁷ En tal sentido: ROCELLA, Massimo, “Lavoro subordinato e lavoro autónomo, oggi”, en *I working papers Centro studi de Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*, It 65-2008, p. 39.

²⁸ Véase, al respecto, GOLDIN, Adrián, “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, en *Relaciones Laborales*, Madrid, Año 12, Nº 3, febrero de 1996, p. 36, compilado en GOLDIN, A., *El Derecho del Trabajo. Concepto, instituciones y tendencias*, EDIAR, Buenos Aires, 2014, p. 113.

empleadora. Esas constataciones hacen evidente la urgencia de una adecuada tutela contractual para esos trabajadores “plataforma-dependientes” -como los denomina Litterio²⁹-, sobre todo cuando las sumas que perciben constituyen una parte sustancial, si no la única, de su ingreso³⁰.

En la misma dirección, se puede agregar que la puesta en cuestión del carácter asalariado o dependiente de los trabajadores que ejecutan servicios preconcebidos y organizados por plataformas virtuales proviene de la conjunción de factores de dos especies diferentes: una tecnológica y otra socioeconómica. A la utilización de dispositivos de alta tecnología, como son los teléfonos portátiles inteligentes (*smartphones*) y las aplicaciones que se descargan en ellos, se suma el hecho de que el servicio se desagrega en *microtarefas*, es decir, prestaciones individuales de corta duración y que requieren escasa calificación (a lo sumo, licencia para conducir automóviles o motocicletas). Tal grado de fragmentación del trabajo, si bien reduce el tiempo de prestación efectiva (trabajo en sentido activo), al mismo tiempo, la ocupación discontinua a intervalos irregulares impide liberar tiempo útil al prestador-trabajador, que se encuentra obligado a permanecer a disposición de la plataforma -esto es, “activo” o conectado a la aplicación en espera de recibir nuevos encargos- por un tiempo en principio indeterminado. Esta obligación tiene, a su vez, una doble causa: por un lado, económica, de generación de ingresos para la subsistencia del trabajador, y por otro, contractual, cuyo cumplimiento con determinada regularidad es condición para que la plataforma no bloquee al trabajador el acceso a la aplicación, es decir, que lo mantenga en su red de prestadores. El tiempo mínimo en que este debe permanecer a disposición será el que determine la plataforma en la medida en que le resulte aprovechable para su proyecto de negocio de acuerdo con la oferta y la demanda de servicios que tengan lugar en una determinada plaza, territorio o mercado. Tiempo de puesta a disposición que no es remunerado, dejando a salvo excepciones como la que representa la

²⁹ Véanse los artículos de LITTERIO: “Trabajadores ‘plataforma-dependientes’: el caso Uber y Cabify”, y “Trabajadores ‘plataforma-dependientes’: El caso de *Rappi*, *Glovo* y *PedidosYa*”, ya citados en el presente estudio.

³⁰ CAGNIN, op. cit., pp. 34/35.

reciente regulación dictada en Italia, en cuanto establece una retribución horaria mínima, condicionada a la aceptación de al menos una demanda de servicio en ese lapso³¹.

El usufructo de un supuesto margen considerable de autarquía del prestador en cuanto al tiempo de labor es, entonces, una verdadera ficción, valga el oxímoron. El trabajador no se conecta y desconecta de la plataforma según su albedrío sino impulsado por una necesidad alimentaria. La supuesta libertad del trabajador para prestar o no los servicios ofrecidos por la plataforma se encuentra condicionada, en un segundo plano, por la escasa oferta de empleo en mercados de trabajo generalmente estrechos en el panorama global, es decir, por las posibilidades de conseguir o no una ocupación mejor remunerada en relación con el nivel mínimo de las contraprestaciones: los “microingresos” o “microsalarios” que percibe por las “microtarefas” que ejecuta. La potestatividad condicionada que posee el trabajador dependiente económicamente de la plataforma incluye desde la cantidad de horas diarias que desea dedicar a la prestación del servicio hasta la decisión acerca de los días en que está dispuesto a trabajar y los momentos de inicio y finalización de su jornada laboral³². Ello, a su vez, es posible merced a que -como se señaló más arriba- el *crowdsourcing* consiste en una modalidad de externalización productiva que funciona en grandes centros urbanos que aseguran a las plataformas economías de escala, permitiéndoles funcionar como *marketplaces* de doble entrada, esto es, que,

³¹ El decreto legislativo n° 101, del 3 de septiembre de 2019, convertido en ley n° 128, del 2 de noviembre de 2019, introdujo en el decreto legislativo n° 81/2015 “*niveles mínimos de protección para los trabajadores autónomos que realizan actividades de entrega de bienes por cuenta ajena, en áreas urbanas y con la ayuda de bicicletas o vehículos de motor*,” haciendo uso de plataformas digitales. Entre las protecciones establecidas, se cuenta la delegación en los convenios colectivos de la posibilidad de introducir “*esquemas de remuneración modulares e incentivos que tomen en cuenta las modalidades de ejecución de la prestación y los diferentes modelos organizativos*”, siempre que “*la retribución horaria [sea] reconocida bajo condición de que, en cada hora de trabajo, el trabajador acepte al menos una llamada*”. Véase LOFFREDO, Antonio y TUFO, Marco, “¿Qué protecciones para el trabajo en la era de la digitalización de la economía”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2020 (en proceso de edición).

³² Esto, sin desatender la relativización de que formula Tribuzio en esta misma obra, respecto de la muy limitada autonomía o flexibilidad temporal que poseen los repartidores de comidas a domicilio por cuanto la delimitación de la jornada de trabajo que viene impuesta por las plataformas en función de las características del servicio, sin que los trabajadores puedan modificarla o adaptarla a sus necesidades particulares. Vid. TRIBUZIO, “La organización...”, cit.

además de encontrar en ellos una potencialmente multitudinaria demanda para los servicios que ofrecen (*crowdsourcing*), pueden atraer a un número también multitudinario de profesionales (*crowdemployment*) que les permite asegurar una oferta fluida de prestadores y vehículos suficiente para satisfacer esa demanda al instante (*on demand*) y a toda hora³³. Esa masividad de la oferta surge del aprovechable “ejército de reserva” de trabajadores que, por necesidad de obtener empleo o de aumentar sus ingresos, se encuentran disponibles para ejecutar las microtarefas y pueden reemplazarse entre sí rápidamente en la ejecución de estas. Acierta entonces Fernando Caparrós cuando afirma que el servicio nunca deja de prestarse por cuenta ajena³⁴. La supuesta autonomía es solo aparente; la subordinación permanece aunque el vínculo se elasticice liberando al trabajador un considerable margen de potestatividad (“autonomía”) en cuanto al tiempo de trabajo³⁵.

Por ello, no resulta aceptable -de acuerdo con Cruz Villalón- asumir que la forma de vincularse el trabajador a la empresa, desde el punto de vista jurídico, resulte determinante del régimen que comprende a tales vinculaciones, en tanto que “por mucho que se alteren las relaciones entre

³³ GINÈS, Anna, “Nuevas formas de trabajo en plataformas digitales”, en diario *El País*, Madrid, 1/12/2018, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/28/idearium/1538148949_174801.html. (Consultado el 28/08/2019.) Señala esta autora, en el lugar citado, que “(e)l singular modelo de negocio de las plataformas digitales de la denominada *gig-economy* se basa en cuatro factores, que han permitido la sustitución de formas más o menos estables de empleo por formas de trabajo autónomo de escasa e, incluso, ridícula duración: 1) La división del trabajo en microtarefas, es decir, tareas individuales de muy corta duración; 2) El empleo del *crowdsourcing*, una nueva modalidad de externalización que implica contratar a un número muy elevado de profesionales para garantizar poder cubrir la demanda en todo momento; 3) La contratación *on-demand* o a demanda. Las nuevas tecnologías permiten identificar el momento exacto y preciso en el que se produce la demanda del servicio y, en cuestión de segundos, emparejarla con un prestador de servicios. Los profesionales, por tanto, son contratados en el tiempo exacto en que se produce la demanda del servicio y por el tiempo concreto que dura el mismo; 4) La consideración de los profesionales como trabajadores autónomos, debido a que emplean medios de producción propios, asumen los costes de la actividad y tienen libertad para determinar, no solo su horario, sino su interés en trabajar.”

³⁴ CAPARRÓS, F. J., op. cit.

³⁵ Que no debe confundirse con la “soberanía sobre el tiempo de trabajo” por la que aboga el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, conformada por la OIT, que consiste en la necesidad de cada trabajador de contar con más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo que le permitan obtener mejoras en su salud y su bienestar así como en el desempeño personal y empresarial. Vid. OIT, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, pp. 41/42.

trabajadores y empresas a resultas de la implantación de la digitalización de la economía (...) seguirá manteniéndose la dualidad jurídica de partida entre trabajadores autónomos y trabajadores en régimen de subordinación”³⁶. En ese hilo argumental, es pertinente la crítica que formula el citado autor andaluz a ciertas innovaciones terminológicas munidas de sobrecarga ideológica, como la que pretende imponer el uso del concepto “gestión de personas” en reemplazo de “gestión de personal” o incluso de “gestión de recursos humanos”, fórmula esta última que, aun con todas las críticas y cuestionamientos que su uso ha recibido³⁷, resulta preferible a la primera - que manipula un término tan genérico como “personas”- en cuanto no constituye un nuevo eufemismo que intenta eludir la expresión “relaciones laborales”. No puedo sino coincidir con el profesor de la Universidad de Sevilla en cuanto considera inconveniente que se extienda en el ámbito jurídico-empresarial el uso del término *personas* con la pretensión de ocultar que se trata de *trabajadores* que ponen su esfuerzo de trabajo al servicio de una empresa o que estos no tienen una condición distinta de la de trabajador, que “es al fin lo decisivo desde el punto de vista jurídico y lo influyente a la hora de regular sus relaciones jurídico-contractuales con la empresa”³⁸.

3. Nuevas miradas y revalorización de las figuras intermedias entre la dependencia y la autonomía

Dentro de las opiniones que no dejan de lado el papel de las plataformas como empresas organizadoras del trabajo ni adoptan sin reparos el *status* autónomo con que ellas califican a quienes prestan servicios en el marco del negocio que diseñan y organizan, aparecen matices interesantes en la doctrina comparada, dentro de la que destaco a distintos exponentes de la italiana, la francesa y la española -como Adalberto

³⁶ CRUZ VILLALÓN, “Las transformaciones...”, cit., p. 26.

³⁷ Seguramente la más eficaz y difundida en Sudamérica es la formulada por Ackerman. Véase ACKERMAN, Mario E., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, segunda edición revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

³⁸ CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 25.

Perulli, Thomas Pasquier y Adrián Todolí Signes-, que, sin perjuicio de sus respectivos matices, van más allá de la calificación jurídica de los trabajadores de plataformas como asalariados o autónomos hasta proponer una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo que implique ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquellos que requieren protección en el marco de su prestación de servicios.

El autor veneciano citado en primer término proporciona fundamentos de relieve para resolver el problema de la categorización de los denominados *gig-workers* trascendiendo la ya referida clasificación binaria y dilemática entre trabajo subordinado y trabajo autónomo y, sin descuidar la faz teórica de la calificación del trabajo y los trabajadores que lo prestan, prioriza la atención en las *protecciones* que estos deben recibir de parte del ordenamiento jurídico. Por su parte, el jurista francés enunciado en segundo lugar, con similar orientación a la del autor italiano premencionado e imbuido de la particularidad característica del ordenamiento laboral francés -cifrada en que la Parte 7 del Código del Trabajo compendia una serie de regímenes especiales por actividades profesionales- propone la elaboración de un verdadero “estatuto del trabajador *dependiente no subordinado*” en el ámbito del derecho social³⁹. Y luego, el mencionado autor valenciano aboga porque el Derecho del Trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a poner el foco sobre “la persona que trabaja” y, desde una “interpretación finalista del concepto de trabajador” que incluya a todos aquellos prestadores personales de servicios que carecen de poder de negociación frente a los beneficiarios de sus tareas, propone un “nuevo ámbito de aplicación de Derecho del Trabajo que comprenda toda prestación personal de servicios”⁴⁰.

³⁹ PASQUIER, Thomas, “Las categorías del derecho social puestas a prueba por la *neolengua* digital: el caso de los trabajadores de plataformas”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2020 (en proceso de edición).

⁴⁰ TODOLÍ SIGNES, Adrián, “Las plataformas digitales y el concepto de trabajador en España”, CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires, 2020 (en proceso de edición), con cita de FREEDLAND, Mark y KONTOURIS, Nicola L., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, 2011.

Ya en trabajos anteriores, Todolí Signes había señalado la inconveniencia de dejar librada al arbitrio judicial la decisión acerca del encaje de esta nueva forma de prestación de servicios dentro de concepto tradicional de trabajo subordinado, en tanto conduce a la aplicación de toda la normativa laboral en bloque, cuyas prescripciones pueden resultar incompatibles con la nueva especie de negocio e, incluso, perjudiciales para el trabajador. Por ello, el profesor de la Universidad de Valencia postula el diseño de una nueva protección para el nuevo modelo de relación laboral, que permita interpretar el contrato de trabajo de manera tal que encuentren recepción en él trabajadores *cuasi-independientes*, lo cual no significa que la protección otorgada por el legislador deba ser de las mismas características que la tradicional. El mismo autor explica que algunas protecciones laborales existentes no parece posible que se adapten completamente a los nuevos modelos de negocio o a las nuevas formas de prestación de servicios, y menciona como ejemplo la flexibilidad horaria para el trabajador, que es una de sus características principales, así como la posibilidad de elegir, el mismo, cuándo trabajar. En definitiva -propone Todolí-, la necesaria protección de quienes trabajan a través de plataformas debe darse mediante la legislación, que tutele al trabajador pero a la vez tenga en cuenta las particularidades y necesidades del nuevo modelo productivo. El cambio legislativo, por otra parte, impediría o dificultaría que se aplicaran sanciones a la industria emergente por las actuaciones realizadas en materia laboral con anterioridad al dictado del nuevo régimen especial, dado que al incluir a los trabajadores cuasi-independientes en un nuevo tipo de contrato de trabajo se estaría implícitamente convalidando su exclusión de la figura hasta ese momento⁴¹.

Perulli, por su parte, cuestiona la inadecuación del sistema binario de clasificación del trabajo como autónomo o subordinado y critica las “posturas extremas” a las cuales conduce dicho sistema en el plano teórico, que el autor encuentra luego traducidas en inoperancia o ineffectividad en la dimensión práctica o socioeconómica. De un lado, Perulli sitúa a un sector

⁴¹ TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era...*, cit., pp. 58/63.

de la doctrina predispuesto a ver en la fenomenología de la economía digital “la última paradoja de la precariedad generada por el neoliberalismo” en la que el aprovechamiento de la tecnología expresa “el máximo potencial de deshumanización y mercantilización del trabajo”. Esa visión del *statu quo* lleva a los sostenedores de esta postura a una reacción defensiva que, en una suerte de “reflejo condicionado”, encuentra como única respuesta posible desde la disciplina iuslaboral, en tren de la calificación jurídica del trabajo en plataformas, la activación a toda costa de las tutelas del trabajo subordinado *standard*. Este propósito, asaz bienintencionado -según la mirada de Perulli- choca con las dificultades derivadas de la pretensión de “abarcarse la compleja y variada fenomenología del trabajo organizado por aplicaciones dentro de la categoría del trabajo subordinado”, con el problema adicional que puede derivar de “la calidad de las tutelas que pueden otorgarse en caso de una recalificación judicial de los prestadores como trabajadores asalariados”; recalificación que, según este autor, puede dar lugar a una victoria pírrica en aquellos sistemas en los que el estatuto protector del trabajador subordinado puede resultar vaciado de hecho a causa, por ejemplo, de contratos de “cero horas”⁴², en la medida de que el empleador no se encuentre obligado a garantizar un tiempo mínimo de trabajo remunerado. Es decir, que la naturaleza intermitente, discontinua y eventual del servicio constituye un obstáculo para acceder a los derechos sociales, como v.gr., la licencia por maternidad, las vacaciones y, en general,

⁴² Simon Deakin y Gillian Morris sugieren que los contratos de horas cero abarcan todos los casos en los que “el empleador se niega inequívocamente a comprometerse por adelantado para ofrecer cualquier cantidad determinada de trabajo disponible”. Por su parte, Mark Freedland y Nicola Kountouris se refieren a “arreglos” o acuerdos laborales en los que el trabajador tiene una relación personal de trabajo con una entidad empleadora para la cual no hay horas fijas o garantizadas de trabajo remunerado. Estos acuerdos son caracterizados de manera variada, como trabajo “a la llamada” (*on-call*), “intermitente” o “a la demanda” (*on-demand*), o en ocasiones denominados “contratos de cero horas”. Otros autores, como Hugh Collins, Keith Ewing y Aileen McColgan, hacen una distinción entre el contrato de cero horas, en el cual “el empleado promete estar listo y disponible para trabajar, pero el empleador simplemente promete pagar por el tiempo realmente trabajado de acuerdo con los requisitos que él mismo fija”, y los “arreglos para el trabajo informal”, donde, nuevamente, “el empleador no promete ofrecer cualquier trabajo, pero igualmente, en este caso, el empleado tampoco promete estar disponible cuando sea necesario”. Citados por ADAMS, Abi; FREEDLAND, Mark; and PRASSL, Jeremías, “The Zero-Hours Contract: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?”, *Working Paper Draft Summer 2014*, p. 6.

el conjunto de derechos relacionados con el *status* de trabajador inserto en una relación contractual de cierta duración. Por lo tanto -sintetiza Perulli-, el resultado de esa estrategia de reconducción a la subordinación puede ser, en términos de protección, muy limitado, cuando no un fracaso⁴³. Es más apropiado -añade el mismo autor- preocuparse porque los trabajadores de plataformas, aunque formalmente autónomos, dejen de estar expuestos a recibir una remuneración totalmente inadecuada en relación con el servicio prestado, a permanecer excluidos de las protecciones de seguridad y salud ocupacional o a estar sujetos a la desvinculación por parte de la plataforma, tal vez sin siquiera la mínima cautela del preaviso, y a no tener acceso a los derechos sindicales⁴⁴.

A tal enfoque, Perulli contrapone una perspectiva diferente, liberada de las técnicas de protección habituales y sus efectos, que está siendo cultivada hoy en día como un terreno experimental de técnicas de protección del trabajo transmitidas tanto por la jurisprudencia como, *de iure condendo*, por el legislador. En esta perspectiva metodológica se subraya la inadecuación del sistema de calificación binaria, proponiéndose el paso de una lógica reguladora basada en la idea de “fronteras entre categorías” a una “regulación por umbrales” que atraviesan a estas. Esta técnica, que denomina de la *modulación de las tutelas por umbrales*, se utiliza pragmáticamente en todos los casos en que las protecciones de carácter laboral, lejos de permanecer confinadas en el estrecho marco del trabajo subordinado (identificado como tal esencialmente a partir de las nociones de control y heterodirección de la prestación), se aplican total o parcialmente a situaciones híbridas entre subordinación y autonomía. El reconocido profesor de la Universidad Ca’Foscari de Venecia asume que esta solución propuesta se enmarca en la tendencia a la “proliferación de categorías intermedias”, que responde precisamente -como él mismo aclara- a los requerimientos de un sistema productivo en constante evolución, capaz de crear figuras profesionales híbridas que se mueven en los mercados de

⁴³ PERULLI, “Capitalismo delle...”, cit., pp. 124/126.

⁴⁴ PERULLI, op. cit., p. 123.

trabajo sin un lugar fijo en los compartimentos sociales típicos de subordinación o autonomía⁴⁵. Por lo demás, el citado autor sentencia que “los trabajadores de plataformas constituyen un conjunto heterogéneo, respecto del cual no es razonable plantear soluciones uniformes”⁴⁶.

Las opiniones sintetizadas en los párrafos precedentes permiten acordar en que “un sistema jurídico laboral racional y equitativo, moldeado con valores de justicia social, no debe conformarse con poseer categorías dogmáticas, cualesquiera sean, consolidadas y en grado de reconducir la realidad social a los rígidos compartimientos del sistema tipológico, sino debe más bien preocuparse de proporcionar respuestas de regulación que eviten, en el funcionamiento del proceso de calificación, la atribución de *hipertutelas*, por un lado, y de tutela escasa o nula por el otro, si el trabajador (en este caso, digital) exterioriza una necesidad de protección social”. Es decir, si en hipótesis los repartidores de *delivery* o los choferes de Uber son calificados formalmente como trabajadores autónomos o eventualmente parasubordinados o autónomos dependientes, en base a categorías vigentes (por qué no sujetos al poder de dirección y libres de aceptar o no los encargos), poco interesa relevar la validez perdurable de las categorías normativas, obviamente capaces de calificar, en un sentido o en otro, esas relaciones⁴⁷. Lo que Perulli propone como “posible solución” al problema de la calificación de los trabajadores de plataformas, a la vez idónea para restaurar la racionalidad axiológica del Derecho del Trabajo en la era digital, es la valorización del instituto de la *dependencia económica*, capaz de extender selectivamente protecciones a las relaciones de trabajo no subordinado, ya sea a través de la creación de figuras intermedias (como lo hicieron el legislador y la justicia británicos con la categoría de “*worker*”⁴⁸), ya sea mediante la previsión pura y simple, dentro de las categorías

⁴⁵ PERULLI, op. cit., pp. 126/128.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ PERULLI, op. cit., pp. 122/123.

⁴⁸ La figura del “*worker*” es más amplia que la de “*employee*”, en el sentido de la *Employment Rights Act*, que garantiza a aquel solo en parte la aplicación de la legislación laboral, con particular referencia a algunas materias como salario mínimo, licencias y límites al tiempo de trabajo. Vid. PERULLI, cit., p. 141.

existentes, de vías subjetivas reservadas ante la ocurrencia de determinados requisitos⁴⁹.

En propuestas de estatutos especiales con tutelas selectivas para los distintos tipos de trabajadores autónomos-dependientes o dependientes económicamente, como las reseñadas en los párrafos superiores -sin perjuicio de los matices originales de cada una-, es reconocible cierta genealogía con elaboraciones de la doctrina europea de fines de los años noventa (del siglo XX) y principios de la década siguiente, que vienen a ser revalorizadas en la medida de que el trabajo autónomo ha multiplicado su presencia en las nuevas formas de trabajar creadas por la alta tecnología digital. Es el caso, entre otros, del informe elaborado en 1998 por un grupo de expertos coordinado por Alain Supiot para la Comisión Europea (conocido como “Informe Supiot”), que recomendó “dotar al trabajo autónomo de un verdadero estatuto profesional que garantice, en particular, protección social”, en la comprensión de que “los nuevos equilibrios entre la autonomía del trabajo y la protección sociolegal y de prestaciones en la relación laboral pueden presentarse así bajo aspectos muy diferentes y necesitar respuestas jurídicas también diferentes”⁵⁰. Otra opinión digna de mención -entre las muchas que cabría citar- es la de Carlos Palomeque, quien casi contemporáneamente observaba que “el Derecho del Trabajo no ha cumplido su función histórica del mismo modo, cualesquiera que hayan sido las circunstancias sociales envolventes, ni se ha rodeado siempre de idénticas soluciones normativas o de esquemas institucionales inmutables”, sino que “la actualización de la función legitimadora del ordenamiento laboral en territorios fronterizos a su esfera de comportamiento genuina se ha materializado [...] en las fórmulas de laboralización parcial (y de protección social consiguiente) del trabajo por cuenta propia, independiente o autónomo”⁵¹.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Edición española: AA.VV. (Alain SUPIOT, coordinador), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch – Universidad Carlos III de Madrid, Valencia, 1999, pp. 42 y 37.

⁵¹ Por ello, es preciso distinguir entre “la función objetiva y duradera del Derecho del Trabajo, ligada de modo permanente al conflicto social de base (y este al sistema de producción), y su

4. En síntesis...

Está claro que la expansión de la economía de plataformas, con las nuevas formas de trabajar dominadas por la tecnología avanzada que aquella trae de la mano, plantea desafíos al Derecho del Trabajo. Pero, al mismo tiempo, le ofrece a este una oportunidad para un replanteamiento general de sus institutos y categorías dogmáticas, que tal vez le permita superar las dificultades derivadas de la distinción dilemática clásica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, que da señales de agotamiento para actuar como parámetro normativo dirigido a la protección de algunos trabajadores -según se ha dicho- sin descuidar la compatibilidad de la tutela con “la construcción de mercados eficientes y socialmente sostenibles”⁵². Pérdida de idoneidad que, seguramente, se manifiesta con mayor claridad en los casos de quienes prestan servicios personales mediante plataformas digitales.

Aunque los trabajadores que ejecutan microtarefas no son los únicos necesitados de la tutela que puede brindar el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social más allá del contrato de trabajo. En Argentina, profesionales como los médicos que se encuentran en situación de dependencia económica de hospitales o empresas de seguro de salud, parecen estar requiriendo un estatuto específico que les asegure un determinado umbral de derechos. Dadas las condiciones de precariedad que enmarcan la prestación de servicios de estos profesionales altamente calificados, la solución que acaba de insinuarse resulta preferible al padecimiento de la precariedad durante el desarrollo de la relación con la

contenido institucional (el modo de realizar dicha función), que se subordina naturalmente a las contingencias histórico-políticas y las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta”. Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”, publicado originalmente en *Relaciones Laborales*, 2000, núm. 13, pp. 21/31, recopilado en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004, pp. 47 y 38/39.

⁵² DAGNINO, Emanuele, “*Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*”, *Labour & Law Issues*, vol. 1, n° 2, 2015, p. 103.

empresa de salud, para intentar hacer valer tardíamente la protección y los derechos de los que se vieron privados mediante un resarcimiento económico reclamado una vez que el vínculo se ha roto, en el todo o nada de un azaroso resultado judicial que los incluya en la Ley de Contrato de Trabajo o convalide la exclusión que soportaron en la práctica. Esto último, con altas probabilidades de ocurrir, dadas las recientes sentencias de la Corte Suprema que les han negado a los médicos la protección del régimen laboral general⁵³.

El Derecho del Trabajo, como rama de la ciencia jurídica y como ordenamiento normativo aplicado al trabajo, tendrá que plantearse, dentro de cada país, la apuesta por la elaboración de estatutos protectores de los trabajadores semiautónomos o económicamente dependientes, ya sea que presten servicios mediante plataformas digitales o no, prescindiendo de la calificación o categorización de sus relaciones como autónomas o subordinadas, de modo que se les reconozcan legalmente los derechos indispensables para su desempeño y su ulterior jubilación, o continuar dejando librada a los jueces la decisión sobre su inclusión/exclusión total en la normativa laboral. Estatutos que deberían reconocer u otorgar, mínimamente, los derechos de: libertad sindical, protección contra la discriminación, retribución justa, licencias remuneradas, salvaguarda de la salud y la seguridad en el trabajo, previsión social y acceso a la jurisdicción laboral, por mencionar solo a los imprescindibles.

En el caso del legislador argentino se trata simplemente de atender la orden de protección a las *diversas formas* de trabajo que le imparte el artículo 14 bis de la Constitución, ante la cual la mencionada calificación del vínculo contractual de aquellas formas de trabajo como autónomo o dependiente, tanto por vía legal como jurisprudencial o doctrinal, es irrelevante.

⁵³ CSJN, “Cairone, Mirta Griseida y otros c/Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano s/despido”, de 19/02/2015 [CSJ 1468/2011 (47-C)]; ídem, “Rica, Carlos Martín el Hospital Alemán y otros s/despido”, de 24/04/2018 [CSJ 9/2014 (50-RI/CS1)]; e ídem, “Zechner, Evelina Margarita c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/despido”, de 5/11/2019 [CSJ 156/2011 (47-Z)/CS].

Bibliografía

- ACKERMAN, M. (2016). *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, segunda edición revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- ADAMS, A., FREEDLAND, M. y PRASSL, J. (2014). “*The Zero-Hours Contract: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?*”, *Working Paper Draft Summer 2014*.
- AUVERGNON, P. (2016). “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n° 6, dic. 2016.
- CAGNIN, V. (2018). “*Gig-economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltreconfine*”, en PERULLI, A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Università Ca’Foscari Venezia – Dipartimento di Economia, *Collana del Centro studi giuridici*, n° 14, Nuova serie, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano.
- CAPARRÓS, F. (2020) (en proceso de edición). “La dependencia en la economía de plataformas”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.
- CASTELLS, M. (2005). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, sexta edición en español, Siglo XXI Editores, México, Vol. 1 – *La sociedad red*.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2017). “Las transformaciones de las relaciones laborales ante el impacto de la digitalización de la economía”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017.
- DAGNINO, E. (2015). “*Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*”, *Labour & Law Issues*, vol. 1, n° 2.
- FORLIVESI, M. (2018). “Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione”, en *Labour & Law Issues*, vol. 4, n° 1.

- FREEDLAND, M. y KONTOURIS, N. (2011). *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford.
- GAUTHIER, G. (2016). “Economía compartida, ‘crowdworking’ y Derecho del Trabajo”, en GAUTHIER, G. (coordinador), *Disrupción, economía compartida y Derecho. Enfoque jurídico multidisciplinario*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- GAUTHIER, G. (2020) (en proceso de edición). “El trabajo organizado por plataformas en Uruguay”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor O. (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.
- GOLDIN, A. (1996). “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, en *Relaciones Laborales*, Madrid, Año 12, N° 3, febrero de 1996.
- GOLDIN, A. (2014). *El Derecho del Trabajo. Concepto, instituciones y tendencias*, EDIAR, Buenos Aires.
- LITTERIO, L., “Trabajadores ‘plataforma-dependientes’: el caso Uber y Cabify”, en revista *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires.
- LITTERIO, L. (2019). “Trabajadores ‘plataforma-dependientes’: El caso de Rappi, Glovo y PedidosYa”, en revista *La Ley* (diario), Año LXXXIII, N° 54, Tomo 2019-B, miércoles 20 de marzo de 2019.
- LOFFREDO, A. y TUFO, M. (2020) (en proceso de edición). “¿Qué protecciones para el trabajo en la era de la digitalización de la economía”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.
- OIT (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. (2000). “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 13.
- PASQUIER, T. (2020) (en proceso de edición). “Las categorías del derecho social puestas a prueba por la *neolengua* digital: el caso de los trabajadores de plataformas”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar

- (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.
- PERULLI, A. (2018). “Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro: verso un nuovo sistema di tutele?”, en PERULLI, A. (a cura di), *Lavoro autónomo e capitalismo delle piattaforme*, Università Ca’Foscari Venezia – Dipartimento di Economia. *Collana del Centro studi giuridici*, nº 14, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano.
- RASO DELGUE, J. (2017). “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT University Press, Vol. 5, Nº 1, enero-marzo de 2017.
- ROCELLA, M. (2008). “Lavoro subordinato e lavoro autónomo, oggi”, en *I working papers Centro studi de Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*, It 65-2008.
- SUPIOT, A. (2007). *Homo Juridicus*, traducción de Silvio Mattoni, edición en español de Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- SUPIOT, A. (coordinador) (1999). *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch – Universidad Carlos III de Madrid, Valencia.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2020) (en proceso de edición). “Las plataformas digitales y el concepto de trabajador en España”, CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.
- TRIBUZIO, J. (2020) (en proceso de edición). “La organización y representación sindical de quienes prestan servicios en favor de plataformas digitales”, en CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor Omar (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, EDIAR, Buenos Aires.

TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, nº 76, Albacete.

VALDÉS ALONSO, A. (2000). “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 26.

Recursos electrónicos

ALLANO, S. y HAUTCOEUR, P. (2015). «La ‘révolution’ numérique, une révolution industrielle ?», *France Stratégie*. Disponible en <https://www.strategie.gouv.fr/debats/revolution-numerique-une-revolution-industrielle>.

GINÈS, A. (2018). “Nuevas formas de trabajo en plataformas digitales”, en diario *El País*, Madrid, 1/12/2018. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/28/idearium/1538148949_174801.html.

GINÉS, A. (2016). “Plataformas de crowdeemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo?”, Proyecto realizado con la Ayuda Fundación BBVA a Investigadores y Creadores Culturales 2016. Disponible en https://www.google.com/search?q=Gin%C3%A9s+i+Fabrellas+Plataformas+de+crowdeemployment+virtual+%C2%BFNuevas+formas+de+trabajo+o+la+generalizaci%C3%B3n+del+falso+trabajo+aut%C3%B3nomo%3F+pdf&rlz=1C1OKWM_esAR878AR878&oq=Gin%C3%A9s+i+Fabrellas+Plataformas+de+crowdeemployment+virtual+%C2%BFNuevas+formas+de+trabajo+o+la+generalizaci%C3%B3n+del+falso+trabajo+aut%C3%B3nomo%3F+pdf&aqs=chrome..69i57j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

KIRCHDORFER, D. (2019). “La revolución digital. Cambios en el mercado laboral”, *Eurobabble*. Disponible en <https://eurobabble.eu/es/2019/02/28/digital-revolution-labour-market-shifts/>.

- LARHER, Y. (2017). *Les relations numériques de travail* (tesis), Université Paris II, 31 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/soutenances-de-theses/les-relations-numeriques-de-travail>.
- VALDÉS ALONSO, A. (2008). “La regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente en la ley 20/2007: apuntes para un debate”, en *RevEsCo – Revista de Estudios Cooperativos*, Nº 96, Tercer cuatrimestre 2008. Disponible en <http://webs.ucm.es/info/revesco/>.

**PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ERA
DIGITAL. ANÁLISIS TEÓRICO: DE LA REFLEXIÓN A LOS
CRITERIOS DE ADAPTABILIDAD**

**PERSPECTIVES OF LABOR LAW IN THE DIGITAL ERA.
THEORETICAL ANALYSIS: FROM REFLECTION TO
ADAPTABILITY CRITERIA**

Iván MIRABAL RENDÓN

*Profesor Derecho del trabajo de la Universidad Fermín Toro (Venezuela). Presidente de la
Asociación de Profesores Universitarios de Derecho del Trabajo de Venezuela*

imirabali@gmail.com

Fecha de envío: 31/01/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL. ANÁLISIS TEÓRICO: DE LA REFLEXIÓN A LOS CRITERIOS DE ADAPTABILIDAD

Iván MIRABAL RENDÓN

Universidad Fermín Toro (Venezuela)

Resumen: La cuestión central en los debates de actualidad apunta a las nuevas formas de trabajo a través de las tecnologías; situación que proyecta un conflicto existencial en las relaciones laborales. Por un lado, las empresas buscan bajar costos y aumentar su eficiencia a través de las actuales y progresivas tecnologías, por el otro, existe una creciente de trabajadores autónomos que buscan ser cada vez más competitivos. Planteada así la dialéctica como la búsqueda de un equilibrio entre las transformaciones productivas tecnológicas y los trabajadores que realizan esas labores para obtener una decente remuneración, genera una dicotomía que debe ser analizada bajo la óptica de la tutela laboral como un importante objetivo, especialmente que permita al Derecho del Trabajo adaptarse a las realidades sin necesidad de colisionar abruptamente con el desarrollo tecnológico pues, este fenómeno no va a desaparecer; todo lo contrario evoluciona más rápido con cada día que transcurre. Siendo así, el orden jurídico es fundamental para lograr tan añorado equilibrio entre la inversión empresarial y el trabajo que lo forja.

Palabras clave: Elementos del contrato de trabajo - Economía virtual - UBER - Nuevas tecnologías - Trabajo - App

Sumario: 1. Introducción al contexto para llegar al camino de actualidad. 2. Necesidad de una revisión. 3. Criterios judiciales contrarios en el Derecho comparado. 4. Reflexiones de cambio. 5. Conclusiones.

Abstract: The central issue in current debates points to new ways of working through technologies; situation that projects an existential conflict in labor relations. On the one hand, companies seek to lower costs and increase their efficiency through current and progressive technologies, on the other, there is a growing number of self-employed workers who seek to be increasingly competitive. Thus, the dialectic is proposed as the pursue for a balance between the technological productive transformations and the workers who perform these tasks to obtain a decent remuneration, generates a dichotomy that must be analyzed under the optics of labor protection as an important objective, especially that allows to the Right of the Work to adapt to the realities without colliding abruptly with the technological development because, this phenomenon is not going to disappear; On the contrary, it evolves faster with each passing day. Thus, the legal order is essential to achieve such a long-term balance between business investment and the work that forges it.

Key words: Elements of the employment contract - Virtual economy - UBER - New technologies - Work - App

Summary: 1. Introduction to the context to reach the current road. 2. Need for a review. 3. Judicial criteria contrary to comparative law. 4. Reflections of change. 5. Conclusions.

El mundo cambia. El derecho debe regular el hecho.
Sin orden al día, el hecho se convierte anarquía.

1. Introducción al contexto para llegar al camino de actualidad

El Derecho del Trabajo es una rama jurídica relativamente novedosa que está en constante cambio. Surgió de la separación del Derecho Civil, hasta adquirir su autonomía, pasando por la disputa doctrinal de las Teorías Relacionista y Contractualista (primera mitad del siglo XX), evolucionando con los distintos cambios de la ciencia y la tecnología, que ha ocasionado en ciertos casos alguna fuga, o como algunos doctrinarios lo han designado, *la huida del Derecho del Trabajo*¹.

RIVERO y SAVATIER señalan que una de las consecuencias de ese carácter novedoso de esta rama del derecho es justamente la imprecisión de sus fronteras. Su campo de aplicación queda incierto².

Hoy en día, se producen cada vez, mayores dificultades para diferenciar una relación laboral de otra que no lo es, debido al desarrollo tecnológico imperante que ha conllevado al surgimiento de nuevas figuras, tal como puede serlo el caso de las *aplicaciones virtuales*.

En el año de 1963, lo venía anunciando Manuel ALONSO OLEA, cuando plasmó: “*en ningún lado está dicho que se haya llegado a una fijación de las formas del trabajo humano que deba considerarse como definitiva. Lo más probable es que se siga evolucionando*”³. También Américo PLÁ RODRÍGUEZ en el año de 1977, lo había mencionado, cuando señaló:

¹ Entre ellos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *La huida del derecho del Trabajo*. Relaciones Laborales, 1996-II; BAYLOS GRAU, A. *La huida del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaborización*, en VV. AA., *El Trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (coord. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M^a M.) Madrid 2002. A su vez citados por MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Fronteras y <<zonas grises>> del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)*. Publicado en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38. Editado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones español. Madrid-España 2002. p 21.

² RIVERO, J. y SAVATIER J. *Droit du Travail*. Manuel Themis. Presses Universitaires de France, París 1956. p. 8. A su vez citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo *A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo*. Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas 1977. p. 313.

³ ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas. Madrid 1963. p. 26.

“Naturalmente que las formas de trabajo son variadísimas y están en continua evolución. No puede decirse que se haya llegado a una forma de fijación definitiva de las formas del trabajo humano. Lo más probable es que se siga evolucionando hacia nuevas formas”⁴.

En la actualidad existen diferentes formas de trabajo que no existían para fechas anteriores. En el futuro existirán otras formas de trabajo distintas, por el mismo efecto cambiante y evolutivo de la humanidad y la tecnología, por ende, el Derecho del Trabajo deberá adecuarse a los cambios.

Las normas que integran el Derecho del Trabajo, se han caracterizado por ser normas en constante evolución, que cada vez más y en la medida que transcurra el tiempo, tienen que responder con mayor efectividad a la realidad del hecho social trabajo⁵.

Normalmente, a la hora de abordar el tema de las <<fronteras>> del Derecho del Trabajo, se viene a incidir en los presupuestos materiales y dogmáticos a cuyo paso se construye el prototipo de trabajador sujeto al campo de aplicación del ordenamiento jurídico-laboral. Para determinar tal campo, la doctrina predominante emplea el concepto de subordinación, creando una dicotomía entre el trabajador subordinado, sujeto al Derecho del Trabajo y el trabajador autónomo, que está fuera de su ámbito de aplicación.

En la esfera laboral -expresa por su parte Sibilia-, las transformaciones tecnológicas determinan que las modalidades de organización del trabajo cambian y se expanden, tanto en el espacio como en el tiempo: se abandona el esquema de los horarios fijos y las jornadas de trabajo estrictamente delimitadas en rígidas coordenadas espacio-temporales. Los muros de las empresas también se derrumban: los

⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo*. Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas 1977. p. 327.

⁵ MONTES DE OCA ESCALONA, Jesús. *La Simulación en el Contrato o Relación de Trabajo*. Publicado en la obra *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*. Vol. II. Editado por Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2003. p. 199.

empleados están cada vez más pertrechados con un conjunto de dispositivos de conexión permanente (teléfonos móviles, computadoras portátiles, acceso a Internet) que desdibujan los límites entre espacio de trabajo y el lugar de ocio, entre tiempo de trabajo y tiempo libre⁶.

Esta evolución nos conduce a revisar y reinterpretar los elementos del contrato de trabajo para aplicarlos a casos concretos de nuevas formas de laborar por medio de las actuales plataformas virtuales pues, no pueden emplearse desde su concepción clásica, caso contrario, generarán serias dudas y serían insuficientes. Ello nos motiva a acercarnos con un pequeño análisis, mediante las notas de este ensayo, para buscar levantar algo del velo que recubre el espacio entre la avasallante tecnología que disipa y va dejando atrás las normas que deben regularlo.

2. Necesidad de una revisión

Hoy día, se han difundido diversas denominaciones para referir el fenómeno del trabajo que se encuentra en pleno desarrollo, como: *Co-working* «trabajo colaborativo» “economía compartida”, “consumo compartido”, “*peer to peer*” (de igual a igual), “economía colaborativa”, “consumo colaborativo”, “economía de las aplicaciones”, o como se dice en materia de emprendimiento...se tú propio jefe...etc. Sin embargo, ninguna de estas denominaciones, por si sola, ha logrado capturar la irrupción del trabajo como tal, aunque está claro que la demanda de esta forma de trabajar es profunda.

Por su parte, hace algún tiempo, Lupo HERNÁNDEZ RUEDA, señaló que “El empleador es, pues, quien dirige la actividad personal del trabajador...” Y a su vez, cita a Lodovico BARASSI quien señaló que: “En el poder directivo hay tres elementos: *un elemento inicial, el mando; un elemento duradero, la vigilancia*, que es la actividad de control que sigue y acompaña al mando y, *finalmente, la verificación* que sustituye

⁶ SIBILIA Paula, *El hombre postorgánico – Cuerpo, Subjetividad y tecnologías digitales*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2009, p. 31. La autora recuerda a Deleuze que bautizó a los nuevos instrumentos tecnológicos con el calificativo de “collares electrónicos”.

prácticamente la atenuación transitoria de la vigilancia y que, por lo tanto, no siempre es dado encontrarla...”⁷.

Aun cuando, el desarrollo de la tecnología ha dado lugar a nuevas formas de prestación de servicios, el empleador mantiene este control a través del poder directivo. Sin embargo, este nuevo paradigma incluye actividades ejercidas lejos de la sede de la empresa, a través de la comunicación diferida o directa entre empresario y trabajador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías, con esos dos requisitos básicos, el desarrollo de un trabajo fuera de la empresa sumado al uso de medios tecnológicos de comunicación con el trabajador, lo cual, ha causado dificultades en la actualidad.

Preocupa a los laboristas la eventual fuga del Derecho del Trabajo de significativos contingentes de trabajadores hacia otras modalidades contractuales (civiles o mercantiles) por falta de criterios jurídicos claros.

Y es que ocurre hoy en día que dentro de las formas de trabajo generadas por las nuevas tecnologías, pueden coexistir tanto trabajadores dependientes como trabajadores autónomos. Es por ello que el tema a tratar es el de buscar establecer criterios de equilibrio que dentro de las realidades laborales, permitan determinar cuando se está frente a una u otra categoría de trabajador.

Actualmente, existen diversas plataformas digitales a través de APP que siguen en aumento, tales como: UBER, GLOBO, RIDDERS, LIFTY, AIRBNB, entre otros. Habría que preguntarse entonces *¿Estas modalidades de prestación de trabajo humano, son susceptibles de ser abarcadas por los institutos y regulaciones tradicionales del Derecho del trabajo, en forma clara?*

3. Criterios judiciales contrarios en el Derecho comparado

⁷ HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>. DR © 1997. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México Libro completo en: <https://goo.gl/yQqW1p>.

Esta situación viene causando grandes dificultades a los jueces del mundo, cuando deben sentenciar un asunto, en el cual, están involucradas las nuevas tecnologías y formas de trabajo conectadas a través de una aplicación virtual. Existen así, diversas sentencias en distintos países que son contradictorias entre sí. En algunos casos se enmarca la solución del conflicto dentro de un contrato de trabajo y en otros, deja por fuera la regulación laboral. Es de señalar que el caso emblemático que ha dado lugar a un mayor número de conflictos judiciales, es el asunto de los choferes que prestan servicios a través de la aplicación UBER. Así tenemos, algunas sentencias de diversos países:

CASO REINO UNIDO, EN LONDRES. Según sentencia de fecha 28 de octubre del 2016. En el asunto *Mr. Aslam, the Mr. Farrar y Cia. VS. Uber B. V, Uber London Ltd. Y Uber Britannia Ltd*, se destaca a grosso modo lo siguiente: Uber entrevista y selecciona a los conductores. No cualquiera puede laborar de esa forma libremente. También establece la ruta (por defecto) a seguir por el conductor, y fija el precio a pagar, como carga condiciones a los conductores (ej. automóviles con menos de 10 años). Así mismo recibe las quejas de los clientes e impone soluciones que el conductor debe aceptar. Ej. Si un cliente cree que el conductor ha realizado una ruta más larga puede quejarse a Uber, quien puede descontar parte de la retribución del conductor para devolvérsela al cliente. En definitiva, la decisión fue que, los prestadores de servicios son trabajadores subordinados.

El Tribunal de Empleo del Reino Unido, en el caso *Uber BV y otros Vs. Aslam y otros*, UKEAT/0056/17/DA, en noviembre de 2017, en apelación estableció que: Los conductores de Uber estaban sujetos a un alto grado de control y fueron "Trabajadores" bajo la Ley de Derechos de Empleo de 1996. Principio de Irrelevancia *Nomen Iuris*. Confirmando de esta manera la sentencia objeto de apelación.

PARÍS, FRANCIA. Sentencia de fecha 29 de enero del 2018. *Florian Menard VS Uber France Societe Uber B V*. El demandante reclama la existencia de un contrato de trabajo. La sentencia a grandes rasgos, señaló

que: el demandante es dueño de su vehículo. Tiene libertad de trabajar las horas que el entienda. En todo el contrato se usa la palabra cliente. Tiene libertad de organizarse para el trabajo. Ha existido autonomía de la voluntad contractual. El contrato establece que no crea una relación trabajador-empresa. En consecuencia, la decisión fue que, estos prestadores de servicio no son trabajadores subordinados.

CASO ESPAÑA. El Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), con sede en Luxemburgo Asociación Profesional Elite Taxi Vs. Uber Systems Spain, S.L. (C434/15, EU:C:2017:981). En el marco de un procedimiento prejudicial de naturaleza civil, en sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017, calificó la relación entre conductores y UBER, como vinculada a un servicio en el ámbito de los transportes, ergo, se le deben exigir las mismas licencias y autorizaciones que a los taxis.

