

ISSN 2697-3170

# RJT

---

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

**DIRECTOR**  
JORGE ROSENBAUM  
**COORDINADOR**  
FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 3

**No. 7**

Enero-Abril  
2022

Mayo de 2022.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

[contacto@revistajuridicadeltrabajo.com](mailto:contacto@revistajuridicadeltrabajo.com) / [www.revistajuridicadeltrabajo.com](http://www.revistajuridicadeltrabajo.com)

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

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución 4.0.



## **RESPONSABLES EDITORIALES**

### **EQUIPO EDITORIAL**

**Director:** Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay)

**Coordinador:** Federico Rosenbaum (Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

### **COMITÉ CIENTÍFICO**

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

### **COMITÉ DE EVALUACIÓN**

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

## **MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN**

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

Raúl Saco Barrios (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Javier Suarez (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana)

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

## ÍNDICE

**EDITORIAL:** .....ii

**Wilfredo Sanguinetti Raymond; Alfredo Villavicencio Ríos:** La contribución de Javier Neves Mujica a la modernización del Derecho del Trabajo peruano .....1

**Iván Daniel Jaramillo Jassir:** La libertad sindical en Colombia y la necesaria actualización a los convenios fundamentales de la OIT .....17

**Juan Raso Delgue:** Envejecimiento y Seguridad Social en América Latina: contexto, causas y desafíos .....45

**Tomás Sala Franco:** El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo español y la seguridad jurídica .....82

**Wilfredo Sanguinetti Raymond:** Actualidad y futuro del test de laboralidad ...107

### DEBATE:

**Francisco Tapia Guerrero:** La ley chilena N°21.431 que regula el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios .....120

**Francisco Alberto Ruay Sáez:** Trabajadores mediante plataformas en Chile. Comentarios a propósito de su regulación legislativa .....125

**Jorge Leyton García; Rodrigo Azócar Simonet:** Análisis crítico de la regulación del trabajo en plataformas en Chile, introducida al Código del Trabajo por la Ley Nro. 21.431 .....162

## EDITORIAL

Este nuevo número de la Revista Jurídica del Trabajo ingresa en el tercer año ininterrumpido de su edición, lo que representa un privilegio para nuestro equipo en tanto son muchos los autores y lectores que convoca su publicación y nos alientan con sus contribuciones y adhesión.

Como nota introductoria, es nuestra intención efectuar una primera reflexión general sobre la realidad actual.

Transitamos por un tiempo histórico que asomó al siglo XXI en un contexto de profundas transformaciones y desafíos. El año 2022 pretende sobrellevar, además, el duro golpe de la pandemia y las intranquilidades que en distintos ámbitos, entre los cuales ocupa un lugar prioritario el mundo del trabajo, están marcando duramente a la población mundial. Pero a todo ello se agrega un nuevo escenario en extremo convulso, por causa de una guerra que signa un retroceso descomunal para la Humanidad, donde se desdibujan muchos de los valores alcanzados hasta el presente, amenazándose incluso la paz universal. Aspiración esta última que las dolorosas lecciones de la primera guerra mundial ingresaran en el Tratado de Versalles de 1919 como una meta fundamental de la Organización Internacional del Trabajo creada por aquel pacto.

Hoy día debemos lamentar la trágica muerte de miles de personas, en especial civiles, la magnitud que adquieren las migraciones con los desplazamientos multitudinarios de la población azotadas por la conflagración, la desaparición irreversible de fuentes productivas y de empleos, el uso desproporcionado de recursos en armamento militar, con repercusiones negativas para la economía global y para los derechos humanos y sociales, tal como lo indican los pronósticos e informaciones que proporcionan las organizaciones internacionales y la mayoría de los países del orbe.

Por eso alzamos la voz en este modesto espacio de edición de conceptos, ideas y propuestas concernidas por las relaciones laborales y el derecho que las regula, señalando con énfasis que es insoslayable generar un nuevo orden mundial más justo, en el que las personas alcancemos grados de bienestar

emocional, físico, social y laboral condignos a nuestra condición de seres humanos integrados a las sociedades en las que vivimos.

