

SOBREVIVENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A UNA POTENCIAL PÉRDIDA DE SU OBJETO PRODUCTO DE LAS NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

SURVIVAL OF LABOR RIGHT IN THE FACE OF A POTENTIAL LOSS OF ITS OBJECT AS A PRODUCT OF THE NEW FORMS OF SERVICE PROVISION

ANDRES EDUARDO GIDI LUEJE*
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

RESUMEN: Este trabajo tiene por finalidad mostrar los desafíos que enfrenta el Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de prestación de servicios a través de plataformas tecnológicas; dar cuenta de los riesgos de una visión pética respecto de la configuración de las relaciones laborales; y enunciar dos posibles caminos de solución, basados en la revalorización del concepto de ajenidad y una reinterpretación de la subordinación y dependencia.

PALABRAS CLAVE: Objeto del Derecho del Trabajo; Plataformas; Ajenidad; Subordinación.

ABSTRACT: *The purpose of this work is to show the challenges that the Labor Law deals with the new forms of service provision through technological platforms; to describe the risks to hold a rigid configuration of labor relations; and enunciate two possible ways of solutions, based on the revaluation of the concept of foreignness and a reinterpretation of subordination and dependency.*

KEY WORDS: *Object of Labour Law; Platforms; Foreignness; Subordination.*

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Universidad de Talca. Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Universidad de Valencia. Profesor Magister y Pre Grado en Derecho del Trabajo Universidad Bernardo O'Higgins. Profesor Diplomado en Gestión Deportiva Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio y Director Área Laboral DS Avocats (Chile). Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Postítulo en Estudios Palestinos Universidad de Chile. agidi@dsabogados.cl

INTRODUCCIÓN

La configuración social, cultural y económica imperante, generada fundamentalmente por una visión neoliberal y el uso masivo de diversas herramientas tecnológicas, ha originado una serie de nuevas formas de prestación de servicio que no fueron consideradas ni en las más ilusas proyecciones de los distintos operadores del sistema laboral, las que se ejercen de un modo paradójico, en que por una parte se aprecia autonomía en el ejercicio de las tareas encomendadas y, por otra, una evidente ajenidad y dependencia económica.

Bajo este contexto y atendiendo a un concepto clásico del Derecho del Trabajo, esto es, normas y principios que regulan únicamente relaciones desarrolladas bajo subordinación y dependencia (concepto entendido igualmente de forma tradicional), podría darse, en una hipótesis extrema pero no descartable, que esta normativa especial se vaya quedando poco a poco sin servicios que regular ni mujeres ni hombres por proteger.

De aquí la necesidad, tomando en cuenta el esencial carácter protector (no sólo respecto de la relación laboral en particular sino de la situación de vida de la trabajadora o trabajador y su familia en general) y a la vez dinámico y realista de esta rama del derecho, de revisar dentro de la actual realidad socioeconómica, cuál es el tipo de trabajo que se quiere regular y de qué manera.

1. OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

A partir de los cambios que se desarrollan a velocidad insospechada en el mercado del trabajo y en la forma en que se prestan los servicios y que sin duda continuarán en los años venideros, el Derecho del Trabajo, atendiendo de manera fundamental a su carácter esencialmente evolutivo, se verá en la necesidad de volcarse en un análisis sobre los límites de su objeto, el que tradicionalmente no ha tenido la intención de regular todas las formas de prestación de servicios sino que sólo aquellas que se ejecutan de manera dependiente bajo subordinación y en beneficio del empleador.

A este respecto resulta ilustrador lo señalado por el Profesor Raso: *“Una de las principales características de la disciplina, a lo largo de su evolución, ha sido su permanente evolución. Ya hace medio siglo Plá Rodríguez expresaba que el Derecho del Trabajo “es un derecho en constante formación” (Plá Rodríguez, 1979 p. 23), y agregaba que ello se debía a que esta rama del derecho sufre un proceso de extensión permanente hacia nuevas materias, actividades y personas que alcanza (Plá Rodríguez, 1979 p.23).*

A partir de una visión típica del Derecho del Trabajo del industrialismo del siglo pasado, el juslaboralista uruguayo imaginaba la transformación del Derecho del Trabajo como expresión de ampliación hacia nuevos espacios e individuos.