CASO AUSTRALIA. Comisión de Trabajo Justo (Tribunal Nacional de Relaciones Laborales): los conductores de Uber no ostentan la condición de empleados. Son contratistas independientes, conductores que tienen control sobre cuándo, dónde y para quién trabajan, no tienen obligación contractual de realizar un trabajo para Uber⁸.

CASO PUERTO RICO. La Federación de Taxistas de Puerto Rico Inc. presentó una solicitud de intervención, contra Uber Puerto Rico LLC: "...a la Comisión de Servicio Público y el Departamento de Transportación y Obras Públicas ; y Uber ante ello presenta demanda de Sentencia Declaratoria, *Injunction*⁹ Preliminar y Permanente contra ésta última. La Sala Superior de San Juan de Puerto Rico, en apelación, falló a favor de UBER, considerando lo siguiente:

"...los servicios ofrecidos por Uber son las llamadas "Empresas de Redes de Transporte" conocidas como los servicios ERT, las cuales proveen

⁸ <https://www.sbs.com.au/language/spanish/en-australia-los-conductores-de-uber-no-son-empleados>.

⁹ Una petición judicial de *injunction* es una demanda que se presenta ante el Tribunal para que le ordene a una persona hacer o dejar de hacer algo inmediatamente. Con ella se consigue una sentencia declaratoria de algún derecho. Esto siempre puede tener un impacto sobre el interés público. Por lo tanto, el juez siempre va a ser muy cuidadoso de este tipo de demandas que tiene la solución específica.

servicios de transportación previamente acordados (...) las ERT no son compañías de taxis y los conductores ERT no son taxistas...".

CASO ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA. La *Unemployment Insurance Appeal Board* del Estado de Nueva York en julio de 2018¹⁰, determinó que existe una relación laboral entre Uber y los conductores, ella permite sostener que estos últimos son trabajadores. Esta calificación se dio en el marco de una apelación por la no concesión de beneficios como desempleados de tres ex conductores vinculados a Uber. Resumiendo sus argumentos, la sentencia señala que las extensas prácticas de reclutamiento, entrenamiento y supervisión de Uber, los beneficios que entrega a los conductores bien calificados, las medidas que adopta en contra de aquellos que no cumplen los estándares de la empresa, los sistemas de retroalimentación de los clientes y las advertencias específicas y otras notificaciones emitidas a los choferes y la determinación de tarifas por Uber, permiten sostener que ellos eran trabajadores dependientes y no independientes (p. 9), por cuanto se encontraban bajo la supervisión, dirección y control de la empresa.

Corte de los Estados Unidos Distrito Noroeste de California. Es concebible que la legislatura promulgue reglas particulares a la llamada nueva "economía colaborativa". Hasta entonces, este Tribunal que analiza los hechos en cuestión. Llega a la conclusión preliminar de que los conductores de Uber son presuntos empleados. Aun cuando no vinculado directamente a Uber, cabe indicar que la Corte Suprema de California, en sentencia de abril de 2018, cambió su criterio para determinar cuando un trabajador es dependiente o independiente, lo que podría afectar a quienes se vinculan a la economía colaborativa. En particular, la Corte Suprema de California, en un juicio contra una empresa TNC, decidió aplicar el llamado Test de ABC (y que se aplicaría en otras jurisdicciones estatales), instrumento que permitiría distinguir entre trabajadores dependientes e independientes. Los elementos del Test son (pp. 7 y 64):

¹⁰ Apelación N° 59.6722. [...] v. Uber Technologies Inc.

- Que el trabajador está libre del control y dirección del contratante del trabajo en relación con la realización del mismo, tanto en virtud del contrato como de hecho (Como señala BARASSI antes citado en este trabajo);
- Que el trabajador realiza un trabajo que está fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante; y
- Que el trabajador está habitualmente involucrado en un comercio, ocupación o negocio establecido de forma independiente de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante.

Por último, la Corte Suprema estatal (p. 56) señaló que, es importante reconocer que a lo largo de los años en el país, se han adoptado una serie de normas, reglamentos administrativos y decisiones judiciales tendientes a distinguir entre aquellos trabajadores que deberían ser considerados empleados y aquellos que deberían ser considerados independientes. Luego de analizar los diversos mecanismos, la Corte estimó que es más apropiado y consistente con la realidad e historia laboral de California aplicar el Test de ABC¹¹.

Corte del Circuito 13º de un Condado en Florida. (Hillsborough). Denegó una petición de *injunction* en el caso de *Hillsborough County Public Transportation Commission vs. Uber Technologies Inc*; Jorge Alberto Adames, Caso Núm. 15-CA-00309729: "...Este caso descansa en la frontera entre el viejo mundo y el nuevo... Uber, por el contrario, es parte de la nueva "economía del intercambio". Forma parte de una clase de empresas conocidas como "Compañías de redes de transporte"..." Por ende, calificó que el demandante no es un trabajador dependiente¹².

En Estados Unidos, dada la organización federal que le es característica, existen a la fecha, sentencias contradictorias en la materia que provienen de las cortes de diversos estados federados, por lo cual no es posible aún aseverar que en ese país existe una jurisprudencia uniforme.

¹¹ *Dynamex Operations West Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*. Ct.App. 2/7 B249546.

¹² Revisado en septiembre del año 2019 en el web site: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.cybernewspr.com/web/images/SJ2016CV00174_Consolidado_con_SJ2016CV00176_SENTENCIA_12_DE_AGOSTO_DE_2016.docx.

Las sentencias y los pronunciamientos, han analizado diversos hechos que configuran la vinculación de los conductores con Uber, a la luz de los elementos que configuran, en el derecho local, una relación laboral contractual. A partir de ello, se han pronunciado a favor o en contra de la existencia de la mencionada relación¹³.

CASO CANADÁ, en la ciudad de Toronto, ante un caso que se presentó una solicitud de *injunction* contra Uber ¹⁴ “... *La Corte Superior de Justicia de Ontario rechazó los reclamos de la ciudad de Toronto que Uber no podía operar sin registrarse, ni obtener una licencia como taxista o conductor de limosina por entender que los servicios ofrecidos por Uber, a través de una plataforma electrónica, no caen bajo ninguna de las categorías reclamadas*”...¹⁵.

CASO CHILE. RONALD THOMPSON Vs. UBER CHILE SPA, sentencia RIT O-1388-2015, de fecha 14/07/2015, emitida por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago señaló a grandes rasgos que el demandante no recibe dinero en nombre de un empleador como parte de sus funciones. Los conductores tienen absoluta libertad para conectarse o desconectarse al sistema. No usan uniforme. Entre el chofer y UBER no hay exclusividad. Por tanto, no son trabajadores dependientes.

CASO BRASIL. Juez del Trabajo Titular del 33^{er} Juzgado del Trabajo de Belo Horizonte. Febrero 2017. El juzgado concluye que, bajo el pretexto de tornar la plataforma más “sana”, UBER ejercía, en realidad, poder y control sobre la forma de prestación de los servicios (...) Y que UBER utiliza técnicas para convencer el mundo de que sería solo una empresa de tecnología, pero los hechos verificados en el proceso revelan que es una empresa de transportes y que busca maximizar sus ganancias mediante la precarización del trabajo humano. Por tales razones, se reconoció el vínculo de empleo entre el conductor RODRIGO LEONARDO y UBER.

¹³ Revisado en agosto del año 2019 en el web site: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25909/1/BCN_Uber_laboral_actualizado_PA_CW_GW_2.pdf

¹⁴ Véase City of Toronto v. Uber Canada Inc. et al., 2015 ONSC 3572 (CanL11).

¹⁵ <http://www.canlii.org/en/on/onsc/docL2015120150nsc3572120150nsc3572.html>; <http://canliiconnects.org/en/commentaries/37598>.

En septiembre del año 2019 el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Brasil, conociendo el anterior caso en apelación decidió que, los conductores de aplicaciones de transporte como Uber no pueden reivindicar un vínculo como empleados de la operadora de la aplicación, por lo que no tienen derecho a las garantías laborales ofrecidas por un contrato formal.

CASO URUGUAY. La Justicia uruguaya falló a favor de Esteban Queimada, el chofer de Uber y exvocero de la Asociación de Conductores Uruguayos de Aplicaciones (ACUA) que demandó a la compañía multinacional con el argumento de que la firma vulnera sus derechos como trabajador al no reconocer su relación de dependencia laboral y por considerarlo en cambio, como un “socio” del negocio.

Es así que el lunes 11 de noviembre del 2019, el Juzgado Letrado de Trabajo de 6º turno de Montevideo emitió el fallo a favor del conductor por entender que sí existe una “relación de trabajo subordinado” entre Queimada y la empresa estadounidense. Por lo tanto, la sentencia condenó a Uber al pago de aguinaldos, licencias y salarios vacacionales generados por el chofer durante los años 2016 y 2017 (el pago correspondiente al año 2018 podrá exigirse recién a partir del 1º de enero del año que viene). El fallo judicial es de primera instancia.

El País intentó hablar con ejecutivos de Uber, pero la empresa se limitó a enviar un comunicado. En el mismo, indicó que apelará la decisión judicial y manifestó que continuará “trabajando para que todos los socios conductores tengan la mejor experiencia”. Sobre el fallo, Uber expresó: “Lamentamos que en esta primera instancia el Tribunal no haya reconocido la naturaleza comercial de la relación con el socio conductor. Son los mismos socios conductores quienes a través de encuestas, reuniones y conversaciones resaltan el valor de la flexibilidad y la autonomía, como los principales atributos de manejar utilizando la aplicación de Uber”¹⁶.

En definitiva, las autoridades judiciales no coinciden en un criterio uniforme que determine si la relación de UBER con los choferes, es de

¹⁶ DIARIO EL PAÍS. 13-11-2019. Revisado el 11 de diciembre del 2019 en: <https://negocios.elpais.com.uy/noticias/fallo-inedito-uruguay-justicia-considera-trabajador-dependiente-chofer-uber.html>.

carácter independiente o subordinado. Ahora bien, el verdadero problema es la fijación de límites o fronteras nítidas entre las prácticas de trabajo por aplicaciones virtuales que hace necesariamente, nos movamos, en un terreno resbaladizo. Tal reto es importante de analizar, habida cuenta la necesidad de ir hacia una definición adaptada de los elementos del contrato de trabajo, para hallar un parámetro objetivo que sirva a su vez para delimitar cuándo, en rigor, nos encontramos ante fórmulas de trabajo subordinado y cuando ante fórmulas de trabajo autónomo¹⁷.

4. Reflexiones de cambio

Resulta, pues, una obviedad afirmar que las nuevas relaciones de trabajo a las que está dando lugar la tecnología exigen la adaptación de la normativa laboral tradicional a una más actual. De este modo, lo que se ha dado en llamar "era del Internet", está provocando gran inquietud tanto a empresarios, inversores, sindicatos como a los juristas, y ello porque los avances tecnológicos están alterando las relaciones de trabajo tradicionales, mientras que la legislación laboral no ha conseguido, si bien lo está intentando, adaptarse a esta nueva forma de ver las relaciones humanas. A falta de una legislación que regule esta nueva situación, como ya ha quedado expuesto en párrafos anteriores, es necesario adaptar los criterios jurídicos existentes para resolver los conflictos que se pudieran plantear en este campo, lo que conlleva un cambio en la manera de pensar y actuar¹⁸.

Es necesario señalar que si se quiere afrontar de una manera racional y eficiente¹⁹ las dificultades que las nuevas tecnologías generan en las

¹⁷ Parafraseando a ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. Teletrabajo. Ponencia temática III. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá de Henares. p. 774.

¹⁸ Parafraseando a ARAGÜEZ GUERRERO, Juan José. Ensayo sobre Teletrabajo. Colaborador desde España. Publicado en <http://www.portaldeabogados.com.ar/colaboraciones/teletrabajo.htm>

¹⁹ Derivado de la problemática existente que debe ser atendida con la estructuración lógica del pensamiento por medio de un razonamiento teórico para encontrar opciones de solución pues, se hace necesario analizar y cuestionar cosas, mediante un pensamiento crítico y académico, con la debida reflexión de las repercusiones que algo puede tener. Así Hegel habla de esa razón observante, en donde la ley permite la convivencia armónica de la sociedad. Bajo una óptica sistémica que construya una seguridad jurídica para permitir que las oportunidades de trabajo

formas de trabajo y en su regulación, hay que comenzar por aceptar la existencia de tales dificultades. Si no las aceptamos y partimos de la idea de que los criterios jurídicos tradicionales son suficientes para resolver el tema, caeremos en un largo e indeseable camino pleno de contradicciones, como está sucediendo en los casos judiciales a nivel internacional antes citados. Las situaciones generadas por las nuevas tecnologías en las distintas formas de prestación de servicios, no son mera «ciencia ficción», sino una realidad que está latente y viva.

Es por ello que el Derecho del Trabajo, no puede entenderse irrevisable, intangible, rígido y ajeno a los cambios suscitados en el modo de producir. Si así fuere, conllevaría a la desaparición progresiva de la disciplina. Pues lo rígido, suele quebrarse, ante cambios bruscos.

Como hemos demostrado, el enfoque tradicional, resulta insuficiente para resolver las nuevas realidades que distan notablemente de las causas que originaron el surgimiento de la disciplina del Derecho del trabajo. Juan RASO ha mencionado que, se ha modificado el propio modelo de empleo (concebido en un principio como un trabajo para toda la vida); se han transformado elementos del campo laboral (tiempo de trabajo, subordinación) y con él, las relaciones laborales de los sujetos²⁰.

Los elementos clásicos del Derecho del Trabajo a través de una reinterpretación deben encontrar un punto de equilibrio entre el trabajo autónomo y el dependiente cuando involucran este tipo de tecnologías. De manera sencilla, plantearemos algunos adelantos:

Prestación personal del servicio. Es evidente que existe una despersonalización creciente del mercado que se lleva a cabo en forma virtual. en la actualidad las personas van poco a las empresas. Una nueva dimensión de la descentralización surge con mayor desenfreno: las empresas ya no concentran trabajadores, excepto los más imprescindibles.

sigan evolucionando en un marco de inversión debidamente armonizado a las relaciones de trabajo, autónomas o no, que a su vez beneficie a los actores sociales y al Estado por el correspondiente pago de impuestos derivado del movimiento económico que produce el trabajo.

²⁰ RASO DELGUE, Juan. La economía Virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. En: Revista Derecho del Trabajo N° 20. Universitas Fundación. Barquisimeto, Venezuela (2016). p. 79.

Punto de equilibrio: si es una relación laboral debe ser esa persona (trabajador en sí mismo) quien preste el servicio, sin sustitutos, independiente de sus libertades o intervalos de tiempo en que ejecute el trabajo. Ahí, las notas de laboralidad emergerán.

Ajenidad. El trabajador actual usa, por lo general, sus propias herramientas para laborar. Más aun, a través de las plataformas virtuales.

Punto de equilibrio: Este elemento debe ser reinterpretado por la doctrina laboral. Se debería enfocar de manera más precisa en la ajenidad de la marca que en la ajenidad de la titularidad de los medios de producción o los frutos del trabajo, ya que el trabajador gana cuando trabaja, así que asume las ganancias cuando presta el servicio. De lo contrario no recibe contraprestación salarial alguna e incluso asume los riesgos de su ganancia pues, muchas veces si el servicio es ineficiente no devenga el pago económico o lo hace por debajo de la tarifa convenida.

Subordinación. Debemos empezar a reconocer que esta actividad por medio de internet, supone utilizar con flexibilidad los tiempos de trabajo y descanso a conveniencia de quien trabaja. Es obvio que tampoco existe la obligación de trasladarse a la sede de la empresa y el trabajador escoge libremente la ropa con que desea vestirse al momento de trabajar. Así como tiene mayor libertad en la organización de su trabajo pues, supone utilizar con flexibilidad los tiempos de trabajo y descanso a su provecho. Ya la jornada laboral no es impuesta por el empresario. En apariencia, el control del empleador sobre la actividad del trabajador se minimiza en cuanto a los modelos de trabajo fordistas y tayloristas. Se transforma el trabajo con un mayor margen de libertad pues, pareciera que representa más, una obligación de resultado y no de medio. Se favorece a los trabajadores quienes pujan entre sí para ganarse un trabajo compitiendo con precios y calidad a través de cotizaciones y presupuestos, más propio de un autónomo que de un dependiente.

Punto de equilibrio: sin embargo, el poder de dirección y control por parte del empresario es aún mayor con las nuevas tecnologías, por lo tanto, es un elemento clave para dilucidar un caso de esta naturaleza al verificar

que el empleador a pesar de ofrecer diversas libertades, es quien verdaderamente dirige y controla el proceso productivo. Es necesario que cuando el juez vaya a verificar la existencia o no de la subordinación, tome en cuenta que las modalidades contemporáneas que ésta presenta son por las razones expresadas, distintas de las modalidades tradicionales.

Remuneración. Se difumina la concepción salario, tal como la conocemos hoy en día. La remuneración se reduce sólo a aquellos servicios que el trabajador ha decidido prestar. Ya no es periódico, gana cuando trabaja. Una “nueva” forma de remunerar o pagar el trabajo, hay un desvanecimiento del salario por tiempo de trabajo o por tiempo a disposición, El valor del trabajo se reduce sólo a aquellos servicios que se contrató. Se trata de un trabajo a destajo, donde no existen, normalmente, salarios continuos, se retribuyen solo los momentos productivos exactos. Pero además, la competencia por los distintos trabajos que se quieran conseguir se convierte en una carrera más dirigida a la baja de precios, donde las ofertas más económicas ganan la opción de obtener el trabajo. Contrariamente a la negociación colectiva que tiene como objetivo buscar el aumento salarial de los trabajadores dependientes.

Punto de equilibrio: Si hay remuneración por la labor prestada, así sea por jornadas autodiseñadas por el propio trabajador, y el pago es con cierta continuidad con sentido de permanencia en el tiempo, así sea de forma escalonada o con intervalos de tiempo, pero que en su conjunto, permitan verificar que el trabajador vive de ese trabajo. La presunción de laboralidad estará latente.

Derecho fundamental a la libertad y la jornada de trabajo impuesta por el empleador. Hay quienes señalan que, la esclavitud tradicional se transmutó a nueva forma de esclavitud cuando el trabajador se incorpora a una nómina, pues, el trabajador no es dueño de su tiempo mientras trabaja. Por su parte, muchas de nuestras constituciones, por no afirmar que son todas, tienen enmarcado en su texto, el Derecho Constitucional a la Libertad en un sentido amplio y progresivo.

Así podemos destacar que, la libertad es un derecho fundamental que ha representado, desde tiempos inmemoriales, la lucha de las personas en nombre de la libertad para acabar con la opresión de la esclavitud del ser humano. En los tiempos modernos, abolida la esclavitud física en su mayor parte, puede afirmarse que a través del trabajo se alcanzan los mayores niveles de libertad individual del ser humano pues, al trabajar, la persona obtiene una remuneración económica, mediante la cual logra satisfacer libremente sus necesidades básicas en la mejor manera que estime conveniente. No obstante, el trabajador puede sumergirse en una mayor auto-esclavitud humana cuando hace del trabajo una adicción. En este caso, la persona por propia voluntad puede trabajar lo suficiente para obtener una vida digna o puede volverse un esclavo del trabajo.

Lo que sí es obvio, es que la libertad *latu sensu* no comulga con la jornada laboral impuesta pues, durante ese lapso, los trabajadores no son dueños de su tiempo. Así, las nuevas tecnologías permiten que las personas trabajen, obtengan su remuneración económica y a la vez adapten libremente su tiempo en la mejor forma que les convenga. Para muchos, ese es un modo de trabajar que está en un mayor nivel de equilibrio entre el ejercicio de libertad y el trabajo pues, no enajenan su único tiempo que poseen en la vida para entregarlo a una jornada laboral impuesta.

Para SCHMITT, los derechos fundamentales obedecen a un *principio de distribución* entre la libertad del individuo y el poder del Estado, en virtud del cual se reconocen dos esferas: <<[...] una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable>>. A su juicio, la libertad individual es el núcleo de los derechos fundamentales, ya que los <<Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales>>²¹.

²¹ SCHMITT. *La libertad de conciencia, libertad personal (sobre todo protección contra detenciones arbitrarias, inviolabilidad del domicilio, secreto de correspondencia) y propiedad privada*. 1982. p. 170. A su vez citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, Perú (2009). p. 21.

Este tipo de postulado apuesta más por una persona libre, creativa, que pueda alcanzar las metas de su vida laboral por sí misma, para poder conjugarlos con una remuneración económica decente.

Es claro que, los derechos fundamentales aplican a todas las ideas de libertad y de ellas no escapa el tiempo de trabajo de cada ser humano. En el entendido que debe existir autonomía de voluntad para escoger un modo de producción que satisfaga las necesidades humanas. Salvo se evidencie, en un caso determinado, que el trabajador se integre por propia voluntad a una jornada de trabajo impuesta por el empresario y posteriormente, éste ejecute un acto fraudulento en contra de sus beneficios laborales.

Punto de equilibrio: una de las mayores libertades del ser humano es precisamente poder disponer de su tiempo, sin tener alguna coacción o apremio que le exija que hacer o no durante un momento determinado, si esto es así, el Derecho del Trabajo debe permitir la flexibilización del tiempo de trabajo, aun cuando estuviésemos en presencia del trabajo dependiente. Claramente pudiéramos hablar de jornadas diseñadas por el propio trabajador para poder cumplir con las obligaciones que le impone la relación de trabajo, así como también las jornadas que se elaboran por metas²², mayor libertad en la forma de organización del tiempo y forma de trabajar, sin que por ello, implique una huida del campo jurídico laboral²³.

Tal situación es lo que hoy en día está sucediendo con los choferes de Uber que trabajan cuando quieren. Subsumirlos dentro de un cumplimiento de horarios es limitar su tiempo al tiempo de la empresa, lo cual es antagónico a la libertad del ser humano en sentido amplio. Por tanto, los jueces no deberían encasillarse para resolver un asunto (si pertenece a

²² Por ejemplo, una persona tiene que desarrollar unas tareas determinadas, el empleador le otorga varios días para ejecutar la labor, si el trabajador termina antes y entrega el trabajo bien cumplido, puede disfrutar de los días restantes de manera libre. Se trata de premiar la eficiencia y el pago aparte del dinero se compensa con más tiempo de libertad.

²³ No es innecesario afirmar que, si alguien quiere producir más dinero deberá trabajar más, si quiere obtener más conocimientos deberá estudiar más, pero si quiere más tiempo, no existe manera de producir más tiempo durante esta vida, sólo puede aprovecharse el tiempo que cada persona tiene y que mejor manera que, la justicia contribuya a la materialización armónica entre la libertad del tiempo con el trabajo dependiente.

un contrato de trabajo o no), al revisar la jornada de trabajo y destacar en la sentencia que ésta es auto diseñada por el propio trabajador para establecer que se trata de un trabajo autónomo cercenando la posibilidad de acceso a los derechos contenidos en los beneficios laborales pues, pudiéramos estar presente frente a un contrato formal de empleo.

El objetivo es reconocer la adaptación del Derecho del trabajo y así sostener, la validez y vigencia de las categorías laborales, al permitir que los criterios de interpretación del concepto: subordinación y demás elementos del contrato de trabajo, evolucionen para que puedan vincularse de manera más contundente a las empresas de aplicaciones tecnológicas. Y así evitar las contradicciones que se ven en la función judicial, como vimos está ocurriendo hoy en día.

Por ello, es indispensable atender a la exaltación de los principios jurídicos por encima de las legislaciones restrictivas, especialmente, cuando no haya habido una reforma para definir estas nuevas formas de trabajo. Pues, aunque en la mayoría de las legislaciones laborales no ha sido insertada la concepción jurídica objeto de este estudio, la misma puede conseguir respuestas en el Derecho del trabajo, por medio de la inteligencia del juez.

La idea central al examinar las nuevas formas de organización digital del trabajo es que las mismas –como hechos empíricos absolutamente nuevos, y por lo tanto desconocidos en el pasado– reclaman la adaptación de las categorías tradicionales s fin de que respondan a realidades, que ya no pueden interpretarse a la luz de estereotipos tradicionales. Muchas formas de trabajo ya no logran adaptarse –o ni siquiera ingresar– en las *categorías* clásicas del Derecho del trabajo subordinado²⁴. Las transformaciones del trabajo muestran, por lo tanto, nuevas realidades y el reto del jurista es reconocerlas, para poder así regularlas, rechazando la idea

²⁴ RASO DELGUE, Juan. *La economía Virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo*. En: Revista Derecho del Trabajo N° 20. Universitas Fundación. Barquisimeto, Venezuela (2016). p. 82.

de comprimirlas en los “envases” de las categorías tradicionales. Ese es el desafío ante las nuevas formas del trabajo²⁵.

5. Conclusiones.

Hay más personas que se están uniendo a estas nuevas formas de trabajos, con temas de creatividad, software, APP (aplicaciones de teléfonos móviles), lo cual genera un número mayor de autónomos. Si eso está sucediendo, nos preguntamos ¿por qué no crear criterios claros o reinterpretar los existentes?, lo cual permitiría al Derecho del Trabajo subsistir y por otro lado, quede claramente definido cuando las personas puedan someterse al terreno de autónomos o en su defecto al espacio de trabajadores dependientes.

La cuestión es central en los debates del Derecho del Trabajo de actualidad, porque los nuevos modos de producción apuntan a una evolución de la relación de trabajo, con la finalidad de bajar costos por parte del empresario y aumentar la competitividad entre los trabajadores. Aunque ese no sea el único propósito de las transformaciones productivas, no es menos cierto que la baja de costos (y tutelas) laborales sigue siendo un importante objetivo.

Entonces, es urgente la adaptación del sistema legal que permita el desarrollo de la sociedad por medio de las nuevas tecnologías con miras de salvaguardar a los más necesitados de protección a través de una reinterpretación de los elementos clásicos del Derecho del Trabajo. Si ello no ocurriera, disminuirá tremendamente la eficacia del Derecho del Trabajo en el cumplimiento de su finalidad tutelar.

A su vez, las personas con talento creativo laboral que puedan y quieran trabajar como autónomos por medio de las tecnologías, debería ser un norte en la economía de cualquier colectividad, mediante un diseño armonioso que establezca ambos terrenos de manera clara y así se

²⁵ RASO DELGUE, Juan. *La economía Virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo*. Idem. p. 83.

reconozcan mutuamente, para poder actuar con la tan añorada, seguridad jurídica, en un justo equilibrio que englobe a todas las partes.

Para finalizar, señalaría que, la astrofísica Elizabeth GARBEE, ha advertido que, la tecnología *per se* no es virtuosa. Sólo si se aplica a la mejora de la condición humana. Y pocas cosas son tan inherentes al ser humano, como el trabajo. Y si hay trabajo ¿éste no debería ser protegido verdaderamente? La adaptación, se encuentra en nuestras manos, si la actualidad cambia, las normas y criterios jurídicos deberían adaptarse a las nuevas realidades. Henry FORD, señalaba que: *“Si crees que puedes lograr algo o no, estás en lo correcto”*.

EN DEFINITIVA, LA LIBERTAD ES TAN
MARAVILLOSA QUE CADA QUIEN DECIDE A
QUIEN O QUE ESCLAVIZARSE

Bibliografía

- ALONSO OLEA, M. (1963). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas. Madrid.
- BAYLOS GRAU, A. (2002). *La huída del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaborización*, en VV. AA., *El Trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (coord. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M^a M.), Madrid.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2009). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, Perú.
- MONTES DE OCA ESCALONA, J. (2003). *La Simulación en el Contrato o Relación de Trabajo*. Publicado en la obra *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*. Vol. II. Editado por Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1977). *A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo*. Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas.
- RASO DELGUE, J. (2016). La economía Virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. En: Revista Derecho del Trabajo N° 20. Universitas Fundación. Barquisimeto, Venezuela.
- RIVERO, J. y SAVATIER J. (1956). *Droit du Travail*. Manuel Themis. Presses Universitaires de France, París.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1996). *La huída del derecho del Trabajo*. Relaciones Laborales, 1996-II.
- SIBILIA, P. (2009). *El hombre postorgánico – Cuerpo, Subjetividad y tecnologías digitales*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Recursos electrónicos

HERNÁNDEZ RUEDA, L. (1997). "Poder de dirección del empleador". En DE BUEN, N. y MORGADO, E. (coordinadores), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS. EL ESPEJISMO DE LA AUTONOMÍA

WORK THROUGH PLATFORMS. THE MIRAGE OF THE AUTONOMY

César Augusto CARBALLO MENA

Profesor-investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social y de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

carballomena@gmail.com

Fecha de envío: 19/02/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS. EL ESPEJISMO DE LA AUTONOMÍA

César Augusto CARBALLO MENA

Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

Resumen: El trabajo presentado se enfoca en la controversia de la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo trabado entre las plataformas digitales y quienes prestan los servicios subyacentes. A tales efectos, se pone el foco de atención en el desvanecimiento de la empresa, la descontextualización de la subordinación y la dilución de la autonomía.

Palabras clave: Plataformas - Subordinación - Empresa - Autonomía

Sumario: 1. Introducción. 2. Desvanecimiento de la empresa. 3. Descontextualización de la subordinación. 4. Dilución de la autonomía. 5. Conclusión

Abstract: The paper focuses on the controversy of the determination of the legal nature of the relation between digital platforms and those who provide the underlying services. For this purpose, the focus is on the fading of the company, the decontextualization of the subordination and the dilution of autonomy.

Key words: Platforms - Subordination - Company - Autonomy

Summary: 1. Introduction. 2. Fading of the company. 3. Decontextualization of the subordination. 4. Dilution of autonomy. 5. Conclusion.

Los huesos viejos bajo el traje
Diego Vasallo, *Ascensores al cielo*.

1. Introducción

Ciertas modalidades de organización empresarial en torno a plataformas tecnológicas han suscitado intensas controversias en lo concerniente a la naturaleza jurídica del vínculo trabado entre sus titulares y quienes, en dicho ámbito, prestan servicios personales.

Como destacó una reciente publicación de la Organización Internacional del Trabajo:

“Casi todos los términos de servicio de las plataformas contienen cláusulas de acuerdo con las cuales los trabajadores afirman ser trabajadores independientes o contratistas independientes [...A pesar de ello,] muchos términos de servicio también imponen restricciones a la autonomía del trabajador que son incompatibles con el empleo independiente”¹.

¿Qué justifica la densa penumbra que parece envolver a estas organizaciones empresariales? Las hondas dubitaciones y no pocos extravíos pudiesen estar asociados a tres preconceptos distorsionantes de la realidad que se escruta: *desvanecimiento de la empresa*, *descontextualización de la subordinación*, y *dilución de la idea -alternativa- de autonomía*.

2. Desvanecimiento de la empresa

* Conjuga, resume y actualiza los siguientes ensayos: (i) “Indicios de la relación de trabajo y empresa digital”, *Régimen jurídico del trabajo: la otra mirada*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020 (en imprenta); (ii) “Patrono y empresa: revisita a propósito del trabajo mediante plataformas digitales”, *Revista Tripalium*, Vol. 1, N° 1, 2019, <https://tripaliumsite.files.wordpress.com/2019/10/revista-tripalium-nro.-1-2019.pdf>; y (iii) “Vestigios del trabajo dependiente: a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies Inc. y Dynamex Operations West Inc”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 28, enero-junio 2019, UNAM, México, 2019.

¹ Berg, Janine *et al*, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT, Ginebra, p. 114.

Empleador y empresa constituyen conceptos disímiles aunque indisociables e interdependientes. Empleador es la persona natural o jurídica que ostenta el poder de organización, dirección y disciplina de la empresa, es decir, de la actividad derivada de la combinación de factores -incluyendo el trabajo- destinada a la producción de bienes o la prestación de servicios².

² El referido vínculo entre las nociones de *patrono* y *empresa* queda de manifiesto en las normas y criterios que -a título ejemplificativo- se exponen a continuación:

a) Art. 10 (*Derecho de los empleadores*) de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (2015): "Los empleadores, de conformidad con la legislación nacional vigente en cada Estado Parte, tienen el derecho de crear, organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa". La norma encuentra su nítido precedente en el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina): "El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento".

b) Art. 5° (*Empresa-Empresario*) de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina): "A los fines de esta ley, se entiende como empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos";

c) Art. 3.3 del Código de Trabajo (Chile): "Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o beneficios, dotada de una individualidad legal determinada";

d) Art. 194.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia): "Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio". En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 23 de noviembre de 1987, precisó: "[s]iendo el patrono una persona, natural o jurídica y, como tal, un sujeto de derechos y la empresa la unidad de explotación económica o las varias dependientes de una misma persona, es un simple objeto de derechos [...]. Ello así, [...] no pueden confundirse los sujetos con los objetos. [...] Persona y empresa no son términos sinónimos pues se trata de nociones diversas; cabe decir lo mismo de los conceptos patrono y empresa porque uno y otro no sólo tienen una consagración distinta en la ley (ver arts. 22.1 y 194 del Código Sustantivo del Trabajo), sino porque el patrono es el sujeto de la actividad y la empresa la unidad u objeto de esa actividad. En otras palabras, en nuestro régimen de derecho laboral, los patronos o personas titulares de la unidad de explotación económica son cosa diferente del objeto o unidad sobre la que recae la actividad de tales personas";

e) Art. 1 (*Ámbito de aplicación*), numeral 1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España): "Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"; y

f) Art. 49 de la Ley Orgánica del Trabajo (Venezuela, 1990): "Se entiende por patrono o empleador la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número". El -vigente- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), por razones ideológicas vinculadas al objetivo -manifiesto- de instaurar un modelo de producción socialista, omite la titularidad del poder de organización, dirección y disciplina de la empresa en cabeza del patrono. En tal sentido, su art. 40 define al *patrono* como "toda persona natural o jurídica que tenga bajo su dependencia a uno o más trabajadores o trabajadoras, en virtud de una relación laboral...". Ver, Carballo Mena, César Augusto (2013): *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y su Reglamento Parcial sobre el Tiempo de Trabajo*. Colección Textos Legislativos, N° 54. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 27-31.

Por tanto, la empresa no es persona (empleador o patrono), ni conjunto de bienes (hacienda), ni espacio físico delimitado (centro de trabajo), sino actividad desplegada a partir del ensamblaje de elementos - humanos, materiales e inmateriales- bajo la unidad de mando de su titular³, aunque -en apariencia- pueda mostrarse segmentada por la interacción de múltiples personas jurídicas o naturales actuando coordinadamente.

Así, en lo que al Derecho del Trabajo concierne, la empresa configura el ámbito de desenvolvimiento de la relación laboral y, por tanto, demarca el perímetro de responsabilidad del empleador, la esfera de lícito ejercicio de sus poderes de dirección, vigilancia y disciplina, y -consecuentemente- el límite del estado de subordinación o dependencia del trabajador.

En el supuesto del trabajo ejecutado mediante plataformas tecnológicas, las personas jurídicas que organizan la actividad productiva suelen alegar -atendiendo a previsiones estatutarias- su condición de *compañías de tecnología*⁴ cuyo objeto se limita a diseñar y poner a disposición de terceros ciertas facilidades que permiten el intercambio entre prestadores de servicios y clientes finales. Desde esta perspectiva -que, en definitiva, pretende desvanecer los límites reales de la empresa- las referidas sociedades solo ejercerían una actividad de intermediación comercial y, por tanto, quedarían exentas de responsabilidad patronal.

Sin embargo, el principio -de raigambre constitucional en América

³ Esta noción coincide con la perspectiva que ofrece el Derecho Mercantil: “desde un punto de vista jurídico la empresa es un conjunto organizado de elementos heterogéneos, los cuales no se funden entre sí perdiendo su individualidad en la nueva unidad, sino que la conservan como objetos de distintos derechos [...La] empresa es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho. La empresa es un concepto dinámico mientras que su patrimonio es un concepto estático. Y, además, toda empresa en funcionamiento es un conjunto dinámico de elementos heterogéneos integrados por cosas corporales, derechos y relaciones materiales de puro hecho. Mas esta organización no es ni sujeto de derecho, ni universalidad de hecho o de derecho, ni una individualidad jurídica”. Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 5ª edición, UCAB, Caracas, 2000, p. 216.

⁴ Por ejemplo, en sentencia 284/2018 de 3 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado de lo Social N° 39 (Madrid), se sostiene que “GLOVO es una *Compañía tecnológica* cuya principal actividad es el desarrollo y gestión de plataformas informáticas mediante las cuales, a través de una aplicación móvil o página web, se permite a comercios locales ubicados en las principales capitales de España, Italia, Francia, Portugal, Argentina, Perú, Chile y Bolivia ofertar sus productos a través de la aplicación (APP) y, en su caso, si los consumidores finales así lo solicitan, intermediar en el transporte y entrega de los productos al cliente final” (cursivas mías).

Latina⁵- de *primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*⁶ conduce a una disímil conclusión⁷: dichas sociedades explotan empresas -de transporte, mensajería, etc.- organizadas -para asegurar una mayor eficiencia- en torno a plataformas tecnológicas⁸, en cuya esfera son prestados servicios personales a terceros en las condiciones y términos que tales sociedades determinan.

En definitiva, la delimitación -fáctica- de la actividad empresarial en la que se integra el trabajo permitirá, de un lado, atribuir -aunque solo fuese *prima facie*⁹- la condición de empleador o patrono a quien o quienes¹⁰

⁵ Arts. 53 Constitución de Colombia (1991), 89 Constitución de Venezuela (1999), y 48.II Constitución de Bolivia (2009).

⁶ En términos de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo, párr. 9: “La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los *hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador*, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes” (cursivas mías).

⁷ El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, al analizar los fundamentos de la sentencia recurrida, por cuya virtud fue desechada la existencia de una relación de trabajo entre Glovoapp23, S.L. y uno de los mensajeros que prestó servicios en el ámbito de la empresa organizada por dicha sociedad mercantil, los calificó como “criterios básicamente formales” (considerando vigésimo tercero).

⁸ Así lo destacó, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 20 de diciembre de 2017 (caso C-434/15): “el servicio de intermediación de Uber [Systems Spain, S.L.] se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por el otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores [...] Por consiguiente, debe considerarse que *este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte...*” (cursivas mías). En el mismo orden de ideas, en sentencia de 11 de marzo de 2015 (No. C-13-3826), emanada de la Corte del Distrito Norte de California, EE.UU. (*Douglas O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*), se señaló -con inocultable ironía- lo siguiente: “Uber diseñó un método de *software* para conectar a los conductores con los pasajeros, pero ello configura simplemente una herramienta utilizada en el contexto de su negocio principal. Uber no solo vende *software*, vende traslados. Uber *no es una compañía de tecnología* así como no lo son, por ejemplo, Yellow Cab solo porque use radios CB para despachar taxis, John Deere porque use computadoras y robots para fabricar cortacéspedes, o Domino Sugar porque use modernas técnicas de riego para cultivar su caña de azúcar” (cursivas mías).

⁹ La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo, párr. 13.a, incluye entre los indicios de la existencia de una relación de trabajo “el hecho de que el trabajo [...] implica la integración del trabajador en la organización de la empresa”.

¹⁰ La Junta Nacional de Relaciones Laborales (EE.UU.), en decisión de 27 de agosto de 2015 (Case 32-RC-109684), *Browning-Ferris Industries of California, Inc.*, define *empleadores conjuntos* como aquellos que “comparten o codeterminan aquellas materias que regulan lo esencial de los términos o condiciones de trabajo”. Recuperado de: <https://www.nlrb.gov/news-outreach/news-story/board-issues-decision-browning-ferris-industries>. En sentido análogo, el art.

detenten -en dicha órbita- el poder de organización dirección y disciplina, y del otro, aprehender y ponderar adecuadamente-como se desarrollará en la próxima sección- indicios que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo en un caso concreto.

3. Descontextualización de la subordinación

En el Derecho del Trabajo iberoamericano¹¹ las voces *subordinación*¹² y/o *dependencia*¹³⁻¹⁴ aluden al estado de sujeción del trabajador frente al poder de dirección, vigilancia y disciplina patronal¹⁵.

54 de la Ley Orgánica del Trabajo (Venezuela) de 20 de diciembre de 1990, publicada en Gaceta Oficial 4.240 Ext. de la misma fecha, atribuía status patronal tanto al intermediario como al beneficiario del servicio: "El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de [...los] trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos [...] Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el *patrono beneficiario*" (cursivas mías). Finalmente, el art. 1.a del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) de la Organización Internacional del Trabajo prevé que "la expresión *trabajo doméstico* designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos", lo cual sugiere, desde la perspectiva que ofrece el *principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*, que la condición de empleador corresponde -pluralmente- a los integrantes del grupo familiar que se benefician del servicio ejecutado por el trabajador doméstico, independientemente de quién haya suscrito el respectivo contrato de trabajo o asumido el pago de la remuneración correspondiente.

¹¹ La universalidad de las voces *subordinación* y *dependencia* como rasgos denotativos o presupuestos de la relación de trabajo quedó de manifiesto con su previsión en el párr. 12 de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo: "A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia".

¹² Subordinación: arts. 9.a del Código de Trabajo (Cuba), 19 del Código del Trabajo (Nicaragua), 20 de la Ley Federal del Trabajo (México), y 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Perú).

¹³ Dependencia: arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina), 3 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), 7 del Código del Trabajo (Chile), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), 18 del Código de Trabajo (Guatemala), 1 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

¹⁴ Subordinación y/o dependencia: arts. 1.a del Decreto Supremo N° 23570 (Bolivia), 23 del Código Sustantivo de Trabajo (Colombia), 62 del Código del Trabajo (Panamá), 1° y 17° Código del Trabajo (Paraguay).

¹⁵ En la clásica formulación de Ludovico Barassi, la subordinación o dependencia se traduce en la "sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador". Dicho estatus, precisó catorce años después el referido autor, se origina por el hecho de que el acreedor del trabajo concentra la gestión de la actividad productiva, contextualizando así la dependencia o subordinación en el ámbito de una actividad organizada por otro, por cuenta de quien se presta el servicio. Ver, Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato*

A los fines de reconocer la existencia de una relación de trabajo, los diversos ordenamientos jurídicos suelen confeccionar -mediante ley, jurisprudencia, concertación social, políticas corporativas, y/o doctrina^{16 17 18}

de trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, pp. 24 y 25.

¹⁶ La Sección 200A de la Ley de Relaciones Laborales de Sudáfrica (2002) prevé un cúmulo de indicadores de la relación de trabajo, cada uno de los cuales, debidamente acreditado, haría presumir la existencia de dicho vínculo jurídico: “a) Su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona; b) Sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona; c) En caso de trabajar para una organización, forma parte de ésta; d) Ha trabajado para otra persona, en promedio, no menos de cuarenta (40) horas mensuales en los últimos tres (3) meses; e) Es económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja; f) La otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio; y/o g) Trabaja o presta servicios a una sola persona”.

¹⁷ Por ejemplo, en España, los “indicios comunes de la nota de *dependencia* más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.” A su lado, asociados a la nota de *ajenidad*, se incluyen “la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones” (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Nº 01 de lo Social, en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019).

En Suecia: “el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo; en la práctica realiza el trabajo él mismo; su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras; la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad; el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo de trabajo; los medios de trabajo son aportados por la otra parte; los gastos profesionales están a cargo de la otra parte; el trabajo es remunerado; [y] el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado” (Casas *et al*, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Alain Supiot coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 49 y 50).

En sentido análogo, en Venezuela: “forma de determinar el trabajo [...]; tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo [...]; forma de efectuarse el pago [...]; trabajo personal, supervisión y control disciplinario [...]; inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinarias [...]; asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio; la regularidad del trabajo [...]; la exclusividad o no para la usuaria; la naturaleza jurídica del pretendido patrono [...]; de tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc. [...]; propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio [...]; la naturaleza y *quantum* de la contraprestación recibida por el servicio [...]; aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena” (Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 489 de 13 agosto de 2002).

¹⁸ Irlanda: *Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals*, Dublin (Irlanda), julio de 2001, actualizado en 2007: “bajo el control de otra persona a la que incumbe dar órdenes acerca de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo el trabajo; aporta sólo su trabajo; percibe una retribución fija, determinada por hora, semana o mes; no puede subcontratar el trabajo (cuando

¹⁹- catálogos de sus más reveladores indicios.

Así, por ejemplo, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo²⁰, en su párr. 13, contempla -con carácter meramente enunciativo²¹- un cúmulo de indicios de la existencia de una relación de trabajo, asociados -a la luz del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias (párr. 9)- al modo de prestación del servicio y a las prestaciones causadas:

“a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del

el trabajo pueda ser objeto de una subcontratación y sea remunerado por la persona que lo haya subcontratado, la relación entre empleador y trabajador puede ser transferida sin más); no aporta los materiales para realizar el trabajo; no aporta otras herramientas y equipos, más que los útiles de su propio oficio (pero cabe observar que el suministro de herramientas y equipo no es necesariamente por sí mismo un indicio suficiente acerca de la relación de trabajo del interesado; hay que tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso); no se expone personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo; no asume ninguna responsabilidad por concepto de inversiones o gestión del negocio; carece de oportunidades para beneficiarse pecuniariamente de la correcta gestión y programación de los trabajos encargados al contratante o de la ejecución de las labores abarcadas por tales trabajos; trabaja conforme al horario que se haya establecido o con arreglo a determinado número de horas por semana o por mes; trabaja al servicio de una persona o de un negocio; se le pagan los gastos incurridos por concepto de subsistencia, o transporte, o ambos a la vez; [y] tiene derecho al pago de horas extraordinarias o a la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto”. Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo*, OIT, Ginebra, 2003, pp. 65-67.

¹⁹ Test de la *Unie van Zelfstandige Ondernemers* (UNIZO), organización que representa pequeñas empresas y trabajadores autónomos en Bélgica y ofrece criterios ponderados para la evaluación del grado de autonomía en la ejecución de los servicios: participación sustancial en los beneficios (13 pts.); inversiones profesionales significativas (13 puntos); responsabilidad y autoridad para decidir si mantener la compañía rentable mediante inversión en capital de equipo (13 puntos); ingreso variable sin ingreso mínimo garantizado (9 puntos); posibilidad de trabajar con varios clientes (9 puntos); presentarse a una tercera parte como una compañía (9 puntos); tener infraestructura y equipos propios (4 puntos); no estar sujeto a control/sanciones (4 puntos); libertad para comprar o fijar precios (4 puntos); organiza el propio tiempo de trabajo (9 puntos); posibilidad real de reclutar a su propio personal (9 puntos); y posibilidad de ser contratado como autónomo (4 puntos). Arturo Bronstein, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*, OIT-Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 59 y 60.

²⁰ En lo sucesivo, Recomendación 198 OIT.

²¹ Por tanto, cabría incorporar indicadores no expresamente previstos, dependiendo de la particular percepción de los rasgos prototípicos de la relación de trabajo que impere en la órbita de cada ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de Suecia, Corea del Sur y Venezuela incluyen la *equivalencia de la remuneración respecto de trabajadores asalariados en ejecución de labores análogas*; el Código de Seguridad Social de Alemania prevé entre los indicadores presuntivos de la naturaleza laboral del vínculo escrutado, “*haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado*”; la jurisprudencia de los Países Bajos refiere al otorgamiento de *permisos por ausencia*; el Código de Práctica de Irlanda incorpora el *pago de horas extraordinarias o la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto*; la jurisprudencia de Canadá alude a la *formación conferida al prestador de servicios*; y el Código de Buena Práctica de Sudáfrica consagra la extinción del vínculo jurídico como consecuencia de la muerte del prestador de servicios.

trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador²²⁻²³; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Tratándose de un catálogo de indicios -y no de presupuestos o rasgos denotativos- de la relación de trabajo resulta obvio el carácter *contingente* de estos, es decir, que pueden -o no- materializarse en una concreta relación de trabajo, dependiendo -en gran medida- de la específica organización empresarial en cuyo esfera se inserte dicho vínculo jurídico.

Por tanto, el trabajo subordinado en una clásica empresa industrial -ámbito en que se forjó aquella categoría- conjugará la mayoría -quizá la totalidad- de los indicios incorporados -por ejemplo- en el catálogo que desarrolla el párr. 13 de la Recomendación 198 OIT. En contraste, para el trabajo mediante plataformas tecnológicas -al igual que para el viejo trabajo a domicilio- suelen resultar irrelevantes o devenir atenuados los indicios de

²² En 2015 y 2017 la Organización Internacional del Trabajo encuestó a “3.500 trabajadores que residen en 75 países del mundo y que trabajan en cinco de las principales plataformas [digitales] dedicadas a la asignación de microtarefas”, verificándose que “cerca de 32 por ciento de los encuestados afirmaron que el trabajo en las plataformas es su fuente primaria de ingresos”. Berg, Janine *et al*, ob.cit, pp. v, xvii y 43.

²³ La *dependencia económica* aparece como rasgo denotativo de la relación de trabajo en el art. 62 del Código del Trabajo de Panamá: “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de *dependencia económica*” (cursivas mías).

fijación de horarios²⁴, puesto de trabajo, supervisión directa, facilidades de transporte o compensación por gastos derivados de la ejecución del trabajo, entre otros.

No obstante, el vínculo laboral quedaría de manifiesto al verificarse que -en el supuesto que se comenta- el trabajador se integra en empresa ajena²⁵, organizada en torno a la plataforma tecnológica²⁶ y dirigida en los términos y condiciones que el titular determina, quedando así excluido de las medidas o estrategias de mercado que influyen sobre el precio de los bienes o servicios, privado de clientela propia, sujeto a controles algorítmicos²⁷ y

²⁴ “[N]o tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso períodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial [...En consecuencia,] afirmaciones tales como que el recurrente goza de libertad de horario e, incluso, puede rechazar libremente un encargo que le haya sido asignado por la aplicación informática, han de *valorarse desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa le impone para su prestación de servicios como repartidor*. Es ella quien decide cuándo abre la aplicación en función de la demanda prevista y, por supuesto, según lo que el algoritmo haya establecido, y la alegada libertad de elegir determinada franja horaria queda notablemente matizada por el hecho de que sólo puede hacerlo dentro de aquéllas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada” (cursivas mías). Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019.

²⁵ A este respecto, en sentencia 77 de 11 de noviembre de 2019, a propósito de demanda incoado contra *Uber Technologies Uruguay S.A.*, el Juzgado Letrado de Trabajo de 6º Turno de Montevideo (Uruguay) destacó lo siguiente: “A situaciones como la de autos apunta la Recomendación 198 de OIT cuando indica como uno de los indicios ilustrativos de la relación de trabajo, la inserción del trabajador en la organización, independientemente de la forma y grado de dirección del trabajo. Este indicio es ni más ni menos que el resultado del actual mundo del trabajo en el que se asiste, en la mayor parte de los casos, a una nueva modalidad de subordinación, prioritariamente caracterizada por la inserción de quien presta trabajo en la estructura de la empresa [...] Entonces [el accionante] se encuentra en los términos referidos de la Recomendación 198 integrado a la organización de la empresa, no es un trabajador autónomo como se pretende endilgarle, sino un trabajador dependiente, subordinado. Todo lo que surge de la simple lectura del contrato que vincula a las partes, el cual pretende ser un simple contrato comercial, lo que como vimos por aplicación del principio de la realidad y conforme lo relataron los deponentes en autos que también se desempeñan como choferes para Uber no está determinando más que la existencia de una relación de trabajo subordinado. No podemos dejar de ver como es el espíritu de la citada Recomendación al trabajo como hecho social, dinámico, cambiante y evolutivo, existiendo como en el caso nuevas formas de organizar el trabajo aprovechando las nuevas tecnologías”.

²⁶ “Es evidente que sin [...] plataforma digital sería ilusoria la prestación de servicios por el actor, quien carece de cualquier control sobre la información facilitada a dicha herramienta, cuya programación mediante algoritmos le es ajena por completo.” Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019.

²⁷ En sentencia de 13 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado 33º del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia*

medidas disciplinarias²⁸, y obligado -en ciertos casos- a prestar personalmente servicios, utilizar uniforme y/o exhibir símbolos de la empresa que otro dirige²⁹.

Esta conclusión podría ser rebatida destacándose -como máculas de la subordinación- que el trabajador goza de una amplísima flexibilidad para organizar su tiempo de trabajo, pudiendo incluso rechazar servicios requeridos por el titular de la plataforma tecnológica, y que, además, aporta las herramientas necesarias para la prestación del servicio, debiendo soportar los costos y riesgos asociados. Dicho argumento encaja en lo que merecería denominarse el *mito de la inmaculada subordinación*, según el cual el más mínimo lunar o mancha sobre el manto sagrado del modelo arquetípico de sumisión, forjado al calor de la revolución industrial y elevado a los altares del emergente Derecho del Trabajo, bastaría para desechar -en desprecio de la primacía de la realidad y, donde rija, de la presunción de laboralidad³⁰, la existencia de una relación de trabajo.

Ltda., se afirmó lo siguiente: “solamente el avance tecnológico de la sociedad fue capaz de crear esa inédita técnica de vigilancia de la fuerza de trabajo. Se trata de innovación de la organización *uberiana* del trabajo con potencial exponencial de reproducción y en escala global. Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco a la subordinación a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie. En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser desechado [...]. Un control de nuevo tipo, el control algorítmico con base en plataformas y espacios virtuales constituye una realidad establecida por esa innovadora forma de organización del trabajo humano. Un control que admite la posibilidad de extinción de una relación de empleo sin la intervención humana. Lo que tenemos es un algoritmo, conjugando exclusivamente datos objetivos previamente programables, cuyo propósito es el control rígido y totalizante y con poder de decisión y que resuelve el destino laboral de un ser humano...”.

²⁸ “[E]l rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, mas sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración --excelencia- disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar.” Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019 (considerando trigésimo noveno).

²⁹ “Tampoco cabe desdeñar que en las bolsas o cajas que el [actor...] porta para transportar los productos figura siempre el logotipo, nombre y colores de la demandada, lo que contribuye a aumentar su reputación digital.” *Ibíd.* (considerando trigésimo quinto).

³⁰ El párr. 11.b de la Recomendación 198 OIT destaca que, con el objetivo de “facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo”, convendría “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios”. En el ámbito iberoamericano, dicha presunción aparece consagrada -por ejemplo- en los arts. 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), 8 del Código del Trabajo (Chile), 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 23 del Código de Trabajo (Cuba), 20 del Código de Trabajo (El Salvador), 8.1 de la Ley del Estatuto de los

Por el contrario, la contextualización de la subordinación, tomando en cuenta las características específicas de la empresa en cuyo ámbito se desenvuelve el trabajo, pone de manifiesto la impertinencia o irrelevancia de los referidos indicios de autonomía:

- De una parte, debería resultar obvio que la más relevante aportación empresarial de la plataforma tecnológica consiste, precisamente, en hilvanar una red de conductores asociados al sistema, cuya densidad espacial y temporal -para asegurar la atención de cualquier requerimiento- deviene ajustada mediante algoritmos. En otras palabras, el núcleo tecnológico de la empresa permite sustituir la clásica y rígida disponibilidad del trabajador individual por una eficiente *disponibilidad plural y difusa* de potenciales prestadores de servicios. En este contexto queda de manifiesto la impertinencia de los indicios referentes a horario, puesto de trabajo y exclusividad, y la irrelevancia del derecho a libre desconexión³¹ y rechazo a requerimientos de servicio³².
- De otro lado, el hecho de que el trabajador aporte el vehículo - generalmente, carro, motocicleta o bicicleta- y el teléfono móvil, como herramientas o instrumentos de trabajo³³, y deba además soportar los

Trabajadores (España), 21 del Código de Trabajo (Guatemala), 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), 66 del Código de Trabajo (Panamá), 19 del Código del Trabajo (Paraguay), 12.1 del Código de Trabajo (Portugal), 15 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

³¹ Como prevén los respectivos contratos, la prolongada desconexión del trabajador podría acarrear su exclusión del sistema puesto que -cabe inferir- ello incrementa las probabilidades de ineficacia del modelo de disponibilidad plural y difusa.

³² La frecuencia de tales rechazos podría afectar la calificación del conductor y, por tanto, reducir las probabilidades de escogencia preferente de futuros requerimientos de servicio. Dicha medida, como cabe inferir, sanciona conductas que atentan contra la eficacia del modelo de disponibilidad plural y difusa.

³³ Resulta inconveniente revestir de significancia el hecho de que el trabajador aporte los “útiles de su propio oficio” (*Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals*, Irlanda, julio de 2001, actualizado en 2007). En sentido análogo, el art. 1 de la Ley de Contratos de Trabajo (N° 55 de 2001) de Finlandia advierte que ningún servicio personal habría de excluirse de su ámbito por el solo hecho de que sean utilizados “los implementos o la maquinaria del trabajador” (Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, Dialogue, Documento N° 18, OIT, Ginebra, 2008, p. 44). Se trata, por el contrario, de ponderar *inversiones profesionales significativas* por parte del prestador de servicios, en los términos empleados por el test UNIZO de Bélgica (Bronstein, Arturo, ob.cit., pp. 59 y 60), o herramientas y maquinarias de *alto valor*, según ha sostenido la

gastos y riesgos asociados a su mantenimiento y funcionamiento, reviste una importancia marginal si se contrasta con los elementos provistos por el titular de la empresa, esto es, entre otros, imagen, reputación, marketing, y -sobre todo- plataforma tecnológica³⁴.

En síntesis, resulta imperativo contextualizar el trabajo cuya naturaleza jurídica se pretende escrutar, delimitando la actividad empresarial en cuya esfera se desenvuelve, para -luego y sin obviar, si fuese el caso, la presunción de existencia del vínculo laboral- aprehender y ponderar -según su gravedad, concordancia y convergencia- los indicios que, en el supuesto específico, se estimen pertinentes y relevantes.

4. Dilución de la autonomía

Afrontemos una obviedad, no pocas veces obviada: la contracara de la subordinación es la autonomía; razón por la cual cada vez que se sostiene que un trabajador no presta servicios bajo subordinación y que, por tal virtud, deviene desechada la existencia de una relación de trabajo, se está afirmando -implícita e irreductiblemente- que aquel actúa en condiciones de autonomía.

Si trabajador subordinado es -como se precisó en párrafos precedentes- la persona natural que presta servicios bajo el poder de dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa -a quien se adjudica

jurisprudencia del Japón (Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, DIALOGUE, Documento N° 18, OIT, Ginebra, 2008, p. 45).

³⁴ A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección N° 01 de lo Social), en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, con ocasión del escrutinio de la naturaleza jurídica del vínculo entre GLOVOAPP23, S.L. y los recaderos que prestan servicios en el ámbito de la empresa organizada por dicha sociedad, sostuvo lo siguiente: "En cuanto a la ajenidad en los medios, su presencia en este caso resulta inobjetable. Basta con comparar, de un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no".

estatus patronal-; trabajador autónomo -por contraposición- será quien preste servicios personales en la forma y con los elementos³⁵ que estime pertinentes, organizando así libremente su propia actividad³⁶.

En este orden de ideas y a título de ejemplo, la Corte Suprema de California (EE.UU.), deslastrándose del test -multifactorial- de control directo sobre la forma y medio de ejecución del servicio (test Borrello), adoptó en sentencia N° S222-732 de 30 de abril de 2018 (*Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*³⁷) el test ABC, conforme al cual solo queda desvirtuada la presunción de existencia de la relación de trabajo cuando aquel que tolera, permite o recibe los servicios personales de otro acredita -*concurrentemente*- tres elementos fácticos que evidencian su carácter autónomo o independiente: (a) ausencia de control y dirección sobre la forma y medios de ejecución del trabajo, en los términos a los que se sometería -en el contexto específico- a un trabajador subordinado o dependiente (*employee*); (b) independencia entre la naturaleza del trabajo ejecutado y el objeto de la actividad desarrollada por el contratante³⁸; y (c)

³⁵ Al *contratista* se le considera autónomo -y, por ende, no compromete la responsabilidad patronal del beneficiario- por ejecutar obras o servicios con sus propios elementos humanos, materiales e inmateriales. Por ejemplo, arts. 34.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 5, único aparte del Código de Trabajo (Guatemala), 89 del Código del Trabajo (Panamá), 12 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 49 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela). Por contraposición, el *intermediario* se limita a suministrar trabajadores, evidenciando así que carece de empresa a su cargo y, por tanto, comprometiéndolo la responsabilidad patronal del beneficiario.

³⁶ El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (España) define al trabajador autónomo como aquella persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo.

³⁷ Recuperado de: <https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724>.

³⁸ Con el ánimo de ilustrar el alcance del criterio expuesto, en *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County* (p. 70) se ofrecen ejemplos contrastantes: si en una compañía de ventas al detal se contratase a un plomero para reparar una fuga en un baño ubicado en sus instalaciones o con un electricista externo para instalar una nueva línea eléctrica, tales servicios no forman parte del curso habitual del negocio del contratante y, por tanto, no podría considerarse que este haya tolerado o permitido que el plomero o el electricista presten servicios como trabajadores subordinados (*employees*); en cambio, si una compañía fabricante de ropa contrata costureras -que trabajan en casa- para confeccionar vestidos a partir de telas y patrones suministrados por dicha compañía y que esta luego vende a sus clientes, o cuando una panadería contrata decoradores de pasteles para trabajar regularmente en el diseño personalizado de sus pasteles, dichos servicios forman parte de la operación habitual del negocio de la contratante y, por tanto, se asume que esta toleró o permitió que tales servicios fuesen prestados como si se tratase de trabajadores subordinados (*employees*).

habitualidad del prestador del servicio en la ejecución independiente de actividades productivas de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante³⁹.

Por tanto, si median indicios de autonomía que pudiesen *-prima facie-* desacreditar la existencia de una relación de trabajo, el juzgador deberá, según la técnica imperante en el respectivo sistema jurídico, ponderarlos para determinar si desvirtúan la existencia de una relación de trabajo presunta, si fuese el caso, o si, en el supuesto contrario, privan, según su gravedad, concordancia y convergencia, sobre aquellos otros indicios que apuntalan el carácter subordinado o dependiente del servicio.

En lo que respecta al trabajo mediante plataformas tecnológicas, atendiendo a lo expuesto en la sección anterior, los indicios relativos a la inexistencia de horario y puesto de trabajo, posibilidad de desconexión y rechazo de requerimientos, y provisión de herramientas de trabajo, una vez contextualizados, devienen impertinentes o -por lo menos- irrelevantes. No obstante, si *-gratia arguendi-* se insistiese en la pertinencia y relevancia de los mismos, su ponderación en ningún caso desvirtuaría una relación laboral presunta ni se impondría sobre datos fácticos tan trascendentes y reveladores como la ajenidad del trabajador en lo relativo a imagen y reputación empresarial, estrategias de mercado, fijación de precios, y conformación de una clientela, su sujeción a controles algorítmicos y medidas disciplinarias, la imperativa prestación personal del servicio, la utilización de uniformes, y/o la exhibición de símbolos propios de la empresa que otro dirige.

El déficit de autonomía resulta aún más evidente si el trabajo mediante

³⁹ Incluso, desde la perspectiva del Derecho tributario, con el objeto de simplificar el catálogo de indicios destinados a determinar la naturaleza laboral -o no- de la actividad desplegada por el contribuyente, se ha ensayado, como reacción al modélico test multifactorial desarrollado por el Servicio de Rentas Internas de los EE.UU., una simplificación de las circunstancias fácticas relevantes, concibiéndose incluso la verificación de un único factor *-step-back test-* basado en el análisis de la posibilidad del beneficiario o contratante de ejercer cualquier control que exceda de: (1) la determinación de una lista inicial de requerimientos acerca del resultado -producto o servicio- esperado, y (2) la inspección y aceptación de los bienes o servicios provistos. Ver, Harned, Karen R., Kryda, Georgine M. y Milito, Elizabeth A., «Creating a Workable Legal Standard for Defining an Independent Contractor», *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 4, No. 1, 2010, p. 113. Recuperado de: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=jbel>.

plataformas tecnológicas es sometido a un test que evalúe ese único factor -como es el caso del test ABC, comentado en párrafo precedente- toda vez que, de un lado, se encuentra sometido a control y dirección externos sobre su forma y medios de ejecución, y del otro, existe plena identidad entre la naturaleza del servicio prestado por el trabajador y el objeto de la empresa organizada por el titular de la plataforma tecnológica.

En definitiva, el trabajo autónomo no puede concebirse como sinónimo de aquel donde la subordinación resulte opinable por omisión de algunos indicios arquetípicos (*mito de la inmaculada subordinación*). La autonomía, en este contexto, refiere a la disponibilidad de elementos -humanos, materiales e inmateriales- propios y a la capacidad de conjugarlos libremente. Si tales notas no tiñen al trabajo, este deberá reputarse subordinado, sin mayor escrutinio en caso de relación de trabajo presunta o, en la hipótesis contraria, dependiendo de la ponderación de los indicios de subordinación efectivamente aprehendidos.

5. Conclusión

Si se trasciende la densa jerigonza que envuelve a las empresas organizadas mediante plataformas tecnológicas puede advertirse que en dicho ámbito se insertan trabajadores ajenos a la imagen y reputación empresarial, extraños a las estrategias de mercado, carentes de clientela propia, incapaces de fijar precio a sus servicios, sometidos a controles algorítmicos y medidas disciplinarias en la esfera de una disponibilidad plural y difusa que la nueva tecnología hilvana, aportantes tan solo de su esfuerzo personal y de herramientas básicas de trabajo -cuya importancia deviene marginal si se contrasta con la plataforma tecnológica y que, en todo caso, resultan insuficientes para revestir de autonomía la actividad desplegada-, obligados a prestar servicios personales, usar uniformes y/o exhibir símbolos de la empresa que otro organiza.

La autonomía en el contexto descrito no es más que un espejismo forjado por la combinación de factores distorsionantes de la realidad:

sinonimia entre *empleador* y *empresa*, obviando que esta es la actividad desplegada bajo el poder de organización, dirección y disciplina de aquel (*desvanecimiento de la empresa*), ponderación de indicios de existencia de la relación de trabajo al margen del específico modelo de organización empresarial (*descontextualización de la subordinación*), y equivalencia entre autonomía y endeble subordinación por déficit de algún rasgo arquetípico (*dilución de la autonomía*).

Bibliografía

- BRONSTEIN, A. (2010). *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*, OIT-Plaza y Valdés Editores, Madrid.
- HARNED, K., KRYDA, G. y MILITO, E. (2010). «Creating a Workable Legal Standard for Defining an Independent Contractor», *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 4, No. 1.
- MORLES, A. (2000). *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 5ª edición, UCAB, Caracas.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). *Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo*, OIT, Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2008). *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, Dialogue, Documento N° 18, OIT, Ginebra.
- RIVAS, D. (1999). *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- SUPIOT, A. (Coord.) (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Recursos electrónicos

- BERG, J., FURRER, M., HARMON, E., RANI, U. y SILBERMAN, M. (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT, Ginebra. Disponible en https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_684183/lang-es/index.htm.

**LIBERTAD SINDICAL PARA LOS TRABAJADORES
MIGRANTES: UN MODELO PARA DESARMAR A LA LUZ DE
LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS**

**FREEDOM OF ASSOCIATION FOR MIGRANT WORKER. A
MODEL TO DISARMED IN THE LIGHT OF THE PLATFORM
ECONOMY**

Mariela Ines LAGHEZZA

*Especialista en Migración y Asilo. Abogada y docente por la Universidad de Buenos Aires
(Argentina).*

mariela_laghezza@yahoo.com.ar

Fecha de envío: 22/02/2020

Fecha de aceptación: 28/02/2020

LIBERTAD SINDICAL PARA LOS TRABAJADORES MIGRANTES: UN MODELO PARA DESARMAR A LA LUZ DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

Mariela Ines LAGHEZZA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: En el primer capítulo estudiaremos el origen del movimiento obrero argentino. Luego analizaremos el periodo histórico legislativo de la Ley 23.551 (sobre asociaciones sindicales), para finalmente centrarnos en el derecho a la libertad sindical de los trabajadores migrante y cuál es el impacto de las plataformas digitales en la participación sindical.

Palabras clave: Trabajadores migrantes - Libertad sindical - Economía de plataformas

Sumario: 1. Introducción. 2. El origen del movimiento obrero argentino. 2.1. La retórica de la expulsión. 2.2. Brotes. 2.3. Limpiar la casa. 2.4. Más allá de la sanción de una ley. 3. Antecedentes legislativos de la limitación. 4. Restricciones y su punto de fuga. 4.1. El mundo de la economía de plataformas. 4.2. Inserción del migrante en la economía de plataformas. 4.3. El caso de Venezolanos en argentina. 4.4. Sindicalización. 4.5. Derecho de afiliación. 4.6. Derecho a participar en los órganos internos de las asociaciones sindicales. 5. Conclusión.

Abstract: At the first chapter we are going to study the origins of the Argentinian Labor Movement. Then, we will analyzed the legislative historical period of the Law 23.551 (about union partnerships), to finally center in freedom of association rights of the migrant workers, and which is the impact of the digital platforms in the union participation.

Key words: Migrant workers - Freedom of association - platform economy

Summary: 1. Introduction. 2. The origin of the Argentine labor movement. 2.1. The rhetoric of expulsion. 2.2. Outbreaks 2.3. Clean the house. 2.4. Beyond the sanction of a law. 3. Legislative background of the limitation. 4. Restrictions and their vanishing point. 4.1. The world of platform economy. 4.2. Migrant insertion in the platform economy. 4.3. The case of Venezuelans in Argentina. 4.4. Unionization 4.5. Membership right 4.6. Right to participate in the internal organs of trade union associations. 5. Conclusion.

1. Introducción

Esta investigación constituye una búsqueda para comprender el nacimiento, la reconfiguración de ideas, de prácticas y políticas del control de los movimientos migratorios en el siglo pasado. También será la exploración del modo en que son moldeadas las trayectorias y experiencias de los sujetos afectados por construcciones estatales y simbólicas, destinadas a regular la migración y la movilidad.

Nuestro objeto de estudio central es la limitación que imponen los Estados a los trabajadores migrantes de participar activamente en asociaciones sindicales. Haciendo referencia a un concepto estático del derecho de libertad sindical, conformado por el complejo normativo jurídico-laboral constitucional, como también su aspecto dinámico, que se constituye cuando estas normas son aplicadas a un caso concreto.

En primer lugar estudiaremos con especial detenimiento la figura de Miguel Cané –promotor de la Ley de Residencia- en Argentina. El análisis estará basado en fuentes documentales de la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX: documentos oficiales como leyes, decretos, actas, convenios e informes institucionales, la prensa obrera y documentos personales como estudios o memorias de individuos que protagonizaron algunos de los procesos o hechos reconstruidos en este trabajo.

Seguidamente se buscará qué tipo de restricciones son admisibles para los trabajadores migrantes. El objetivo es reconstruir la participación política de estos trabajadores. Exploraré los antecedentes legislativos de la restricción de la participación sindical, desde el origen y proceso de formación de la clase obrera argentina y el derecho sindical en la normativa: de la ley de residencia N° 4.144 hasta la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales.

El propósito último capítulo es comprender el problema de la integración del foráneo y cómo es él quién interpela el concepto moderno de soberanía: ¿los derechos son para todos los ciudadanos, o para todos los habitantes? ¿Es el propio Estado quién de manera legal comienza a segmentar y dividir a las personas? Por un lado los ciudadanos, y por el otro los inmigrantes y los

emigrantes. Nos preguntamos esto, porque la figura “del ser extranjero” (a diferencias de otras situaciones de desigualdad), es reconocida legalmente: 1) al fragmentar en subcategorías a la movilidad humana (migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, refugiados climáticos, apátridas, turistas, etcétera); 2) al negar el acceso igualitario a los derechos; 3) o al imponer ciertos requisitos extra para que el extranjero pueda gozar en pie de igualdad el acceso a todos los derechos reconocidos y garantizados en el sistema jurídico. Ahora bien ¿es válida esta diferenciación -legitimada- entre las personas?

Propondré una ampliación de la noción ardentiana del “derecho a los derechos” que resulta de la pertenencia a una comunidad política existente, en particular a un Estado-nación. En ella, el Estado se obliga a tratar a todos los ciudadanos por igual, pero a los extranjeros, puede someterle un tratamiento diverso, y por ende no reconocerle los mismos derechos. El hilo de oro será determinar esa contraposición entre nacionales y extranjeros. Con ella, se ha correspondido una diferenciación entre derechos humanos que corresponden a todos por igual y derechos de los ciudadanos, de los que se excluye a los extranjeros.

Finalmente, analizaremos cómo es la integración de las personas migrantes en el contexto actual de globalización y cuáles son los puntos de fuga en la era de la revolución industrial 4.0, haciendo especial referencia al acceso igualitario al derecho del derecho a la libertad sindical.

No se puede pensar una identidad sin su contracara.

2. El origen del movimiento obrero argentino

2.1. La retórica de la expulsión

La ley de inmigración y colonización de 1876, conocida como Ley Avellaneda, estableció una definición del término inmigrante que suponía ciertos criterios de selección¹, pero en ella no estaban previstas disposiciones

¹ Art. 14: Todo inmigrante que acredite su buena conducta y su actitud para cualquier industria, arte u oficio útil, tendrá derecho a gozar, a su entrada al territorio, de las siguientes ventajas especiales: 1º Ser alojado y mantenido a expensas de la Nación, durante el

específicas que permitieran denegar el ingreso.

El “gobernar el poblar”, axioma que compartieron todos los gobiernos del último tercio del siglo XIX, abrió de par en par las puertas de las corrientes inmigratorias, y las grandes ciudades no tardaron en albergar el más alto de porcentajes de residentes extranjeros.

Miles de inmigrantes llegados de Europa satisficieron la demanda de mano de obra de: tareas agropecuarias, industria para la exportación, extensión de las vías del ferrocarril, incremento de la construcción de las ciudades y de los sectores de servicios, que crecieron al compás del desarrollo agro-ganadero-exportador. Estos miles de inmigrantes, eran parte del excedente ocupacional de las metrópolis de los países centrales.

En 1869 según el Primer Censo Nacional de Población existían 1.830.214 habitantes, y en 1895 (Segundo Censo) pasó a tener 4.044.911 habitantes. De esos 4 millones, más del 70% se encontraba en Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos. De esta forma la población extranjera, pasó a representar en lo que respecta a la Población Económicamente Activa a nivel nacional el 40%, veamos:

AÑO	INMIGRANTES	EMIGRANTES	SALDO
1880	41651	20377	21274
1881	47484	22374	25100
1882	51503	8720	42783
1883	63243	9510	53733
1884	77805	14444	63361
1885	108722	14585	94137
1886	93116	13907	79209
1887	120842	13630	107212
1888	105632	16842	138790

tiempo fijado [...].2° Ser colocado en el trabajo o industria existente en el país, a que prefiriese dedicarse.3° Ser trasladado a costa de la Nación, al punto de la república a donde quisiese fijar su domicilio.4° Introducir libres de derecho prendas de uso, vestidos, muebles de servicio domésticos, instrumentos de agricultura, herramientas.

1889	260909	40649	220260
1890	110594	80219	30375
1891	52907	81932	29835
1892	73294	43853	29441
1893	84420	48794	35626
1894	80671	41399	39272
1895	80989	36820	44169
1896	135205	45921	89284
1897	10143	57457	47686
1898	95100	53536	41654
1899	111083	62241	48842
1900	105902	55417	50485
1901	125951	80251	45700
1902	96080	79427	16653

Este enorme flujo de inmigrantes cumple un rol clave en la formación del movimiento obrero.

En los barcos provenientes de Europa llegan también los militantes socialistas y anarquistas que empalmando con el descontento obrero comienzan a formar las primeras organizaciones, los primeros sindicatos por oficios y federaciones regionales o nacionales. De este modo, esas embrionarias organizaciones van a incluir pronunciamientos de tipo ideológico, acordes a sus ideales.

Muchos de estos inmigrantes son la vanguardia que aporta a una clase obrera (aún incipiente y heterogénea), la experiencia de lucha y de formación; pero sobre todo ideologías de las más avanzadas de la clase obrera internacional.

Durante este periodo se termina de definirse las clases sociales, con la oligarquía financiera, la gran burguesía nacional, la pequeña burguesía y la clase obrera.

La llegada de miles de europeos a la Argentina plantea una cuestión

teórica muy importante, tal como se lo plantea Antonio Gramsci², ¿cómo se procedería la conversión de esa masa no- nacional en segmentos de clases sociales y capas sociales nacionales, particularmente en lo referente a la clase obrera?

2.2. Brotes

Es a partir de la década de 1870 que los trabajadores comienzan a participar en organizaciones sindicales, y algunos grupos se reivindican como parte de la Internacional de los Trabajadores.

En septiembre de 1878 se produce la primera huelga obrera, realizada por los trabajadores Tipográficos en demanda de salarios, reducción de la jornada laboral y el control del trabajo infantil.

En Argentina, al igual que en otros países latinoamericanos, esta época fue un contexto de profundas trasformaciones en los órdenes sociales, económicos, políticos y culturales vinculados al desarrollo del capitalismo. El activismo político de los extranjeros, en particular de las reivindicaciones y protestas de los anarquistas, afectó de una manera contundente los intereses económicos-políticos de las elites dirigentes y suscitó considerables temores y miedos en diversos grupos sociales.

La representación social de la inmigración comenzó a transformarse con la participación de españoles e italianos en asociaciones obreras y movimientos políticos anarquistas y socialistas. La imagen positiva de los inmigrantes confeccionada desde los orígenes de la organización nacional, asociada a “agentes de civilización” y de “fuerza de trabajo” había comenzado a deteriorarse: dejaron de ser “laboriosos” para volverse potencialmente “peligrosos”.

Los enfrentamientos obreros-patronales desembarcarían obligatoriamente en el cuestionamiento del carácter excluyente del Estado: “el sector más dinámico de los trabajadores fueron los extranjeros, dadas sus condiciones de lucha y mayor nivel cultural que los trabajadores de origen criollo.

² Antonio Gramsci, A., *Il Risorgimento* (Buenos Aires, Granica, 1974).

Pero pronto, diferentes segmentos de los trabajadores criollos se sumarian a la acción sindical, creándose condiciones para la integración nacional-cultural entre obreros extranjeros y criollos, y, entre los obreros de distintas nacionalidades³.

Efectivamente, las fracciones de la clase obrera de origen europeo debían crear sus propias condiciones político-culturales de integración a la nueva nacionalidad hacia su conversión en clase nacional. Para ello, se requería la supresión de una condición interna, determinada por su calidad de asalariado opuesta a su calidad de extranjero. Lógicamente, la discriminación como extranjero se atenúa por las características de la colonización. Por eso la dominación no se presenta como opresión nacional, sino como un sistema de restricciones destinado a definirlo como fuerza productiva / de trabajo. Para ello, la nacionalización del extranjero fue desalentada a través de diversas trabajas legales aplicadas a hombres pobres y sin cultura (que tenían una serie de dificultades para contar con documento o patrimonio).

Existía una idea de “invasión” que circulaba entre la clase dirigente de la época, ella expresaba el temor del ascenso social de los extranjeros, y la penetración de sus ideales y costumbre en las prácticas de los nativos. También exista el miedo a la extensión de las ideas anarquistas y socialistas a través del activismo político y sindical que habían empezado a desplegar algunos grupos de inmigrantes en el mundo del trabajo.

En este contexto, cada vez, las nociones de orden público y defensa social cobraban importancia entre los grupos gobernantes. Así una fracción de los inmigrantes paso a quedar asociada al delito y a la marginalidad.

En síntesis⁴, entre 1878 y 1902, se produjeron: la primera huelga (Tipógrafos 1878), la primera huelga que consigue la jornada de ocho horas (Yeseros-1895), la primer huelga de una rama o sector (Ferroviarios-1896), la primer huelga general de una rama (Panaderos-1901), el primer boicot contra una fábrica (cigarrera La Popular-1901), la primer huelga general de todas las ramas en una ciudad también en 1901 (en respuesta a la represión de la policía

³ Julio Godio, Historia del Movimiento Obrero Argentino (Buenos Aires, Edición Corregidor, 2000).

⁴ Estos acontecimientos se analizarán con más profundidad en el apartado “limpiar la casa”.

que asesina al obrero Cosme Budislavich), y la primer huelga general nacional (1902).

A finales de 1902 en un ambiente de creciente hostilidad contra los anarquistas, la profundización de una protesta que se transformó en huelga general, y creó, ciertas condiciones favorables para la aprobación de una ley que trastocó por completo la división entre nacionales y extranjeros. Fue llamada “Ley de Residencia”, su objetivo era facultar al Poder Ejecutivo a expulsar de una manera expedita a los extranjeros “indeseables” que en aquél momento estaban representados por los inmigrantes anarquistas. Esta ley fue producto de una época de crisis del capitalismo en la cual los Estados nacionales, en plena formación y consolidación de sus aparatos administrativos-burocráticos, y las elites que ejercían el poder político y económico, vieron amenazadas su propia existencia por el surgimiento de organizaciones y movimientos obreros y la propagación de ideas anarquistas y socialistas.

Durante los años siguientes, la persecución y represión a los anarquistas continuó y hubo momentos en que la violencia estatal se agudizó: la huelga de inquilinos iniciada en agosto de 1907, los sucesos de la “semana roja” en mayo de 1909, y el asesinato del jefe de policía Ramón Falcón en noviembre de ese mismo año. Estos acontecimientos dieron lugar a deportaciones. Más tarde en 1910, en el marco de los festejos del Centenario de la Revolución de Mayo, con la explosión de una bomba colocada en el Teatro Colón, se aprobó la Ley de Defensa Social, la cual reforzó la Ley de Residencia. Esta norma jurídica extendió la prohibición de ingreso a los que hubieran “sufrido condenas” o estuvieran condenados por delitos comunes que según las leyes argentinas merecieran “pena corporal”, a los “anarquistas y demás personas” que practicaren o promovieran “el ataque por medio de la fuerza o violencia contra los funcionarios públicos o los gobiernos en general o contra las instituciones de la sociedad”, y a los que hubieran “sido expulsados de la Republica”.

Distintos países tradicionales de inmigración del continente americano dispusieron medidas específicas para impedir el ingreso y expulsar a los

anarquistas. En 1903, Estados Unidos dictó la *Immigration Act*⁵. En Canadá, las leyes contra los anarquistas no fueron explícitas, sino que quedaron subsumidas en aquellas medidas destinadas a controlar los inmigrantes disidentes políticos.

Por otra parte, la Ley de Residencia sancionada y aplicada en la Argentina tuvo su correlato algunos años más tarde, en otros países vecinos: Bolivia, a comienzos del siglo XX, dictó medidas destinadas a regular el ingreso de la mano de obra extranjera ya no solo contemplaban criterios y mecanismos de selección basados en la capacidad para el trabajo, sino también prohibiciones derivadas del activismo político de los extranjeros.

Chile en 1918 dictó una norma que se hizo conocida como Ley de Residencia, debido al temor de los sectores dominantes por las noticias originadas en Argentina y Europa, en particular los asesinatos y atentados. Todos estos acontecimientos, junto a la conflictividad social que desarrollaba el país trasandino, favorecieron a considerar que debían tomar medidas preventivas.

Mediante leyes nacionales nombradas de distinta manera, la figura de la expulsión de extranjeros se siguió extendiendo a lo largo de la región, con referencias explícitas o implícitas a los anarquistas, según el caso.

En las dos décadas sucesivas, el lema de “puertas abiertas”, para la llegada de migrantes, pasará a ser de “puertas entornadas”, se ampliarán las restricciones al ingreso fundadas en las características individuales de los inmigrantes en lugar de hacerlo, por ejemplo, mediante el sistema de cuotas según el origen nacional⁶.

2.3. Limpiar la casa

⁵ En la sección 2° de la ley puede leerse: “*that de following classes of aliens shall be excluded from admission unto United States: (...) polygamists, anarchists, or persons who believe in or advocate the overthrow by force or violence of the Government of the US*”./ “que las siguientes clases de personas no podrán ser admitidas en los Estados Unidos: (...) polígamos, anarquistas o personas que creen o abogan por el derrocamiento por la fuerza o la violencia del Gobierno de los Estados Unidos”.

⁶ Como se estableció en 1920 en Estados Unidos.

Desde el párrafo inicial de la página 5 Miguel Cané en *Expulsión a los Inmigrantes (Apuntes)*, nos anticipa “un poco de vida administrativa y una larga experiencia en Europa, me han hecho ver hasta que punto el gobierno de nuestro país se encuentra desprovisto de medios de defensa contra nuevos enemigos del orden social, no previstos ni por nuestros constituyentes ni por nuestros legisladores”.

La discusión acerca de la deportación de extranjeros es una constante de la política argentina, que se retrotrae a más de un siglo de nuestra historia.

El 8 de junio de 1899, el Senador Miguel Cane elevó ante el Senado argentino un proyecto de ley según el cual el Poder Ejecutivo tenía atribuciones para deportar a extranjeros indeseables. Ello porque los constituyentes de 1853 no podían haber previsto que “entre los hombres de buena voluntad que llamaban para cultivar el suelo... vinieran enemigos de todo orden social, que llegaban a cometer crímenes salvajes en pos de un ideal caótico”⁷.

En el proyecto, no se definía con claridad quienes eran los extranjeros que podrían poner en peligro la tranquilidad pública. Su formulación era muy vaga y dejaba en manos del presidente de la República un vasto campo de acción para aplicar esa ley, cuando fuera promulgada. Pese a la vaguedad del texto, la intención de Cané fue frenar la penetración del anarquismo en Argentina, como se desprende de la repercusión en la prensa local y del informe⁸ enviado unos días después por el representante de Gran Bretaña en Buenos Aires.

El proyecto de ley fue presentado a la Comisión de Negocios Constitucionales, donde tropezó con una enérgica oposición de carácter constitucional, y fue diferido para un estudio ulterior.

Sus disposiciones estaban inspiradas en la legislación de otros Estados que su autor, el senador Miguel Cané, había estudiado y conocido en su estancia como diplomático en Europa. Tomó como ejemplo:

a) Ley de Naturalización y permanencia de extranjeros dictada el 3 de diciembre de 1849 en Francia. Dicha legislación, facultada al Ministro del Interior a obligar a todo extranjero, viajero o residente en Francia, a salir inmediatamente

⁷ Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 1899.

⁸ Informe del Sr. Barrington al Marqués de Salisbury, de fecha 20/08/1899.

del territorio y conducirlo a la frontera. Intencionalmente, Cané omitió mencionar un pequeño límite de esta facultad discrecional del Poder Ejecutivo: dicha expulsión no podía superar los dos meses, salvo que se refrendara mediante el voto favorable del Consejo de Estado.

b) La realidad jurídica inglesa, haciendo un prolijo examen del desarrollo de la legislación, desde las primeras normas contenidas en documentos tan antiguos como el Habeas Corpus de la Carta Magna, o disposiciones específicas como el Alien Bill de 1792. Todas estas prácticas, preveían además de la expulsión, sanciones como la prisión, deportación y muerte de los extranjeros que violaren normas de ingreso o falsearan pasaporte.

De todas formas, a la hora de colocar la influencia de los extranjeros en la población, y pese a su inicial postura a favor de la llegada de ciudadanos de otros países para poblar el territorio argentino, Cané terminó siguiendo las instrucciones de la Unión Industrial Argentina, que había exigido al Gobierno en 1899 que controlara los flujos migratorios para poner fin a las protestas obreras, centradas en conseguir mejores condiciones de trabajo. Su proyecto no tuvo mayor repercusión en la esfera del Estado ni en la prensa, a diferencia de lo que ocurrió en otros espacios de la sociedad como la academia. En el ámbito de la formación de abogados y juristas una cantidad significativa de tesis doctorales sobre la temática fueron defendidas en el campo del derecho⁹.

Tras la paralización del comercio exterior debido a diversas huelgas sectoriales que derivaron en una huelga general hacia finales de noviembre de 1902, resurgieron los ideales de Cané. En este contexto de reivindicaciones y protestas, enmarcadas en la “cuestión social”, la comisión de Negocios Constitucionales preparó un proyecto con mínimas modificaciones¹⁰, basado en

⁹ Veamos algunos ejemplos: en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires se defendieron las siguientes tesis para optar al grado de doctor: Antonio Sagarna, Expulsion de extranjeros, 1899; Marcelo T. Bosch Roldan, Expulsión de extranjeros, 1901; Carlos Graussac, Expulsion de extranjeros, 1903; Adolfo Deagustini Alsina, Expulsión de extranjeros, 1903; Pedro R. Quiroga, Ley de expulsión, 1903; Jose Juan Castellanos, Inconstitucionalidad de la Ley de Expulsión de extranjeros, 1906; Victor M. Gomez, Admisión y expulsión de extranjeros, 1907. Como puede verse todas los títulos de las tesis llevaban la denominación ley de expulsión de extranjeros en lugar de su nombre con la cual circulo oficialmente Ley de Residencia, aun después de su aprobación en 1902.

¹⁰ La diferencia más notoria es la eliminación del art. 4 del proyecto original elaborado por Cané. El artículo en cuestión establecía “todo extranjero que, después de su expulsión del territorio

el elaborado por el senador Cané y lo presentó en el Senado el 22 de noviembre. Se diferenciaban por el modo en que imaginaban el control migratorio vinculado al orden social. El proyecto del gobierno adoptaba un criterio de “residencia” o de “permanencia”, que el de Cané desconocía, proponiendo un uso más acotado de la expulsión.

La ley tenía sus destinatarios: aquellos que por difundir ideas progresistas o por asumir una militancia política o gremial eran considerados indeseables para las clases gobernantes.

Pero ¿qué provocó el apuro para aprobar un proyecto dos veces rechazado porque contravenía el espíritu y la letra de la Constitución argentina?

El senador jujeño Domingo T. Perez presentó el proyecto de ley al Senado en nombre la Comisión de Negocios Constitucionales, y explico las causas en sus palabras de apertura:

“las circunstancias son graves... este movimiento de huelga, sin duda promovido por agitadores que explotan la buena fe de los gremios trabajadores, tiende a tomar proporciones tan graves... que puede llegar a comprometer todas las manifestaciones de la vida comercial, industrial y económica de la Nación... la cosecha misma... que representa riqueza nacional... la misma renta de aduana comprometida; todo está amenazado”

Para el senador, la responsabilidad era atribuida a los “explotadores que viven de la agitación, los empresarios de la huelga que viven de la industria criminal”.

Estos términos describen el miedo y la alarma que dominaba a los promulgadores de la ley y a los miembros del Congreso, a raíz de la ola de huelgas que silenció el puerto de Buenos Aires y amenazaba transformarse en una huelga general, que finalmente estalló un día después de aprobada la ley.

Para comprender las causales de la promulgación es preciso examinar las relaciones laborales y la actividad anarquista en la Argentina durante el periodo previo a 1902. Paros, tirantez en las relaciones laborales y los albores de la lucha social hicieron su aparición en la Argentina de finales de S. XIX. Las clases

nacional, regrese al mismo, sin permiso del P.E. será deferido a los tribunales y condenado a prisión de uno a seis meses. Después de la purga de la pena, será nuevamente expulsado”.

gobernantes y los círculos oficiales tendían a ignorarlo: “*en la argentina no existe problema social*”.

Una primera huelga se organizó en la Unión de Tipográfica, en septiembre de 1978, y finalizó con la victoria de los huelguistas, que lograron las siguientes conquistas: abolición del trabajo de los niños, aumento de salario, reducción de la jornada laboral a doce horas en verano y diez en invierno.

Aunque a fines de 1880 estallaron algunas huelgas esporádicas, el deterioro en las relaciones laborales se produjo en argentina a partir de 1890. Las huelgas se multiplicaron de año en año, hasta 1896 cuando llegaron a su punto culmine: en 1890 estallaron cuatro grandes huelgas, en 1892 hubo siete, en 1894 nueve, en 1895 diecinueve y en 1896 veintiséis.

La multiplicación de las huelgas suscitó la forzosa atención de las autoridades, en 1895 se dio a publicidad el primer informe oficial redactado por el jefe de Policía de Buenos Aires, Miguel Campos, titulado “*el movimiento obrero y las agitaciones sociales*”. Según ese informe, el alcance de las huelgas y su carácter no debían inquietar en esa etapa, el autor expresaba “***en ninguna de ellas se ha hecho notar participación del elemento obrero nacional***”. Para Campos, las huelgas eran incitadas en su totalidad, por el trabajador extranjero, imbuido ya del espíritu comunista que aporta desde Europa.

Contenía además párrafos sobre el surgimiento y la expansión del anarquismo en argentina “tales ideas permanecen aún circunscriptas a individuos aislados o a sociedades poco numerosas, que reflejan sin expandirse las teorías preconizadas por los centros anarquistas europeos. La aparición del anarquismo es un serio peligro para el porvenir, cuando las res entre clasistas y obreros se compliquen”.

El desarrollo de los años posteriores demostró que el autor del informe había vislumbrado acertadamente el futuro. Los temores a los que alude en la última frase transcrita pueden servir de clave para comprender los acontecimientos de 1902.

El Poder Ejecutivo entregó otro proyecto al Congreso destinado a legislar sobre la admisión, la residencia y la expulsión de los extranjeros. Era mucho más extenso y abarcador que el del Senador Cané: estaba constituido por

veintidós artículos, agrupados en tres capítulos y proponía regular cuestiones relativas a la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros.

El proyecto fue sancionado “sobre tablas”, se convirtió en la Ley 4.144. Dos días después, el Congreso aprobó el estado de sitio, lo cual le dio respaldo legal a las acciones de persecución y represión que llevó a cabo el gobierno. Las detenciones se iniciaron apenas aprobadas la Ley de Residencia y las primeras deportaciones fueron efectuadas pocos días más tardes. Entre finales de noviembre 1902 y febrero de 1903 se deportaron 70 extranjeros, integran la lista varios anarquistas activos: O. Ristori, S. Zeo, F. Basterre, A. Montesano, D. Garfaguini. Algunos volvieron tras desembarcar en Montevideo a infiltrarse otra vez en Argentina.