Hoy seguimos afirmando que nuestra disciplina está en constante formación, pero ello no solo es expresión de la voluntad de expansión. Verificamos que existen otras condicionantes – que llamamos “contextos” – que producen cambios en el objeto de regulación del Derecho, es decir la propia forma de prestar el trabajo, y ello determina uno de los desafíos contemporáneos más importantes: si el trabajo se transforma, cual es el rol actual de la disciplina, como “navegar” en realidades en plena transformación y no perder su sentido tutelar y rol de regulador jurídico del trabajo”.¹

¹ RASO DELGUE, JUAN, “El Derecho del Trabajo como Rama del Derecho y sus Nuevas Fronteras”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 7, N° 13, Santiago, 2016, p.16.

El contexto a que se hace referencia, dado en la actualidad por la irrupción de las plataformas digitales como fuentes relevante de ingreso para las personas, implica la configuración de una nueva realidad, en que las personas buscan y obtienen, por una parte, prestar servicios desde lugares remotos al centro de trabajo (si es que existe), durante los períodos y tiempos que estimen suficiente para la obtención de los ingresos pretendidos y en la actividad que les resulte atractiva y apegada a sus intereses particulares y, por la otra, se generan riesgos de precarización del empleo; de obtención de ingresos insuficientes; desprotección social, tanto en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, como previsionales y de salud.²

Considerando estas nuevas modalidades de prestación de servicios, el mantener el objeto de esta especial rama del derecho aparejado a un concepto clásico de subordinación, marcado por servicios ejecutados en la oficina del empleador, dentro de un horario definido, con una especificación estricta de cómo y cuándo realizarlos, bajo un sistema de instrucciones, control y evaluación directa e inmediata de parte del empleador, se corre un riesgo importante de que la prestación de servicios en plataformas digitales a través del uso de aplicaciones, por no enmarcarse dentro del concepto clásico de laboralidad, deje a todas aquellas personas que realizan este tipo de trabajo, como por ejemplo conductores, repartidores u otra actividad homologable sin tutela ni protección alguna y al Derecho del Trabajo sin actividades ni sujetos a los cuales regular.

2. PROPUESTA

2.1 Énfasis en el Concepto de Ajenidad

Algo que no resulta discutible en el negocio de las plataformas digitales, es que la persona que presta servicios aporta sus medios personales (esfuerzo físico, psicológico y del uso del tiempo) y materiales (bicicletas, motocicletas, automóviles, teléfonos celulares, planes de internet) con el objeto de percibir una cantidad de dinero determinada por ello, pero quien recibe todo el producto de este trabajo es la empresa digital que lo recluta.

En este caso, por muy moderna que sea la configuración de los servicios, se realiza por y para un tercero, que en este caso particular es la plataforma y la marca que representa. Cuando un usuario o cliente utiliza el automóvil o pide comida, ¿Se la está requiriendo a una persona particular o a la aplicación? Sin duda que entiende que llama a Uber o Rappi, por ejemplo, sin importar quién sea el individuo que lo transporte o le consiga el bien que necesita; que el pago lo realiza directamente a la aplicación y quien realizó el transporte recibirá alguna comisión por ello.

Así entonces, alejándose de los lineamientos que ha asentado la doctrina y la jurisprudencia en las últimas décadas, centrando la definición y declaración de la relación laboral casi exclusivamente en la configuración de vínculo de subordinación y dependencia, parece necesario, en tiempos que este último concepto se ha vuelto difuso o relativizado por la irrupción de nuevas formas de trabajo, revalorizar a la Ajenidad como elemento diferenciador del objeto regulado por el Derecho del Trabajo, bajo el entendido que el hecho de que el trabajo sea realizado por y para otro es un elemento de la esencia del trabajo dependiente.