2.4. Más allá de la sanción de una ley

La Ley de Residencia cumplía un doble propósito. Por un lado permitía la expulsión del país de obreros extranjeros, y por el otro, como señala Maximiliano Areco ¹¹, dividía las filas de los trabajadores a partir de la construcción dicotómica “*obreros argentinos, sanos, sumisos, y buenos*” y “*obreros extranjeros, anarquistas, antipatriotas, revoltosos y enfermos.*”

El Congreso Nacional vota, con solo cuatro horas de debate (dos en cada cámara), el proyecto de Ley 4.144. Dos días después el Presidente, Julio A. Roca, lo convierte en ley.

Durante esta época, los grupos de poder: homogeneizaban a los niños en las escuelas, enseñando la Historia Oficial Argentina, sancionando la Ley de Servicio Militar Obligatorio, creando nuevas instituciones y dependencias estatales destinadas al control y seguimiento de la población (Asistencia Pública, Departamento Nacional de Higiene, Servicio de Observación de Alienados, Instituto de Criminología, etc.). Es decir, se orientaron todos los dispositivos y artefactos de poder hacia la producción de *sujetos argentinos*.

¹¹ Maximiliano Areco , “La construcción de obreros argentinos el diario La Nación y la Ley de Residencia”, en VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, (Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007).

3. Antecedentes legislativos de la limitación

A partir de la década del 20, el poblacionismo argentino apuesta al flujo extranjero para fortalecer de manera cuantitativa la población local, de esa forma se garantizar la mano de obra necesaria para el desarrollo productivo. Paralelamente se establecen limitaciones al ingreso de los extranjeros. Su justificación se plantea desde una doble óptica: desde la legislación restrictiva, y nuevamente aparece la “cuestión social”, pero en este caso, ligada a los conceptos de salubridad. La salud de la población es leída en esta época, no solamente como la ausencia de enfermedades, sino también en términos del “vigor nacional” para reforzar valores nacionales, oponiéndose de este modo, a los efectos negativos de la identidad cosmopolita. Desde esta perspectiva, se pone en foco el proceso de la selectividad migratoria no solo por sus capacidades laborales, sino que se adiciona, en este periodo la funcionalidad de criterios nacionales, raciales y de peligrosidad ideológica.

Del otro lado del océano, en el año 1923, y luego de asumir el poder, el régimen fascista ayudados por los grupos conservadores, nacionalistas y la oposición del partido católico, logran imponer la reforma del sistema electoral, y “dentro de estas reformas del estado italiano, en su Constitución se inscribe la reforma sindical el fascismo que pretendían disciplinar a la clase obrera mediante una nueva estructura de sindicatos, llamado estado corporativo. El gobierno de Mussolini de los fascistas italianos modifican la organización del gobierno para cambiar su régimen de monarquía constitucional a un gobierno fuerte al dictatorial por medio de la sanción de una serie de leyes entre las cuales se encuentran la ley de asociaciones sindicales y los convenios colectivos de trabajo”¹²

El artículo 1 de la ley Italiana N° 563 de 1926¹³ establece los requisitos para reconocimiento de las asociaciones sindicales de empresarios y trabajadores para su reconocimiento legal:

- ✓ poseer una cantidad mínima de empleadores o de trabajadores

¹² Carolina Biernat, ¿Buenos o Útiles? La política inmigratoria del peronismo Capítulo 1 “Debate de ideas”, (Buenos Aires, Editorial Biblos, 2007).

¹³ Conocida también bajo el nombre de Rocco.

- ✓ que la asociación tenga por fin la tutela de intereses económicos y morales de sus afiliados o representantes de asistencia de instituciones de educación moral y nacional de los mismos, resaltando su fe nacional

Inspirada en la “Ley Rocco”, nuestra legislación adopta un sistema sindical dominación burocrática cooperativa, y su influencia es notoria a partir 1943 dado que “el corporativismo suprime o limita la libertad de asociación. Establece un régimen de representación funcional que limita el derecho a ser elegido o elegir y requiere de un gobierno fuerte para imponer la supuesta conciliación de clases por lo cual, se menoscaban los derechos humanos y la democracia sindical”¹⁴.

El fin de la Segunda Guerra Mundial, repercute en nuestro país y nos ayudará a reflexionar sobre los movimientos migratorios. En esta etapa el factor humano es ideado por el gobierno peronismo como “un eslabón indispensable para sus planes de crecimiento económico. Los extranjeros, especialmente europeos, comienzan a ser tenidos en cuenta para cubrir el déficit de la mano de obra en los ámbitos de la construcción de obras públicas, en los proyectos industriales militares y en las actividades rurales y manufactureras”¹⁵.

Durante los años del primer peronismo la antropología fue utilizada para las políticas de mejoramiento físico y moral de la población. Siguiendo esta línea se creó en 1946, el Instituto Ético Nacional. Este organismo de investigación del gobierno, asesora a otras reparticiones en materia migratoria. Santiago Peralta fue responsable¹⁶ del Instituto, quién en ese marco, resolvía el problema de la política inmigratoria bajo la “selección y la asimilación” de las corrientes de extranjeros sobre la base de la antropología física. De este modo consolidó un sesgo restrictivo hacia determinados grupos de extranjeros, toda vez que su finalidad era defender a la población argentina ante una posible avalancha de

¹⁴ Javier Spaventa, “La Ley Rocco y el Unicato Sindical en la Argentina” (consultado el 27/01/2020): Disponible en <http://www.relat.org/documentos/HIST.Spaventa2.pdf>.

¹⁵ Carolina Biernat, ¿Buenos o Útiles? La política inmigratoria del peronismo Capítulo 1 “Debate de ideas”, (Buenos Aires, Editorial Biblos, 2007).

¹⁶ Y de la Dirección Nacional de Migraciones, logró ser designado responsable con amplias facultades de la Dirección General de Migraciones (DGM) desde diciembre 1945 hasta julio 1947, cuando fue alejado por Perón a raíz de la repercusión internacional por denuncias de prácticas discriminatorias en su función pública. No obstante, retuvo por seis meses adicionales la dirección del Instituto Ético Nacional, hasta su jubilación en enero 1948.

inmigrantes y, paralelamente, admitir a un selecto grupo de personas convenientes para lograr el mestizaje con la población local.

Este pensamiento de poblar el territorio de manera encauzada y seleccionada está presente no solo en la opinión política, sino también en los intelectuales, quiénes expresan sus ideas en sus trabajos académicos. Por ejemplo, José Imbelloni (naturalista y antropólogo), es convocado en 1947 por la Comisión Nacional de Cooperación Intelectual para dar su opinión sobre estos criterios seleccionadores, que deben ser tenidos en cuenta por el gobierno en su política de puertas “entornadas”. Para el especialista la idea de raza gravita bajo dos de sus maestros: el antropólogo Dr. Rauenbusch y por el sociólogo Dr. por Gustavo Le Bon, éste último establece tres condiciones para la fusión de razas a fin de “formar una masa homogénea, una no diferenciación pronunciada de sus caracteres, y el sometimiento durante largo tiempo a idénticas influencias del medio”¹⁷.

Poco tiempo después, Peralta fue reemplazado por Salvador Canals Frau, quién propone orientar el Instituto desde una perspectiva antropológica integral que contenga un encuadre del tipo étnico argentino.

Es necesario destacar que, el gobierno peronista, con su Primer Plan Quinquenal (1947-1951), incluye en sus disposiciones criterios de selección, para encauzar el flujo extranjero. De esta forma, surgen tres grandes temas principales centrados en la migración: a) su inevitabilidad; b) su necesidad de selección; c) su encauzamiento, control y posibilidad de asimilación.

Siguiendo estos lineamientos, lejos de privilegiar la inmigración espontánea, la nueva política se basa en criterios de selección (dado que el inmigrante debe ser elegido en función de su capacidad laboral, para de esa forma incorporarse en la productividad industrial), y de encauzamiento (porque el migrante debe ser dirigido en áreas productivas y asentamiento geográficos donde sean necesarios para las necesidades del país).

Cómo último eslabón, en miras a la integración, el gobierno propone que la adquisición de la ciudadanía se produzca de forma espontánea, y a solicitud

¹⁷ Carolina Biernat, ¿Buenos o Útiles? La política inmigratoria del peronismo Capítulo 1 “Debate de ideas”, (Buenos Aires, Editorial Biblos, 2007).

del extranjero. Este otorgamiento automático se plasma como derecho en la Constitución de 1949¹⁸, pero demorará hasta el 28 de septiembre de 1954 en ser reglamentado mediante la ley 14.354, donde se aclara que la naturalización no es totalmente automática, por qué los extranjeros con más de 5 años de residencia en el país deben acreditar previamente su identificación con la nación Argentina poseyendo nociones elementales del idioma, y demostrando conocimientos básicos de historia geografía y de organización política y social de la República. A su vez establece como requisito no hallarse mentalmente incapacitado tener medios honestos de vida no ser Nacional de un país en guerra, y no ejercer actividades que reúnen los artículos 15 y 21 de la Constitución Nacional de 1949.

Si bien esta ley no llegó a aplicarse, toda vez que el gobierno del General fue destituido por un golpe militar.

A continuación veremos cómo se ha plasmado en la legislación el sentido del “ser nacional”, para acceder a los cargos ejecutivos en las asociaciones sindicales.

**Tabla historicidad de las diversas leyes sobre Asociaciones
Sindicales en Argentina:**

Año	Tipo de norma	N° Artículo	Restricción dirección y administración
1945	Decreto 23852/45	Art. 27	La mitad de los cargos directivos y representativos de toda asociación profesional serán desempeñados por argentinos. Los extranjeros no naturalizados requerirán para desempeñar los expresados cargos una residencia en el país no menor de diez años

¹⁸ Artículo 31.- Los extranjeros que entren en el país sin violar las leyes, gozan de todos los derechos civiles de los argentinos como también de los derechos políticos, después de cinco años de haber obtenido la nacionalidad. A su pedido podrán naturalizarse si han residido dos años continuos en el territorio de la Nación, y adquirirán automáticamente la nacionalidad transcurridos cinco años continuados de residencia, salvo expresa manifestación en contrario. La ley establecerá las causas, formalidades y condiciones para el otorgamiento de la nacionalidad y para su privación, así como para expulsar del país a los extranjeros.

1956	Decreto 9270/56	Art. 14 y 15	La mayoría de los miembros que ocupen cargos directivos deberán ser argentinos nativos o naturalizados. La representación legal será ejercida por la o las personas que determinen los estatutos, quienes deberán ser argentinos nativos o naturalizados.
1957	Constitución	14 bis	3° Parte, Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.
1958	Ley 14455	Art. 11	La mitad como mínimo- desempeñados por argentinos.
1970	Decreto 2477	Art. 9	La mitad como mínimo- desempeñados por argentina nativos o por opción; del resto de los cargos, la mitad, como mínimo deberá ser cubierto por argentinos o ciudadanos naturalizados
1974	Ley 20615 y Dec. Reg. 1045	Art. 10	Dirección y administración, serán desempeñados por argentinos nativos o naturalizados
1979	Ley 22105	Art. 16	No menos del 75% de los cargos directivos y representativos de las asociaciones gremiales de trabajadores serán desempeñados por ciudadanos argentinos.
1984	Decreto 1696. Anexo I	Art. 8	Las personas propuestas para integrar el órgano directivo deberán ser mayores de edad y no registrar condenas por comisión de delitos dolosos. El cargo máximo deberá ser cubierto por un argentino nativo o naturalizado.
1981	Ley 23551	Art. 18	El setenta y cinco por ciento (75%) de los cargos

	Decreto 467/88		directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos/as argentinos, el/la titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos/as argentinos.
--	----------------	--	--

Fuente elaboración propia en base al diario de sesiones parlamentarias del Honorable Congreso de la Nación Argentina

Es interesante señalar en este punto, la relación excluyente entre nación y ciudadanía, dado que el elemento material (en este caso el ser trabajador), borra la distinción entre extranjero y nacional en su propia actividad, y a su vez, es el trabajo quién da fundamento a otros derechos derivados de la propia relación contractual. En el caso de los derechos colectivos, los cuales se reconocen como derechos fundamentales. Entonces, el eje central del problema no pasa por la condición de extranjero, sino en la configuración de la libertad de movimiento de los trabajadores en un determinado espacio, que no es definido en términos políticos. Debe pensarse al trabajador migrante, no en su condición de invitado, porque de ser así se lo privaría de cualquier expectativa de gozar ciertos derechos, y se lo mantendría en la precariedad de su trabajo, de su esfera vital de proyecto de vida. Es el sindicato quién debe entender sobre este hecho, porque sino será ineficaz de representar a las personas que carecen de una inserción permanente en la sociedad.

También, llama la atención¹⁹ es que en el año 2002, a través de la ley 25.674, el artículo 18 fue sustituido, en lo que refiere a los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales, toda vez que se incorpora “el cupo femenino sindical”. Es decir, un piso mínimo del 30%, cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores, y en caso de no alcanzar el 30%, será proporcional a esa cantidad. Aquí

¹⁹ En un sentido meramente constructivo para avanzar hacia la consolidación del acceso igualitario al derecho que estamos investigando, y sin desmerecer las conquistas del colectivo feminista, necesarias para el progreso, y la reconfiguración de la sociedad.

nuevamente se pasó por alto la situación de exclusión y discriminación de los trabajadores migrantes, pues un año más tarde se sancionaría la ley de Migraciones²⁰ N° 25.871, generando un hito histórico (tanto a nivel local, regional e internacional), en el marco de protección específico, al consagrar el derecho humano a migrar²¹.

Dicha norma, no menciona de manera expresa el derecho de libertad sindical. El mismo se deriva tácitamente del art. 6: *“El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a (...) trabajo, empleo y seguridad social”*, independientemente de su condición migratoria.

En el contexto argentino, los derechos sindicales de los trabajadores migrantes son una situación compleja. Existen pocos sindicatos que afilian a trabajadores migrantes en situación irregular, que carecen de DNI Argentino (por no poseer residencia legal).

La igualdad constitucional brinda protección a todos los habitantes, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, o entre estos y su residencia. No perdamos de vista que el principio *pro omine*, exigido por los tratados internacionales de derechos humanos y la ley de migraciones, indican que debe aplicarse la norma más favorable para los derechos de la persona migrante (sea una ley, un decreto o un tratado).

La Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 en su artículo 18, desconoce que *“el fomento de la igualdad entre los trabajadores nacionales y los migrantes*

²⁰ Política Migratoria Argentina. Derechos y obligaciones de los extranjeros. Atribuciones del Estado. Admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones. Ingreso y egreso de personas. Obligaciones de los medios de transporte internacional. Permanencia de los extranjeros. Legalidad e ilegalidad de la permanencia. Régimen de los recursos. Competencia. Tasas. Argentinos en el exterior. Autoridad de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias.

²¹ Para mayor análisis, dirigirse a Carens, J. Inmigración y Justicia. ¿A quién dejamos pasar?. En ISEGORIA, Revista de Filosofía Moral y Política, Nro. 26, Madrid, 2002, pp. 5-27; Ceriani Cernadas, P.. El lenguaje como instrumento de política migratoria. Revista Sur Internacional de Derechos Humanos. Nro. 23, 2016; Ferrajoli, L. De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999; Mezzadra, S. Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización. Madrid: Tinta y limón, 2005, pp. 105-114; 122-130; 143-149; Velasco, J. Cs. Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global, En Revista ARBOR. Ciencia, Pensamiento y Cultura, Vol. 188 - 755 mayo-junio, 2012, pp. 457-473.

*en las propias organizaciones de trabajadores constituye un paso determinante en pos del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*²². Asimismo, el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT consagra el principio de la no discriminación en materia sindical, y la expresión «sin ninguna distinción» que contiene este artículo significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias religiosas, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, etc.»²³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), tras emitir la opinión consultiva 18/03²⁴, reforzó claramente la aplicación de las normas internacionales del trabajo a los trabajadores no nacionales, en particular a los que están en situación irregular. La Corte resolvió por unanimidad que *“la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”*

Asimismo, el art. 18 de la ley 23.551 olvida el derecho de asociación sindical y los derechos adicionales que ella conlleva: el derecho a la negociación colectiva o a huelga. Pero también olvida las libertades conexas para su ejercicio: libertad de expresión y pensamiento o el derecho de reunión y participación. En palabras de Laski, Harold, la organización sindical es “el más importante instrumento de democratización social en los últimos dos siglos de la historia de la humanidad”²⁵, que en contextos legislativos restrictivos como el nuestro, lo estamos perdiendo.

Ningún país se proclama xenófobo, pero las prácticas institucionales, judiciales y políticas; los discursos y representaciones sociales que estigmatizan a los diferentes, a los de afuera, a los otros, a los extranjeros²⁶: a los migrantes, la legitiman.

La construcción de la otredad es histórica, tal como lo describimos en el

²² La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas, Conferencia Internacional del Trabajo 97°, reunión, 2008. Informe I (b), párr. 240.

²³ La libertad sindical, OIT, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta edición (revisada), año 2008, párr. 209.

²⁴ CIDH: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC 18/03, 17 de septiembre de 2003.

²⁵ Laski, Harold, Los sindicatos en la nueva sociedad. (Revista Fondo de Cultura Económica, Colección Breviarios, 1975).

²⁶ Por razones de economía textual, al hacer referencia a “extranjero” incluimos a los y las personas migrantes.

capítulo primero. No hay un “ser extranjero”, sino que es más bien una clasificación jurídica, política y social que se cimienta y se construye en cada momento.

4. Restricciones y su punto de fuga

Las corrientes de reflexión sobre el fenómeno migratorio contemporáneo, y particularmente las teorías de redes transnacionales, están de acuerdo en que los migrantes de hoy día son los actores de una cultura de vínculo, que ellos mismos han fundado y que se mantienen en la movilidad.

Señala Appadurai, “*el mundo actual supone interacciones de un nuevo orden e intensidad*”²⁷. Desde las últimas décadas del siglo XX vivimos en un mundo “globalizado” en el que, como también destaca este autor, durante esta nueva fase del capitalismo global, se gestaron cambios en las configuraciones de los Estados y las fronteras nacionales se desdibujaron.

Estos aspectos están muy fuertemente vinculados a la propia dinámica del capitalismo global, que provoca una dispersión transnacional de empresas y lugares de producción más ligado a lo precario que se articula para abaratar costos. Entonces, la “*desigualdades de inclusión en el mercado de trabajo global, designadas fundamentalmente a través de marcadores étnico-raciales inciden en una desigual asignación de derechos y recursos entre poblaciones en el globo*”²⁸.

Según la Organización Internacional del Trabajo (*Panorama Mundial 2018*), se estima que actualmente existen en el mundo 258 millones de migrantes, equivalentes a 3,1 por ciento de la población mundial. Las mujeres representan casi la mitad de los migrantes. Se estima que uno de cada ocho migrantes tiene entre 15 y 24 años de edad.

²⁷ Arjun Appadurai, “Dislocación y diferencia en la economía cultural global”, en *La Modernidad Desbordada*, (Buenos Aires, FCE, 2001).

²⁸ M. Lube Guizardi; Moraga J.; Garcés A., “Los procesos migratorios actuales en contextos latinoamericanos: nuevos itinerarios y reconfiguración de controles fronterizos, Entrevista a Ninna Nyberg Sørensen, Jorge Martínez Pizarro y Verónica Tirpin”, (*Revista de Estudios Sociales*, 2014), No.48, pp. 177-183.

4.1. El mundo de la economía de plataformas

En este paradigma de nuevas tecnologías, nuevas formas de organizar el trabajo y nuevos modelos de explotación, se genera una novedosa forma de acumular capital “hoy en día la economía está dominada por una nueva clase, que no es dueña de los medios de producción, sino más bien propietaria de la información²⁹”, dando lugar a:

a) Hiperflexibilidad ya sea en cuanto al número de trabajadores, como al lugar de trabajo; b) individualización de las relaciones laborales, sin tener en cuenta la identidad colectiva de las mismas; c) Incorporación de las nuevas tecnologías que fueron claves para promover la flexibilidad, la deslocalización, facilitando la compresión espacio-temporal.

Eso nos obliga a preguntarnos ¿cuál es la nueva materia prima del S. XXI? Sin lugar a dudas el capitalismo hace uso de una nueva materia prima central: los datos. Es en este marco dónde ha surgido el nuevo modelo de negocio: la plataforma.

Hace rato venimos escuchando “el futuro del derecho del trabajo”, incluso la OIT promueve “trabajar para un futuro más prometedor”, pero ese “futuro”, está presente: son parte del paisaje cotidiano, los “rappitenderos”³⁰. Hoy nos enfrentamos a una nueva forma de precarización del empleo en su máxima expresión.

Sin perjuicio de que las generalizaciones no son buenas, una demografía de este tipo de trabajadores parece apoyar esta observación: son jóvenes y en su mayoría migrantes.

Merece ahora analizar, cómo y por qué un trabajador migrante se inserta dentro del mundo de la denominada Economía Digital.

4.2. Inserción del migrante en la economía de plataformas³¹

²⁹ Nick Srnicek, Capitalismo de plataformas, (Buenos Aires, Caja Negra 2018), p. 41. Que toma las palabras de Mckenzie W. Un manifiesto hacker, Barcelona, Alpha Decay. 2004.

³⁰ Incluyendo cualquier tipo de servicio de delivery bajo la utilización de una plataforma.

³¹ Otro tipo de inserción laboral de los trabajadores migrantes a través de los medios tecnológicos es el de los cibertrabajadores migrantes (para más información ver Amalia de la Riva, Les cybermigrants, un concept juridique 4.0. en EVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE

La forma de inserción de los trabajadores migrantes en la sociedad de destino está sujeta a una multiplicidad de factores. Entre ellas, podemos destacar las características del mercado de trabajo y el perfil de la corriente migratoria y el marco normativo que regulan las migraciones y las relaciones laborales.

Los trabajadores extranjeros que residen en el país de forma transitoria o permanente, para poder trabajar necesitan el CUIL, se puede realizar en trámite ante ANSES con la residencia precaria o temporaria³².

Como el trámite es relativamente sencillo, y es muy fácil ingresar a este tipo de empleos precarizados a través de las plataformas de Uber, Rappi, Glovo y PedidosYa, ante la urgencia de remesar³³, o de no encontrar otro empleo relacionado con la historial laboral, este tipo de inserción aparece como la única oportunidad de conseguir un empleo.

4.3. El caso de Venezolanos en argentina

En 2019, el número de migrantes alcanzó a nivel mundial la cifra de 272 millones, 51 millones más que en 2010. Los migrantes internacionales comprenden un 3,5% de la población mundial, cifra que continúa en tendencia ascendente comparándola con el 2,8% de 2000 y el 2,3% de 1980.

En Argentina, 4.9% de la población es migrante. El 54% son mujeres. EL 80% provienen de países sudamericanos, y de ellos, más del 70% está en edad laboral activa.

En general, en cuanto al nivel de instrucción, es inferior a la población total Argentina. Sin embargo, los migrantes regionales no limítrofes, migrantes europeos, y el resto de los migrantes cuentan con un nivel de instrucción más

LA SÉCURITÉ SOCIALE (COMPTRASEC - UNIVERSITÉ DE BORDEAUX) o, el relacionado con los trabajadores calificados que son preferidos por ciertos países para el desarrollo de nuevas tecnologías.

³² Según Disposición SURL 4/1993, publicada en el Boletín Oficial el 12/10/1993.

³³ Durante el año 2018, el Banco Mundial estima que los flujos anuales de remesas “a países de ingreso bajo y de ingreso mediano registradas oficialmente alcanzaron los USD 529000 millones en 2018, lo que representa un aumento del 9,6 % con respecto al récord anterior, de USD 483 000 millones en 2017. Lo que demuestra la importancia que genera la obtención de un empleo y la repercusión inmediata que tiene tanto en el país de origen como en el destino.

elevado que el promedio nacional.

La tasa de actividad y la tasa de empleo entre los migrantes sudamericanos superan a las de la población nativa. La tasa de actividad es menor entre las mujeres migrantes sudamericanas que entre los varones. El 24,2% de los migrantes latinoamericanos realiza actividades por cuenta propia (contra 21% de las personas no migrantes), que se traduce en menores ingresos y por lo tanto en mayores niveles de pobreza e indigencia. Similar nivel de cuentapropismo en migrantes latinoamericanos se registró en estudios previos lo que da cuenta de un fenómeno estructural y de difícil reversión. Mayores tasas de trabajo no registrado (45% en migrantes contra 28% en no migrantes).

Según estimaciones³⁴, en Argentina son más de 10 mil los mensajeros registrados en plataformas de delivery, y un tercio trabaja a tiempo completo. En Rappi solo el 20% de los trabajadores tiene nacionalidad argentina. Del 80% restante, el 70% son venezolanos, (de cada 10 repartidores, 6 comparten esa nacionalidad). El porcentaje restante lo completan³⁵ trabajadores y trabajadoras de países limítrofes, y últimamente se han sumado algunos trabajadores de origen africano. Respecto a su perfil demográfico: solo el 12% son mujeres; entre el 51,4% tiene entre 21 a 27 años, el 30% tiene más de 30 años.

En el año 2018³⁶, los venezolanos lideraron las radicaciones en el país por encima de Paraguay y Bolivia. La Dirección Nacional de Migraciones resolvió 70531 radicaciones en ese periodo.

¿Por qué son ellos los que ingresan en este mercado laboral? A diferencia de lo que ocurre con otro tipo de migraciones que ya tienen instalado la inserción laboral a través de redes étnicas³⁷, por ejemplo la comunidad boliviana con

³⁴ Datos realizados en base a un relevamiento de 250 trabajadores. Entre mayo y junio 2019. Para más información dirigirse a https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos-aires/documents/presentation/wcms_727134.pdf.

³⁵ Lugar de nacimiento: 0.4 % Haitianos; 70% Venezolanos; 0.4% Brasileños; 0.8% Paraguayos; 20.8% Argentinos; 0.4% Bolivianos; 1.3% Peruanos; 0.8% Ecuatorianos; 5% Colombianos.

³⁶ Residencias otorgadas a ciudadanos venezolanos; en Argentina desde 2014 a julio de 2019: 165.688; Colombia al 30 de junio de 2019 679.093; Perú al 10 de julio de 2019 438.235; Chile de 2014 a 2018 325.025; Ecuador de 2014 a mayo 2019 107.052; Brasil al 31 de mayo de 2019 74.860; México 2014 a junio de 2019 83.152; Panamá 67.601 de 2014 a junio 2019; República Dominicana de 2014 a junio de 2019 7.946; Costa Rica 5.104 de 2014 a 2018; Bolivia de 2010 a junio 2019 2.775; Paraguay de 2014 a junio 2019 10.038 y Curazao de 2014 a 2017 1.291.

³⁷ Son redes de migrantes cuyos integrantes que han llegado con anterioridad al país atraen a sus compatriotas ofreciéndoles posibilidades de empleo.

trabajos fruti hortícolas, la colectividad venezolana es nueva: ante la necesidad de trabajo, al no poder incorporarse en algún empleo relacionado con su historia laboral, y en algunos casos la urgencia de remesar, no hay opción que tomar estos empleos precarizados. Además es muy fácil el ingreso: descargar la aplicación en el celular, acceder a la capacitación y poseer la “residencia precaria”³⁸ que habilita a trabajar y estudiar por el término de dos años.

4.4. Sindicalización

Como vimos, el art. 18 de la Ley de Asociaciones Sindicales de Argentina 23.551, restringe el acceso del colectivo migrante en los órganos directivos y representativos, enfatizando que *“el/la titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos/as argentinos/as”*.

Este límite no es un dato menor, y no llama poderosamente la atención que ante estos nuevos contextos de movilidad humana y laboral se recurra nuevamente al criterio excluyente y dicotómico de nacionales/extranjeros para reconocer y garantizar un derecho humano fundamental.

La fragmentación laboral, logra segmentar o fraccionar a los colectivos laborales entre “un núcleo duro o privilegiado y otro, el de los tercerizados, cada vez menos identificados con el anterior”³⁹. No fue el caso de los rappitenderos, cansados de reclamar por condiciones dignas de labor, un 18 de junio de 2018, decidieron hacer una huelga⁴⁰. Fueron dos horas que apagaron sus teléfonos y no tomaron pedidos. Se apostaron en la puerta de las oficina-loft de la empresa en Palermo. La protesta fue única de esa magnitud en la región dando origen a la Asociación de Trabajadores de Plataformas (APP)⁴¹. A partir de este hito, los trabajadores se reconocieron como algo más que sujetos precarizados.

En el mes de octubre de 2018, solicitaron su inscripción formal ante la

³⁸ El certificado de residencia precaria permite a los extranjeros que se encuentran tramitando una residencia, ya sea temporaria o permanente, permanecer en el país en forma legal hasta tanto le sea otorgada o denegada la misma.

³⁹ Osvaldo Battistini, La Subcontratación en Argentina, (Documentos en debate. CEFS,.1-30), 2000.

⁴⁰ Técnicamente tomaban los pedidos, pero se desconectaban de la aplicación unos minutos antes del “X minutos o gratis”.

⁴¹ Primer sindicato en la región latinoamericana.

Secretaría de Trabajo⁴² y poco tiempo después de haberse creado APP, Rappi bloqueó (despidió) a alguno de los miembros de la comisión directiva (que pretendían un diálogo para que se reconozcan sus derechos y el carácter laboral de la prestación). La reacción de los trabajadores fue presentar una demanda⁴³ contra Rappi Arg SAS para el cese inmediato de la conducta antisindical y antidiscriminatoria, solicitando además el desbloqueo de la aplicación. Entre los accionantes y fundadores del sindicato se encuentra Roger Rojas, de nacionalidad venezolana. Vemos aquí como “se entabla la relación entre los trabajadores inmigrantes, como individuos y como grupo colectivo, y los derechos sindicales, como derechos de atribución individual y como forma de denominar la acción de tutela que lleva a cabo el sujeto colectivo, el sindicato”⁴⁴.

La llegada de los otros plantea preguntarse si ¿las ciudades receptoras se convierten en ciudades globales? ¿Cómo se gestiona la diversidad generada por los migrantes?, ellos ¿Generan posiciones políticas o configuraciones de poder? ¿Los migrantes reproducen aspectos de su cultura de origen en los países de destino? ¿Cómo afecta el ser nacional? ¿Qué vínculos se establecen con el lugar de origen? ¿Qué implicancias tendrán estos fenómenos con la concepción tradicional de ciudadanía? ¿Cuál es el rol del extranjero en el proceso de adquisición de derechos?

Estos interrogantes constituyen los nuevos desafíos que afronta la movilidad humana ya sea en el tránsito de la migración o en el régimen de acogida o estancia del país receptor. ¿Qué rol toma el Estado para lograr la integración? La respuesta será la que darán los gobiernos ante el desafío de la inmigración. Hoy reconocemos una suerte de desmantelamiento en el ámbito de los derechos y garantías, y vivimos en la época de recortar a los sujetos a su “derecho a tener derechos”.

La nacionalidad de la persona o su condición migratoria suelen ser un aspecto a tener en cuenta para la restricción o negación de un derecho reconocido en los instrumentos internacionales, la Carta Fundamental y la

⁴² Expediente N°2018-49795046.

⁴³ “Rojas Luis Roger Miguel y otros c/ Rappi Arg SAS s/ medida cautelar.JNT N° 37. Expediente 46618/2018”.

⁴⁴ Antonio Baylos Grau “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español” (Revista de Derecho Social, España, N° 34. 2006 p. 11-40), 2006.

legislación interna. La contracara es la democracia, presentándose como el cuantificador que impulsa la integración del “otro”.

4.5. Derecho de afiliación

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), puso de relieve que los derechos de libertad de asociación y de libertad sindical son de aplicación universal. Un hito en este nivel fue el caso número 2121⁴⁵ presentado contra el Gobierno de España. Allí, una reforma a la ley⁴⁶, subordinaba el ejercicio de los derechos sindicales por los extranjeros a que éstos tuvieran un permiso de estancia. Aquí, el Comité observa que el problema que se plantea consiste en determinar si resulta conveniente dar, una interpretación extensiva al concepto de «trabajadores» utilizado en los Convenios de la OIT sobre la libertad sindical. En estas condiciones, recuerda que el artículo 2 del Convenio 87 reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes. La única excepción autorizada por el Convenio 87 está prevista en el artículo 9 de dicho instrumento y se refiere a las fuerzas armadas y de seguridad.

Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio 87. Como consecuencia de lo expuesto, en 2007, el Tribunal Constitucional español consideró que el requisito que imponía la Ley Orgánica 4/2000 para ejercer los derechos fundamentales de asamblea, asociación, afiliación sindical y huelga constituía una restricción injustificada. Como resultado, la nueva versión del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, contempla que los nacionales extranjeros tendrán el derecho de organizarse libremente o de afiliarse a una organización

⁴⁵ Caso núm. 2121. Queja del 23 de marzo de 2001 presentada por la Unión General de Trabajadores de España (UGT); OIT, Comité de Libertad Sindical, Informe núm. 327, Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1, párr. 561-562. Observación sobre el Convenio núm. 87: OIT, Informe III (O1A) - Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011, pág. 160.

⁴⁶ Ley orgánica núm. 8/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LO 8/2000), Artículo (artículo 11 de la LO 8/2000).

laboral, y de ejercer el derecho de huelga con arreglo a las mismas condiciones que los trabajadores españoles.

4.6. Derecho a participar en los órganos internos de las asociaciones sindicales

En las sentencias C-385/00⁴⁷ y la Sentencia C-311/07⁴⁸, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia analizó el derecho y alcance de la participación de trabajadores extranjeros en los órganos internos de las asociaciones sindicales, a la luz de los principios de no discriminación y libertad sindical.

La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que *“el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para autoconformarse y autoregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación (...) según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos”*.

Estas sentencias reflejan que es necesario una equiparación en la normativa infraconstitucional argentina, entre los nacionales y extranjeros en cuanto al ejercicio de sus derechos, ya que es necesario abordar las tensiones del carácter nacional de la ciudadanía debiendo reflexionar hacia adentro de nuestras democracias, y en las más allá de las fronteras a través de los procesos de transnacionalización de la ciudadanía.

5. Conclusión

⁴⁷ Bogotá, D. C., 5 de abril de 2000.

⁴⁸ Bogotá, D. C., 3 de mayo de 2007.

En las distintas sociedades nacionales, especialmente aquellas que recibieron grandes contingentes de inmigración entre mediados y finales del S. XIX, la “expulsión de extranjeros”, se dispuso como una eficaz herramienta de control social. Ello se configuró como una cuestión central por el lugar que tuvo la organización y las luchas del movimiento obrero contra la explotación capitalista y, particularmente, con la expansión del anarquismo a través de las corrientes migratorias de alcance intercontinental que protagonizaron (italianos y españoles principalmente), y de las redes transnacionales que establecieron.

El extranjero, por su propia “naturaleza”, siempre fue objeto de reflexión, de regulación, de intervención y de prácticas arbitrarias.

A partir de las formas de pensar al extranjero se enfatiza que la otredad es indeterminada, es decir: no tiene una naturaleza propia, esencial o permanente. Así, el extranjero puede ser objeto de xenofobia, o puede valorarse la diversidad que aporta y representa. Puede ser incluido en la esfera privada o en la sociedad civil y excluida de la esfera pública y de la comunidad política. Estos ejemplos muestran que la construcción de la otredad es histórica y política en sentido amplio: no hay una “naturaleza” extranjera, sino que se trata de una clasificación jurídica, política y social que se construye y se disputa en cada momento histórico.

Hay que avanzar en la implementación de políticas de carácter verdaderamente universal e inclusivo para que los migrantes puedan acceder a derechos en igualdad de condiciones con sus pares nacionales.

En estas líneas se pretendió abordar el planteo desde el punto de vista jurídico, y político, quienes en su conjunto deberían brindar una respuesta superadora. El otro migrante se presenta frente al espejo como doble, como recurso de los opuestos, para cuestionar la identidad a través del espejo. El doble surge como búsqueda del otro.

Garantizar en la práctica el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores migrantes, de acuerdo con los principios universales que son ampliamente reconocidos, es un componente esencial en la prevención y la mejora de sus condiciones en el trabajo. También es un componente que propicia el ejercicio de otros derechos laborales. Además, la

falta de protección laboral, debilita en su conjunto la protección de todos los trabajadores.

Como vimos, el mundo del trabajo se encuentra en un proceso de transformación para todos los trabajadores y trabajadoras del mundo. Las fronteras del empleo, del trabajo y de la empresa están cambiando, impulsadas por las nuevas tecnologías.

Existe un nuevo modelo en el reclutamiento laboral y la organización del trabajo en las empresas que alteran su propia naturaleza y habilitan relaciones de trabajo que aíslan a los trabajadores, fragilizan su identidad, flexibilizan sus condiciones de trabajo: obstruyen la fijación de salarios mínimos, límites a su jornada de trabajo e impiden la acción sindical.

En esta era de la industria 4.0, de la modernidad y del contrato líquido se intenta dar apariencia, trasvertir a los trabajadores en “emprendedores”, en “ser jefe”, “partnet” “proveedor”, evitando utilizar conceptos clásicos: TRABAJADORES. Ello es así porque la palabra trabajador/ra trae consigo al poder de lo colectivo: los sindicatos, la huelga y la negociación colectiva. Y fue a partir de su reconocimiento como sujetos de derechos -no como un eslabón más en el sistema de producción deslocalizado-, los trabajadores pudieron agruparse, constituirse a través de la autotutela colectiva, expresada en el sindicato APP.

Este trabajo constituye un primer abordaje del tema de manera exploratoria, identificando aspectos centrales para poder promover una revisión de los desafíos que atraviesa el derecho del trabajo, sin lugar a dudas el art. 18 de la Ley 23.551 debe ser modificado, porque el trabajador es una noción que prescinde de cualquier connotación derivada de la nacionalidad del sujeto que trabaja. Hasta tanto persista esta diferencia, el derecho se presenta como un guardián de la diferencia.

Bibliografía

- BAYLOS GRAU, A. (2006). "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español" (Revista de Derecho Social, España, N° 34).
- GRMSCI, A. (1974). *Il Risorgimento*, Buenos Aires, Granica.
- APPADURAI, A. (2001). "Dislocación y diferencia en la economía cultural global", en *La Modernidad Desbordada*, Buenos Aires, FCE.
- BIERNAT, C. (2007). ¿Buenos o Útiles? La política inmigratoria del peronismo Capítulo 1 "Debate de ideas", Buenos Aires, Editorial Biblos.
- GODIO, J. (2000). *Historia del Movimiento Obrero Argentino*, Buenos Aires, Edición Corregidor.
- LASKI, H. (1975). Los sindicatos en la nueva sociedad, Revista Fondo de Cultura Económica, Colección Breviarios.
- GUIZARDI, M., MORAGA, J. y GARCÉS, A. (2014). "Los procesos migratorios actuales en contextos latinoamericanos: nuevos itinerarios y reconfiguración de controles fronterizos, Entrevista a Ninna Nyberg Sørensen, Jorge Martínez Pizarro y Verónica Tirpin", (*Revista de Estudios Sociales*, 2014), No.48, pp. 177-183.
- ARECO, M. (2007). "La construcción de obreros argentinos el diario La Nación y la Ley de Residencia", en VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- SRNICEK, N. (2018). *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra.
- BATTISTINI, O. (2000). *La Subcontratación en Argentina*, (Documentos en debate. CEFS,.1-30).

Recursos electrónicos

- SPAVENTA, J. "La Ley Rocco y el Unicato Sindical en la Argentina" (consultado el 27/01/2020): Disponible en <http://www.relats.org/documentos/HIST.Spaventa2.pdf>.

DECLARACIÓN DE RELACIÓN LABORAL Y CAPITALISMO DE PLATAFORMAS EN CHILE. REVISIÓN DE CRITERIOS A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE ANTAÑO

DECLARATION OF LABOR RELATIONSHIP AND PLATFORM CAPITALISM IN CHILE. REVIEW OF CRITERIA IN VIEW OF AN ANCIENT JUDGMENT

Francisco Alberto RUAY SÁEZ

Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Académico Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Chile).

fruaysaez@gmail.com

Fecha de envío: 22/02/2020

Fecha de aceptación: 28/02/2020

DECLARACIÓN DE RELACIÓN LABORAL Y CAPITALISMO DE PLATAFORMAS EN CHILE. REVISIÓN DE CRITERIOS A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE ANTAÑO

Francisco Alberto RUAY SÁEZ

Universidad de Chile (Chile)

Resumen: Se aporta un análisis del tema de la economía de las plataformas, así como se focaliza el estudio de jurisprudencia chilena en torno a la determinación de la naturaleza de la relación entre prestadores de servicio y plataformas digitales y los diversos proyectos de reformas legislativas en trámite.

Palabras clave: Economía de plataformas - Subordinación - Relación de trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre la sentencia. 3. Una crítica y algunos avances en jurisprudencia comparada. 4. Proyectos de ley en trámite. 5. Conclusiones.

Abstract: An analysis of the topic of platform economy is provided, as well as the study of Chilean jurisprudence around the determination of the nature of the relationship between service providers and digital platforms and various legislative of reform propositions.

Key words: Platform economy - Subordination - Employment relationship

Summary: 1. Introduction. 2. About the ruling. 3. A critique and some advances in comparative jurisprudence. 4. Bills in progress. 5. Conclusions.

1. Introducción

Uno de los temas que ha atraído la atención de todos los laboristas en el mundo en los últimos años ha sido el de la irrupción de la cuarta revolución industrial¹ y en dicho contexto, de la denominada “economía de plataformas”, o más bien, esta nueva etapa histórica imbuida en el “capitalismo de plataformas”, conforme al cual “en el siglo XXI el capitalismo avanzado se centra en la extracción y uso de un tipo particular de materia prima: los datos”².

Los avances en tecnología han facilitado las formas de comunicación global instantánea y la conexión en red, unida obviamente al acceso a internet permiten abrir caminos a una infinidad de contenidos diversos, datos y material variado, de tipo cultural, educacional, o de simple entretenimiento. Se facilita de esta manera también una conectividad simultánea desde distintas partes del globo. Aquello ha abierto las puertas a la comunicación instantánea entre todas las personas en el mundo y ha derribado una vez más las fronteras nacionales, en una nueva etapa de la ya conocida globalización. Ya no es necesario tener acceso a un computador para hacer uso de estas redes, sino que en cualquier momento, desde un equipo telefónico “inteligente” es posible acceder a estos contenidos, sin importar en el lugar en que uno se encuentre, sea en la casa, en la calle o incluso en un lugar retirado de descanso.

Este acceso constante a la comunicación en red global si bien tiene una faz positiva relacionada con las posibilidades de facilitación en las comunicaciones y acceso a contenidos, es también portadora de una singularidad negativa, que nos guía también a plantear una serie de cuestionamientos de nuevo tipo, como por ejemplo, la convivencia en “la sociedad de la transparencia”³, la “liquidez” de las relaciones sociales intersubjetivas⁴ la paradoja de la incomunicación intersubjetiva presencial en tiempos de hiperconectividad o, en materia laboral, la delimitación conceptual del

¹ Klaus Schwab, *La cuarta revolución industrial*. (Santiago: Editorial Debate, 2016).

² Nick Srnicek, *Capitalismo de plataformas*. (Buenos Aires: Caja Negra Editora, 2019) 41.

³ Byung-Chul Han, *La sociedad de la transparencia* (Barcelona: Herder, 2014), 95 pp.

⁴ Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2003).

“derecho de desconexión”⁵.

En principio, las creaciones producto del trabajo humano tienen como finalidad lograr la facilitación del desarrollo de la vida, la consecución de fuentes de bienestar y en último término, la realización del humano mismo. En ese sentido, es innegable que la creación de plataformas digitales, desde la perspectiva los usuarios, ha abierto una posibilidad inigualable en la historia humana al facilitar la intercomunicación de manera cómoda y fácilmente accesible. Srnicek ha señalado que “en el nivel más general las plataformas son infraestructuras digitales que permiten que dos o mas grupos interactúen. De esta manera se posicionan como intermediarias que reúnen a diferentes usuarios: clientes, anunciantes, proveedores de servicios, productores, distribuidores e incluso objetos físicos”⁶ Aplicativos como Facebook, Instagram, Tik Tok u otros similares permiten compartir de manera instantánea contenidos elegidos libremente por los usuarios, y así, hacer accesible a terceros experiencias de vida, opiniones o el contenido que se estime pertinente.

Entre el conjunto de plataformas digitales puestas a disposición a los usuarios encontramos un tipo especial de éstas, que operan como una instancia de conexión entre dos personas a fin de que una pueda satisfacer determinadas necesidades del otro usuario, o a lo menos, facilitar el acceso a éste, como, por ejemplo, el transporte o la adquisición de determinados bienes de comercio (compras de mercadería o alimentos, renta de inmuebles, etc). Esta modalidad de intercambio se ha reconocido como expresión de la “economía colaborativa”⁷. Se trataría de “un modo de compartir, intercambiar o alquilar bienes sin la necesidad de posesión, y por otra, a que estos intercambios se apoyan en aplicaciones o plataformas web que permiten conexión en tiempo real, uniendo

⁵ Federico Rosenbaum. “El derecho a la desconexión”. *Revista de Direito do Trabalho*, Número especial Segundo Congreso Mundial CIELO Laboral, Ed. Thomson Reuters, 2019.

⁶ Nick Srnicek, *Capitalismo de plataformas*. (Buenos Aires: Caja Negra Editora, 2019) 45.

⁷ Al respecto existe una discusión en torno a posibles diferenciaciones de la economía colaborativa frente a la economía de plataformas, cuyo elemento central de diferenciación es precisamente la finalidad de lucro de quién pone esta instancia de intercambio a disposición de los usuarios. Al respecto: Joan Torrent i Sellens. “¿Economía colaborativa o economía de plataforma? más allá de un debate inacabable. *Harvard Deusto business review*, ISSN 0210-900X, N° 289, 2019, pp. 58 a 69.

la disposición de bienes y servicios con las demandas de los consumidores”⁸.

Chile no ha estado ajeno a la irrupción de este fenómeno. Los aplicativos de transporte, de compra de mercaderías y alimentos han sido de ampliamente utilizados en el último tiempo y han tenido un crecimiento exponencial en los últimos años en nuestro país.

En un estudio realizado en conjunto por Tren Digital, Pontificia Universidad Católica de Chile y Media Interactive, y publicado en 2019 arrojaba como datos de una encuesta realizada a nivel país que al menos un 82,7% declara haber utilizado alguna vez plataformas colaborativas de traslados en auto (Uber, Cabify, Beat, Capooling, etc), y un 54,8% en Compra/Venta en mercados de segunda mano (Prilov, yapo.cl, FeriaFerió, etc.), dejando en tercer lugar de las más utilizadas las referidas a despacho de compras a domicilio (Uber Eats, Glovo, Rappi, CornerShop, etc.) con un 49,8%⁹.

A su vez, la misma encuesta arroja como resultado que un 12,8% de los entrevistados ha participado alguna vez en las plataformas de consumo colaborativo como proveedor, por ejemplo, como conductor de Uber o Shopper¹⁰. En otros términos, uno de cada 10 personas encuestadas en Chile alguna vez ha participado como prestador de Servicios en alguna de dichas plataformas.

En otro estudio realizado por Andrés Fielbaum y Alejandro Tirachini, y expuesto ante la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado con ocasión de tramitación del proyecto de ley que regula la materia¹¹, se encuestó directamente a conductores de Easy Taxi, Uber y Cabify durante 2018 en Chile. Al efecto resulta relevante considerar que:

Al escoger entre distintas alternativas de rutinas variables y fijas, un 72% de los conductores manifiesta seguir una rutina relativamente fija, es decir, trabajando en horarios estables cada semana. En nuestra muestra, el 54% de

⁸ “La economía de las plataformas colaborativas en Chile: Uso y percepción”. (Santiago de Chile: Tren Digital, Pontificia Universidad Católica de Chile y Media Interactive, 2019) p. 2.

⁹ “La economía de las plataformas colaborativas en Chile: Uso y percepción”. (Santiago de Chile: Tren Digital, Pontificia Universidad Católica de Chile y Media Interactive, 2019) p. 6.

¹⁰ “La economía de las plataformas colaborativas en Chile: Uso y percepción”. (Santiago de Chile: Tren Digital, Pontificia Universidad Católica de Chile y Media Interactive, 2019) p. 11.

¹¹ Fielbaum, A. & Tirachini, A. (2019). Características del trabajo de conducción en plataformas ride-hailing (tipo Uber y Cabify). Disponible en https://www.researchgate.net/publication/330675646_Caracteristicas_del_trabajo_de_conduccion_en_plataformas_ride-hailing_tipo_Uber_y_Cabify_en_Chile.

los conductores manifiesta no tener otro trabajo, y una cantidad similar plantea trabajar en esto de manera indefinida. La combinación de estos datos muestra que, pese a la flexibilidad que esta forma de trabajo permitiría, en su aplicación práctica para muchas personas no dista tanto de un trabajo tradicional, aunque con horarios más diversos; de hecho, los conductores manifiestan que la flexibilidad para escoger su horario de trabajo como conductor es la razón principal para trabajar con estas plataformas¹².

Otro dato relevante que arroja la encuesta es que un total de 31% de conductores de la muestra declara trabajar más de 50 horas a la semana, y un 11% declara trabajar más de 60 horas semanales¹³. Al consultárseles por las horas trabajadas el último día previo a la encuesta un 18% declaró conducir durante 12 horas o más, y un 35% 9 horas o más (es decir, más de una jornada de trabajo regular).

Si bien los avances tecnológicos facilitan el acceso a bienes y servicios, no hay que olvidar que su ejecución sigue siendo realizada por otras personas¹⁴. Por lo mismo, esta nueva forma de colaboración puesta a disposición de los usuarios de plataformas requiere de un análisis de la relación de intercambio que se produce con ocasión del uso de dichas plataformas. En este sentido, es distinta la consideración de un intercambio gratuito de bienes y servicios (lo que sí consideramos una economía colaborativa en sentido estricto), de un intercambio que esta mediado por un tercero con interés de lucro.

El Derecho del Trabajo ha debido hacerse cargo de una de las aristas de este fenómeno¹⁵ cual es la determinación de la existencia de relación laboral en el contexto de la ejecución de la prestación de dichos servicios, atendida la

¹² Fielbaum, A. & Tirachini, A. (2019). Características del trabajo de conducción en plataformas ride-hailing (tipo Uber y Cabify). Disponible en https://www.researchgate.net/publication/330675646_Caracteristicas_del_trabajo_de_conduccion_en_plataformas_ride-hailing_tipo_Uber_y_Cabify_en_Chile, p. 6.

¹³ En Chile la jornada ordinaria máxima es de 45 horas de trabajo semanal.

¹⁴ Fenómeno distinto, aunque relacionado al de la automatización laboral, sus consecuencias en el desempleo, y la necesidad de repensar las nuevas formas de trabajo. Al efecto por ejemplo ver Andrés Oppenheimer “*Sálvese quien pueda: el futuro del trabajo, la era de la automatización*” (Santiago de Chile: Primera Ed. Penguin Random House, 2018).

¹⁵ Otra de las aristas relevantes en la materia es la regulatoria en materia de transporte, o bien la tributaria. Al respecto revisar, por ejemplo, Ángela Toso Milos, “La irrupción de Uber en el mercado del transporte de pasajeros: naturaleza jurídica de su actividad y alternativas de regulación en Chile”. Revista Sentencias destacadas 2017, (Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo, 2018).

particularidad de éstos. Como señala Muñoz, “en cuanto respecta al Derecho del Trabajo, la economía colaborativa formula problemas a los marcos jurídicos existentes, ya que replantea los límites entre trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia, prestación profesional, trabajo subordinado, etc”¹⁶

Sin perjuicio de la amplia utilización de estos aplicativos en Chile, la gran cantidad de personas que hacen uso de ellas y la masividad de los prestadores de servicios que están vinculados a las mismas, el tema en concreto no ha sido expuesto en sede judicial de manera masiva. Por el contrario, a la fecha envío del presente artículo sólo se ha dictado en Chile una sentencia judicial, la cual utilizaremos como guía de análisis a modo de ejemplo.

Lo anterior ha derivado en el último tiempo en el envío de diversos proyectos legislativos que pretenden regular la materia, en específico, en búsqueda de la aclaración de la existencia o no de subordinación en términos laborales¹⁷.

En el siguiente artículo se expondrán de manera sucesiva la sentencia a la que hemos aludido, un análisis crítico de la misma, los proyectos de ley en materia laboral actualmente en trámite en nuestro país y las conclusiones.

2. Sobre la sentencia

El desarrollo jurisprudencial de la materia ha sido prácticamente nulo en Chile. Sólo se ha dictado una sentencia definitiva en materia laboral que se ha pronunciado expresamente sobre la determinación de la relación laboral en el caso de un conductor de la aplicación Uber. La sentencia fue dictada hace casi cinco años, sin embargo, sirve de hito para efectos de desplegar el presente análisis y evaluar las posibilidades de desarrollo actual, legislativa y jurisprudencialmente, atendidos los avances en derecho comparado y la doctrina

¹⁶ Boris Muñoz García. “Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar”. *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, VOL 9, N° 17, 2018, pp. 13-40, p. 23.

¹⁷ También se han presentado otros proyectos de ley en actual tramitación referido a la regulación del servicio que estas empresas prestan, pero no referidos a la regulación laboral, sino más bien al ámbito de transportes. Ejemplo de aquello es el mensaje presidencial N° 077-366 de 20 de julio de 2018 “**Que inicia un proyecto de ley que regula a las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se presten**”.

laboralista.

El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago se pronunció en sentencia RIT O-1833-2015 de fecha 14 de julio de 2015, en la cual se rechaza la acción de declaración de relación laboral interpuesta por el conductor, condenándole además en costas.

En la exposición del modo de funcionamiento de la aplicación expuso el demandante que:

La empresa es de transporte de pasajeros (taxi) que se vale de una aplicación para celulares inteligentes o Smart phone para los usuarios o consumidores soliciten dicho taxi. Los usuarios al momento de inscribirse deben hacer ingresando sus datos personales y los de su tarjeta de crédito ya que los cargos se realizan directamente en ella. Cuando la empresa recibe la solicitud se envía un chofer, al finalizar el viaje el pasajero se baja, sin pasarle dinero alguno al chofer ya que la empresa lo cobra directo en la tarjeta.

Semana a semana la empresa le hace una liquidación de lo ganado a cada chofer cuya remuneración dependerá del tiempo trabajado, el horario (si es AM o PM) los días (festividades tiene bonos adicionales) Dicha liquidación es enviada mediante sistema electrónico, la remuneración es pagada los lunes de cada semana mediante depósitos bancarios realizados por dos personas que desconoce el rol que juegan en la empresa, son M. A. y la empresa Chile Moto EIRL.

Indica que la empresa llama a sus trabajadores como socios, tratando de hacerles creer constantemente que no son empleados de la compañía, sino que realizan una prestación de servicios mediante contrato de honorarios. Señala que lo irregular es que nunca se le ha escriturado un contrato de trabajo y mucho menos de honorarios y lo más grave es que nunca se le ha solicitado boleta de honorarios y nunca se le ha emitido boleta a terceros.

A su vez, en lo relevante, la defensa de la empresa de plataforma consiste precisamente en la afirmación de tratarse de un intermediario que permite la conexión de los usuarios de la aplicación, pero no una prestación de servicios en términos de subordinación. En ese sentido señala:

Es la sociedad que presta servicios a los socios de la compañía (dentro

de los cuales estaba el demandante) los cuales consisten en poner a su disposición dicho software o aplicación para ser descargados en dispositivos móviles individuales. A través de la aplicación los terceros independientes prestadores de servicios de transporte privados de pasajeros según se define en el DL 80 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones pueden acceder a información que les permite conectarse con pasajeros que busquen trasladarse de un lugar a otro. En consecuencia y a diferencia de lo que señala el actor es UBER INTERNATIONAL que le presta un servicio a los socios y a los clientes y no viceversa. La aplicación consiste en poner a disposición de ambos, socios y clientes una plataforma que les permite conectarse mutuamente, es decir el software que administra dicha sociedad actúa tan solo como una herramienta de intermediación, por lo cual cobra una suma de dinero a los socios. Así los socios pueden ser conductores que ejercen como trabajadores independientes y/o empresarios que contratan conductores para prestar servicios en calidad de transportistas. Por lo tanto los socios son terceros prestadores de servicios que, utilizando las herramientas tecnológicas de UBER para acceder a un mercado de clientes que en uso de la misma aplicación buscan transportistas dispuestos a satisfacer su necesidad de trasladarse”.

Además, en relación a la forma de funcionamiento de la aplicación, señala la demandada que:

La aplicación permite al cliente enviar una solicitud de servicio a los socios, al hacerlo se dirige una señal al más cercano y tal como lo afirmó el demandante tiene la exclusiva libertad de aceptarlo o no, si acepta le llega una notificación al cliente, entregando información del socio, incluyendo su nombre número de patente y datos de contacto del chofer, realizado el traslado el socio da por finalizada el servicio en la aplicación procediendo la empresa a generar el cobro y cargo en la tarjeta de crédito el cual asciende al 20% de lo pagado al socio por el cliente. El socio puede conectarse cuando quiere e incluso puede estar varios días sin conectarse lo que no genera consecuencias.

UBER INTERNATIONAL ofrece a terceros independientes que cuenten con determinados vehículos de transporte de pasajeros pertenecer a la base de datos de la aplicación y pasar a ser socios de UBER, para ello exige la inscripción

previa de estos en la página web <https://partners.uber.com/drive/> donde se requiere el llenado de un formulario de inscripción, con el envío del formulario el interesado declara aceptar los términos y condiciones de UBER, su política de privacidad y entender que la UBER es una plataforma de reservaciones electrónicas no una empresa de transporte, el conjunto de acuerdos que se aceptan por los socios, son convenciones que enmarcan el comportamiento comercial de ambas partes.

En dichos términos generales fue planteada la discusión en el litigio. Como se desprende de las alegaciones transcritas, los términos del pleito discurren sobre el análisis general de funcionamiento de la aplicación, como una instancia de colaboración mutua en un contexto de desarrollo de la denominada cuarta revolución tecnológica, por una parte, y en el análisis de elemento de subordinación propios de la relación laboral por otro.

La carga de la prueba para la acreditación de los hechos que constituyen base para la declaración de relación laboral son del actor, conforme al procedimiento laboral chileno. Esto es, corresponde a los prestadores de servicio (conductor en este caso) acreditar la concurrencia de los elementos propios de la declaración de relación laboral para el caso concreto.

El tribunal analiza la prueba presentada en juicio (correos electrónicos, comprobantes de pago, notas periodísticas, documento “condiciones para socios, declaración de testigos, entre otros), y resolvió rechazar la acción de declaración de relación laboral, condenando en costas judiciales al demandante.

El tribunal en el considerando central del fallo que resuelve el litigio señala que:

*Siendo de carga de la demandante acreditar lo anterior, aquello no se ha logrado. En efecto, conforme la prueba rendida se tiene que en la especie existe **una especie de comunidad de choferes, que cuentan con permiso para realizar transporte privado de pasajeros**, y se unen a la empresa ya sea como personas naturales o jurídicas con sus propios vehículos, empresa que por otra parte les facilita el soporte tecnológico que permite captar clientes a través de una aplicación en el celular a fin de movilizarlos de un lado a otro, aplicación que igualmente debe ser descargado por el usuario del sistema. Entre las partes se*

firma un documento denominado “condiciones para el socio” en el que se estipulan una serie de derechos y obligaciones entre las partes y las condiciones del servicio, como asimismo el término.

La tarifa se determina por kilómetro recorrido y distancia y la fija la demandada, no obstante y de acuerdo a lo declarado por el testigo A. en algunas ocasiones por equivocación o término anticipado del recorrido se ha desconectado y vuelto a conectar para fijar un precio menor.

El pago por el servicio se descuenta de la tarjeta de crédito del cliente. Por la cantidad de viajes se paga un porcentaje semanal a cada chofer, lo que se informa como dan cuenta los correos incorporados. Esto es los conductores no reciben dinero directamente.

Conforme lo han reseñado los testigos, tienen absoluta libertad para conectarse o desconectarse al sistema como asimismo aceptar o no la solicitud.

Conforme se observó en audiencia de juicio a través del funcionamiento de la aplicación hecha por el testigo G. Del C., efectivamente al cliente al momento en que un chofer acepta la solicitud, le llega un correo o notificación en que se le informa el nombre del conductor con su foto, por su parte al conductor le llega una señal en su celular de la solicitud, pudiendo aceptar o no.

No usan uniforme a pesar de los dichos del testigo R..

*También ha quedado acreditado que no existe desvinculación alguna al conductor que no se conecta como afirmó el mismo testigo en su declaración y lo afirmó el demandante en su libelo al explicar las causas de su supuesto despido. De hecho el actor, de acuerdo a las planillas incorporadas por la demandada en la audiencia, **los meses previos al término de los servicios no estuvo en servicios todos los días del mes** así por ejemplo, mayo 4 días, junio 11 días, julio 15, diciembre 12 días, es decir un promedio de 14 días al mes. Esto mismo permite corroborar lo que su propio testigo declaró en audiencia más los testigos de la demandada que el **término de los servicios se debió a un reclamo efectuado por una cliente**, hecho absolutamente disímil con su argumentación, cuestión que le resta credibilidad a toda su argumentación en contra de la empresa demandada.*

Efectivamente existen bonos o incentivos a los conductores que se

conecten en fechas claves, como los partidos de la Copa América o navidad u otros eventos, lo cual no lo califica como rasgos de laboralidad, ni la circunstancia que un determinado viaje sea a cuenta de la empresa. No hay que perder de vista que el centro operador de la aplicación es la demandada quien tiene el mismo interés en obtener su porcentaje que los propios conductores, de hecho **no existe sanción alguna, que podría ser una antecedente relevante al momento de analizar este tipo de relación, para quien y a pesar de los incentivos no se encuentre conectado ni acepte un llamado.**

Que la **aplicación cuente con nombre y foto del conductor tampoco es un antecedente a considerar** pues finalmente es un modo de resguardo para quien toma el servicio, esto es identificar quien lo transporta y de hecho esta identificación permitió el reclamo en contra del actor.

Si la empresa está o no amparada por la ley y si al gremio de taxistas esta aplicación les ha significado desventajas, es un hecho que no es parte de esta causa por lo que el tribunal no se pronunciará.

El hecho que la base de datos después de tres meses sin conexión por parte de un conductor se sanee esto es se lo saque de la misma, tampoco es indicio de sanción alguna pues como ha relatado el testigo G. del C., **si quiere vuelve, no hay exclusividad y no existe antecedente o documento o declaración alguna que pueda rebatir esta afirmación.**

El único documento que podría ser indiciario de las pretensiones del actor es aquel correo electrónico que establece como obligatorio un mínimo de 30 horas semanales de conducción, no obstante aquello, no se ha acreditado sanción alguna por su incumplimiento y la denominada “lista negra” salvo los dichos del testigo, no tiene existencia en los hechos.

En consecuencia **no se encuentra configurada subordinación alguna entre las partes,** estos es, **no existen antecedentes que la empresa ejerza poder sobre el actor y que el mismo se ejerza a través de directrices que en caso de incumplimiento sean sancionables o castigadas y la circunstancia, omitida por el demandante,** que los servicios fueron desconectados, previa conversación con él, frente al reclamo de un cliente, no es más que la consecuencia de un mal servicio, que la empresa como dueño del

software tiene la absoluta libertad de elegir con qué otro independiente lo comparte, al igual que el conductor tiene la libertad de aceptar o no una solicitud o incluso de conectarse.

*De conformidad a lo expuesto, **se rechaza la demanda con costas por estimar que el demandante carece de motivo plausible de litigar al omitir información en cuanto a la forma en que se terminaron sus servicios para la empresa**”.*

De lo transcrito se desprende que el elemento esencial para la determinación de existencia de subordinación laboral, a juicio del tribunal, es la existencia de sanciones por parte del propietario de la plataforma, esto es, por parte de la plataforma al conductor.

Además se hace cargo de análisis de algunos elementos clásicos en la determinación de relación laboral, como por ejemplo es el uso de vestimenta. No así del análisis del script o imagen utilizada por la plataforma, que tal vez sería una adecuación o actualización del criterio antes señalado, mucho más idóneo para efectos de este análisis que la verificación de uso de uniforme.

El único elemento que el tribunal estima como indiciario de existencia de relación laboral es la exigencia obligatoria de un mínimo de 30 horas semanales de conducción. Sin embargo, y a pesar de dicha exigencia expresa, el tribunal desacredita que el mismo sea un indicio de laboralidad por la inexistencia de alguna sanción al efecto.

3. Una crítica y algunos avances en jurisprudencia comparada

El tribunal ha centrado en el presente caso el análisis de la existencia de la relación laboral en la verificación de imposición de sanciones. Sin embargo, ¿debió haber analizado otro tipo de elementos en la determinación de existencia de relación laboral?

Al efecto podría el tribunal haber desarrollado un análisis en torno a la evolución del concepto de subordinación, y los distintos elementos que le

configuran, distinguiendo, por ejemplo, los siguientes conceptos¹⁸:

Subordinación económica: determinación consistente en la verificación de la dependencia económica de su empleador. Esta definición amerita una instancia de superación bajo la constatación de la posibilidad de que el empleado puede tener una mejor situación financiera que su empleador.

Subordinación técnica: El trabajador depende del conocimiento técnico del empleador para el desarrollo de su tarea. Nuevamente, bajo este criterio, ¿qué sucede con los trabajos en que el trabajador, precisamente por sus especiales y específicos conocimientos técnicos ha sido contratado para desarrollar sus labores?. Sucede en realidad que en muchas ocupaciones los trabajadores dependientes poseen un conocimiento técnico específico y avanzado, por ejemplo, en labores relacionados con innovación. Lo anterior además tiene consecuencias relacionadas con el registro de propiedad intelectual o industrial de algunos inventos que fuesen desarrollados en el contexto de la labor realizada¹⁹, los cuales serán de propiedad del empleador.

Subordinación moral: Este concepto puede relacionarse con un deber de obediencia, sin embargo, no esclarece mayormente los elementos propios de la subordinación, sino que limita la determinación de relación de acción laboral desde una perspectiva eminentemente subjetiva, y se convierte en un elemento tautológico.

Subordinación jurídica: Desde esta perspectiva, lo esencial es el análisis de la posición de ambas partes determinada en el Derecho del Trabajo. El reconocimiento del poder de mando y dirección. El eje de análisis se centra en el sometimiento a los poderes del empresario.

Subordinación Física o funcional: Por último, otra perspectiva respecto de la cual se pudo haber desarrollado el análisis es el de la subordinación física o funcional. En este sentido los elementos objeto de análisis será la relación del supuesto trabajador con las instalaciones del empresario. O, desde otro punto de vista, la determinación del control del proceso productivo.

¹⁸ Para estos efectos seguimos a Rodrigo Pessoa, *Derecho del Trabajo sistematizado*. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad de la Frontera, 2019) p. 149 y ss.

¹⁹ Alfredo Sierra Herrero. *Patentes de invención y derecho del trabajo. Régimen jurídico de las invenciones realizadas por el trabajador*. (Santiago, Chile: Legal Publishing - Thomson Reuters, 2013, IX+149 pp.

Como hemos reseñado de modo ejemplar existen diversas orientaciones desde las cuales pudo haber desarrollado su análisis el tribunal, ampliando el ámbito de interpretación del concepto de subordinación laboral. En dicho sentido, es útil tener en perspectiva cada uno de los elementos señalados, que, si bien de manera autónoma no resultan suficientes a la hora de calificar jurídicamente la relación como una de naturaleza laboral, sí son útiles al momento de transitar el camino de penumbra en la determinación de relación laboral. ¿Por qué razones el control de los derechos y deberes, y los términos de contratación por parte de la empresa de plataformas no son constitutivas de subordinación funcional? ¿Se trata de un simple contrato de adhesión? ¿Dicha circunstancia no desvirtúa la teoría de existencia de una plataforma de colaboración libre, y más bien establece un sistema de intermediación lucrativo?

Si bien la autoridad administrativa laboral chilena ha declarado no tener competencia para pronunciarse sobre la existencia de relación laboral respecto de los conductores de la aplicación Uber (ORD. N°6165 de 29 de diciembre de 2016)²⁰, sí hubiese sido útil recurrir a criterios administrativos de antaño para la determinación de indicios de relación laboral, como la dedicación de tiempo significativo y cumplimiento de jornada, horario determinado, diario y semanal, obligatorio y continuado, aceptación de tareas encomendadas en dicho horario, sin posibilidad de rechazo lícito, pautas de dirección y organización, supervigilancia, instrucciones y control acerca de la forma y oportunidad de ejecución de los labores, sujeción a ordenamiento interno, obligación de rendir cuentas (sin autonomía de gestión), obligación de mantenerse a disposición del empleador en forma estable y continua, prestación de servicios en las instalaciones de la empresa, con maquinarias, vehículos, muebles, herramientas

²⁰ Sin perjuicio de lo cual constató, por ejemplo, que: 1.- Las personas que contactan a Uber y que cumplan con los requisitos, se inscriben y una vez que son seleccionados, reciben una capacitación para uso de software o aplicación electrónica en teléfono inteligente; 2.- A estas personas se les denomina "socios", los cuales ponen a disposición de la empresa Uber Chile SpA su tiempo y su vehículo.; 3.- El sistema electrónico, software o aplicación electrónica, permite a un cliente enviar una solicitud de servicio de transporte. Esta solicitud es recibida por el "socio" más cercano a la ubicación del cliente quien puede aceptar o rechazar la asignación.; 4.- Si el "socio conductor" acepta la solicitud de servicio de transporte, se dirige al lugar, se identifica, identifica al cliente y procede a su traslado.; 5.- Una vez efectuado el servicio, el cliente paga con tarjeta de crédito (actualmente la empresa ha habilitado una forma de pago en efectivo), y el conductor recibe el pago por los servicios efectuados a través de depósitos electrónicos semanales.

o materiales de la empresa con el deber de uso apropiado de los mismos, exclusividad de los servicios, etc (DT Ord. N° 5299/0249 de 14 de septiembre de 1992).

El concepto de subordinación laboral en Chile es un concepto jurídico indeterminado, y requiere del ejercicio de discrecionalidad judicial a efectos de establecer su contenido y determinar su aplicación a un caso concreto, mediante el desarrollo de argumentación jurídica fundada. Pero, en cualquier caso, dicho ejercicio discrecional, para ser fundado, requiere de un correcto desarrollo argumentativo. Creemos que el caso expuesto no otorga los elementos suficientes que permitan dar un avance en el descubrimiento de las nuevas formas de subordinación propias del ejercicio de labores a través de estas nuevas plataformas.

Como señala el profesor Pessoa “la subordinación es un elemento importantísimo en el contrato de trabajo, ya que, el trabajo que no es prestado bajo subordinación y dependencia no es protegido por las leyes laborales”²¹, y por lo mismo una de las tareas principales de la doctrina laboralista es aportar en la intelección de dicho concepto y su evolución.

En dicho sentido, compartimos lo señalado por Golcman cuando señala que

*La dificultad de interpretación de esta modalidad de prestar servicios es innegable, y la binaria descripción que ofrece el Derecho Laboral para encorsetar una relación de trabajo, ora como dependiente, ora como autónomo, puede convertirse en un obstáculo para recoger con justicia al vínculo que propone este modelo de realizar negocios. Las categorías intermedias que existen en la experiencia comparada podrían permitir una más fácil identificación del caso a un determinado tipo legal, aunque proporcionan un grado de protección menor al del contrato de trabajo*²².

Sin embargo, no debemos olvidar que no es tarea del juez el desarrollar

²¹ Rodrigo Pessoa, Derecho del Trabajo sistematizado. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad de la Frontera, 2019) p. 149.

²² Martín Federico Golcman. *La prestación de servicios en Uber, ¿es contrato de trabajo? El caso argentino. Una reflexión desde el Derecho del Trabajo argentino a la interrogante que se plantea el mundo, a dos años de su actividad en el país*. En: Revista de Derecho Laboral, Tomo: 2018 2 Contratación laboral y despido – II, Cita: RC D 1382/2018.

una norma de carácter general que otorgue la suficiente certeza jurídica en relación a la calificación de las relaciones laborales, sino más bien del legislador.

Si bien no es fuente del derecho vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, hoy en día es de utilidad también tener a la vista la jurisprudencia del derecho comparado, y la forma en que se ha abordado el análisis sobre la laboralidad de estas relaciones jurídicas intermediadas por plataformas, y su relación con la precariedad del empleo.

Al efecto, consideraciones que se han tenido a la vista hoy en día, son, por ejemplo, que “Uber al ser una plataforma electrónica que presta, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, un servicio remunerado de puesta en contacto de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean realizar desplazamiento urbanos, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte. Los conductores de Uber no ejercen una actividad propia que exista de manera independiente, sino que al contrario, esta actividad únicamente puede existir gracias a la plataforma, sin la que no tendría ningún sentido. La aplicación tecnológica es “indispensable” para realizar el desplazamiento y sin ella “los conductores no podrían prestar el servicio” (Sentencia dictada en asunto C-434/1520 de 20 diciembre del 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)²³)

Asimismo, el control de la forma de funcionamiento y operatividad del servicio brindado a través de la plataforma ha servido como elemento de análisis en el tema expuesto. Se ha señalado al respecto que “Uber es una actividad de transporte que “controla todos los aspectos pertinentes de un servicio de transporte urbano: el precio, los requisitos mínimos de seguridad —a través de la imposición de exigencias previas relativas a los conductores y los vehículos—, la accesibilidad de la oferta de transporte (al incitar a los conductores a ejercer su actividad en los momentos y lugares de mayor demanda), el comportamiento de los conductores, mediante el sistema de evaluación, y por último, la posibilidad de expulsión de la plataforma. Por lo tanto, Uber controla los factores económicamente pertinentes del servicio de transporte ofrecido en su

²³ Tribunal de Justicia (Gran Sala) en el asunto C-434/15, “Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S. L.”, del 20-12-2017.

plataforma”.

Para efectos de comparar el diverso tipo de análisis desarrollado en derecho comparado, también a propósito de una sentencia, podemos analizar la dictada por el Employment Tribunal (Londres), Case Numbers 2202551/2015 & Others, de 28 de Octubre de 2016²⁴, en el cual podemos encontrar un análisis de los clásicos indicios de laboralidad, y los que podríamos denominar como “nuevos indicios de laboralidad”.

Dentro del grupo de indicios clásicos podemos encontrar que²⁵:

- Uber dicta instrucciones: El tribunal considera que a pesar de que el conductor puede elegir cuándo trabajar y cuándo no, eso no excluye la laboralidad dado que cuándo está trabajando debe aceptar los viajes –o se arriesga a ser “desactivado”-. Además el conductor desconoce la información esencial, como por ejemplo dónde quiere ir el pasajero, por lo que no se puede decir que el conductor realmente puede elegir qué viajes aceptar y cuáles no dado que le falta la información esencial para tomar realmente la decisión.
- Uber entrevista y selecciona a los conductores
- Uber establece la ruta a seguir por el conductor (por defecto). Y fija el precio a pagar.
- Uber impone condiciones a los conductores (ej. Coche de menos de 10 años)
- Uber recibe las quejas de los conductores e impone soluciones que el conductor debe aceptar. Ej. Si un cliente cree que el conductor ha realizado una ruta más larga de la debida puede quejarse a Uber y Uber puede descontar parte de la retribución del conductor para devolvérsela al cliente.

Entre un tipo nuevo de indicios de laboralidad encontramos que:

²⁴Employment Tribunal de Londres, Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others v Uber, Case Numbers: 2202551/2015 & Others, 28 de octubre de 2016.

²⁵ Para estos efectos seguiremos prácticamente al pie de la letra el análisis jurisprudencial realizado por el profesor Adrian Todolí, en Adrián Todolí. “Comentario a la Sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK”. Disponible en <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/> (consultado el 27-02-2020).

- Los conductores conducen bajo una marca ajena. Pero además la sentencia señala que Uber no hace publicidad en beneficio de ningún conductor en particular sino que Uber hace publicidad de su marca. Por tanto, difícilmente se puede hablar de “coordinación” entre empresas cuando se habla de Uber y los conductores.
- En segundo lugar la Sentencia califica de “ridícula” la idea de que en Londres existan 30.000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma. Es de sentido común entender que si efectivamente esos 30.000 trabajadores fueran realmente autónomos la empresa sería imposible de manejar.
- En tercer lugar, también es muy interesante que la sentencia considere indicio de laboralidad la imposibilidad que tienen estos autónomos de crecimiento. Si efectivamente fueran pequeños empresarios lo lógico sería que existieran unas mínimas –aunque fueran potenciales– posibilidades de crecimiento en el negocio. Y como dice la sentencia las únicas posibilidades de crecimiento de los conductores es que trabajen más horas. Es decir, estos trabajadores realmente solo aportan mano de obra, por lo que no pueden considerarse empresarios.
- La plataforma controla la información clave para el desarrollo del negocio

Recientemente en Uruguay se ha dictado también una sentencia²⁶ en donde los puntos destacados a fin de establecer la existencia de relación laboral, y de un poder de dirección impartiendo órdenes o directivas fueron, entre otros, los siguientes:

- a. Se impartían ordenes mediante correo electrónico dándoles instrucciones de como cumplir el servicio, protocolos acerca del trato a brindar a clientes, condiciones de higiene que debe tener el vehículo y sugerencias para hacer más ameno el viaje.
- b. Se premia o sanciona al empleado, ya sea bloqueando la aplicación cuando como se plantean desinteligencias en relación a objetos perdidos

²⁶ Juzgado Letrado de Trabajo de Trabajo de 6º Turno de Montevideo, Sentencia N° 77 de 11 de noviembre de 2019.

- de un pasajero.
- c. Se premia con las tarifas dinámicas a aquellos choferes que tienen mayor aceptación de viajes y si no acepta se le baja la puntuación para poder recibir mejores viajes.
 - d. Existencia de guías comunitarias para instruir de cómo ponerse los cinturones de seguridad, de no ingerir alimentos en el vehículo, etc.
 - e. Organiza el trabajo, establece tarifas dinámicas e incentiva a los conductores a tener un mejor salario, dándoles incentivos propios de una relación de trabajo dependiente, premiando la productividad de aquellos que aceptan realizar más viajes.
 - f. El “socio conductor” es el que ejecuta el servicio que ofrece la empresa que actúa bajo la marca registrada “UBER”.
 - g. Cuando bloquea o suspende dicha cuenta no le está proporcionando trabajo y lo hace en ejercicio del poder disciplinario ante alguna conducta del empleado.

Sólo de modo ejemplar hemos citado algunas de las sentencias y exploraciones que la jurisprudencia en derecho comparado ha alzado en el esclarecimiento de la determinación de laboralidad del vínculo entre una empresa de plataformas y los prestadores de servicios que se desempeñan para ellas.

De esta forma, en el último tiempo ya hemos podido encontrar elementos en derecho comparado que deben ser analizados y recogidos por nuestra legislación laboral a efectos de regular de manera correcta la labor realizada por quienes prestan servicios en esta modalidad.

Cabe entonces la pregunta sobre el estado actual de la legislación chilena en la materia. Si bien no existe una regulación vigente que aborde el asunto en la materia, sí existen proyectos de ley en tramitación que pretenden hacerse cargo de la materia, y que expondremos brevemente en lo que sigue.

4. Proyectos de ley en trámite

El gobierno del presidente de Chile Sebastián Piñera ingresó en 2019 un

proyecto de ley al congreso que pretende hacerse cargo de la modernización laboral en Chile. Se trata del “Proyecto de ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión”. (Boletín 2618-13 14 de mayo de 2019).

El mensaje presidencial (Mensaje Pres. N° 021-367) señala literalmente lo siguiente:

“Se agrega un nuevo artículo 8 bis al Código del Trabajo, a fin de aclarar los alcances de la prestación de servicios a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación, estableciéndose que los servicios prestados a través de éstas no constituyen, por regla general, relación laboral. Lo anterior, en la medida en que no se den los elementos propios y característicos de la subordinación y dependencia, tales como, la obligación de asistencia y la existencia de una jornada de trabajo, la obligación de realizar el trabajo diario siguiendo las instrucciones del empleador y su supervigilancia directa, así como la obligación de mantenerse a disposición del mismo”.

El precepto que se pretende incluir dispone:

- *Artículo 8 bis.- De los servicios prestados a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación. No dan origen al contrato de trabajo, los servicios prestados por personas naturales a través de plataformas digitales que intermedien entre estas personas y los usuarios de dichos servicios, sin obligación de exclusividad, y con libertad para determinar la oportunidad y tiempo que destinarán a la prestación de tales servicios. Lo anterior, en la medida en que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 7 de este Código. (...)*²⁷

²⁷ Continúa el precepto señalando que:

*En cualquier caso, las empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación y las personas naturales que presten servicios a través de éstas, **deberán establecer, a lo menos, las siguientes condiciones**, las que **no constituirán por sí solas presunción de dependencia y subordinación**:*

- a) Las **directrices** que sean estrictamente necesarias o imprescindibles para la debida ejecución del servicio, **sin que éstas impliquen determinar la forma y oportunidad en que éstos serán prestados, ni supervigilar al prestador de servicios.***
- b) Los términos y condiciones que determinen el **precio** e incentivos por la prestación de los servicios.*
- c) La distribución de los **gastos y reembolsos** que asumirá la empresa que opera mediante plataforma digital, de haberlos.*
- d) Las **modalidades de intercambio de información** entre la empresa que opera mediante la plataforma digital y las personas naturales que prestan servicios a través de ellas.*

Sin perjuicio de lo señalado, en este proyecto se opta por otorgar protección social a las personas que prestan tales servicios a través de estas plataformas, otorgándoles cobertura completa en materia de salud, pensiones, accidentes del trabajo, seguro para hijos afectados por condiciones graves de salud (Ley SANNA), seguro de invalidez y sobrevivencia, pre y post natal, entre otros.

La intención del gobierno ha sido clara. La regla general es que quien preste servicios a través de una empresa de plataformas no mantiene una relación laboral con esta. No bastando aquello, se encarga de establecer o tipificar cuáles son los elementos que sería necesario pactar con quienes se desempeñen en dichas empresas, sin que aquellos constituyan por sí solas elementos que permitan acreditar la existencia de una relación laboral. O sea, en otras palabras, no se limita a señalar los elementos propios de una relación de prestación de servicios a través de plataformas, sino que expresamente señala que dichos elementos no constituirán por sí presunción de dependencia y subordinación. ¿cuál es la razón para establecer dicha disposición?: ni más ni menos que restar un valor jurídico a los elementos que pueden ser acreditados en juicio y que clásicamente guiarían a la determinación de relación laboral, incluso desde una perspectiva clásica.

La propuesta legislativa tiene como pretensión otorgar certeza jurídica, pero desde la consideración base de que la utilización de dichas plataformas no es constitutiva de relación laboral. Existe por tanto una postura político ideológica en torno a la calificación de la relación como una de carácter autónomo o independiente, y no laboral.

A nuestro entender esta propuesta toma un camino contrario al que se ha desarrollado en el mundo laboral doctrinario y jurisprudencial comparado. No

-
- e) La **calidad del servicio esperada** y las circunstancias que puedan producir el término de la relación comercial entre la empresa que opera mediante la plataforma digital y las personas naturales que prestan servicios.
 - f) El detalle de las **medidas y equipos de seguridad que deben ser utilizados** por los prestadores de servicios para evitar daños personales y/o a terceros.
 - Estas condiciones deberán publicarse en el sitio web de la empresa y deberán contenerse en los contratos que se suscriban entre las partes.
 - En **ningún caso** las empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación **podrán exigir exclusividad** al prestador de servicios.”

sólo obvia las consideraciones evolutivas del concepto de subordinación (por ejemplo, a propósito de la supervigilancia a distancia, o *supervigilancia uberiana*), sino que incluso pretende esclarecer que aquellos que podrían parecer indicios de laboralidad clásicos no son suficientes por sí mismos para dicha calificación.

En paralelo se encuentra en tramitación un proyecto de ley ingresado por dos parlamentarios de oposición (Frente amplio)²⁸, que apunta en una dirección absolutamente contraria mediante la inclusión de los dos siguientes preceptos:

“Artículo 1.- Plataformas Digitales de Servicios. Para efectos de esta ley se entiende por Plataforma Digital de Servicios toda persona jurídica que ofrece sus prestaciones a través de una infraestructura digital cuyo propósito es organizar y controlar, por medio de algoritmos, la realización de los servicios conectando a los trabajadores con los clientes que los solicitan.

- Se presume de derecho que la Plataforma de Servicios es representada como empleadora por la persona natural o jurídica que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de ella en Chile.*
- **Artículo 3.- Contrato de trabajo.** Para efectos de esta ley se entiende por contrato de trabajo la convención por la cual la Plataforma de Servicios y el o la trabajador(a) se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, a través de una infraestructura digital que lo conecta con clientes con el objeto de que preste el servicio que la plataforma ofrece, y aquella a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.*

Si bien estamos de acuerdo con la necesidad de establecer una solución legislativa de la controversia, atendido el sistema de fuentes imperante en el ordenamiento jurídico chileno, no creemos que la solución es la determinación de una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario, en la determinación de la calificación de una relación laboral, aunque sí representa un

²⁸ Maite Orsini y Giorgio Jackson “Mi Jefe es una app”, Boletín 12475-13.

avance en la perspectiva global.

La definición de contrato de trabajo para estos efectos parece idónea, aunque no debiese clausurar los elementos que la constituyan, sino más bien, enunciar los elementos mínimos a considerar.

Creemos que la solución legislativa debiese estar atravesada por la regulación de un tipo especial de contrato de trabajo, tal como existe para los trabajadores de casa particular, los trabajadores profesionales del deporte, trabajadores agrícolas, u otros similares. En dicho estatuto debiesen regularse materias como la jornada, las remuneraciones, los descansos, entre otras materias mínimas que regulen el desempeño a través de plataformas.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario también preguntarse por qué estos temas no se han judicializado masivamente, sin perjuicio del incremento exponencial de usuarios y prestadores a través de plataformas. Una de las razones que pueden fundar lo anterior es precisamente la libertad en el cumplimiento de las tareas, la posibilidad de obtener ingresos superiores a los que se obtendría en otros empleos, o incluso, la conformidad con las rentas percibidas libremente en este modo de prestación de servicios. Sin embargo, aún de ser aquella la razón social de fondo, amerita una visión crítica, atendida la situación de auto explotación a la que se ven expuestos estos prestadores de servicio, que en muchos casos, tal como lo evidencia el estudio citado en la introducción de este artículo, llevan a dichos conductores a superar por lejos el límite máximo de jornada ordinaria laboral semanal, e incluso la diaria. Pareciese ser que con esta apertura no hay salida de la “sociedad del cansancio”²⁹.

5. Conclusiones

Desde una perspectiva optimista se puede sostener que los avances tecnológicos de la humanidad facilitan el desarrollo de la vida en común, y terminan siendo formas de mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad en la consecución de un bien general. En una perspectiva más escéptica se puede

²⁹ Byung, Chul Han *La sociedad del cansancio* (Die Müdigkeitsgesellschaft). (Trans. A. Saratxaga Arregi). (Barcelona: Herder, 2012), pp. 79.

sostener que estos avances no son sino el moldeamiento y adecuación contemporánea del capitalismo en su afán de supervivencia. Paradójicamente mientras más fácil es comunicarse globalmente, más aislado y solo parece sentirse el hombre.

En el contexto de desarrollo de las tecnologías aparecen las plataformas digitales como figuras insignes del momento actual de la humanidad. Aplicaciones para poder encontrar pareja, para solicitar transporte, para poder intercambiar bienes y servicios, etc. En dicho contexto surge la pregunta sobre la incidencia de estas formas de relacionamiento con el Derecho del Trabajo. Nuestro estudio ha pretendido estudiar el estudio actual de la cuestión en Chile a propósito de la única sentencia que ha sido dictada en la materia, y en relación al estado actual de la cuestión.

A pesar del masivo uso de plataformas en Chile no ha existido mayor desarrollo jurisprudencial en materia laboral, ni tampoco en materia doctrinaria. La única sentencia dictada por un tribunal de justicia en materia laboral fue dictada hace cinco años. Dicho caso centró el análisis de la existencia de la relación laboral fundamentalmente en la concretización de sanciones por parte de la empresa respecto del trabajador, sin perjuicio de considerar brevemente también el uso de uniforme, libertad horaria, entre otros tópicos.

A nuestro entender en Chile nos encontramos en deuda en el desarrollo de esta materia, y precisamente por los avances en derecho comparado en los últimos años es necesario hoy abordar el tema recogiendo elementos que permitan comprender de manera evolutiva el tradicional concepto de subordinación y dependencia.

No se trata de abandonar los conceptos definitorios de la relación laboral, como es la subordinación, sino más bien de reconocer y establecer una nueva delimitación de su concepto atendidas las nuevas formas de organización empresarial, el desarrollo de las formas de producción, y en general, el estado tecnológico actual en el mundo.

Una cultura jurídica interna como la chilena, que es portadora de una consideración esencial en la ley como fuente de derecho, requiere por tanto también una salida legislativa al asunto. En dicho sentido se encuentran en

tramitación dos proyectos de ley que pretenden regular de manera completamente diversa la materia.

A nuestro entender la solución adecuada pasa por la dictación de una reforma legal que regule la materia en un estatuto jurídico especial, esto es, si bien dentro del Código del Trabajo, ha de regularse como un tipo de contrato especial, tal como el de los trabajadores agrícolas, los trabajadores embarcados o gente de mar y trabajadores portuarios eventuales, y otros. Dicha reforma legislativa debe ser llevada a cabo escuchando tanto a los representantes de las respectivas empresas como a los agentes que las utilizan para ponerse a disposición como prestadores de Servicio. Lamentablemente para que estos segundos agentes puedan tener una participación idónea en el proceso de discusión se requiere de un significativo nivel de organización, elemento que es conocidamente bajo en Chile³⁰.

La solución legislativa debe tener en consideración la evolución del concepto de subordinación para efectos laborales y también la lógica de funcionamiento de una plataforma, siendo necesario que se aborde en concreto la dinámica de funcionamiento y retribución o no retribución de determinados servicios prestados. Asimismo será necesario una vez más preguntarse y ponderar los intereses de quienes están dispuestos a continuar bajo este régimen de libre acceso, en las condiciones de desregulación que actualmente se encuentra este servicio. Quienes tienen interés en prestar esporádicamente servicios a través de la plataforma, o incluso quienes sostienen obtener ingresos mayores desempeñándose en este medio que en algún otro trabajo remunerado tradicional.

Es trascendental utilizar como insumo o fuente material en la dictación de la ley, las discusiones que se han sostenido en la materia en derecho comparado, y sus avances.

Es un desafío del cual hay que hacerse cargo a la brevedad, pues aquello que en los últimos años ha venido a denominarse “futuro del derecho del trabajo”

³⁰ Existe un “sindicato” Uber en Chile constituido recientemente, aunque atendido el excesivo formalismo en la constitución y reconocimiento de las organizaciones sindicales en Chile, requerirían para una constitución formal previamente obtener la declaración de relación laboral, cuestión que a la fecha no ha ocurrido: <http://www.sindicatouberchile.cl/index.php/Principal/index>.

es en realidad el presente y ya está aquí, frente a nuestras narices.

Bibliografía

- GOLCMAN, M. (2018). "La prestación de servicios en Uber, ¿es contrato de trabajo? El caso argentino. Una reflexión desde el Derecho del Trabajo argentino a la interrogante que se plantea el mundo, a dos años de su actividad en el país". *Revista de Derecho Laboral*, Tomo: 2018 2 Contratación laboral y despido – II, Editorial Rubinzal Culzoni, Cita: RC D 1382/2018.
- HAN, B. (2012). *La sociedad del cansancio* (Die Müdigkeitsgesellschaft). (Trans. A. Saratxaga Arregi). Barcelona: Herder.
- HAN, B. (2014). *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder.
- MUÑOZ GARCÍA, B. (2018). "Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar". *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, VOL 9, N° 17, pp. 13-40.
- OPPENHEIMER, A. (2018). "Sálvese quien pueda: el futuro del trabajo, la era de la automatización" Santiago de Chile: Primera Ed. Penguin Random House.
- PESSOA, R. (2019). *Derecho del Trabajo sistematizado*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad de la Frontera.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2019). *La economía de las plataformas colaborativas en Chile: Uso y percepción*. Santiago de Chile: Tren Digital, Pontificia Universidad Católica de Chile y Media Interactive.
- ROSENBAUM, F. (2019). "El derecho a la desconexión". *Revista de Direito do Trabalho*, Número especial Segundo Congreso Mundial CIELO Laboral, Ed. Thomson Reuters.
- SCHWAB, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Santiago: Editorial Debate.
- SIERRA HERRERO, A. (2013). *Patentes de invención y derecho del trabajo. Régimen jurídico de las invenciones realizadas por el trabajador*. Santiago, Chile: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- SRNICEK, N. (2019) *Capitalismo de plataformas*. Buenos Aires: Caja Negra Editora.
- TORRENT I SELLENS, J. (2019). "¿Economía colaborativa o economía de plataforma? más allá de un debate inacabable". *Harvard Deusto business*

review, ISSN 0210-900X, N° 289, pp. 58 a 69.

TOSO MILOS, Á. (2018). “La irrupción de Uber en el mercado del transporte de pasajeros: naturaleza jurídica de su actividad y alternativas de regulación en Chile”. *Revista Sentencias destacadas 2017*,, Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo.

Recursos electrónicos

FIELBAUM, A. & TIRACHINI, A. (2019). Características del trabajo de conducción en plataformas ride-hailing (tipo Uber y Cabify). Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/330675646> [Características del trabajo de conducción en plataformas ride-hailing tipo Uber y Cabify en Chile.](#)

TODOLÍ, A. (2016). “Comentario a la Sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK”. Disponible en <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>.

**LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE
SERVICIOS EN PLATAFORMAS DIGITALES. UN ANÁLISIS A
LA LUZ DE LA RECIENTE DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA**

**THE LEGAL QUALIFICATION OF THE PROVISION OF
SERVICES ON DIGITAL PLATFORMS. AN ANALYSIS IN
LIGHT OF THE RECENT SPANISH JUDICIAL DOCTRINE**

José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada
(España).*

Daniel PERES DÍAZ

Investigador Predoctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España)

Fecha de envío: 28/02/2020

Fecha de aceptación: 28/02/2020

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN PLATAFORMAS DIGITALES. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA RECIENTE DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA

José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS

Universidad de Granada (España).