2.2 Interpretación amplia. Subordinación encubierta

Por regla general, esta moderna forma de prestación de servicios a través de plataformas digitales asume la existencia de una persona natural que realiza una actividad de intermediación (prin-

² Organización Internacional del Trabajo, "Las Plataformas Digitales y el Futuro del Trabajo". Primera Edición, p.7. 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/publ/documents/publication/wcms_684183.pdf

principalmente transporte de personas, bienes y/o productos) entre la plataforma digital y el usuario de esta, por la que recibe a cambio el pago de un precio prefijado por una o más entregas realizadas.

Asume igualmente, que esta persona: a) no tiene obligación de exclusividad respecto de la plataforma a la que sirve; b) decide libremente la oportunidad y forma en que se deben realizar las entregas, manteniendo para sí el derecho absoluto a conectarse y desconectarse de la aplicación; y c) que no existe supervigilancia ni control de parte de la compañía digital.

Esta suerte de dogma no es antojadizo, meramente teórico ni únicamente forma parte de la cultura popular, sino que ha obtenido reconocimiento expreso de parte del Gobierno de Chile, el cual ha presentado en el mes de mayo de 2019 un Proyecto de Ley denominado Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión, el que establece como regla general en el artículo 8° bis que los servicios prestados a plataformas digitales no constituyen relación laboral, en cuanto se desarrollen bajo los presupuestos señalados en el párrafo precedente.³

Por otra parte, más allá de las definiciones basales que intentan dar cuenta de la absoluta autonomía y libertad con las que estas personas naturales prestan sus servicios, la realidad devela una serie de situaciones que permiten al menos cuestionarse si en los hechos se configura de esta forma o no. En este sentido, resulta revelador el reportaje aparecido en la Revista El Sábado del Diario El Mercurio de Santiago, en el que un periodista da cuenta de forma vivencial la realidad que viven los repartidores en su día a día.⁴

Cabe preguntarse, ¿Efectivamente los servicios prestados en favor de plataformas digitales no configuran vínculo de subordinación y dependencia?

Primero, resulta plausible afirmar que la plataforma no ejerce su poder dirección de manera activa, sino que lo ejecuta de manera velada siguiendo la fábula del garrote y la zanahoria, esto es, a través del otorgamiento de beneficios y la aplicación de sanciones que dirigen los servicios del trabajador hacia donde los algoritmos así lo hubiesen predeterminado en beneficio de la empresa.

Segundo, por una parte se afirma que no existe obligatoriedad en la prestación de servicios por cuanto la persona sería absolutamente libre de rechazar un pedido, pero en la práctica se maneja un indicador de requerimientos que compara aceptaciones versus negativa, definición que resulta fundamental para la prioridad futura en el acceso a servicios y al consiguiente pago por ello.

Tercero, se asume que la plataforma no ejerce control alguno sobre la persona, pero tiene acceso on line e inmediato a la siguiente información: conexión, ubicación del repartidor, estado del servicio y evaluación de parte de los clientes.

Cuarto, no existen horarios de trabajo, pero hay tiempos límites para las entregas, incentivos para conectarse a la aplicación en determinados horarios o realizar más servicios en determinadas porciones de tiempo con la promesa de mayores beneficios.

Quinto, no se pagan remuneraciones, pero se otorgan pagos, comisiones y bonos de producción como contraprestación de los servicios prestados.

Finalmente, no existen los despidos pero la plataforma se reserva la facultad de bloqueo o eliminación de la aplicación de determinada persona, a partir de la información arrojada por los sistemas manejados por algoritmos generados por las empresas ligadas a las aplicaciones.

³ Proyecto de Ley sobre Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13157&prmBoletin=12618-13

⁴ Información disponible en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>