Daniel PERES DÍAZ

Universidad de Granada (España).

Resumen: En el presente trabajo se aborda la problemática de la calificación jurídica de la relación que une al prestador de servicios con la plataforma digital. A tal fin, se esbozan las líneas de tendencia en el seno de la UE, prestando especial atención a la *Agenda Europea para una economía colaborativa*. Seguidamente, se analiza la respuesta de la doctrina judicial española a partir de dos casos recientes, los de *Glovo* y *Deliveroo*. Finalmente, se plantean algunas reflexiones finales en el marco del debate sobre la regulación jurídica de la economía de plataformas.

Palabras clave: Economía de plataformas - Calificación jurídica - TRADE - Glovo - Deliveroo

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Caracterización y principales líneas de tendencia en la Unión Europea. 2.1. La Agenda Europea para la economía colaborativa y el caso de Uber. 2.2. La “bipolaridad” de las resoluciones judiciales en la determinación de la relación de trabajo. 3. La problemática de la calificación jurídica. 3.1. Aproximación al Derecho positivo español. 3.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019 (*Glovo*). 3.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de enero de

2020 (*Deliveroo*). 4. Reflexiones para el debate doctrinal.

Abstract: This paper addresses the issue of the legal qualification of the relationship between the service provider and the digital platform. To this end, the trend lines are outlined within the EU, paying special attention to the European Agenda for a collaborative economy. Next, the response of the Spanish jurisprudence is analyzed based on two recent cases, those of Glovo and Deliveroo. Finally, some final thoughts are raised in the framework of the debate on the regulation of the platform economy.

Key words: Platform economy - Legal qualification - TRADE - Glovo - Deliveroo

Summary: 1. Approach. 2. Characterization and main trend lines in the European Union. 2.1. The European Agenda for the collaborative economy and the case of Uber. 2.2. The “bipolarity” of judicial decisions in determining the employment relationship. 3. The problem of legal qualification. 3.1. Approach to Spanish positive law. 3.2. Judgment of the Superior Court of Justice of Madrid of November 27, 2019 (*Glovo*). 3.3. Judgment of the Superior Court of Justice of Madrid of January 17, 2020 (*Deliveroo*). 4. Reflections for the doctrinal debate.

1. Planteamiento

En solo unos pocos años, las plataformas digitales que ponen en contacto a consumidores y proveedores de forma puntual (p. ej., *Uber* y *AirBnB*) han pasado, de ser una rareza, a convertirse en uno de los sectores más dinámicos de la economía moderna (Fundación Alternativas, 2018). Como indica el Observatorio para el Análisis y el Desarrollo Económico de Internet (2018: 12), la creciente digitalización de la población española y la rapidez con la que se ha extendido el uso de los dispositivos móviles con conexión a Internet (un 86% de la población tiene conexión móvil) está siendo clave para que muchos ciudadanos se hayan convertido ya en usuarios de las plataformas para múltiples propósitos; el número de internautas que utilizó alguna plataforma al menos una vez al año aumentó en 4 puntos en un año, alcanzando el 30% en 2017.

Esta alta demanda ya está teniendo un impacto evidente en el empleo. Según el informe *El mercado laboral digital a debate: plataformas, trabajadores, derechos y workertech* (Fundación COTEC, 2019), el trabajo a tiempo completo con un único empleador –considerado el modelo o estándar durante décadas– está dando paso a un tipo de empleo “no convencional” (a tiempo parcial, para varios empleadores y mediante el uso de plataformas digitales). Las estadísticas oficiales de la UE sugieren que el empleo no convencional llegó a alcanzar, en el año 2016, el 32% del total de trabajadores comunitarios. De continuar esta tendencia, el trabajo no convencional en el espacio europeo podría ser la forma mayoritaria de empleo para el año 2030.

Lejos de ser esta una cuestión inocua, y a la vista de los datos presentados, la expansión de la economía digital está generando serias dudas acerca de la naturaleza jurídica de la relación contractual de los trabajadores que prestan sus servicios para las plataformas digitales, cuyo funcionamiento se caracteriza por una alta flexibilidad que, en el mejor de los casos, contribuye a acentuar la precariedad laboral; ello se debe, entre otros factores, a la inestabilidad, los bajos salarios y la inseguridad. Así, según la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT (2018), de un total del 56% de los trabajadores que declara que el trabajo colaborativo es su empleo principal, solo

el 55% afirma que tiene acceso a cobertura sanitaria y tan solo el 24% realiza contribuciones a un seguro de salud. Las proporciones son aún más bajas en relación con las pensiones, pues solo el 25% de los trabajadores tiene acceso a un plan de pensiones y solo el 15% hace contribuciones a un fondo de pensiones.

Por otra parte, el impacto negativo en las arcas del Estado es claro, toda vez que se recauda menos vía impuestos y cotizaciones¹. Cabe advertir, también, que en términos generales las plataformas no disponen apenas de trabajadores asalariados (salvo personal de oficina y mantenimiento) ni de infraestructura, más allá de la plataforma virtual o App móvil (Cavas Martínez, 2017).

Ante este fenómeno surgen, al menos, dos líneas de debate jurídico. En primer lugar, una relativa al Derecho de la competencia, pues los sectores económicos tradicionales (taxi, hoteles, inmobiliarias, empresas de mensajería, etc.) acusan a las plataformas digitales de competencia desleal y vulneración de las reglas del libre mercado. En segundo lugar, otra vinculada al Derecho del trabajo (con conexiones con el Derecho de consumo), toda vez que la irrupción de estos servicios, que facilitan la vida a la mayoría de los consumidores, tiene una serie de costes laborales más que cuestionables; tanto es así que algunos autores hablan de *precariado* como nueva clase social², y más en concreto, del nuevo “precariado digital”. Esta segunda línea es la que nos interesa abordar aquí, analizando específicamente la necesidad de regular estos fenómenos por el Derecho desde una perspectiva laboral y de Seguridad Social (Rodríguez Fernández, 2018). A ello nos dedicaremos en los siguientes apartados.

¹ Ciertamente, como podrá comprobarse más adelante, las plataformas digitales de reparto están impulsando la habilitación de una nueva relación contractual *ad hoc* que consolide sus prácticas. Una extensión de este modelo redundaría en una alteración estructural de las relaciones laborales hacia un esquema completamente precario y con un impacto drástico y permanente en la capacidad redistributiva de los Estados del bienestar o Estados sociales (UGT, 2019: 11).

² Frente a la “ciudadanía industrial”, cuya articulación por parte de la socialdemocracia en la época de posguerra garantizó ciertas seguridades en el ámbito social, Standing (2013) acuña el término “precariado” para hacer referencia a ese proletariado del S. XXI que vive una permanente precariedad laboral, entendida como una inacabable situación de temporalidad, desempleo o subempleo, que significa para un amplio sector de la población trabajadora vivir un estado de aislamiento y debilidad frente al capital, del que se deriva una constante incertidumbre en todos los órdenes de la existencia. En este sentido, podría interpretarse que la economía digital viene a agudizar, todavía más, esa precarización laboral de carácter permanente.

2. Caracterización y principales líneas de tendencia en la Unión Europea

La economía de plataformas engloba una tipología variada de negocios, la cual no puede ser abordada *in extenso* en estas páginas. Baste, a los efectos de obtener una primera caracterización básica, con nombrar las formas genéricas en que aquella se desenvuelve. Instituciones como Eurofound, la OIT y la OECD coinciden en diferenciar las plataformas en función de las distintas formas de realizar el trabajo (Sánchez-Urán Azaña, 2019). Así, por un lado, habría que mencionar las plataformas *on-location*, que son aquellas en las que el trabajo debe llevarse a cabo en persona y en el lugar requerido (p. ej., *Uber*, *Glovo*, *Deliveroo*, etc.); del otro lado, estarían las plataformas *online* (o *web-based*, según la terminología de la OIT), en las que el trabajo se asigna y se entrega por Internet (p. ej., *Amazon Mechanical Turk*). Se trata de un fenómeno de externalización de la totalidad de la prestación de servicios mediante colaboradores “supuestamente” autónomos registrados en la plataforma (*crowdworkers*), a los que se ofrece el servicio masivamente mediante *open-call* (servicio *on demand*). Ello deriva en una fuerte segmentación del trabajo en microtarefas o *microtasks* (de muy variable especialización), con implicaciones nada desdeñables para los marcos regulatorios de las relaciones laborales.

2.1. La Agenda Europea para la economía colaborativa y el caso de Uber

Según la *Agenda Europea para la economía colaborativa* (Comisión Europea, 2016), el concepto “economía colaborativa” refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares³. La economía colaborativa implica, señala

³ En este texto, es preferible el uso del término “economía de plataformas” o, en su caso, “economía digital”, ya que el vocablo “economía colaborativa” no siempre es equivalente a “consumo colaborativo”; y es que no es lícito esconder bajo la idea de “compartir gastos” lo que, en rigor, es una actividad empresarial con ánimo de lucro. En realidad, el consumo colaborativo

la Comisión, a tres categorías de agentes:

- a) Prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo o competencias. Pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (“pares”) o prestadores de servicios que actúen a título profesional (“prestadores de servicios profesionales”).
- b) Usuarios de dichos servicios.
- c) Intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”).

El caso es que la economía colaborativa plantea, muy a menudo, cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios (Comisión Europea, 2016: 2). De este modo, aparece un problema que, *prima facie*, remite a la cuestión de la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada en el seno de las plataformas digitales. Sobre esto, conviene tener presente que las primeras manifestaciones de la actividad de las plataformas en España se producen en torno al año 2010, en plena crisis económica, suscitando desde entonces conflictos judiciales significativos, como es el caso de *Uber*, con controversia respecto a si debe considerarse su actividad como un “servicio de la sociedad de la información” o si es una empresa del servicio del transporte (AISS, 2019: 13-14).

Si acudimos a la normativa comunitaria, el art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535/UE define los servicios de la sociedad de la información como “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. Es ilustrativo, a este respecto, lo dicho en el asunto C-434/15 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Afirma el Tribunal Europeo que la sociedad mercantil —*Uber*— proporciona una aplicación sin la cual los conductores no estarían en condiciones de prestar los servicios de transporte que efectivamente

o participativo tiene como objetivo el desarrollo sostenible en lo económico, humano en lo social y armónico con el planeta en lo medioambiental (Comité Económico y Social Europeo, 2014).

prestan, siendo así que, además, las personas –usuarias o consumidoras– que deseen realizar un desplazamiento urbano, no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores sin la ayuda de la susodicha sociedad mercantil. A mayor abundamiento, recuerda que *“Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores (...) mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce 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 la exclusión de éstos”* (apartado 39)⁴. Esta tesis fue confirmada en el asunto C-302/16, donde se declaraba conforme al Derecho de la Unión la posibilidad de sancionar penalmente *“el hecho de organizar un sistema de conexión de clientes y personas que realizan prestaciones de transporte por carretera a título oneroso (...) sin disponer de habilitación a tal efecto”* (apartado 27). En consecuencia, *Uber* no debe ser considerada como un prestador de servicios de la sociedad de la información, sino una empresa de transporte⁵.

Por otra parte, la economía de plataformas incide directamente en la naturaleza jurídica de la prestación del servicio, esto es, en la calificación de la relación jurídica entre el prestador de servicios y la plataforma (García Montoro, 2016). La Comisión Europea (2016: 12 y ss.) sostiene que la economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, aunque es consciente al

⁴ En la doctrina científica, esta resolución del TJUE es entendida como instituidora del denominado “test de control”, es decir, el control digital de la actividad (Sánchez-Urán Azaña, 2019: 4). En esta línea, como señalan Giner i Fabrellas y Gálvez Durán (2016: 24), el establecimiento en la evaluación de unos determinados niveles mínimos de rendimiento, con la consiguiente decisión empresarial de desactivar a los conductores que no alcanzan esos susodichos niveles, son un evidente indicio de laboralidad de los conductores. Se trataría de otro elemento más para reforzar las tesis de que *Uber* no es un simple intermediario colaborador, sino una genuina empresa de transporte.

⁵ La plataforma *Uber* —con carácter previo a la utilización de licencias VTC para la prestación del servicio de transporte de pasajeros— empleaba formas de dirección, organización y control de los conductores adscritos a su plataforma. Así, los conductores debían superar un proceso de selección, consistente en una entrevista y, en ocasiones, un examen de conocimiento de la ciudad. Además, *Uber* prohibía expresamente a sus conductores subcontratar a terceras personas o ceder la aplicación a otro conductor sin autorización escrita. La prestación de servicios se convierte, por tanto, en personalísima, característica propia del trabajo por cuenta ajena (Ginés i Fabrellas, 2018: 137).

mismo tiempo de que las modalidades de trabajo flexible pueden generar incertidumbre en cuanto a los derechos aplicables y el nivel de protección social. Y ello porque las modalidades de trabajo en el contexto de la economía colaborativa se basan a menudo en tareas individuales realizadas de manera *ad hoc*, más que en tareas realizadas regularmente en un entorno y un marco temporal preestablecidos.

En su respuesta a la Comisión Europea, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (2017) emitió el *Informe sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa* en el que instaba a los Estados miembros y a la Comisión a que, en sus respectivos ámbitos de competencia, garantizaran condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su *status*. Por su parte, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales⁶ opinó en el mismo *Informe* que era necesario establecer un marco de cooperación adecuado entre los diferentes Estados miembros, con el fin de precisar el concepto de “relación laboral” en los casos de trabajos efectuados por medio de plataformas en línea; a tal fin, siempre es útil acudir a la *Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la determinación de una relación de trabajo*, a la que también nos referiremos más adelante.

Conviene recordar que la política social es fundamentalmente competencia de los Estados miembros, si bien corresponde a la UE establecer unos estándares mínimos⁷. En relación a esos mínimos, y siempre a partir de las consideraciones necesarias para la garantía del principio de libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE), el TJUE, en el asunto Danosa (C-232/09), ya indicó que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la

⁶ La competente para el fondo de este asunto, conforme a las reglas del Derecho comunitario, es la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor. Ello pone de relieve, en general, cómo la economía colaborativa es vista en la UE como un proceso vinculado, esencialmente, a la competencia y la defensa del mercado interior.

⁷ Según el art. 4.2.b) TFUE, la Unión dispone de competencias compartidas en materia de política social en los “aspectos definidos en el presente Tratado”. Sobre esta base, si se acude a los arts. 151 y ss. TFUE, correspondientes al Título X (“Política Social”), podrá constatarse que la Unión solo goza de potestad para regular unos estándares mínimos, así como fomentar la cooperación entre los Estados miembros.

dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución” (apartado 39). Estos criterios solo tienen consecuencias en el plano comunitario, es decir, amparan un concepto de trabajador a los solos efectos de garantizar la libre circulación; ahora bien, lo cierto es que “los tribunales de los Estados miembros tienden a utilizar un conjunto similar de criterios cuando realizan su evaluación global de una determinada relación de empleo que es competencia nacional” (Comisión Europea, 2016: 14). Concretamente, el aspecto de la subordinación será fundamental para determinar la existencia o no de la relación laboral.

A este respecto, la resolución del Parlamento Europeo (2017) –en su versión definitiva– a propósito de la *Agenda europea para la economía colaborativa* viene a decir que todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, debiéndoseles garantizar, en todo caso, unas condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social, con independencia de su *status*.

Hay dos aspectos interesantes en lo que manifestó el Parlamento Europeo. En primer lugar, la primacía de los hechos, es decir, los trabajadores son o bien por cuenta ajena, o bien por cuenta propia, sin importar lo qué se indique en el contrato firmado a tal efecto entre la plataforma digital y el prestador de servicios⁸. En segundo lugar, exige unas condiciones tuitivas para todos los trabajadores, con independencia de su *status*, esto es, con independencia de si

⁸ La cuestión puede resultar obvia, máxime en el caso del Derecho español, donde el criterio para determinar la existencia de la relación laboral es realista, de conformidad con el art. 8.1 LET: “(...) Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”. No obstante, lo cierto es que ha sido necesaria la intervención judicial a fin de aclarar este extremo, y ello porque las plataformas digitales alegan, en no pocas ocasiones, que el contenido obligacional entre las partes se determina a partir de lo estipulado en el contrato (*nomen iuris*), con independencia de las características reales de la prestación de servicios. A título de ejemplo, puede recordarse la sentencia de 1 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Valencia, en la que, a propósito de un trabajador de *Deliveroo*, se recuerda lo siguiente: “(...) la calificación de la relación que vincula a las partes debe hacerse a la luz del criterio jurisprudencial (...) que pone de manifiesto cómo los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido, manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes” (FD 2º).

son calificables jurídicamente como autónomos o como trabajadores por cuenta ajena.

Ambos aspectos han obtenido su reflejo en la reciente Directiva 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 Europea⁹; y es que, en el Considerando octavo, recuerda el legislador comunitario que existe “falso trabajo por cuenta propia” cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral (definidas por el TJUE, como ya hemos visto), con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos falsos trabajadores por cuenta propia se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva a fin de evitar los abusos, siendo así que la determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse –dice la Directiva– por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación. Más aún, uno de los argumentos que sirve de justificación a la aprobación de la Directiva es, precisamente, la idea de que, en el actual entorno laboral cambiante, existe una creciente necesidad de que los trabajadores dispongan de información completa respecto de sus condiciones de trabajo esenciales; por ello, es necesario otorgar “a los trabajadores de la Unión ciertos derechos mínimos nuevos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales” (Considerando cuarto).

2.2. La “bipolaridad” de las resoluciones judiciales en la determinación de la relación de trabajo

En cualquier caso, se aprecia –tanto en el Derecho continental europeo como en el Derecho anglosajón– una jurisprudencia contradictoria en lo relativo a la calificación jurídica de la relación de servicios. De forma esquemática,

⁹ Los Estados miembros tienen de plazo para trasponer la Directiva hasta el 1 de agosto de 2022, fecha en la que quedará definitivamente derogada la hasta ahora vigente Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

pueden considerarse las siguientes resoluciones judiciales por su carácter significativo (AISS, 2019: 21):

- Sentencias de 28 de octubre de 2016 y 10 de noviembre de 2017 sobre los *drivers* de *Uber* en el Reino Unido, en las que se afirma que son trabajadores por cuenta ajena (en realidad *workers*, la tercera clasificación laboral posible en dicho país).
- Resolución del *Central Arbitration Committee* británico de 14 de noviembre de 2017 sobre los repartidores de *Deliveroo*, donde se declara que estos trabajadores son autónomos (la resolución fue confirmada por la Sentencia de la alta Corte de justicia de 5 de diciembre de 2018).
- Sentencia de la Corte de apelación de París de 9 de noviembre de 2017, en la que se considera a los repartidores de *Deliveroo* autónomos y no trabajadores.
- Resolución del *Counseil de Prud'Hommes* de París de 1 de febrero de 2018, que declara autónomos a los *drivers* de *Uber*.
- Sentencia del Tribunal de Distrito de Pensilvania de 11 de abril de 2018, en la que se entiende que los *drivers* de *UberBlack* son autónomos.
- Sentencia de la Corte Suprema de California sobre los *drivers* de *Dinamex*, de 30 de abril de 2018, que los declara trabajadores.
- Resolución de primera instancia en Turín de 10 de abril de 2018, que ha declarado que los *riders* de *Foodora* son autónomos.
- La Sentencia de la Corte de Casación francesa sobre los *riders* de *Take Eat Easy*, de 28 de noviembre de 2018, que casa y aúna la habida en la instancia (que los consideraba autónomos) y los declara trabajadores por cuenta ajena.

Rodríguez Fernández (2019: 78 y ss.) ha estudiado detenidamente la “bipolaridad” en la que incurren las resoluciones judiciales a la hora de calificar la relación jurídica. A pesar de su heterogeneidad, debido a los diferentes sistemas normativos, es posible concentrar unas pocas notas generales – indicios– a partir de las diferentes razones que esgrimen cada uno de los dos grupos de resoluciones. Las resoluciones que afirman la autonomía de los prestadores de servicios respecto de la plataforma digital argumentan que la

prestación de servicios no es personal (ya que el prestador puede ser sustituido) ni tampoco exclusiva. Asimismo, arguyen que el prestador es autónomo, decide la forma de ejecución y los beneficios que desea obtener (puesto que es él quien decide cuántas horas está conectado).

Al contrario, el grupo de resoluciones que sostiene la existencia de la relación laboral, lo hacen argumentando que la geolocalización es un claro símbolo de dependencia y que la libertad de aceptar o rechazar los servicios no es tal, toda vez que existe un sistema de puntuación que penaliza a la hora de obtener futuros pedidos. También, afirman que el negocio, a fin de cuentas, pertenece a la plataforma de servicios, pues ella es la que aparece como proveedora ante el público.

Una vez dibujado el contexto general, es posible detenerse en las resoluciones, tanto administrativas como judiciales, que se han ido produciendo en el Derecho español. Se trata de un cúmulo de decisiones que vienen a confirmar, aunque sea de modo provisional, una tesis garantista y tuitiva de los derechos de los trabajadores de las plataformas digitales; en especial, en el año 2019 y este recién estrenado 2020, donde las empresas *Glovo* y *Deliveroo* han visto frustradas sus expectativas de que los *riders* (o *glovers*, o como quiera llamárseles) sean considerados como trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), figura específica de trabajador autónomo sujeta a un régimen tutelar extralaboral pero reforzado respecto de lo que se pudiera considerar un autónomo puro (cfr. arts. 3.2 y 11 y sigs. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo -en adelante, LETA-).

3. La problemática de la calificación jurídica

3.1. Aproximación al Derecho positivo español

El entonces denominado Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social elaboró en el año 2018 un *Plan Director por un Trabajo Digno* para el período comprendido entre 2018-2020. Se trata de un documento que pretende servir de herramienta para guiar las actuaciones de la Inspección de Trabajo y

de la Seguridad Social, organismo competente en España para la vigilancia y aplicación de la normativa laboral, con competencias sancionadoras-administrativas. A propósito de la economía de plataformas, se advierte en el *Plan* que, bajo esta denominación, “han aflorado en ciertos casos determinadas prácticas empresariales irregulares que están promoviendo una precarización del mercado de trabajo, fundamentado en la reducción de costes mediante la disminución y conculcación de los derechos laborales” (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018: 46). Conecta esto con lo que decíamos al inicio acerca de la precarización en las condiciones de trabajo, que es, a nuestro juicio, la cuestión nuclear, porque la economía de plataformas hace pivotar su idea de negocio sobre la flexibilización de las condiciones laborales y el recurso a trabajadores autónomos.

Así, la temática que ahora interesa es la calificación jurídica de la relación que une al prestador de servicios con la plataforma. ¿Qué establece el Derecho positivo? De entrada, el ordenamiento jurídico español ofrece, al menos, tres posibilidades diferentes en función de las características específicas que concurren en cada caso, a saber:

- a) Entender que el prestador de servicios es un trabajador por cuenta ajena, por concurrir en su relación las notas de ajenidad y dependencia¹⁰. En tal caso, la regulación de las condiciones de trabajo caería bajo el ámbito protector del Estatuto de los Trabajadores y del convenio colectivo que fuere de aplicación.
- b) Considerar al trabajador como trabajador autónomo o por cuenta propia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1 LETA, que define como trabajadores autónomos a “*las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo*”.
- c) Considerar que el prestador de servicios es un Trabajador Autónomo

¹⁰ Tal y como se deriva del art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y según el cual la ley será de aplicación “*a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

Económicamente Dependiente (TRADE), figura recogida, también, en la LETA, concretamente en su art. 11¹¹.

Pues bien, las plataformas digitales acuden con frecuencia a la figura del TRADE a la hora de contratar al prestador de servicios. Lo cierto es que esta figura, por lo demás plenamente legal y válida, está contemplada en el Capítulo III de la LETA. En palabras del legislador, su *“regulación obedece a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social: la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata”* (Exposición de Motivos). Con todo, reconoce el legislador español que la introducción de la figura del TRADE plantea la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena. Por tanto, nos vemos en un problema de calificación jurídica, fronterizo entre las distintas figuras de trabajo, de cuyo resultado final dependerá, en enorme medida, la tutela jurídico-social de la que disfrutará el prestador de servicios.

A partir de aquí, se pueden diferenciar dos grandes líneas de acción. De un lado, la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS), la cual, si bien no está exenta de incoherencias, ha permitido consolidar en los últimos años un criterio favorable a considerar a los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena. En las Actas de Inspección de la ITSS durante estos últimos años se ha venido sosteniendo, fundamentalmente, la

¹¹ Son considerados TRADE, a efectos legales, aquellos autónomos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. En el art. 11.2 LETA se enumeran las condiciones que el TRADE ha de reunir para considerarse como tal, de las que nos interesan —a efectos de su contraposición con el trabajador por cuenta ajena las correspondientes a los apartados: c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; y e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

existencia de una relación laboral a partir de una serie de indicios: (i) el repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato; (ii) facilidad de la sustitución del trabajador; (iii) la sumisión de los trabajadores a las instrucciones de la empresa; (iv) es la empresa la que fija el precio; (v) facultad de la plataforma para designar el repartidor en concreto de un reparto determinado; (vi) ejercicio de poder disciplinario¹².

El uso fraudulento de figuras como la del trabajador autónomo o autónomo dependiente implica una reducción de las remuneraciones a percibir por los trabajadores. Esta primera circunstancia produce una importante merma de cotizaciones a la Seguridad Social¹³, y una traslación de esta carga a los trabajadores, erosionando su renta disponible, de ahí la intervención, en el plano administrativo-sancionador, de la ITSS (UGT, 2019: 11). Las actuaciones de la Inspección han servido para poner de manifiesto con detalle y rigor que los contratos de prestación de servicios que importantes plataformas digitales suscriben con los repartidores carecen de naturaleza mercantil (Suárez Corujo, 2018: 44).

Así las cosas, las plataformas digitales planifican una huida del Derecho del Trabajo generando, *de facto*, una desregulación de la relación laboral que, en última instancia, les permite ser competitivas (reduciendo los “costes laborales”) frente las empresas convencionales. De hecho, esa ganancia competitiva se sitúa en un plano extractivo, porque, en su posición de intermediarias, las plataformas digitales acumulan información totalmente asimétrica en relación con los otros participantes en las transacciones. Por ejemplo, datos sobre los gustos e intereses de los consumidores, pero también

¹² Véase Acta ITSS Valencia de enero 2017 (*Deliveroo*); Acta ITSS Madrid de enero 2018 (*Deliveroo*); Acta ITSS Barcelona de julio 2018 (*Deliveroo*); Acta ITSS Zaragoza de julio de 2018 (*Glovo*); Acta ITSS Valencia de diciembre de 2018 (*Glovo*); Acta ITSS Barcelona de febrero 2019 (*Glovo*), citado en UGT (2019; p. 65).

¹³ El auge de la economía de plataformas tiene un impacto claro en el Sistema de Seguridad Social y su futura sostenibilidad. Recuérdese que el sistema español tiene un nivel contributivo o profesional en el que las fuentes de ingresos descansan fundamentalmente en las cotizaciones sociales, las cuales representan poco menos del 90% del total de recursos del sistema. Ello significa que el progresivo crecimiento de este tipo de economía amenaza con limitar la recaudación por cotizaciones en la medida en que las nuevas actividades no dan siempre lugar al encuadramiento en la Seguridad Social, por no decir que, en los supuestos de alta, estas suelen llevar aparejados niveles de cotización más bajos de los habituales, como consecuencia del número de horas trabajadas y de las bajas remuneraciones (Suárez Corujo, 2018: 62).

sobre lo que ofrecen propietarios, restaurantes o chóferes. Esa intermediación, lejos de ser “colaborativa”, es claramente extractiva y coloca en situación de privilegio a la plataforma que le acaba permitiendo determinar precios u opciones, o castigar o premiar a los que establecen la transacción (Subirats, 2017).

La segunda línea de acción viene de los Tribunales. Nos interesan particularmente las sentencias recientemente dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM)¹⁴; pese a que las resoluciones de los TSJ no constituyen, en sentido estricto, doctrina jurisprudencial (el art. 1.6 del Código Civil entiende por jurisprudencia el conjunto de resoluciones que, de forma reiterada, establezca el Tribunal Supremo), lo cierto es que no puede negarse el importante valor que tiene esta “doctrina judicial”, en la medida en que traza una argumentación muy clara a favor de los derechos de los trabajadores y lo hace, en el caso de la sentencia sobre *Glovo*, a partir de un acuerdo del Pleno del TSJM, más amplio del que pudiera haberse alcanzado en cualquiera de las secciones de la Sala de lo Social.

3.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019 (*Glovo*)

En esta dialéctica cabe referirse, primero, a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019, que resuelve el recurso de suplicación número 588/19, interpuesto contra la sentencia dictada en 11 de enero de 2019 por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, la cual constituye, a nuestro juicio, un importante hito judicial. En esta sentencia se ventila un proceso sobre despido y, de forma acumulada, de tutela de los derechos fundamentales y reclamación adicional de daños y perjuicios, siendo la parte demandada *GlovoApp23, S.L.* y la parte demandante un trabajador de

¹⁴ Los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), de conformidad con el art. 70 y ss. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, culminan la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma y extienden su jurisdicción en todo el ámbito territorial de esta; así, al amparo del art. 190 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, los TSJ son competentes para conocer de los recursos de suplicación que se interpongan contra resoluciones de los Juzgados de lo Social de su circunscripción.

la misma empresa.

Antes que nada, llama la atención algo relevante frente a los partidarios de una regulación diferenciada, y es que, a juicio del Tribunal, no son necesarios nuevos criterios para abordar correctamente, en términos técnico-jurídicos, la calificación de los trabajadores de las plataformas digitales, ya que *“la aplicación de los tradicionales criterios del Derecho del Trabajo en relación a los elementos que caracterizan una relación laboral común se nos antoja suficiente para darle respuesta adecuada”* (FD 24º). Partiendo de esta premisa, el Tribunal de suplicación critica duramente al Juzgado de instancia por confundir el plano formal del contrato, que remite a la denominación como tal del contrato de prestación de servicios (en este caso, se dice que el prestador de servicios es un TRADE), y el plano material, que refiere a la efectiva prestación de servicios por cuenta ajena (por tanto, en términos “realistas” se trataría de un trabajador dependiente). En estas palabras lo expresa en Tribunal: *“Los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, ni lo que quepa deducir de la denominación que las mismas les otorguen –nomen iuris–, principio que es propio tanto de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuanto del Derecho de la Unión Europea”* (FD 29º). Es decir, la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a los contratantes, no es algo que quede a la libre disposición de las partes, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de las concurrencias de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (Fernández Avilés *et altri*, 2018: 25). Se anticipa aquí una línea de argumentación contra la práctica operada por las plataformas digitales, a saber, el empleo fraudulento de la figura del TRADE en orden a ocultar la relación laboral, fenómeno que ya hemos caracterizado con la célebre frase “huida del Derecho laboral”¹⁵.

Una vez aclarado este punto, entra el Tribunal a analizar la dos notas definitorias de la relación laboral en el ordenamiento laboral español: la

¹⁵ Es, por lo demás, doctrina consolidada del Tribunal Supremo la absoluta irrelevancia de la denominación dada al contrato por las partes. Así se estipula en la STS de 25 de enero de 2000, donde se afirma que *“la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes, sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar, por ello, si estas funciones entran dentro de lo previsto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato tendrá índole laboral cualquiera que sea el nombre que los contratantes le dieran”*.

dependencia y la ajenidad. En relación a la primera de ellas, si bien en una primera fase fue entendida por los tribunales como sujeción estricta a las órdenes del empresario, las nuevas tecnologías y los procesos de descentralización productiva sufridos en el mercado laboral han flexibilizado notablemente su interpretación. En esa línea, el Tribunal Supremo indicó en su sentencia de 19 de febrero de 2014 que *“esta nota de la dependencia [debe ser] entendida como esa integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario»”*; esto es, en el círculo rector y disciplinario de la empresa. Así, cabe entender en este momento que la protección laboral también alcanza a personas que trabajan previo encargo del cliente o libertad de horario, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de organización del empresario (Sáenz de Buruaga Azcargorta, 2019: 397).

Teniendo esta idea presente, señala el Tribunal que los *riders* están, en efecto, sujetos a la dirección, organización y control de la plataforma virtual, por varias razones. En primer lugar, la empresa es la titular de la plataforma que permite el trabajo del *rider*, siendo ella la que fija el precio de cada recado unilateralmente, la que da instrucciones y la que exige que la entrega se realice en menos de 60 minutos. Lo realmente importante, a nuestro juicio, no es cuánto control tiene el empresario, sino el derecho que tiene a reservarse ese poder. Se trata de lo que algún sector ha llamado doctrina del “control necesario”. De este modo, es irrelevante que el *rider* pueda –si es el caso– decidir su jornada de trabajo y su horario –dado que las nuevas tecnologías hacen innecesario dictar instrucciones a este respecto–; ello no implicará en ningún caso que el trabajador pase a ser independiente. Y es que “la empresa podría en cualquier momento dictar nuevas instrucciones y los trabajadores deberían obedecer, por ello, que la empresa decida no ejercer ese poder de dirección no va a querer decir que no lo posea” (Todolí Signes, 2015: 11).

En segundo lugar, queda acreditado que la empresa realiza un control efectivo y continuo sobre la actividad desempeñada por el *rider* mediante un sistema instalado de geolocalización. Advertíamos anteriormente que la geolocalización constituía un indicio de dependencia; de hecho, se trataría un control “reforzado”, dada la precisión de la geolocalización frente a los sistemas

convencionales. Así, *“no es posible hablar de auto-organización, sino de prestación de servicios hetero-organizados y dirigidos por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos”* (FD 38º). A mayor abundamiento, el pronunciamiento judicial analizado entiende que el prestador de servicios no dispone de una auténtica organización empresarial propia y autónoma: *“Cuanto antecede revela a las claras que no es posible encuadrar la prestación de servicios de quien hoy recurre en la figura del TRADE, desde el mismo momento que no acredita buena parte de las condiciones determinantes a que hace méritos el artículo 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”* (FD 42º).

En tercer lugar, la existencia de una relación laboral entre la plataforma digital y los prestadores de servicio también se justifica por la existencia de ajenidad en la actividad económica, dada la no asunción por parte de los prestadores de servicio del riesgo y ventura de la actividad económica. La ajenidad en los frutos está fuera de toda duda, a juicio del Tribunal: *“No hay duda que también este elemento configurador concurre en su caso, desde el mismo momento que el trabajo desarrollado por él redundará en beneficio de GlovoApp23, S.L., quien hizo suyos los frutos del mismo. Además, insistimos, es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos y comercios concertados los precios que éstos le abonarán y, asimismo, la que fija unilateralmente las tarifas que el repartidor lucra por los recados que efectúa”* (FD 34ª). En cuanto a la ajenidad en los riesgos, entiende el Tribunal que también concurre: *“Entrando en el examen de la ajenidad en los riesgos, tal nota caracterizadora también concurre. Ya avanzamos que el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse a satisfacción del cliente no es sino consecuencia obligada de la tipología de retribución por unidad de obra que las partes pactaron, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo”* (FD 36º).

En verdad, este tipo de cuestiones son irrelevantes a la hora de decidir si se está ante un contrato de trabajo o ante un trabajador autónomo. Realmente, los materiales aportados por los trabajadores tienen relativamente poco valor como para entender que existe una verdadera ajenidad. De la misma forma, los riesgos o costes asumidos por el trabajador son de poca entidad (Fernández

Avilés *et al*ri, 2018: 34), salvo las cotizaciones a la Seguridad, cuya carga se traslada al propio trabajador.

Sumados a los anteriores indicios “clásicos” de laboralidad, cierta doctrina ha venido elaborando nuevos indicios para ser aplicados a la economía de plataformas; en concreto, destaca el de la ajenidad en la marca. En otras ocasiones, la jurisprudencia ya ha considerado como indicio de laboralidad la prestación de servicios utilizando la marca y los signos distintivos del principal (STS de 19 de diciembre de 2005); sin embargo, lo más probable es que cada vez tenga mayor relevancia a efectos de la calificación (Fernández Avilés *et al*ri, 2018: 35).

3.3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de enero de 2020 (*Deliveroo*)

Más recientemente, y en la misma línea, la sección 1ª del TSJM dictó la sentencia 40/2020, de 17 de enero, por la que se resuelve el recurso de suplicación 1323/2019, interpuesto contra la sentencia la sentencia número 188/2019, dictada por el juzgado de lo social nº 19 de Madrid, de fecha 22 de julio de 2019. En ella, se ventiló un procedimiento de oficio en el que la parte demandante era la Tesorería General de la Seguridad Social y la parte demandada *Roodfods Spain S.L./Deliveroo*. La sentencia (FD 12º) desarrolla una lista de elementos a tener en cuenta para decidir sobre la laboralidad de la relación en este caso, a partir de lo dispuesto en art. 1.1 ET.

En primer lugar, se aborda la habitualidad. Señala el Tribunal que el *rider* se inscribe en una franja horaria, pero que su supuesta libertad de gestionar el horario no es tal, porque si rechaza pedidos, recibe una penalización, traducida en que le entran menos pedidos (y, por tanto, los ingresos que puede obtener son inferiores). Así pues, la conclusión es que “*sí existe deber de habitualidad, pues la ausencia de habitualidad se penaliza. Que la retribución sea periódica, y no fija, tampoco es determinante, salario por unidad de obra*”, que es admisible

en el marco de la relación laboral por cuenta ajena¹⁶. Este punto no tiene mayor relevancia.

En segundo lugar, sobre la dependencia –aspecto este esencial–, indica el Tribunal que, efectivamente, existe sujeción a órdenes o instrucciones empresariales, *“pues la realización por el repartidor de su actividad apartándose de las instrucciones impartidas por Roofoods Spain SL no es inocua, sino que comporta una consecuencia negativa o penalización”*. En el ámbito propio de la organización de la actividad, sostiene la sentencia que *“el grueso de la estructura necesaria para la actividad empresarial es titularidad de Roofoods Spain SL, aunque en buena parte sea inmaterial o «virtual»*. Los medios puestos por el repartidor (moto o bicicleta, y teléfono móvil) son muy poco significativos en comparación con la importante organización estructural necesaria para la actividad. A través de la plataforma o aplicación informática, Roofoods Spain SL realizaba un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociendo la hora de inicio y terminación de su actividad, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto”.

Engarza lo anterior con la Recomendación núm. 198 de la OIT (2006), relativa a la relación de trabajo, en cuyo art. 13 se contempla la posibilidad de que los Estados miembros definan en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios, figuran, precisamente, el hecho de que la actividad se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona, o el hecho de que se requiera la disponibilidad del trabajador, que implica, por lo demás, el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo (en este caso, el uso de la plataforma como tal, sin la cual el *rider* no podría realizar el trabajo bajo ningún concepto).

Otro elemento que refuerza la subordinación del *rider* es el ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario a partir del indicio conocido como “reputación online”: *“Los repartidores eran objeto de valoración sobre su grado*

¹⁶ Concretamente, el art. 26.3 ET contempla la posibilidad de que, mediante convenio colectivo o contrato individual, se determine la estructura del salario, la cual, como mínimo, deberá comprender el salario base, entendido como retribución por “unidad de tiempo o de obra”; además de que son admisibles complementos salariales por cantidad o calidad del trabajo realizado.

de fiabilidad (...) Si la valoración del repartidor era deficiente, se le concedía un preaviso de 30 días durante el cual se observaba si modificaba su conducta. En caso contrario, Roofoods Spain SL podía dar de baja al repartidor en la aplicación informática y finalizar su colaboración con él". Así, la "reputación online" claramente viene a ser indicativa de un trabajo subordinado y por cuenta ajena; el trabajo sigue siendo "controlado" por el empresario, de suerte que lo único que cambia es la forma de controlar dicho trabajo (Todolí Signes, 2019a).

En tercer lugar, en relación a la ajenidad, resulta claro para el Tribunal la existencia de ajenidad en los frutos: *"La cantidad percibida por Roofoods Spain SL del restaurante cuyos platos de cocina reparte, siempre será mayor que la cantidad que Roofoods Spain SL abona al repartidor por realizar ese reparto. Por consiguiente, existe una «plusvalía» o ganancia que es obtenida por Roofoods Spain SL. Así como la también la ajenidad en los riesgos: "Si el reparto se realiza defectuosamente, quien tendrá que responder ante el restaurante será Roofoods Spain SL; no el repartidor que materialmente sirvió el pedido. Se argumenta que el repartidor sí asume los riesgos porque, en caso de no llevar a cabo el reparto, no percibiría la cantidad que le correspondería por ese servicio. Es decir, "lo importante es si quien presta sus servicios asume el beneficio o el riesgo pleno de la operación que realiza. De no ser así, la ajenidad estará presente" (López Cumbre, 2018: 106).*

En realidad, la ajenidad de los frutos está íntimamente vinculada a la dependencia, aspecto este más que evidente en el caso que nos ocupa, toda vez que es la plataforma digital la que concierne y organiza todo el proceso de prestación de servicios, tanto con otros *riders* como con los clientes o usuarios finales. Así, "la pertenencia originaria de los resultados del trabajo al empleador conduce a la potestad de dirección o control del mismo sobre la actividad del trabajador, para ordenar la calidad y cantidad del resultado y para coordinar el esfuerzo de cada uno con el de los demás en la empresa" (Ojeda Avilés, 2007: 381). Es evidente que la plataforma digital hace suyo el resultado de la actividad del repartidor. Y también aparece la ajenidad en el mercado por cuanto la plataforma digital se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final (UGT, 2019: 68).

Con estas dos sentencias, podría decirse que España va superando paulatinamente la “bipolaridad” de las resoluciones judiciales en relación a la determinación de la relación laboral. La jurisprudencia ha mostrado tradicionalmente, y ahora también, una gran capacidad para adaptar la dependencia y la ajenidad a las transformaciones tecnológicas o productivas y que parece dispuesta a seguir haciéndolo; no obstante, cierto sector doctrinal cree posible que estas notas definitorias del contrato de trabajo lleguen a desnaturalizarse y se tornen inútiles.

4. Reflexiones para el debate doctrinal

A la vista de lo analizado hasta aquí parece que la regulación española actual del concepto de trabajo subordinado y la interpretación que de la misma ha hecho la jurisprudencia sigue siendo útil para calificar supuestos como los estudiados (López Balaguer, 2018: 65). Por tanto, y sin más criterios que los contenidos en la legislación laboral, es posible abordar la calificación jurídica de la relación entre prestador de servicios y plataforma digital, tal y como ha explicitado el Pleno del TSJM en su sentencia sobre *Glovo*.

Ello no obstante, algunos autores (Ginés i Fabrellas & Gálvez Durán, 2016: 37-38) aprecian un debilitamiento de las notas clásicas de laboralidad. Afirman que el trabajo en el marco de plataformas virtuales y las nuevas formas de organización de la producción (como el *crowdsourcing*) dibujan un horizonte en el cual la tradicional nota de dependencia queda fuertemente alterada o, incluso, desvirtuada¹⁷ (sin perjuicio de que la ajenidad pueda seguir actuando como criterio de demarcación laboral). Por ello, auguran que será necesario que el *test* de laboralidad tenga que adaptarse al nuevo entorno digital, pasando de la existencia conjunta de las notas de ajenidad y dependencia jurídica –

¹⁷ Algunos autores creen que es una tendencia generalizada, no exclusiva de las plataformas laborales: “No se trata de un problema exclusivo de este sector, o que haya surgido con este. Hablamos más bien de una tendencia generalizada de entrada de nuevos colectivos al espacio del trabajo autónomo, profesionales de menor poder económico cuya situación en un mercado de servicios es mucho más débil. Solo que las plataformas están llevando este fenómeno al extremo, haciéndolo más visible y acuciante” (Rodríguez-Piñero Royo, 2017).

elementos esenciales en la actualidad para distinguir el trabajo subordinado del trabajo por cuenta propia— a entenderse suficiente la concurrencia de una de las dos notas de laboralidad. No parece este un planteamiento satisfactorio, pues lo cierto es que la subordinación sigue siendo un criterio operativo, como ha quedado constatado en las resoluciones analizadas.

Otra propuesta, defendida por la Rodríguez Fernández (2019: 85), la OIT (2019: 120) o el Parlamento Europeo (2017), consiste en adaptar los mecanismos de Seguridad Social para proteger a todos los trabajadores — dependientes o autónomos— al margen de su estatus jurídico-contractual. Ciertamente, el debate acerca de la calificación solo tiene sentido a la luz de los derechos que genera la inclusión de los trabajadores en el régimen protector del Derecho del Trabajo, así como su encuadramiento en los sistemas de Seguridad Social. Podría ser esta una vía plausible, debiéndose explorar, en todo caso, qué gasto social implicaría una equiparación en materia de tutela social, máxime en un contexto de creciente devaluación del Estado del Bienestar (cuya sostenibilidad es hoy discutida por diversos flancos, desde las pensiones hasta la sanidad, pasando por el sistema educativo o la protección por desempleo).

Por otra parte, cabe preguntarse acerca del rol que podrían jugar por los interlocutores sociales en el marco del diálogo social. Ciertamente, se percibe una dejadez por parte de la acción sindical, demasiado ligada a los sectores económicos tradicionales. Así, en aras de revitalizar la presencia sindical en el marco de las plataformas digitales, podrían plantearse algunos potenciales ejes de intervención (Rocha Sánchez, 2018: 88), tales como: a) la creación de espacios y herramientas digitales que faciliten la información, asesoramiento y comunicación con las trabajadoras y trabajadores de plataformas; b) el apoyo y cobertura jurídica y sindical a las trabajadoras y trabajadores ante los conflictos laborales en el ámbito de las plataformas digitales; c) el impulso de alianzas con otro tipo de entidades sociales, como las cooperativas emergentes en el ámbito de las plataformas digitales; d) el fomento de la afiliación y representación de las personas que prestan servicios *offline* a nivel local, con independencia de la calificación legal de su situación profesional. Esta regulación podría vehicularse por medio de la concertación social, esto es, los denominados acuerdos

tripartitos. Para ello, se precisa la apertura de un proceso regulador consensuado entre la acción estatal y los interlocutores sociales sobre aspectos como el empleo de los parámetros tradicionales ante los nuevos desafíos jurídicos (la necesidad del mantenimiento de un derecho garantista de la persona del trabajador) y los derechos colectivos de los trabajadores en la economía de plataformas (Dueñas Herrero, 2019: 289).

Otra propuesta es la defendida por Todolí Signes (2019b), orientada esencialmente a permitir que el Derecho del Trabajo satisfaga sus funciones originales. ¿Cuáles son esos fines? Podría discutirse, y mucho, acerca de cuál es el rol que juega el Derecho del Trabajo; pero, de momento, nos sirve aceptar que se trata de un mecanismo de integración social que limita, en cierto sentido, el poder empresarial y concede cierta tutela jurídico-social a los trabajadores. Si esto es cierto, no parece requisito indispensable un cambio normativo con el fin de proteger a los trabajadores de las plataformas, sino más bien una interpretación finalista del concepto de trabajador. Como pone de relieve la situación social de muchos trabajadores actualmente clasificados como autónomos, una interpretación restrictiva de la noción de trabajador, centrada en la dependencia jurídica, excluye de su aplicación muchos trabajadores que requieren de protección. En efecto, “que no exista un control directo por parte del beneficiario de una prestación de trabajo sobre el trabajador no significa que esta persona no requiera protección del Derecho del trabajo” (Todolí Signes, 2019b: 29).

Esta interpretación teleológica engarza con una noción expansiva del concepto de trabajador y, en cierto modo, sustenta la tesis que mencionábamos antes de aumentar la protección con independencia del *status*. Habría al menos tres razones que justificarían la necesidad de aplicar la regulación laboral: i) fallos de mercado (que no siempre se adapta bien a la normativa); ii) distribución de la riqueza y buscar el bienestar del trabajador; iii) desequilibrio en el poder de negociación de las partes (que hace recomendable la expansión tuitiva del Derecho laboral). Parece, en todo caso, que la figura del TRADE debería ser reformada, a la vista de su uso fraudulento. La posibilidad de establecer un conjunto mínimo de derechos con indiferencia de su *status* es una opción a

futuro, si bien la jurisprudencia está demostrando el vigor y actualidad que todavía permiten los criterios tradicionales o índices tipológicos para la calificación jurídica de este tipo de relaciones de trabajo.

Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 406, pp. 23-56.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (dir.) (2018). *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC.
- GARCÍA MONTORO, L. (2016). “Agenda Europea para la economía colaborativa”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 107-112.
- GINÉS I FABRELLAS, A. & GÁLVEZ DURÁN, S. (2016). “Sharing econmy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, pp. 1-44.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2018). “Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales”. En López Cumbre, L. (dir.) & Revuelta García, M. (coord.), *Starts-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*, Navarra, Editorial Aranzadi.
- OJEDA AVILÉS, A. (2007). “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 60, pp. 375-402.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2018). *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (2018). “Derecho para los trabajadores de las plataformas digitales”. *Temas para el debate*, núm. 287, pp. 37-39.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (2019). “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales”. En Rodríguez Fernández, M.L. (dir.), *Plataformas digitales y mercados de*

trabajo, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, pp. 57-90.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2017). La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 138, pp.125-161.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2019). “Economía de plataformas digitales y concepto de trabajador: Derecho de la Unión Europea y ordenamientos nacionales”. En *Nuevas Tecnologías y Protección de datos*, Dirección General de Trabajo, Asturias (en prensa).

STANDING, G. (2013). *El precariado. Una nueva clase social*. Barcelona: Pasado y Presente.

SUÁREZ CORUJO, B. (2018). “La gran transición: La economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”. *Temas laborales*, núm. 141, pp. 37-66.

SUBIRATS, J. (2017). “¿Del poscapitalismo al postrabajo?”. *Nueva Revista Socialista*, núm. 279, pp. 37-50.

TODOLÍ SIGNES, A. (2015). “El impacto de la «Uber Economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUSLabor* 3/2015, pp. 1-25.

TODOLÍ SIGNES, A. (2019a). “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”. *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 92, pp. 1-8.

TODOLÍ SIGNES, A. (2019b). “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, pp. 1-21.

Recursos electrónicos

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AISS) (2019). *El trabajo en las plataformas digitales. Relación con los sistemas de seguridad social*. Recurso en línea, disponible en: <https://ww1.issa.int/sites/default/files/documents/events/3-TGSS-TC-CCC->

[263219.pdf](#) [consultado del 4 de febrero de 2020].

COMISIÓN DE MERCADO INTERIOR Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL PARLAMENTO EUROPEO (2017). “Informe sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa. Recurso en línea, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_ES.html [consultado el 11 de febrero de 2020].

COMISIÓN EUROPEA (2016). “Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Una agenda europea para la economía colaborativa”. Recurso en línea disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356> [consultado el 11 de febrero de 2020].

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, OIT (2018). *La calidad del trabajo en la economía de las plataformas. Grupo 3: tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico*. Recurso en línea disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/documents/publication/wcms_618370.pdf [consultado el 17 de febrero de 2020].

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2014). *Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*. Recurso en línea disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=ES> [consultado el 12 de febrero de 2020].

DUEÑAS HERRERO, L.J. (2019). “Retos y propuestas para la regulación del trabajo en los procesos productivos de las plataformas digitales”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 37, núm. 1, pp. 275-292. DOI: <https://dx.doi.org/10.5209/crla.66038>.

FUNDACIÓN ALTERNATIVAS (2018). *La economía de las plataformas digitales y su impacto sobre el mundo del trabajo: Presentación del informe español del proyecto europeo Industrial Relations and Social Dialogue in the Age of Collaborative Economy (IRSDACE)*. Recurso en línea disponible en: <https://www.fundacionalternativas.org/actividades/debate/la-economia-de->

[las plataformas-digitales-y-su-impacto-sobre-el-mundo-del-trabajo](#)

[consultado el 4 de febrero de 2020]

FUNDACIÓN COTEC (2019). *El mercado digital a debate: Plataformas, trabajadores, derechos y workertech*. Recurso en línea disponible en: <https://cotec.es/proyecto/plataformas-trabajadores-derechos-y-workertech/> [consultado el 4 de febrero de 2020].

GINÉS I FABRELLAS, A. (2018). “Crowdsourcing: Una modalidad jurídicamente inviable de externalización productiva en el nuevo entorno digital”. *Anuario IET. Presente y futuro*, vol. 5, pp. 134-145. DOI: <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.69>.

LÓPEZ BALAGUER, M. (2018). “Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias”. *Labour & Law Issues*, vol. 4, núm. 2, pp. 53-77. DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/8799>.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL (2018). *Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020*. Recurso en línea disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10653 [consultado el 12 de febrero de 2020].

OBSERVATORIO PARA EL ANÁLISIS Y EL DESARROLLO ECONÓMICO DE INTERNET (ADEI) (2018). *Plataformas digitales: una oportunidad para la economía española*. Recurso en línea, disponible en: [http://observatorioadei.es/publicaciones/Nota-tecnica-ADEI_Plataformas-digitales-\(1\).pdf](http://observatorioadei.es/publicaciones/Nota-tecnica-ADEI_Plataformas-digitales-(1).pdf) [consultado el 12 de febrero de 2020].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2006). *Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), adoptada en Ginebra el 15 de junio de 2006*. Recurso en línea disponible en: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/recomendacionsobrelarelaciondetrajonum198.pdf> [consultado el 11 de febrero de 2020].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo decente en el mundo digital*. Recurso en línea disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_684183/langes/index.

[htm](#) [consultado el 11 de febrero de 2020].

PARLAMENTO EUROPEO (2017). *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/2003(INI))*. Recurso en línea, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html [consultado el 11 de febrero de 2020].

ROCHA SÁNCHEZ, F. (2018). “La intervención de los sindicatos de clase en la economía de plataformas”. Anuario EIT. Presente y futuro del trabajo, vol. 5, pp. 77-94. DOI: <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.65>.

SAENZ DE BURUAGA AZCORGORTA, M. (2019). “Implicaciones de la «Gig-Economy» en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber”. Estudios de Derecho, Vol. 67, núm. 1, pp. 385-414. DOI: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp385-414](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp385-414).

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) (2019). *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*. Recurso en línea disponible en: http://www.ugt.es/sites/default/files/el_trabajo_en_las_plataformas_digitales_de_reparto.pdf [consultado el 12 de diciembre de 2019].

**DEBATE: EL TRABAJO DESARROLLADO EN PLATAFORMAS
DIGITALES Y SU ESTUDIO DESDE EL DERECHO DEL
TRABAJO**

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. Precisamente, el tema objeto de debate en el presente número se circunscribe a este problema actual compartido por la mayoría de los países a nivel mundial.

Federico Rosenbaum (Coordinador del tema de debate del N° 1)

LAS TECNOLOGÍAS, LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO

TECHNOLOGY, DIGITAL PLATFORMS AND LABOUR LAW

Eduardo ROJO TORRECILLA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de
Barcelona (España)*

eduardo.rojo@uab.cat

Fecha de envío: 17/02/2020

Fecha de aceptación: 21/02/2020

LAS TECNOLOGÍAS, LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Eduardo ROJO TORRECILLA

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

Resumen: El texto reflexiona sobre el impacto de la tecnología en el Derecho del Trabajo, con atención especial al fenómeno de la economía de plataformas. La finalidad es contribuir a un análisis sereno y crítico de como la tecnología debe servir para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de la población, y explicar como el citado fenómeno no es nuevo en la realidad económica y laboral, si bien el cambio tecnológico introduce modificaciones que afectan al trabajo y a las condiciones laborales.

Palabras clave: Tecnología - Plataforma - Contrato - Trabajador - Autónomo

Sumario: 1. Introducción. 2. La importancia de la tecnología. 3. La evolución y adaptación del Derecho del Trabajo al cambio tecnológico. 4. El fenómeno de la economía de plataformas y cómo impacta en las relaciones de trabajo. 5. A modo de conclusión.

Abstract: The text reflects on the impact of technology on labour law, with special attention to the phenomenon of the platform economy. The aim is to contribute to a calm and critical analysis of how technology should serve to improve the living and working conditions of the population, and to explain how the aforementioned phenomenon is not new in the economic and labour reality, although technological change introduces modifications that affect work and working conditions.

Key words: Technology - Platform - Contract - Employee - Self-employed

Summary: 1. Introduction. 2. The importance of technology. 3. The evolution and adaptation of labour law to technological change. 4. The phenomenon of the platform economy and how it impacts on labour relations. 5. By way of conclusion.

1. Introducción

Deseo expresar en primer lugar mi agradecimiento a la Revista Jurídica del Trabajo por su invitación a participar en el primer número, y desearle una larga vida. Atendiendo a la petición formulada por sus directores las presentes reflexiones constituyen un apunte breve sobre la tecnología, las plataformas digitales y el Derecho del Trabajo.

El futuro del trabajo y el impacto de la tecnología, es decir principalmente de cómo afectan los procesos de digitalización y robotización de actividades productivas, tanto sobre las personas trabajadoras como sobre sus concretas condiciones de trabajo, está mereciendo especial atención por parte de la doctrina laboralista. Más aún, la economía de plataformas (prefiero este término al más habitualmente utilizado de economía colaborativa porque creo que muchas de las empresas que suelen incluirse en los análisis no tienen precisamente la nota de colaboración entre los sujetos implicados en su ADN) cada vez está siendo objeto de mayor interés por la joven (utilizo este término en un sentido bastante amplio o flexible) doctrina iuslaboralista.

Mis reflexiones son de carácter general sobre tales cambios que están acaeciendo; unos cambios en lo que afecta al trabajo, que deben ubicarse en unos más globales que afectan a toda la humanidad y que dependen en gran medida de cómo y para qué se utiliza la tecnología.

2. La importancia de la tecnología

Las virtudes y defectos, las aportaciones positivas, y negativas de la tecnología, o más exactamente de su uso, han sido recientemente puestas sobre la mesa (ahora sería más correcto decir sobre el ordenador o la tablet o el smartphone) por un prestigioso científico, Martín Rees, que fuera Master del Trinity College, Cambridge (2004-2012) y presidente de la Real Sociedad de Londres (2005-2010). El hilo conductor de su libro “En el futuro. Perspectiva para la humanidad”, es que la prosperidad de la población del mundo, que va en aumento, “depende de la sabiduría con que se haga uso de la ciencia y la

tecnología”. Es especialmente interesante una idea plasmada en la publicación y que, siendo de carácter general, creo que es perfectamente aplicable al mundo del trabajo: “las normativas pueden ayudar. Pero las normativas no ganarán terreno a menos que cambie la manera de pensar de la sociedad”.

Digitalización, robotización, algoritmos, inteligencia artificial..., términos que han ido adquiriendo importancia cada vez mayor en las relaciones sociales y con indudable impacto en el mundo del trabajo, y que nos obligan a los juristas a una readaptación y reaprendizaje permanente, con la ayuda de científicos y tecnólogos que saben, obviamente, mucho más que nosotros, de su impacto, y que al mismo tiempo requieren de nuestra participación para que el cambio tecnológico no provoque una desarticulación, mayor de la actual, en el mundo del trabajo y un incremento de la dualización y segmentación en el mundo laboral (ahora parece que se esté poniendo de moda el término “polarización”) entre quienes tienen, o pueden tener, las habilidades y conocimiento necesarios para enfrentarse a los nuevos retos, y aquellos que no dispondrían de tales posibilidades y quedarían marginados, si no apartados, de las mejoras económicas y sociales que el cambio puede significar.

La cuestión relevante de cara al próximo futuro es si la nueva regulación que pueda darse, o que ya se está dando reflejará solo los estrechos intereses de algunos importantes empresas o conglomerados transnacionales o bien buscará tomar en consideración los de todas las personas interesadas. La importancia de las decisiones que se adopten en un sentido u otro no son de menor importancia, porque, tal como ya puso de manifiesto Christophe Degryse en su obra “Digitalization of the economy and its impact on labor market”, se trata de evitar una situación en la que la revolución industrial del siglo XXI haga retroceder al trabajo a condiciones semejantes a las del siglo XVIII, y de ahí que las organizaciones sindicales estén presionando para lograr acuerdos sociales que regulen la economía digital.

No podemos, ni debemos, olvidar en estas reflexiones sobre la tecnología y su incidencia sobre el futuro del trabajo el impacto de algo que hasta hace muy poco tiempo aparecía reservados exclusivamente al ámbito científico, como es la Inteligencia Artificial. La importancia que ha adquirido en todos los ámbitos

llevó a la Comisión Europea a crear un grupo de alto nivel sobre esta, al que se le encomendó la elaboración de unas directrices éticas, las cuales propugnan que para lograr una IA fiable son necesarios tres componentes: debe ser conforme a la ley, debe respetar los principios éticos y debe ser sólida”, y también se le pidió la elaboración de unas recomendaciones, siendo estas recogidas en la Comunicación presentada por la CE, el 8 de abril de 2019, que lleva por (significativo) título “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”. Si me detengo en este texto es justamente porque en la introducción de la Comunicación se resalta, con acierto a mi entender, que “La IA puede beneficiar a la sociedad y a la economía en su conjunto. Es una tecnología estratégica que se está desarrollando y utilizando a buen ritmo en todo el mundo. No obstante, también trae consigo nuevos retos para el futuro del trabajo y plantea cuestiones jurídicas y éticas”, y que “aplicar de manera irreflexiva la tecnología a medida que se desarrolla produciría... resultados problemáticos, así como la renuncia de los ciudadanos a aceptarla o utilizarla”, siendo necesario de todo punto en cada una de las fases de desarrollo de la IA garantizar “la diversidad en cuanto al género, el origen racial o étnico, la religión o las creencias, la discapacidad y la edad”.

3. La evolución y adaptación del Derecho del Trabajo al cambio tecnológico

En mis explicaciones de la parte histórica de las relaciones de trabajo hablo a mis alumnos y alumnas, y explico, sobre la primera revolución industrial, la del siglo XVIII, el nacimiento de la producción fabril y la aparición del movimiento obrero y las organizaciones sindicales, y me acerco después a la segunda, con la aparición de las cadenas de montaje, el surgimiento del taylorismo y del fordismo, donde la persona trabajadora era un mero engranaje más de la máquina, y las luchas por las mejoras condiciones de trabajo. No necesito hablarles de la tercera, porque ellos han nacido con la tecnología electrónica y digital, que es algo ya incorporado con plena normalidad a su vida cotidiana y con la que operan en sus estudios y en la vida laboral en la que muchos de ellos

ya están integrados. Toca ahora, y ya estamos llegando tarde, examinar el impacto en el mundo del trabajo de la llamada cuarta revolución industrial o industria 4.0, la que ha sido conceptuada y definida en los estudios realizados al efecto como la que utiliza la inteligencia artificial e información en tiempo real para aumentar la productividad y reducir los costos.

Todas las revoluciones industriales han tenido impacto sobre el mundo del trabajo, con la destrucción de puestos de trabajo (¿recuerdan el miedo de los llamados “luditas”?) y la creación de otros nuevos, con diferentes perfiles profesionales y cualificaciones requeridas. ¿Va a ser así o de otra forma la nueva realidad productiva que no es que se anuncie sino que ya está presente? Creo que destruirá muchos empleos de baja cualificación y que requerirá de un bagaje de conocimiento por parte de las personas trabajadoras bastante superior al que se necesitó con ocasión de otros cambios en etapas históricas anteriores.

Ahora bien, podemos hablar, y hacer propuestas, sobre el futuro que nos espera en la vida laboral, pero creo que debemos hacerlo aprendiendo de aquello que ocurrió en el pasado, así como también, y me parece obligado, de cuál es la realidad presente que deseamos modificar, que entiendo que debe ser para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de la gran mayoría de la población.

Queremos cambiar el presente. Pero, si tanto hemos cambiado y hemos mejorado en poco menos de dos siglos, me preguntarán por qué hemos de cambiar el presente. Pues porque el mundo del trabajo es extraordinariamente dinámico y mucho más desde que la introducción de la tecnología (no utilizo la expresión “nuevas tecnologías” porque esta hace sonreír, y con razón, a las y los jóvenes nativos digitales) ha posibilitado cambios extraordinarios en las relaciones entre el tiempo, el lugar y la prestación de trabajo. No sirven, al menos para las personas de edad avanzada como es mi caso las meras lamentaciones de aquello que existió en poco más de treinta años, desde el final de la segunda guerra mundial hasta mediados de los años setenta del pasado siglo XX, y que ha ido cambiando al hilo de opciones políticas claramente dirigidas a desmontar (aunque no lo hayan conseguido plenamente ni mucho menos) el estado de bienestar (en una parte minoritaria del planeta), y reclamar su recuperación.

Mirar hacia el futuro es comprender que el mundo del trabajo debe atender a los retos antes apuntados y dar voz a todas las personas que tienen mucho que decir, en un marco de relaciones laborales que debería ser cada vez menos jerarquizado y más participativo, aunque sigan existiendo relaciones de trabajo subordinadas, que cada vez se combinarán más, que sea de forma voluntaria o involuntaria es otra cuestión, con proyectos emprendedores o de autoocupación puestos en marcha por jóvenes, y no tan jóvenes, que desean ser sujetos activos y no meramente pasivos de la vida económica y social. En este proceso, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debe adaptarse, sin duda, para no perder sus señas de identidad, que no son otras que la protección y defensa de las personas más necesitadas de aquella y que siguen siendo muchas, muchos millones, en todo el planeta. Cobra importancia, cada vez mayor, el papel de las organizaciones internacionales y supraestatales, y cada vez es más necesaria la implicación de los agentes sociales a escala internacional.

La tecnología y su impacto sobre el mundo del trabajo en general y el empleo en particular debe verse desde cómo afecta a la creación y/o destrucción de empleo, pero también es necesario analizarla desde su impacto en las relaciones contractuales y en el equilibrio o desequilibrio que provoca entre las dos partes de la relación de trabajo, con obligada atención al respeto de los derechos fundamentales del trabajador; y no menos relevante es la importancia de su examen en punto al impacto que tiene sobre las relaciones colectivas de trabajo, y como afecta a los derechos de participación, negociación y conflicto de los trabajadores y de sus organizaciones sindicales representativas.

4. El fenómeno de la economía de plataformas y cómo impacta en las relaciones de trabajo

Soy del parecer que las y los laboristas debemos reflexionar, en especial quienes nos encontramos en el mundo académico, sobre qué enseñamos, y cómo enseñamos, sobre las relaciones de trabajo y el concepto de trabajador, y por supuesto también el de empleador. Hago esta afirmación porque parece que vuelve sobre sus fueros en algunos ámbitos judiciales laborales el principio

civilista de la autonomía de la voluntad de las partes, olvidando que esa autonomía es ficticia cuando no existe igualdad a la hora de determinar las consecuencias de una decisión vinculada al ejercicio de una actividad laboral, en la que el poder de dirección, organización y sancionador corresponde a una de las partes, el empleador. Sorprende que en sentencias que han aplicado ese principio no se haya prestado atención a la importancia del factor tecnológico y de quién lo controla, y de su incidencia en la prestación para la que, aparentemente, tiene total libertad el “rider” (o quizás no, ¿verdad? por el impacto de sus decisiones en las asignaciones “algorítmicas” de turnos de trabajo y de remuneración).

A mi parecer, y remitiendo a las personas interesadas a la lectura de los numerosos artículos que he publicado en mi blog sobre la materia que concentra el interés de este primero número de la RJT, cabe destacar que, además de la existencia de otros presupuestos sustantivos como son la voluntariedad, la subordinación y la remuneración, la ajenidad puede darse en los frutos, en los riesgos, en el mercado y en los factores de producción, y sugiero especialmente que se piense cuál es la autonomía de un repartidor para elegir a sus clientes y si realmente no estamos ante un claro y flagrante supuesto de ajenidad en el mercado, tesis que tan brillantemente construyera doctrinalmente el catedrático y magistrado del Tribunal Supremo español Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Me pregunto si por una vía judicial no se estará construyendo una “presunción de extralaboralidad”, o lo que es lo mismo, la presunción de que los riders, drivers, contractors, glovers..., son autónomos y que hay que desvirtuarla para poder afirmar la existencia de una relación laboral asalariada, cuando la presunción es, al menos de acuerdo a la normativa española (arts. 1.1 y 8.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores) justamente la contraria, es decir “se presume existente una relación laboral” cuando se dan determinadas notas o presupuestos sustantivos.

El debate sobre las nuevas, o no tan nuevas, formas de empleo y su regulación jurídica, está adquiriendo especial importancia en España al hilo de los conflictos suscitados en algunas empresas de la llamada economía colaborativa. Pues bien, el primer conflicto, planteado en la empresa Deliveroo

en 2016 me rejuveneció treinta años, recordándome que en 1986 yo era un profesor colaborador de docencia e investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona (la “central”) que estudiaba con toda atención las sentencias del TS y los casos en los que el alto tribunal tenía que pronunciarse sobre nuevos supuestos jurídicos fruto de nuevas realidades laborales. Y ciertamente, el caso de los mensajeros fue uno de ellos, y el esfuerzo argumental de una sentencia de la Magistratura de Trabajo dio sus frutos en términos jurídicos con la aceptación por parte del TS de la existencia de relación laboral de los mensajeros con la empresa para la que prestaban servicio “mercantiles” (habían suscrito un contrato de transporte), pero para que ello se produjera fue necesario que se produjeran accidentes durante el trabajo y que se constatará la carencia de protección ante el mismo por inexistencia (formal) de relación jurídico-laboral. Y ahora, eso sí con una realidad tecnológica bien diferente de la de finales del siglo XX, vuelven los conflictos laborales con ocasión de parecidas prestaciones de servicios, ya que en aquella época ya empezaba a florecer el negocio de la entrega de comida a domicilio, y ahora se ha modernizado y desarrollado en mucha mayor escala, y obviamente ampliado a otras actividades en diversos sectores productivos.

¿Qué les parecería a las personas lectoras de este artículo que al finalizar su lectura, o incluso durante la misma, pudieran puntuarme a los efectos de desactivación (= no volver a publicar en la RJT) si no he cumplido unos estándares mínimos de calidad (por cierto, ¿Quién fija esos estándares en una relación contractual, ya sea asalariada o de autónomo?). Pues bien, eso es lo que se está haciendo en numerosas actividades de servicios, como son las empresas de contact center o de limpieza de locales o de urinarios, o del transporte como Uber, o de reparto de comida (y muchas cosas más) de las empresas de mensajería rápida como Deliveroo o Globo. Esa tensión de activación/desactivación, ¿puede provocar un incremento del estrés en la prestación del servicio? ¿Puede afectar a la salud laboral de la persona trabajadora? Creo que no puede dudarse de que ello es así, y de cómo puede influir en la calidad del servicio, en ocasiones, y en las altas tasas de rotación del personal por otras.

Desde la perspectiva sindical es conveniente y necesario prestar atención a cómo reacciona el movimiento sindical, tanto en el ámbito de cada Estado como a escala internacional, para defender los derechos de los trabajadores en las economías de plataformas.

A ello se dedica, en el ámbito territorial de la UE, el estudio de Kurt Vandaele, “Will trade unions survive in the platform economy”, en el que se apunta que “los patrones que están emergiendo en la actualidad apuntan a una posible coexistencia o combinación de los principales sindicatos y otros sindicatos y organizaciones sindicales que defienden las necesidades e intereses de los trabajadores de la plataforma”, y que “cualquier análisis significativo de la representación y la voz de los trabajadores de las plataformas debe tener en cuenta la diversidad de las plataformas y la variación asociada en los recursos energéticos de los trabajadores de las plataformas.

En la misma línea que el sindicalismo europeo, el internacional formula propuestas, y exige respuestas, tendentes tanto a garantizar unas condiciones de trabajo dignas (salarios mínimos, tiempo de conexión, prevención de riesgos) como una protección social adecuada, y ello afectando a todas las personas trabajadoras al margen de cuál pueda ser su relación contractual (asalariada o por cuenta propia), en el bien entendido que la pretensión del movimiento sindical es que todos los trabajadores y trabajadoras tengan derecho a contratos de empleo y a una remuneración equivalente al menos al salario mínimo y que cumplan con los estándares del sector en el que prestan sus servicios.

Cómo se regulan las relaciones laborales en la economía de plataformas, y ahora refiriéndose concretamente a cómo se fijan en empresas como Uber o Deliveroo, y más exactamente qué debe hacer el movimiento sindical para incidir en dicha regulación, entrando en “la batalla del algoritmo”, es objeto de detallada atención en un artículo de Giovanni Birgillito y Maria Laura Birgillito, lleva por título “Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers”. La propuesta de intervención sindical se defiende de la siguiente manera: “La propuesta de incluir parámetros tecnológicos en un convenio colectivo persigue dos objetivos principales. La primera es intervenir como parte en la implementación y gestión de las

tecnologías y, con ello, reducir los poderes de dirección y control del empleador. La segunda es reforzar aún más el papel y el poder de los actores colectivos en las empresas de la llamada gigeconomía, con el fin de organizar acciones colectivas y negociar mejores salarios y condiciones de trabajo”.

En fin, que la conflictividad laboral en el sector se ha internacionalizado lo demuestra, por poner un ejemplo que afecta directamente al ámbito nacional de esta Revista a la sentencia dictada por un juzgado de la capital uruguaya el 11 de noviembre, que declara existente una relación laboral asalariada entre UBER y el conductor demandante, que en buena medida se basa en la normativa internacional (Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de Trabajo) y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto que constata que la actividad principal de la empresa consiste en ofrecer un servicio de transporte, que en realidad los conductores no son autónomos sino asalariados por cuanto que están plenamente integrados dentro de la organización de la empresa, que dependen de la aplicación informática, propiedad de la empresa, para llevar a cabo su tarea, y que sin este personal la empresa no podría llevar a cabo su actividad principal. Un comentario de la sentencia se encuentra en el artículo del profesor Federico Rosenbaum en su blog, titulado “Uruguay: los chóferes de UBER son trabajadores dependientes”.

5. A modo de conclusión

Comprobarán los lectores y lectoras que definiendo la laboralidad de la relación contractual existente desde que inicié el examen de las diversas resoluciones judiciales dictadas en España y en otros países de distintos continentes, casi todas ellas ahora recogidas en esa extraordinaria entrada, permanentemente actualizada, publicada por el profesor Ignasi Beltrán de Heredia en su blog con el título “Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Chile, France, Germany, Italy, Nederland, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)”.

No es por un “orgullo intelectual”, sino porque creo que el cambio tecnológico ha existido a lo largo de toda la historia y que no ha de ser un elemento que sirva, o mejor dicho que se pretenda hacer servir, para desvirtuar algo que me parece claro y evidente que existe, cuál es la situación de desigualdad jurídica de una de las partes frente a la otra, y el ordenamiento jurídico laboral tiene suficiente flexibilidad para irse adaptando a los cambios existentes en las relaciones económicas y no ser meramente un sujeto dependiente de estas.

En cualquier caso, seguiremos hablando y debatiendo sobre la economía de plataformas, y sobre el vínculo jurídico existente entre la empresa y sus ¿trabajadores? ¿autónomos?

Por mi parte, y así lo vengo exponiendo y defendiendo desde hace varios años, creo que las peculiaridades de estas “nuevas relaciones”, responden al uso de las posibilidades tecnológicas y no desvirtúan en modo alguno la existencia de los presupuestos sustantivos de la relación laboral, tomando en consideración su adecuada aplicación a los entornos laborales en donde la presencia tecnológica (la empresa es la propietaria de la tecnología, no se olvide) adquiere un papel relevante al objeto de organizar la actividad productiva, permitiéndose el trabajo realizado para varias empresas (salvo pacto de exclusividad) y en donde la aparente flexibilidad de que dispone el trabajador para su organización y selección del trabajo no deja de ser una manifestación de la nueva flexibilidad organizativa que necesita la empresa y que debe significar tener un amplio número de personas disponibles permanentemente para cumplir con su actividad, sin que el “rechazo” de uno pueda significar nada más que la adjudicación a otro, y siendo así además que la pretendida libertad de elección de franjas horarias queda diluida dentro de cómo organiza la empresa su actividad y el efecto (negativo) que tiene el no estar permanentemente conectado para esa aparente libertad de elección; por no hablar del efecto que tiene el rechazo de encargos que pueden acabar con la “desconexión” del trabajador, y de ahí que la no necesidad de justificar las ausencias acabe pudiendo tener un efecto directo sobre el mantenimiento de la relación contractual. Y, donde la remuneración no importa que sea por “unidad de obra” (= entrega de pedido), y

no por unidad de tiempo, aunque el mix de ambos es perfectamente posible, por lo que en modo alguno desvirtúa la existencia de relación laboral.

Buena lectura.

Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA (2019). *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas, 8.4.2019 COM(2019) 168 final.
- DEGRYSE, C. (2019). *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, ETUI.
- REES, M. (2019). *En el futuro. Perspectivas para la humanidad*, Ed. Crítica.
- VANDAELE, K. (2018). *Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe*, ETUI.

Recursos electrónicos

- BELTRÁN DE HEREDIA, I. (2019). "Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Chile, France, Germany, Italy, Nederland, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)", en blog <https://ignasibeltran.com/> (consultado: 14 de febrero).
- BIRGILITO, G. y BIRGILITTO, M. (2018) *Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers*, Labour&Law Issues, Vol. 4, núm. 2 <https://labourlaw.unibo.it/article/view/8798/8551> (consultado: 8 de febrero)
- PASSCHIER, C. (2017), en OECD *Future of Work seminar: Concluding speech*. <https://tuac.org/news/oecd-s-future-work-seminar-concluding-speech-catelene-passchier/> (consultado: 10 de febrero).
- ROJO, E. (2020) Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/> (consultado: 14 de febrero).
- ROSENBAUM, F. (2019) *Uruguay: los chóferes de UBER son trabajadores dependientes*, Blog "Opinión y crítica sobre el Derecho del Trabajo" <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/11/uruguay-los-choferes-de-uber-son.html> (consultado: 30 de enero).

**LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LA AMPLIACIÓN DEL
CONCEPTO DE TRABAJADOR: JURISPRUDENCIA
ESPAÑOLA Y LA NUEVA LEY DE CALIFORNIA (AB5)**

**DIGITAL PLATFORMS AND THE EXTENSION OF THE
CONCEPT OF WORKER: SPANISH JURISPRUDENCE AND
THE NEW CALIFORNIA LAW (AB5)**

Adrián TODOLÍ SIGNES

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
(España).*

Fecha de envío: 05/03/2020

Fecha de aceptación: 09/03/2020

LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR: JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y LA NUEVA LEY DE CALIFORNIA (AB5)

Adrián TODOLÍ SIGNES

Universidad de Valencia (España).

Resumen: Existe consenso en la doctrina laboralista de que el concepto de trabajador debe interpretarse conforme a la realidad social del momento en el que debe ser aplicado. El presente trabajo analiza qué significa esta afirmación en el momento actual de expansión de las plataformas digitales y del trabajo autónomo en general. Para ello, se analizan i) las propuestas existentes en la doctrina comparada de ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo; ii) los fines propios del Derecho del trabajo; iii) la nueva normativa de California respecto al ámbito subjetivo de la normativa laboral. En base a este análisis, se realiza una propuesta que permita incluir a todos aquellos que prestan servicios sin ser genuinamente una empresa.

Palabras clave: Concepto de trabajador - Ámbito subjetivo de aplicación del estatuto de los trabajadores - Subordinación - Dependencia - Ajenidad - Test ABC - Ley AB5

Sumario: 1. Las plataformas y los retos del Derecho del trabajo. 2. Interpretación clásica del concepto de trabajador aplicado al trabajo en plataformas. 3. Nuevos indicios de laboralidad en el trabajo en plataformas. 3.1. Irrelevancia del tipo de contrato pactado entre las partes. 3.2. Instrucciones de la empresa. 3.3. Horarios. 3.4. Control. 3.5. Substitución y subcontratación. 3.6. La plataforma como medio de producción y no la bicicleta. 3.7. Precio. 3.8. Actividad empresarial. 3.9. Ajenidad en la información. 3.10. Ajenidad en la marca. 4. Más

allá de los trabajadores de plataformas: la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Derecho del trabajo. 5. Ampliación de concepto legal de trabajador: el caso de California. 5.1. El nuevo concepto de trabajador asalariado. 5.2. La presunción de laboralidad. 5.3. Ámbito de aplicación de la presunción y del test de laboralidad. 5.4. Concepto de empresario laboral. 5.5. Las tres características de la laboralidad. 5.6. Exclusiones. 6. Reflexión final.

Abstract: There is consensus in the labor law doctrine that the concept of worker must be interpreted according to the social reality of the moment in which it should be applied. The present work analyzes what this affirmation means in the current moment of expansion of digital platforms and autonomous work in general. For that, i) the existing proposals in the comparative doctrine of extension of the subjective scope of Labor Law are analyzed; ii) the aims of labor law; iii) California's new regulations regarding the subjective scope of labor regulations. Based on this analysis, a proposal is made that can include all those who provide services without being genuinely a company.

Key words: Key Words - Worker concept - Labour Law scope - Subordination - Control-test - ABC test - AB5 Act

Summary: 1. The platforms and challenges of labor law. 2. Classical interpretation of the concept of worker applied to work on platforms. 3. New indications of labor work at the platform work. 3.1. Irrelevance of the type of contract agreed between the parties. 3.2. Company instructions. 3.3. Schedule. 3.4. Control. 3.5. Substitution and subcontracting. 3.6. The platform as a means of production and not the bicycle. 3.7. Price. 3.8. Business activity. 3.9. Adherence in the information. 3.10. Brand awareness. 4. Beyond platform workers: the extension of the subjective scope of labor law protection. 5. Extension of legal concept of worker: the case of California. 5.1. The new concept of salaried worker. 5.2. The presumption of labor. 5.3. Scope of the presumption and the labor test. 5.4. Concept of work entrepreneur. 5.5. The three characteristics of labor. 5.6. Exclusions. 6. Final reflection.

1. Las plataformas y los retos del Derecho del trabajo

Una de las mayores innovaciones del trabajo en plataformas ha sido su capacidad de producir una nueva forma de organización del trabajo. La tecnología actual (*aplicaciones*, páginas web, *smartphones*, algoritmos, entre otros) permite nuevos modelos de negocio y de prestación de servicios que despiertan el interés de los consumidores¹.

No es la primera vez que se produce una situación similar vinculada, precisamente, a los cambios tecnológicos. Con la máquina de vapor y los telares mecanizados, las formas de producción y distribución de textiles cambiaron radicalmente. Antes de la industrialización existía una producción individualizada en los hogares de los trabajadores, de donde el empresario recogía semanalmente (o con otra periodicidad) las prendas para, a continuación, distribuir las en el mercado. Posteriormente, con las posibilidades que ofrecía la tecnología, se cambió a una producción en fábricas. En efecto, el incremento de productividad provocado por el telar mecánico hacía económicamente ineficiente continuar cosiendo individualmente vestidos por los trabajadores en sus respectivas casas. Por el contrario, era necesario realizar fuertes inversiones en la adquisición de maquinaria y aquellos que no podían costearla –quienes vivían de su trabajo- debían abandonar el trabajo doméstico para acudir a la fábrica y ofrecer su tiempo a cambio de una remuneración. En base a esta forma de prestar servicios, y con objeto de incrementar la eficiencia del proceso productivo, apareció -con el tiempo- la cadena de montaje *fordista* y, persiguiendo la reducción de los costes de mano de obra, el *taylorismo*.

Precisamente, debido a este cambio en la forma de organizar el trabajo – del trabajo en casa a la fábrica- provocado por la necesidad del uso de la tecnología, de la cual los trabajadores no eran titulares, aparecieron los primeros conflictos sociales enfrentando a los empresarios –propietarios de la tecnología

¹ Un reciente informe de la Comisión Europea establece tres tipos de organización la economía industrial de 1850 a 1970, la economía de la información de 1970 a 2020 y un tercer tipo llamado economía de la inteligencia artificial que empezando en los 2010 será imperante en el futuro. Esta economía de la inteligencia artificial incluye en su seno la economía de plataformas, pero también el *big data*, ver Goos, M., et al, (2019) “The impact of Digital Transformation on EU Labour Markets”, European Commission.

indispensable- con los trabajadores –que no la poseían-. Esta posición de privilegio del empresario permitió abusos sobre los trabajadores, quienes habían de someterse a las órdenes del titular de los medios de producción, a jornadas extenuantes marcadas por éste y a precarias condiciones de salubridad en las fábricas si querían continuar trabajando. Frente a ello, surgió el Derecho del trabajo como forma de “resolver” el conflicto entre las partes con, entre otros, los siguientes objetivos².

- La protección de la parte débil frente abusos (desigualdad del poder de negociación)
- La dignificación del trabajo y sus condiciones (valores sociales)
- La pacificación y encauzamiento del conflicto colectivo dentro del sistema capitalista (fallos de mercado)

Así pues, el nacimiento del Derecho del trabajo es indisociable de la industrialización y de la aparición de grandes fábricas con trabajadores que realizan sus funciones bajo la estricta supervisión de los encargados. Dado el interés del legislador original de proteger a este sujeto que prestaba servicios en el marco de una organización determinada, se diseñó el concepto legal de “trabajador” para describirlo. A su vez, el sistema de protecciones (jornada máxima, salario mínimo, etc.) se creó pensando en las necesidades de estos trabajadores y los derechos laborales se limitaron a aquéllos que eran compatibles con el sistema de producción industrial, otorgando ciertas potestades de control de los trabajadores al empresario (entre otros, su horario, su jornada, instrucciones directas, etc.). En conclusión, tanto el concepto “trabajador”, como su régimen jurídico, fueron pensados y adaptados a ese modelo de organización empresarial/industrial.

En este contexto, y con la legislación de inspiración industrial todavía vigente, aparece una nueva forma de organizar el trabajo, que no surge aisladamente, sino que culmina un proceso de descentralización productiva y “desverticalización” de las empresas, que proviene de los años 70. Efectivamente, la empresa integrada verticalmente ha sido remplazada por una

² Davidov, (2002), *The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection*, U.TL.J., 52.

empresa-red mucho más dinámica y adaptable a las necesidades del mercado en cada momento. Las empresas que aportan un alto valor añadido ya no desean integrar todos los elementos del proceso productivo en su matriz, sino mantener exclusivamente el núcleo del negocio para descentralizar y subcontratar en otras empresas el resto del proceso. Ello les permite adaptar su estructura de costes a la necesidad del mercado con mucha facilidad. Así, rescindir una contrata con otra empresa cuando una parte del proceso productivo ya no resulta necesario es mucho menos costoso que escindir o extinguir parte de la empresa propia³. De esta forma, este proceso de descentralización ha creado empresas de “primera” –las que mantienen el valor productivo- y de “segunda” –servicios accesorios-, modelo al cual el Derecho del trabajo ha ido adaptándose, sin muchas modificaciones, como ha podido. Esto ha sido posible dado que la descentralización productiva aquí narrada se limitaba a cambiar la forma de organizar las empresas, pasando de una integración vertical a una coordinación entre ellas o incluso a una subordinación de unas empresas a otras, pero sin afectar al núcleo de la prestación del trabajo.

En este proceso de descentralización aparece el trabajo en plataformas como expresión última de dicha descentralización productiva. No obstante, a diferencia de las anteriores manifestaciones del fenómeno, esta vez no se afecta solamente a la forma en que las empresas se organizan y se coordinan, sino que también repercute directamente en cómo se organiza el trabajo, esto es, cómo se presta el servicio por parte del trabajador y cómo se relaciona la empresa cliente final con la persona que presta el servicio.

En este punto se plantea la cuestión de si el concepto de trabajador, o más bien el propio ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores, se adecúa a esta nueva realidad social. Tradicionalmente se ha mantenido que el concepto de trabajador es suficientemente flexible como para adaptarse a las nuevas profesiones y a las nuevas realidades económicas sin necesidad de cambios. En efecto, el concepto de trabajo subordinado lleva años acomodándose a las diferentes situaciones, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para

³ Calvo Rodríguez E., (2017). *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia.

elegir cuándo realiza el trabajo -o cómo- sea relevante para su calificación jurídica. Sin embargo, la capacidad adaptativa de ciertas empresas con objeto de eludir la normativa laboral puede hacer necesario una intervención legislativa. En efecto, la prueba de indicios como forma clásica de discernir entre un trabajador laboral y un autónomo es un trabajo casi artesanal de brocha fina aplicada uno por uno a cada caso, sin embargo, hoy en día nos encontramos ante empresas que contratan autónomos en masa. Efectivamente, la prueba de indicios podía ser suficiente en un mundo en el que los autónomos eran la excepción, los casos marginales. No obstante, para hacer frente a una producción a nivel industrial de autónomos –potenciales falsos autónomos- es posible que se requiera un cambio legislativo de hacer frente a las nuevas realidades económicas y sociales.

Para responder a esta cuestión, el trabajo se ha dividido de la siguiente manera: el apartado dos tratará de analizar la doctrina judicial que ha aplicado los indicios clásicos de laboralidad al trabajo en plataformas; el tercero tratará de exponer la doctrina judicial y los argumentos que apoyan una interpretación del concepto de trabajador conforme a la realidad de los tiempos actuales, esto es, aplicando los llamados “nuevos indicios de laboralidad”. El cuarto apartado, parte de la premisa de que los trabajadores en plataformas no son los únicos afectados por la desregulación existente en materia de condiciones de trabajo para los trabajadores autónomos, por lo que se plantearán posibles soluciones más globales, entre ellas, un nuevo ámbito de aplicación de Derecho del trabajo que comprenda toda prestación personal de servicios. El quinto, analiza la nueva legislación de California como máximo exponente de cambio normativo con objeto de luchar contra los “falsos autónomos”. El trabajo termina con unas conclusiones.

2. Interpretación clásica del concepto de trabajador aplicado al trabajo en plataformas

En el conflicto, sobre la laboralidad o independencia de los trabajadores de plataforma la primera posición doctrinal consiste en entender que estos

trabajadores son independientes. Las sentencias que acogen esta doctrina se basan principalmente en el hecho de que la forma de funcionar de estas empresas no encaja con el concepto clásico de trabajador. Esto es, no existe horario ni jornada determinada por la empresa, no existen instrucciones directas, no existen procesos de selección, no existe formación dada por la empresa, no hay supervisores que controlen el trabajo, etc...

En este sentido, se puede señalar la sentencia del Juzgado nº 17 de Madrid de 11 de enero de 2019 y la Sentencia del juzgado nº39 De Madrid de 3 de septiembre ambas declaran a un repartidor de Glovo como verdadero autónomo.

Las razones son la siguientes:

1. *Prevalencia de la autonomía de la voluntad o presunción de extralaboralidad*: Lo primero que llama la atención de la sentencia es que la Jueza da relevancia a lo pactado por las partes diciendo lo siguiente:

“los contratos suscritos por las partes, unido a la falta de prueba de una realidad material distinta de la reflejada en ellos, es un indicio contrario a los postulados del trabajador. No en vano la voluntad conjunta y libremente expresada a través de un contrato debe tomarse al menos como punto de partida para su examen.”

Esto es, la Sentencia entiende que quién debe probar que la realidad acontecida entre las partes es el trabajador y si no lo hace se dará por verdadero lo que se pactó entre las partes. Esto es, se entiende que, si se pactó un contrato mercantil entre las partes, esto será lo que deberá entenderse como verdadero excepto que se demuestre lo contrario. A mi juicio, la juzgadora parece que está aplicando una presunción de extralaboralidad que debe ser “destruida” por el trabajador. Algo que choca frontalmente con la presunción de laboralidad que la doctrina científica y judicial lleva tiempo sosteniendo, esto es, que lo relevante no es lo que las partes pactaron sino la realidad material y, además, quién debe probar que la prestación de servicios era autónoma es la empresa, entendiendo que es laboral en caso de que no se consiga “destruir” esa presunción de laboralidad.

2. *La reputación online es irrelevante*: la Sentencia establece literalmente que:

“Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.”, sin embargo, no considere eso como un indicio de laboralidad dada la existencia de organización del trabajo por parte de GLOVO, sino que dice “El repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero esto no equivale a sancionar al menos puntuado, ya que premiar a unos trabajadores por la superior calidad o cantidad de trabajo no equivale a castigar a los demás”.

Es decir, la Sentencia declara que el sistema de puntuación y el hecho de que la empresa asigne más pedidos a los trabajadores de más puntuación no es ni un sistema de organización del trabajo ni tampoco es una penalización para los trabajadores con menos puntuación. Sin embargo, en un mundo en el que los pedidos son limitados –escasos como diría un economista- el hecho de que unos trabajadores tengan más pedidos implica que otros tengan menos, lo cual es, en sí mismo, tanto una organización del trabajo como una penalización. Pensemos que en vez de pedidos se asignaran horas de trabajo con su correspondiente retribución, que la empresa asigne más horas de trabajo a los mejores trabajadores y menos a los “peores” incluyendo el despido (cero horas de trabajo) es la base de cualquier empresa tradicional (restaurante, tienda de ropa, etc...)

3. *La bicicleta como principal medio de producción*: También es interesante que la Sentencia entienda que “las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador”. Esto es, sin contemplar la posibilidad de que la propia plataforma propiedad de la empresa sea un medio de producción necesaria para prestar el servicio y realizar el negocio.

4. *La asignación de precios y de zonas de trabajo por parte de Glovo es irrelevante*. También es interesante leer el siguiente párrafo transcrito literalmente: “No consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa interna de la Empresa, que sólo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los

‘recados’ (APP) siguiendo un programa informático que busca minimizar la suma de costes”.

Me parece que es interesante porque la Sentencia dice que “solo” se decide los precios, el lugar de prestación y las herramientas, algo que, aunque la Sentencia desprecia, no considerándolo suficiente, en mi opinión parece muy relevante, especialmente el precio y el lugar de prestación de servicio. En efecto, multitud de sentencia del Tribunal Supremo español han considerado muy relevante, para entender la laboralidad, el hecho de que los precios o tarifas las asignara la empresa y también la zona de trabajo del trabajador (ej., STS de 16 de noviembre de 2017).