Esta cuestión, de carácter global, ha sido tratada por la profesora Sanchez-Urán, quien ha concluido en concordancia que *“Si nos centramos en el caso concreto de esta plataforma digital (en su versión inicial como UBERPOP) y en la literatura especializada, la mayoría de la doctrina, española y foránea, coincide en afirmar —aplicando al respecto diferentes métodos de análisis— que hay indicios claros de dependencia en su prestación de servicios. Y se aprecia consenso también en que la distinción binaria entre trabajador asalariado (employee en terminología anglosajona) y trabajador por cuenta propia (independent contractor o self-employee), entre, gráficamente se dice, «el todo y el nada», no permite adoptar una solución cierta y segura para estos supuestos que derivan hacia una de las cuestiones más debatidas ente los juristas del trabajo; hacia un tema que bien cabe calificar como universal y atemporal, el del concepto de trabajador asalariado, el del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y derivado, el de su ámbito y extensión de protección, que habrá que explorar a partir de la definición comunitaria de trabajador, ahora en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales y de las iniciativas legislativas impulsadas en la actualidad, en especial la propuesta de Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE, que reemplazará a la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, cuya finalidad es «garantizar un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras».*⁵

Es a partir de lo precedente, que estimamos que se debe desarrollar una interpretación amplia del concepto de subordinación y dependencia, no buscando incorporar o dejar de lado los elementos clásicos que le dan lugar, sino que estableciendo una reinterpretación sobre los mismos, que permita levantar el velo respecto de esta subordinación encubierta de la que se ha dado cuenta en lo precedente, pasando de un concepto de subordinación clásico a otro de dependencia tecnológica, *“entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral. Esto implica que el trabajo que se realiza a distancia con los instrumentos telemáticos o tecnológicos, la falta de vigilancia directa o de las circunstancias que rodean al trabajo realizado, no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo —aunque débilmente— su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario ese trabajo telemático, tecnológico o remoto se integraría en una de las relaciones extralaborales. Los tribunales han afirmado que “no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas (...) para su desarrollo” constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”.*⁶

CONCLUSIONES

Las nuevas formas de prestación de servicios a través de plataformas digitales presentan cambios y desafíos para el Derecho del Trabajo, el que necesariamente debe adaptarse, como ya lo ha hecho históricamente al enfrentarse a distintas revoluciones, de manera tal que permita seguir regulando y tutelando a los trabajadores, flexibilizando su objeto para no quedarse sin sujetos a los que proteger.

Para cumplir con este objetivo, se plantean dos vías complementarias, la primera, revitali-

⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA YOLANDA, “Uber como Plataforma Digital de Servicios de Transporte”, *Revista FORO*, Volumen 20, N° 2, Madrid, 2017, p 317-327. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/59022/4564456546472>

⁶ SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA, “El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: Qué Derecho del Trabajo Dependiente Debemos Construir para el Siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, N° 4, México, octubre – diciembre 2015, p. 1-26. Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/333-693-1-PB.pdf>

zar el concepto de ajenidad atendiendo a que los conductores y repartidores no obtienen provecho directo de los servicios que realizan sino que lo hacen por y para un tercero y, segundo, reinterpretar de manera amplia los elementos que configuran el vínculo de subordinación y dependencia, con el fin de levantar el velo de lo que denominamos subordinación encubierta, transformando la dependencia clásica y presencial en una de carácter tecnológica.

BIBLIOGRAFÍA

Proyecto de Ley sobre Modernización Laboral para la Conciliación, Familia e Inclusión, Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13157&prmBoletin=12618-13

Reportaje El Infierno de un Repartidor. Revista El Sábado. Diario El Mercurio de Santiago. Publicado el 19 de enero de 2019. Disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>

RASO DELGUE, JUAN, “El Derecho del Trabajo como Rama del Derecho y sus Nuevas Fronteras”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 7, N° 13, Santiago, 2016, p.9.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las Plataformas Digitales y el Futuro del Trabajo*, Primera Edición, Ginebra, 2019, p.7. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/publ/documents/publication/wcms_684183.pdf

SANCHÉZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA, “Uber como Plataforma Digital de Servicios de Transporte”, *Revista FORO*, Volumen 20, N° 2, Madrid, 2017, Pp. 317-327.

Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/59022/4564456546472>

SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA, “El Transito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: Qué Derecho del Trabajo Dependiente Debemos Construir para el Siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, N° 4, México, octubre – diciembre 2015, p. 1-26. Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/333-693-1-PB.pdf>

Ideas sobre textos a consultar fueron obtenidas desde <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/01/lecturas-recomendadas-sobre-el-trabajo.html>