3. Nuevos indicios de laboralidad en el trabajo en plataformas

A diferencia del grupo de sentencias que se acaba de comentar existe otro que, por el contrario, sostiene la laboralidad de los trabajadores en plataformas –al menos de los repartidores a domicilio-. Estas sentencias, basan su argumento principalmente en la existencia de los llamados “nuevos indicios de laboralidad”⁴. Esto es, estas sentencias (STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019 rec. 588/2019, Sentencia del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero, Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid en Sentencia nº 130 de 2019 de 4 de abril, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/2019, Sentencia nº 244/2018 del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia) sostienen que la subordinación del trabajador a la plataforma no se manifiesta por los indicios clásicos, pero sigue existiendo subordinación. Por ello, es necesario recurrir a los nuevos indicios de laboralidad o nuevas formas de subordinación. Si estas se dan en la relación, se deberá declarar laboral.

A estos efectos, nos sirve de ejemplo la sentencia dictada el 1 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Social nº6 de Valencia (Sentencia nº 244/2018 del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia.) condenando a la empresa de reparto Deliveroo a pagar una indemnización por despido improcedente a uno de sus

⁴ Todolí Signes, “Prólogo” en Todolí Signes y Hernández Bejarano (coord.) El trabajo en plataformas digitales, aranzadi 2018.

trabajadores (riders) al entender que entre las partes existía un contrato de trabajo. Los fundamentos para llegar a esta conclusión son los siguientes:

3.1. Irrelevancia del tipo de contrato pactado entre las partes

De acuerdo con la Jurisprudencia asentada en España (STS 11 de junio de 5 de julio 1990), los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido, manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el «nomen iuris» (nombre dado a la relación) empleado por los contratantes. Ello implica que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a los contratantes, no es algo que quede a la libre disposición de las partes, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de las concurrencias de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual.

De esta forma, la Sentencia analizada determina que es irrelevante que el rider firmara y aceptara un contrato civil. En definitiva, la normativa se impone a la voluntad de las partes.

3.2. Instrucciones de la empresa

La Sentencia Deliveroo sostiene que el rider trabajaba siguiendo las instrucciones de la empresa y bajo las condiciones fijadas unilateralmente por la misma. Concretamente, la sentencia considera probado que el trabajador, tras ingresar en la empresa debía descargarse la aplicación (app) desarrollada y gestionada por ésta en su teléfono móvil, recibiendo una autorización y, con ella, un usuario y una contraseña personal para poder acceder a la misma. Sumado a ello, se entiende acreditado que la empresa Deliveroo era la que decidía la zona en la que el rider debía desempeñar sus funciones.

3.3. Horarios

En cuanto al horario, la Sentencia determina que, aunque es cierto que el trabajador ofertaba a la empresa las franjas horarias en las que quería trabajar, también lo es que esas franjas tenían que estar dentro del horario previamente establecido por la empresa, y que era ésta quien finalmente decidía en qué horario iba a desempeñar sus funciones el trabajador cada semana. Es decir, la Sentencia concluye que no había una verdadera libertad de elección del horario. Además, se debe señalar que los Tribunales españoles (STS de 20 de enero de 2015—rec. 578/2014—) consideran que incluso aunque exista un total y absoluta libertad de horarios del trabajador y la capacidad para rechazar los encargos por parte de la empresa ello no evita la calificación de laboral. Ello es debido a que, de acuerdo con los Tribunales españoles, para la calificación como asalariado es más relevante otras cuestiones como: a quién pertenecen los clientes para los que se realizan los encargos o si el trabajador tiene una verdadera estructura empresarial (STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009)).

3.4. Control

El juzgado de Valencia considera acreditado que la empresa daba instrucciones concretas a los repartidores sobre la forma en que el reparto de comida se tenía que llevar a cabo, fijando tiempos y normas de comportamiento que éstos debían cumplir. Además, la empresa tenía en todo momento geolocalizado (GPS) al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto. Parece especialmente importante que la Magistrada considera relevante que la empresa era la que decidía en cada momento cuál eran los repartos (gigs) a realizar por el trabajador y la efectiva asignación de los mismos. En efecto, dado que el algoritmo que asignaba los repartos pertenece a la empresa, parece lógica la conclusión a la que llega la juzgadora: la empresa es quién asigna los repartos (gigs)—organiza el trabajo—a través del algoritmo.

3.5. Substitución y subcontratación

La Sentencia entiende que la subcontratación, aun permitida en el contrato entre las partes, era totalmente residual. En cualquier caso, cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia española (STS de 20 de julio de 2010—rec.3344/2009—), la subcontratación o sustitución esporádica no evita la laboralidad dado que se hace en beneficio de la empresa. Es decir, cuando el trabajador no puede realizar el trabajo encargado y busca a otro trabajador para que lo haga se hace en beneficio de la empresa y, por esta razón, ello no puede implicar la pérdida de los derechos como trabajador ni su clasificación como autónomo.

3.6. La plataforma como medio de producción y no la bicicleta

La Sentencia indica que aun cuando el rider aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa, la titular de la plataforma virtual, con el nombre comercial "DELIVEROO" la que, a través de una aplicación informática (APP), se organizaba la actividad empresarial. Es decir, se entiende que el principal o esencial medio de producción es la plataforma virtual—no la bicicleta—. Por esta razón, se argumenta que es la empresa propietaria y que tiene el poder de uso de la plataforma quién debe entenderse como el empresario. De acuerdo con la jurisprudencia española tampoco un coche o una furgoneta pequeña son un medio de producción relevante (STS 18 de mayo de 2019—rec. 3513/2016—).

3.7. Precio

La Sentencia considera trascendental para su decisión final que quién decidía el precio de los servicios realizados por el trabajador fuera Deliveroo. También que el rider percibía su retribución con independencia del cobro por parte de Deliveroo del servicio. Por último, se considera significativo, para entender que el rider es trabajador de Deliveroo, el hecho de que el servicio era cobrado por Deliveroo al cliente a través de su aplicación (app).

3.8. Actividad empresarial

La Sentencia considera que el rider es un trabajador también por el hecho de que no tiene posibilidades de participar en modo alguno de los beneficios que, en su caso, pudiera obtener la empresa Deliveroo. En efecto, como ya señaló la Sentencia en UK sobre Uber (STJUE Y. Aslam, J. Farrar y otros contra Uber-UK), y también el Tribunal Supremo español ha señalado en otras ocasiones (STS de 16 de noviembre de 2017), la imposibilidad de crecimiento del negocio ni de obtener los rendimientos es un hecho crucial.

3.9. Ajenidad en la información

La magistrada también considera significativo para su fallo el hecho de que el trabajador desconocía cuales eran los restaurantes que en cada momento estaban adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes que solicitaban sus servicios. En efecto, en el S. XXI la información es un medio de producción muy importante, por lo que difícilmente puede ser calificado de empresario quien no es propietario de la información esencial en un negocio (ej. identidad de los clientes, big data).

3.10. Ajenidad en la marca

Por último, la Sentencia señala que los riders son la imagen de la compañía de cara al cliente. Es decir, los clientes reconocen a los riders como “la cara de la compañía”. En efecto, como la doctrina ha señalado, ningún cliente conoce ni elige a los riders, sino que los clientes confían en los riders (para abrirles la puerta de su casa) porque viene de Deliveroo. Los clientes no pertenecen a los riders, sino que los clientes pertenecen a Deliveroo, siendo los riders solamente los ejecutores del trabajo en beneficio de la plataforma⁵. Y esto es un elemento que ocurre en toda la Gig economy. Los Tribunales de otros

⁵ Todoli Signes, A., (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch.

países están considerando esta circunstancia clave para determinar la imposibilidad de clasificar a los trabajadores que trabajan para una marca que no es de su propiedad como elemento esencial (SCourt UK Pimlico Plumbers Ltd y otros v contra Smith). La marca se convierte en el medio de producción más importante en el S. XXI puesto que sin clientes no se puede producir ningún servicio (on-demand economy).

En definitiva, es posible empezar a vislumbrar en la jurisprudencia y en la doctrina un esfuerzo por integrar esta nueva forma de organizar el trabajo dentro del ámbito de aplicación del contrato de trabajo. Ello se hace a través de los llamados “nuevos indicios” de laboralidad⁶. Esta doctrina defiende que en la economía de plataformas los prestadores de servicios están subordinados a la plataforma, sin embargo, esa subordinación es distinta a la forma de subordinación de los trabajadores tradicionales. De ahí la necesidad de conocer y “buscar” esos “nuevos indicios” de subordinación.

4. Más allá de los trabajadores de plataformas: la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Derecho del trabajo

El problema de la exclusión de los trabajadores del ámbito de protección del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sin duda, no es exclusivo de este nuevo modelo de negocio. Es cierto que la aplicación de la tecnología puede, incrementalmente, agravar la situación, además de poseer particularidades dignas de estudio. No obstante, sería ingenuo pensar que se está ante un problema completamente nuevo. Con la evolución del mercado de trabajo de los últimos años se ha constatado un aumento de la sustitución de mano de obra laboral por mano de obra “autónoma”. De hecho, la extrema flexibilidad en la utilización de la mano de obra y la transferencia del riesgo desde la empresa hacia el prestador de servicios mediante la utilización de la figura de los autónomos se ha convertido en una realidad para una gran parte de la fuerza

⁶ Todoli Signes, A., (2018), “Prólogo”, en Todoli Signes A., Hernández Bejarano (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi.

de trabajo que va mucho más allá de la economía de plataformas⁷. Por ello, sería lógico pensar que la prestación de servicios a través de plataformas digitales es sólo parte de una tendencia general hacia la utilización del trabajo autónomo.

Por esta razón, una primera respuesta a la cuestión planteada en este trabajo pasa por ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Es decir, dado que el *trabajo en plataformas* no es una cuestión aislada, sino que se enmarca en una tendencia generalizada, se podría argumentar que la solución difícilmente puede provenir del estudio particularizado de esta cuestión. Por el contrario, habría que conectar la solución a la falta de protección de los trabajadores en plataformas digitales con aquéllas planteadas para reducir los riesgos que asumen, en general, los trabajadores autónomos que actualmente tampoco quedan cubiertos por la protección del Derecho del trabajo. En definitiva, dado que el problema analizado no es radicalmente nuevo, el análisis de las soluciones doctrinales que se han planteado hasta ahora puede arrojar cierta luz.

En este sentido, las propuestas doctrinales de modernización del Derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas, también, por ampliar del ámbito subjetivo de la disciplina. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería extenderse a todo el "mundo del trabajo"⁸. La anterior tendría, como primera consecuencia, que el trabajo personal, esté formulado bajo dependencia o independencia, seguiría sujeto a normativas protectoras.

Las posiciones doctrinales, obviamente, difieren en cómo realizar la ampliación y en el tipo de protecciones que debieran tener las relaciones personales de trabajo que entraran dentro del Derecho del trabajo, pero no dentro del contrato de trabajo.

⁷ De Stefano V., (2016) "The rise of the "just-in-time workforce", OIT. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.

⁸ FREEDLAND M y KOUNTOURIS N., I., The legal construction of personal work relations, Oxford, 2011., pp 1-446.

La Comisión Europea, en un informe realizado bajo la dirección de Alain Supiot⁹, tuvo como objetivo reformular el Derecho del trabajo de tal forma que se liberara de las restricciones del trabajo subordinado bajo el contrato de trabajo. La idea central en el “informe Supiot” fue la de reconocer y concienciar sobre la existencia de un amplio rango de situaciones en las que los ciudadanos están trabajando a pesar de no encontrarse bajo un contrato de trabajo. De hecho, el informe Supiot no se limitaba a ampliar el ámbito subjetivo de la disciplina al “trabajo no subordinado”, sino también al “trabajo no remunerado” (ej., cuidados dentro de la familia o tareas domésticas sin retribución). La ambiciosa propuesta configuraba un “statut professionnel” o estatuto profesional, donde se incluirían todos aquellos que prestaran servicios de mano de obra. No obstante, en dicha propuesta, este estatuto se limitaría a conceder derechos de Seguridad Social. Esto es, Supiot proponía desligar la protección de Seguridad Social de la existencia de un contrato de trabajo. Efectivamente, uno de los primeros problemas con los que se encuentran los trabajadores autónomos es su desprotección en materia de Seguridad Social respecto a sus homólogos trabajadores. Por su parte, éste es el campo donde más se avanzado en los últimos años –a pesar de seguir existiendo importantes diferencias-.

También Lyon-Caen¹⁰, en su momento, propuso integrar en el Derecho del Trabajo relaciones personales de trabajo distintas al contrato de trabajo. En este sentido, propuso “un Derecho del trabajo para trabajadores distintos de los existentes en el modelo del Derecho del trabajo”. A su vez, enunció qué principios legales debían ser aplicables a trabajadores distintos de los trabajadores subordinados.

Por su parte, Ewing, Hendy y Jones¹¹, en su *Manifesto for Labour Law* y su continuación en la reciente publicación *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*¹², también sugieren la necesidad de ampliar la construcción nacional del ámbito de aplicación personal de los derechos laborales mediante su propuesta

⁹ Supiot A., et al., (2001), *Beyond Employment –Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford

¹⁰ Lyon-Caen G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990.

¹¹ Ewing, Hendy y Jones (2016), *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker's right*, IER, p 35.

¹² Ewing, Hendy y Jones (2018), *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER.

de definición consistente en toda persona contratada por otra para proveer trabajo, y que no esté genuinamente dirigiendo una empresa de su propiedad, ha de considerarse trabajador¹³.

Adicionalmente, también Dockés¹⁴ y otros autores franceses han defendido una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo en su país.

En una línea similar, es interesante la propuesta realizada por Freedland y Kountouris¹⁵. Estos autores también se decantan por el abandono de la noción de subordinación como definidor del ámbito del Derecho del Trabajo. Se debe notar que estos autores no proponen la modificación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo –que seguiría limitándose a la subordinación–, sino que su propuesta es incluir dentro del ámbito del Derecho del trabajo otras relaciones de trabajo personales, que actualmente se encuentran en el derecho privado¹⁶.

Se parte de la idea de que actualmente se está ante un sistema binario en las prestaciones personales de trabajo; por una parte, el contrato de trabajo –regulado por el Derecho del trabajo– y, por otra, el resto de prestaciones de trabajo amparadas en el Derecho privado. Sin embargo, esta división parte de una falsa idea de que todas las prestaciones de trabajo reguladas por el Derecho civil son idénticas. Este argumento viene reforzado por el hecho de que el Derecho civil, en su regulación, no distingue entre la prestación de servicios personales y los no personales. En efecto, la regulación aplicable a un contrato de prestación de servicios entre una empresa y un trabajador autónomo será la misma que entre una empresa y otra empresa. Ante ello, estos autores proponen que el Derecho del trabajo amplíe su ámbito a todas las prestaciones de trabajo realizadas personalmente. Con ello, se pretende que el Derecho del trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a centrarse en “la persona que trabaja”¹⁷.

¹³ Traducción propia.

¹⁴ Dockés (ed.) (2017), Proposition de Code du Travail, Dallor, 2017.

¹⁵ Freedland M y Kountouris N., L., (2011), The legal construction of personal work relations, Oxford.

¹⁶ Freedland M y Kountouris N., L., (2011), The legal construction of personal work relations, Oxford.

¹⁷ Por su parte, esta propuesta doctrinal no propugna una equiparación en los derechos y deberes de todas “las personas que trabajan” con los derechos y deberes del contrato de trabajo, sino

Retomando esta posición doctrinal se pronuncian Countouris y De Stefano¹⁸ al establecer que el Derecho del trabajo no debería verse constreñido al trabajo subordinado, puesto que todos aquéllos que “viven de su trabajo” requieren protección. Si bien estos autores en su informe no establecen el nivel de protección concreto, sí fijan que, al menos, deberían tener todos derecho a la libre sindicación y a la negociación colectiva (también haciendo referencia a otros derechos individuales, pero sin matizar cuáles). En efecto, se argumenta que el Derecho del Trabajo debería aplicarse a todos aquéllos que realizan trabajo personal, esto es, que son ellos mismos los que realizan el trabajo frente a aquellos otros –los que quedarían excluidos- que, bien, tienen otros trabajadores a su cargo que realizan el trabajo por ellos, bien, es un trabajo intensivo en capital o tecnología de la cual son propietarios esos trabajadores. Esto es, el Derecho del Trabajo, de acuerdo con estos autores, debería aplicarse, con independencia de si se realiza bajo instrucciones directas o no, a todos aquéllos que prestan personalmente servicios. De esta forma, solamente quedarían excluidos aquéllos que prestan servicios a través de otras personas contratadas que los desarrollan en su nombre o aquellas que no prestan servicio personalmente, puesto que son dueños de un importante capital –en forma de tecnología o activos- siendo éste esencial para realizar el servicio.

En fin, en la doctrina comparada se puede observar un empuje hacia una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Aunque haya diferencias entre las propuestas, todas ellas tienen un fin común: ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquéllos que requieren protección. Para ello se parte de la hipótesis de que en la actualidad se está excluyendo del Derecho del Trabajo a muchos sujetos que, realmente, no son empresarios. Esto es, se entiende que los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se

que habría que realizar diferenciaciones respecto al contenido obligacional según las necesidades de cada relación jurídica. En definitiva, estos autores proponen una ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo a través del establecimiento, de lo que podría llamarse, una lista de relaciones laborales especiales que no se limitarían a las relaciones laborales dependientes, sino que se incluirían las no realizadas bajo dependencia. Con ello, a modo orientativo, los autores establecen una lista de prestaciones personales de trabajo que deberían estar insertas dentro del Derecho del trabajo como, por ejemplo; las profesiones liberales, los autónomos, los consultores externos, los agentes comerciales, etc.

¹⁸ Countouris y De Stefano (2019), “New forms of employment”, *Syndicat Europeen Trade Union*

halle un genuino empresario. Por el contrario, con la actual definición de subordinación como forma de atribución de derechos laborales, el efecto generado es que existan muchos sujetos que, aunque no son genuinos empresarios, quedan excluidos del Derecho del trabajo.

En otras palabras, existen trabajadores dependientes, trabajadores independientes y empresarios. Pues bien, se defiende por estos autores que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto-protegerse. Por ello, las propuestas pasan todas por ampliar el campo del Derecho del Trabajo, extendiéndolo a las personas que trabajan –y que no son genuinamente un empresario- aunque no se encuentren estrictamente subordinadas.

Por su parte, esta ampliación puede realizarse de dos maneras, bien mediante una modificación legislativa, bien mediante una reconfiguración interpretativa del concepto de trabajo subordinado. En este trabajo se va a analizar a partir de ahora las posibilidades legislativas concretamente siguiendo el ejemplo de la legislación californiana dado que las posibilidades jurisprudenciales ya se han comentado en otro lugar¹⁹.

5. Ampliación de concepto legal de trabajador: el caso de California

5.1. El nuevo concepto de trabajador asalariado

La nueva legislación californiana sobre el concepto de trabajador, aprobada por la AB5 Act, es especialmente notable por dos motivos. El primero porque es el lugar dónde han nacido la mayoría de las plataformas digitales, siendo un Estado, dentro de EEUU, conocido por su innovación tecnológica. La segunda razón es por la calidad técnica de la normativa que parece muy

¹⁹ Todolí Signes A., Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41, 2019.

depurada en líneas generales²⁰. En este sentido, el Estado de California, en la ley AB5, establece que para que un autónomo individual no se considere empleado laboral, el empresario deberá probar los tres siguientes elementos:

- a) Que es libre del control y la dirección de la empresa
- b) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa que lo contrata
- c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente

De esta forma, si la empresa, que contrata al trabajador formalmente autónomo, no es capaz de probar estos tres elementos se considerará asalariado.

Esta redacción proviene de la interpretación judicial que venía realizando el Tribunal Supremo de California, por tanto, la normativa se limita a incorporar a la ley los criterios judiciales seguidos para la identificación de un asalariado. Concretamente, la Sentencia *Dynamex*²¹ de dicho Tribunal analiza la laboralidad de un repartidor contratado formalmente como autónomo en una empresa dedicada al sector del reparto. Esta sentencia no se ciñe a analizar el supuesto de hecho, sino que, tras hacer un repaso doctrinal a los distintos modos, usados por la jurisprudencia, para distinguir entre un autónomo y un trabajador asalariado, decide cambiar la doctrina tradicional para adoptar un nuevo test de laboralidad. Dicho test, llamado ABC test y que ya había sido utilizado por otros Estados dentro de EEUU²², incorpora dos partes; de un lado, una inversión expresa de la carga de la prueba: presumiendo la laboralidad salvo que la empresa contratante sea capaz de probar la existencia de una verdadera relación mercantil; de otro lado, delimita cuáles son los elementos que la empresa debe probar para excluir la laboralidad.

²⁰ A diferencia de otras normativas más complejas y técnicamente menos precisas como es el caso de Italia, al respecto ver <https://adriantodoli.com/2020/02/25/como-regulamos-para-acabar-con-los-falsos-autonomos-experiencias-internacionales/>

²¹ Tribunal Supremo del Estado de California Sentencia nº 222732 de 30 de abril de 2018 *Dynamex operations v Charles Lee*.

²² Ver Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey Hargrove, et al., v. Sleep's LLC de 14 de enero de 2015. En la doctrina, Deknatel A, y Hoff-Downing L., "ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes", Penn Law Legal Scholarship Repository, 2015, p 54-104.

5.2. La presunción de laboralidad

La nueva jurisprudencia, incorporada a la ley, establece expresamente una presunción de que un trabajador individual será asalariado, siendo la empresa interesada en sostener la autonomía la que debe probar los tres elementos del test. De hecho, esta presunción tiene carácter *iuris et de iure* dado que no parece posible probar de forma distinta la naturaleza independiente de la relación. Esto es, esta nueva normativa no se limita a implantar una presunción de carácter laboral de la relación que puede ser destruida probando ante el juez que la relación era independiente conforme a los criterios que el juez estime oportunos, sino que, por el contrario, la única forma de destruir dicha presunción será mediante la prueba acumulativa de los tres elementos del test. En caso de que solamente uno de los tres elementos no sea probado por la empresa contratista se deberá entender *ex-lege* que la relación era laboral.

De esta forma, esta presunción, no solamente pone la carga de la prueba en la empresa, sino que también restringe la libertad del juez para valorar e identificar la relación de asalariado. El juez deberá limitarse a comprobar si los tres elementos del test han sido acreditados o no por la empresa contratista, sin poder valorar otros elementos. Un ejemplo de esto sería la excepcionalidad u ocasionalidad de la prestación de servicios. En efecto, tradicionalmente se viene entendiendo que una relación laboral exige habitualidad o, al menos abundante repetición, en la prestación del servicio, sin embargo, este elemento no se encuentra presente, al menos directamente, en ninguno de los tres criterios del test.

No obstante, como se verá en el siguiente epígrafe, los tres componentes son suficientemente amplios como para que pocas características de la relación entre las partes vayan a quedar sin poder ser valoradas por el juez. Por tanto, nos encontramos más bien ante una limitación débil de las posibilidades de los jueces de valorar todos los hechos concernientes en la relación. Lo que sí parece un límite fuerte para la libre valoración judicial es el hecho de que los tres elementos deben ser probados por parte de la empresa, siendo suficiente, conforme a la nueva normativa, que uno de ellos no se encuentre presente para

obligar al juez a declarar la laboralidad.

5.3. Ámbito de aplicación de la presunción y del test de laboralidad

Por otro lado, dada la existencia de una inversión de la carga de la prueba cabe preguntarse a quién se extiende dicha presunción: ¿a todos los contratos mercantiles? ¿a los de prestación de servicios? ¿incluye contratos de obra? Ni la normativa ni la jurisprudencia que da origen a la misma le dedica demasiada extensión a este aspecto de suma importancia. No obstante, este nuevo test parece aplicable solamente a trabajadores individuales. Esto es, prestadores de servicios que no realizan la actividad a través del uso de otros trabajadores asalariados contratados por él. Esto excluiría de la aplicación de la presunción y del nuevo test, de un lado, a contratos de obra, aunque fueran realizados por un trabajador individual, dada la diferencia histórica en el derecho civil existente entre una prestación de servicios y un contrato de obra. De otro lado, parece que también se excluiría de la presunción el encargo de la prestación de servicios a trabajadores que no la ejecutaran directamente, sino que lo hicieran mediante la contratación, a su vez, de otros trabajadores asalariados bajo su dirección. Ahora bien, no parece que estuvieran excluidos de la presunción aquellos trabajadores subcontratados que no tuvieran trabajadores a su cargo, sino que subcontrataran la actividad, mediante contrato mercantil dado que al no tener trabajadores a su cargo entrarían dentro del concepto de trabajador individual. En efecto, la referencia, como presupuesto de partida de la aplicación de esta nueva legislación, de un “trabajador individual” podría ser interpretada en el sentido de que se excluye de la misma aquellos trabajadores que tiene asalariados a su cargo debido a que en este caso, el trabajador se parecería más a un empresario que dirige el trabajo de otros y obtiene su retribución, no de la prestación directa de su trabajo, sino de gestionar y controlar un negocio que es de su propiedad.

Una cuestión relevante es que la aplicación del nuevo concepto de trabajador, y de la presunción, no exige la existencia de retribución, algo que parece acorde a la posición doctrinal más avanzada que sostiene que la retribución es una consecuencia del trabajo asalariado y no un presupuesto para

su existencia²³. De esta forma, no se excluiría de la laboralidad a aquellos que trabajan solamente por propinas o aquellos que trabajan a cambio de posibles premios, ni los que perciben la retribución directamente de un tercero distinto a aquél que los contrata siempre que exista un verdadero trabajo realizado.

Tampoco quedan excluidos, de forma expresa, de este concepto otros elementos que sí lo son en el ordenamiento español como el trabajo benevolente o al servicio de familiares o verdaderos becarios. Sin embargo, dado que la legislación apunta a que la presunción se aplica a trabajadores individuales es posible que este tipo de prestaciones de servicios estén igualmente excluidos al no ser considerados “un trabajo”. El caso más claro sería el del becario dado que siempre y cuando la empresa demuestre que su actividad principal era formativa y que no había trabajo u este era marginal al servicio del aprendizaje no se consideraría asalariado. No obstante, con esta nueva legislación no queda claro quién debería probar ese carácter formativo o de prestación de servicios. Esto es, partiendo de que la presunción se aplica a los trabajadores individuales solamente, ¿quién debe probar que se está ante un trabajador individual? ¿También la empresa? ¿O sería aquí quién alegue ser asalariado el que debería realizar un principio de prueba de que es trabajador individual cuya consecuencia sería la aplicación de la presunción y la reversión de la carga de la prueba? Este elemento no es aclarado por la nueva normativa.

5.4. Concepto de empresario laboral

Respecto a la figura del empresario, los tribunales de EEUU han venido manteniendo la posición, clásica también en España, de que todo aquél que se beneficia del servicio de otro es un empresario a efectos laborales (Tribunal Supremo, 23 de marzo de 1989 caso *Borello sons inc v. Department of industrial relations*). Esto significa que cualquier persona al servicio de otra puede ser un asalariado, sin que la contraparte del contrato de trabajo deba reunir ninguna

²³ Cruz Villalón J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: Aspectos individuales”, en AAVV., *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p 47; Todolí Signes, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicias”, *RDS*, nº 77, 2017, págs. 105-124.

característica específica.

5.5. Las tres características de la laboralidad

A) Que es libre del control y la dirección de la empresa sobre el desempeño del servicio tanto bajo el contrato de prestación de servicios con el trabajador individual como de hecho.

El primer elemento que debe demostrar la empresa contratista es que el trabajador individual estaba libre del control y la dirección de la empresa: lo que tradicionalmente se ha llamado dependencia jurídica del asalariado. Así pues, este primer elemento es poco novedoso y hará referencia a que la empresa deba demostrar que el trabajador tenía verdadera libertad para elegir sus horarios, su jornada, su forma de trabajar, que no existían sistemas de vigilancia y control sobre cómo se realiza el trabajo, que no recibió formación de la empresa o a cargo de la empresa, que no se coordinaba o turnaba con otros trabajadores de la empresa, no le autorizaban vacaciones o permisos, no se le dictaba instrucciones sobre la forma de desarrollar el trabajo, etc. En este sentido, los tribunales deberán evaluar una serie de elementos, ya conocidos, para decir si se cumple o no este primer elemento.

No obstante, sí existe una novedad en este sentido y es que la normativa exige que dicha independencia jurídica y funcional se dé tanto a nivel contractual como a nivel material (*"tanto bajo el contrato de prestación de servicios con el trabajador individual como de hecho"*). Esto es, se exige que entre las partes existiera un contrato escrito que estableciera la independencia jurídica del trabajador. Así pues, este criterio viene a instituir de forma indirecta un requisito constitutivo para la existencia del contrato mercantil con un autónomo: la materialización de un contrato escrito que fije su independencia²⁴. A su vez, la existencia de dicho contrato escrito no será suficiente para entender que realmente se halle esa independencia, sino que, además, también deberá

²⁴ Deknatel A, y Hoff-Downing L., "ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes", *Penn Law Legal Scholarship Repository*, 2015, p 69.

probarse que en la realidad, la prestación se ejercía con ella²⁵.

B) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad ordinaria de la empresa que lo contrata.

Este segundo elemento podría considerarse el más novedoso respecto a la regulación clásica basada en la ajenidad y la dependencia como elementos identificadores de la relación laboral, sin embargo, es un elemento que el Tribunal Supremo en España ya había tenido en consideración en múltiples ocasiones²⁶. Este elemento hace referencia a dos características a su vez, de un lado, una de carácter objetivo respecto a la correspondencia del trabajo realizado entre la empresa contratista y el trabajador individual, y otra de carácter subjetivo, respecto a la apariencia externa mostrada frente a clientes y terceros.

b.1) Respecto al criterio *objetivo* se entiende que el trabajador individual será asalariado si presta servicios en las actividades ordinarias de la empresa contratista. De esta forma, el Tribunal Supremo de California, en la mentada sentencia *Dynamex*, lo expone con dos ejemplos, de un lado, el trabajador que cose ropa en su casa para una empresa que fabrica ropa, será asalariado –por mucha independencia que tenga- dado que la empresa principal se dedica precisamente al negocio de la fabricación y venta de ropa. Por otro lado, una panadería que vende pan y pasteles no podrá considerar como autónomo individual al decorador de las tartas dado que esas funciones son reconocibles como las habituales de una empresa que se dedica a ese negocio. De esta forma, para sostener la autonomía del trabajador, la empresa deberá probar que las actividades que realizaba el autónomo individual estaban fuera de la actividad regular de la empresa.

Cabe decir que la delimitación de este elemento no está fuera de todo debate. En efecto, las propias plataformas digitales sostienen que ellas no son proveedoras del negocio subyacente que se realiza en el mismo, sino solamente meras plataformas digitales de intermediación, esto es, empresas que proveen solamente infraestructuras informáticas. Así, el TJUE tuvo de dictaminar que

²⁵ Tribunal Supremo de Vermont 4 de mayo de 2007, Caso *Fleece on earth v. dept. of employment and training*

²⁶ STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) // recogedor productos higiénicos -30 de abril de 2009 (1701/2008) y STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015)

Uber no era una mera empresa de la sociedad de la información –como la empresa alegaba-, sino que era, de hecho, una empresa de transporte²⁷.

En el mismo sentido, en EEUU, en el Estado de California, la sentencia del Tribunal de Apelación de 26 de abril de 2018, aplicando el test ABC, consideró que un operador de una gasolinera, propiedad de la empresa Shell, era independiente dado que la empresa Shell no se dedicaba a gestionar gasolineras –aunque fueran de su propiedad- sino al negocio de “poseer propiedades y a extraer y refinar gasolina”.

Bien conocido es el debate que existe en España respecto al concepto de propia actividad en la subcontratación a raíz del art. 42 del ET. Un concepto que ha sido criticado por la doctrina por ser indeterminado y crear inseguridad jurídica²⁸. Si bien es cierto que el concepto de actividad ordinaria de la empresa parece más amplio que el de propia actividad, en ambos casos se trata de conceptos indeterminados que deben ser completados por la jurisprudencia.

En cualquier caso, conforme a los ejemplos señalados por el propio Tribunal Supremo de California, en la sentencia *Dynamex*, se entenderá como “fuera de la actividad ordinaria” la contratación de un fontanero o un electricista en empresas que requieran una reparación puntual y que no se dediquen al negocio de la fontanería o de la electricidad, esto es, para la realización de trabajos aislados de forma ocasional o marginal. Por el contrario, aquellas tareas que requieran una prestación regular durante un tiempo indefinido no podrán ser considerados fuera de la actividad ordinaria de la empresa.

b.2) Más concreto parece el criterio *subjetivo* referente a la apariencia externa mostrada frente a terceros. En este sentido, la empresa deberá demostrar que los clientes finales que reciben la prestación perciben al trabajador individual como un ente independiente de la empresa principal. Así pues, si el trabajador individual puede ser visto razonablemente como trabajando dentro de la actividad de la principal, este deberá ser considerado asalariado (*Dynamex*). Concretamente, este es el elemento que la doctrina ha considerado menos manipulable por las empresas a la hora de intentar excluir de la

²⁷ STJUE de 20 de diciembre de 2017 C-434/15 *Elite Taxi Vs Uber Systems Spain S.L.*

²⁸ SALA FRANCO, T., “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *AL*, 9, 2005, p 1018.

laboralidad²⁹ y es que cualquier estrategia que requiera que las empresas argumenten contra sus propias marcas es improbable que triunfe en el largo plazo³⁰. En efecto, el caso de Uber, la publicidad realizada como servicio de transporte hace difícil considerarlo una simple empresa del sector tecnológico. De esta forma, cualquier actividad realizada por un prestador individual de servicios, que esté relacionada con la marca de la empresa, deberá considerarse asalariada³¹.

Como ya he defendido en otras ocasiones, en el S.XXI, la ajenidad en la marca es uno de los elementos más importantes para diferenciar entre un trabajador laboral y un autónomo. Así, aquél trabajador individual que no trabaje bajo su propia marca –una marca que el mercado reconozca como propia- sino bajo el paraguas de una marca ajena estará subordinado a los deseos e instrucciones de esa marca³².

En el mismo sentido, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo de España al entender que un trabajador individual será asalariado si la empresa principal decide cómo este debe presentarse ante los clientes, si decide a qué clientes debe atender, si establece el precio del servicio, si hace publicidad de ese servicio, etc.³³.

En efecto, este criterio tiene la ventaja de ser difícilmente manipulable y es que si una empresa quiere tener clientes deberá señalar en el mercado – mediante publicidad, una marca, etc...- cuáles son sus servicios, con independencia de lo que alegue en los Tribunales. Así pues, aquellos trabajadores individuales que presten materialmente esos servicios “vendidos” al público deberán ser considerados asalariados³⁴.

C) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente.

²⁹ Deknatel A, y Hoff-Downing L., “ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes”, *Penn Law Legal Scholarship Repository*, 2015, p 67.

³⁰ Cunningham-Parmeter K., “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work”, *Northern Illinois university law review*, 39 (3), 2019, p 412.

³¹ Cunningham-Parmeter K., “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work” *Northern Illinois university law review*, 39 (3), 2019, p 414.

³² Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

³³ STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015).

³⁴ Todolí Signes A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41, 2019.

El tercer elemento que deberá probar la empresa contratista para sostener la autonomía del trabajador es que este dispone de una estructura empresarial independiente. Esta cuestión puede asemejarse a la conocida ajenidad. En efecto, en este elemento se deberá evaluar la propiedad de los medios de producción de valor relevante y esenciales para llevar a cabo el servicio directamente, la asunción de las pérdidas por parte del trabajador, que el trabajador pague su propia publicidad y que busque sus propios clientes ofreciendo sus servicios al público, que preste servicios en sus propios locales, asuma los gastos y que trabaje para varios clientes, entre otros³⁵. Además de ello, hay dos elementos de singular importancia señalados por la jurisprudencia de EEUU que aplica el test ABC.

El primero es la independencia económica. En este sentido, se considera que aquél trabajador que sus ingresos son percibidos principalmente de un único “cliente” no puede tener un negocio realmente independiente. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, *Hargrove, et al., v. Sleep’s LLC* de 14 de enero de 2015, establece que si en el momento en el que la relación con ese cliente termina el trabajador individual se une a las filas del desempleo este elemento del ABC test no será satisfecho, lo que significa que por sí solo este elemento implicará la categorización como asalariado.

En un sentido similar, se ha exigido que la existencia de dicha estructura independiente debe ser anterior a la existencia del contrato mercantil (*Dynamex*). Esto es, si el trabajador estaba en desempleo o en otro negocio antes de iniciar la relación con dicha empresa y “crea” su estructura empresarial como presupuesto necesario para activar la relación contractual mercantil con ese cliente, este criterio no quedará satisfecho. En efecto, no puede existir una estructura económicamente independiente si la misma fue creada como presupuesto para poder contratar con una determinada empresa –o incluso siguiendo instrucciones de la misma- ni tampoco en el caso de que al terminar dicho contrato la estructura creada no puede permanecer activa. Parece lógico

³⁵ Por todos, Corte de Apelación de Virginal de 13 de enero de 1998 Caso *Brothers construction company, inc. v. Virginia Employment Commission* y Corte de Apelación de Massachusetts de 28 de noviembre de 2002, Caso *Boston Bicycle Couriers, Inc. V. Deputy Director Of The Division of Employment And Training & Another*.1.

presuponer que si el trabajador depende de un determinado cliente económicamente para su existencia o supervivencia no habrá independencia como exige este elemento.

5.6. Exclusiones

Por último, señalar que a diferencia de lo que hacía el Tribunal Supremo de California que no fijó excepciones en la aplicación de test ABC, la normativa de California sí lo hace. Concretamente, establece una lista de profesiones a las que no se les aplicará el nuevo “concepto de trabajador”, sino el anterior test de laboralidad llamado el “Borello test”. Son las siguientes profesiones:

“Corredores de seguros, contables, agentes de bolsa, asesores de inversiones, médicos, cirujanos, dentistas, podólogos, psicólogos, veterinarios, abogados, arquitectos, ingenieros, vendedores de pescado, personas dedicadas a ventas, constructores / contratistas, personas que prestan servicios profesionales como como marketing, profesionales de recursos humanos, agentes de viajes, diseñadores gráficos, redacción de subvenciones, bellas artes, escritores, fotógrafos, barberos, cosmetólogos, manicuristas, esteticistas, electrólogos y tutores.”

Como se ve es una larga lista de profesiones que quedan excluidos del nuevo test de laboralidad, para los cuales se aplicará el anterior test, consistente en valorar de forma global; i) la capacidad de control sobre el trabajador ejercido por la empresa; ii) el derecho a romper el contrato sin causa; iii) si el trabajo realizado tiene sustantividad propia o es indistinguible de otras actividades; iv) el tipo de trabajo es comúnmente realizado por asalariados o autónomos; v) el nivel de habilidad requerido para realizar el trabajo; vi) el propietario de los medios de producción y el lugar dónde se realiza el trabajo; vii) la longitud del periodo de tiempo de prestación; viii) la forma de pago es por tiempo o resultado; ix) si el servicio es parte del trabajo ordinario del principal; x) si las partes creen que se encuentran en una relación trabajador-empresario.

En la normativa no se aclara suficientemente las razones por las que se decide mantener el anterior test para dichas profesiones, ni tampoco porque se

excluye de su aplicación a esas profesiones y no de otras. En cualquier caso, la normativa no impide que esas profesiones “excluidas” sean declaradas laborales, solamente hace más difícil que lo sean, debido a la aplicación de un test probablemente desfasado creado para un momento distinto a la realidad económica actual.

6. Reflexión final

El trabajo en plataformas digitales representa la subcontratación llevada a su máxima expresión. Por esta razón, las soluciones al problema de la calificación jurídica como laboral o autónomo independiente de sus prestadores de servicios no debería ser aislada. En este sentido, desde la doctrina internacional se aboga por una ampliación del ámbito de aplicación de las normas laborales para que el Derecho del trabajo se aplique –y proteja- a todos los que carecen de poder de negociación.

Para ello, parece necesario abandonar las tradicionales concepciones que delimitan el trabajo asalariado conforme a esquemas clásicos del trabajo industrial con horarios marcados, jornadas determinadas por el empresario y realizado en un espacio físico propiedad del empresario. Por el contrario, la realidad financiera del trabajador que depende económicamente de su empresario por falta de recursos, por falta de una marca propia, por inexistencia de bienes de capital suficientes, entre otros, será lo que identifique al trabajador. En definitiva, será asalariado el que carezca de estructura productiva propia e independiente.

De esta forma, partiendo de que en la realidad económica actual existen trabajadores dependientes, trabajadores independientes y empresarios. Se sostiene que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto-protegerse. Por ello, se propone ampliar el campo del Derecho del Trabajo extendiéndolo a las personas que trabajan –y que no son genuinamente un empresario- aunque no se encuentren estrictamente

subordinadas.

En este estudio se analiza particularmente la legislación de California aprobada recientemente que persigue precisamente este objetivo. Con una técnica legislativa muy depurada, el legislador del Estado de California fija un nuevo concepto de trabajador y una presunción que hace recaer sobre la empresa contratista la carga de probar la ausencia de laboralidad.

Esta normativa es una adaptación del concepto de trabajador que ya venía sosteniendo el Tribunal Supremo del Estado de California por lo que su incorporación al marco legislativo tiene principalmente objetivos pedagógicos y de seguridad jurídica. No obstante, este nuevo concepto de trabajador implica la incorporación a nivel legal del test de la realidad económica y el abandono definitivo del test de la dependencia jurídica. Así pues, nos encontramos ante un concepto de trabajador adaptado a la realidad económica de nuestro tiempo que busca evitar su manipulación por parte de las empresas para que de esta forma se pueda otorgar protección a todo aquél que preste servicios, aunque lo haga con autonomía siempre que no sea una verdadera empresa independiente.

Por último, cabe señalar que los criterios establecidos por la legislación californiana son muy similares a los mantenidos por el Tribunal Supremo de España sin que en este país se haya recurrido a su elevación a rango legal³⁶ por ahora.

En fin, como se ha señalado la prueba de indicios, como forma clásica de discernir entre un trabajador laboral y un autónomo, es un trabajo casi artesanal de brocha fina aplicada uno por uno a cada caso, sin embargo, hoy en día nos encontramos ante empresas que contratan autónomos en masa. Efectivamente, la prueba de indicios podía ser suficiente en un mundo en el que los autónomos eran la excepción, los casos marginales. No obstante, para hacer frente a una producción a nivel industrial de autónomos –potenciales falsos autónomos– es posible que se requiera un cambio legislativo de hacer frente a las nuevas realidades económicas y sociales que asegure que el Derecho del trabajo se aplique a todos aquellos que requieren de protección.

³⁶ Al respecto ver, Todolí Signes A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41, 2019

Bibliografía

- CALVO RODRÍGUEZ, E., (2017). *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia.
- COUNTOURIS y DE STEFANO (2019). "New forms of employment", *Syndicat Europeaan Trade Union*.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1999). "Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: Aspectos individuales", en AAVV., *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid.
- CUNNINGHAM-PARMETER, K. (2019). "Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work", *Northern Illinois university law review*, 39 (3).
- DAVIDOV, G. (2002). *The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection*, U.T.L.J.
- DEKNATEL, A., y HOFF-DOWNING, L. (2015). "ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes", *Penn Law Legal Scholarship Repository*.
- DOCKÉS (ed.) (2017). *Proposition de Code du Travail*, Dallor.
- EWING, HENDY y JONES (2016). *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker's right*, IER.
- EWING, HENDY y JONES (2018). *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER.
- FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N. (2011). *The legal construction of personal work relations*, Oxford.
- GOOS, M., et al (2019). "The impact of Digital Transformation on EU Labour Markets", European Commission.
- LYON-CAEN, G. (1990). *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris.
- SALA FRANCO, T. (2005). "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *AL*, 9.
- SUPIOT, A., et al (2001). *Beyond Employment –Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford.

TODOLÍ SIGNES, A., (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch.

TODOLÍ SIGNES, A. (2017). “Los falsos autónomos en el contrato de franquicias”, *RDS*, nº 77.

TODOLÍ SIGNES, A. (2019). “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41.

TODOLÍ SIGNES, A. (2018). “Prólogo”, en Todoli Signes y Hernández Bejarano (Coord.), *El trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi.

Recursos electrónicos

DE STEFANO, V., (2016). “The rise of the “just-in-time workforce”, OIT. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.

NORMAS PARA AUTORES

El Equipo editorial invita desde ya a quienes tengan interés en publicar sus trabajos o estudios en la próxima edición de la Revista, con la única limitante de ajustarse a la pautas de edición y a la aprobación arbitrada de los mismos. Para ello, el artículo deberá cumplir con los requisitos que se describen seguidamente:

1. EXTENSIÓN no menor a 10 páginas y no mayor a 30 páginas en formato Microsoft Word (.doc o .docx), fuente Arial, tamaño de fuente 12, interlineado 1.5, márgenes superior e inferior de 3.0, márgenes izquierdo y derecho de 2.5 y texto justificado.

Para el caso de los apuntes breves del tema de actualidad definido en cada número, regirán las mismas pautas, salvo en cuanto a su extensión, que no podrá superar las 10 páginas.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS A PIE DE PÁGINA, en orden correlativo según su aparición en el artículo. Numeración arábica. Tamaño de fuente 10. Se deberá usar el Estilo Chicago de citado (Chicago-style of citation).

3. REFERENCIAS EN EL CUERPO DEL TEXTO

En el caso de las citas textuales, estas irán incorporadas al texto de no exceder las 40 palabras y deberán colocarse entre comillas (“ ”). En caso la cita textual tenga una extensión de 40 palabras o más, esta deberá aparecer en un nuevo párrafo, sin entrecomillado, sangrada y con una fuente de tamaño 11.

4. PRIMERA PÁGINA

- **TÍTULO:** en español e inglés, un título de hasta 60 caracteres;

- **NOMBRE DEL AUTOR** (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como el correo electrónico del autor;
- **RESUMEN** (Abstract): texto breve en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (hasta 400 palabras);
- **SUMARIO**: se consignará en español e inglés un resumen de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo;
- **PALABRAS CLAVE** (key words): en español e inglés (mínimo 3, máximo 5).
- En caso que el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la referencia correspondiente.

5. ANEXO Y LISTADO DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para el caso de un comentario jurisprudencial, al final del documento, en un apartado de anexo, se transcribirá el texto de la sentencia judicial comentada.

Asimismo, se detallará en un apartado de referencias bibliográficas, toda fuente citada en el texto: libro, capítulo de libro, artículo de revista, libro clásico traducido, artículo de una publicación seriada, tesis no publicadas, artículos en un libro de referencia y contenidos de Internet. La lista de referencias solo debe incluir las fuentes a las que se hace referencia en el texto. No debe incluirse en dicha lista obras consultadas adicionalmente que no hayan sido mencionadas en el cuerpo del texto.

6. ORIGINALIDAD E INEDITUD del artículo, siendo requerimiento que el artículo no haya sido divulgado ni esté en proceso de serlo en alguna otra publicación.

Cualquier intención de publicar un artículo preparado o de preparar un artículo para su publicación puede ser enviado a: revistajuridicadeltrabajo@gmail.com. Los plazos para la recepción de los trabajos vencerán los días 5 de mayo (primer

cuatrimestre), 5 de setiembre (segundo cuatrimestre) y 5 de enero (tercer cuatrimestre).

La Revista Jurídica del Trabajo agradece cualquier intención de publicar o preparar un artículo para nuestra revista, sin comprometerse a la efectiva publicación del mismo.

www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