Es oportuno reiterar, entonces, que las páginas de la Revista Jurídica del Trabajo están siempre abiertas, ya que esa ha sido y sigue siendo la razón de ser de este emprendimiento académico: posibilitar que trasciendan sin fronteras y costo monetario alguno, los aportes especializados de quienes investigan, estudian y orientan el saber en materia laboral. Para ello hemos empeñado nuestro compromiso de dar cabida a opiniones plurales, con el fin de engrandecer la convivencia democrática y pacífica.

La segunda reflexión simplemente pretende introducir al lector en los contenidos de este número de la Revista, agradeciendo a quienes con su capacidad de trabajo y autoría han aportado el valioso material que conforma su contenido.

Destacamos las enseñanzas que imparte la pieza jurídica del Prof. Tomás Sala Franco (Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla) que recoge su brillante conferencia de ingreso como miembro destacado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Comunidad Valenciana, trata sobre el sistema de fuentes del Derecho de trabajo español y la seguridad jurídica. Tal como comienza explicando el autor, cobran especial relevancia dos momentos, a saber, aquél en el que se crean las normas, así como el de la posterior aplicación de las mismas. Un desarrollo que posibilitará al lector bucear en las profundidades de un tema central para la estructura de la disciplina y, por qué no decirlo, también de la ciencia del Derecho en general.

Con especial valía acogemos las aportaciones que desarrolla el Prof. Wilfredo Sanguineti Raymond (Catedrático de la Universidad de Salamanca) en torno a las vicisitudes del juicio de laboralidad que conduce a la determinación sobre la existencia o no de una relación jurídica de trabajo que vincula al prestador de la actividad con quien es receptor y remunera por la misma. Valor que cobra particular fuerza en épocas en las que muchas figuras escapan de la previsible facilidad de distinción entre autonomía y subordinación, o mejor aún, permiten ensanchar las fronteras reconocidas a la disciplina desde la visión histórica del trabajo emergido de la primera revolución industrial y a la luz de las

disrupciones que la tecnología y el mundo digital han venido incorporando en la inmediatez temporal del tiempo por el que transcurrimos.

Desde una perspectiva diferente, pero con muchos puntos de contacto, el Prof. Juan Raso Delgue (Catedrático de la Universidad de la República de Uruguay) nos acerca un interesante análisis sobre el envejecimiento y la Seguridad Social en Latinoamérica, advirtiendo cómo los derechos humanos fundamentales de las personas mayores enfrentan un grave riesgo. Ante ello, el autor apunta a la necesidad de construir cuanto antes, nuevos sistemas de tutelas a partir de la universalización de la financiación de la seguridad social, un eje en el debate actual de muchos países de la región.

El merecido homenaje a la fecundidad de la producción científica del extinto Prof. Javier Neves Mujica (Profesor Titular de la Universidad Católica del Perú y Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo en su país), es rendido por dos referentes de enorme talla, como lo son sus compatriotas, los Profesores Alfredo Villavicencio Ríos y Wilfredo Sanguineti Raymond. No solo el respeto personal que ambos profesaran por quien fuera su dilecto amigo, sino el recorrido paralelo de las brillantes carreras desenvueltas por estas tres figuras contemporáneas, nos posibilitan ahondar al detalle el enorme valor de las ideas y enseñanzas que han hecho de la escuela laboral del Perú uno de los más relucientes faros que iluminan el camino del progreso del Derecho del trabajo en nuestro continente. Nos sentimos orgullosos de enriquecernos con este aporte inestimable y compartimos el reconocimiento a la inteligencia y tesonero afán de Javier, cuyo recuerdo permanece imborrable en nuestra memoria.

Cierra el elenco de trabajos académicos el desarrollo de Iván Jaramillo Jassir (Profesor de Carrera Académica de la Universidad del Rosario de Colombia), un experto analista del Derecho colectivo, quien en esta ocasión aborda con versada información y criterio la realidad de la libertad sindical en su país, bregando por una actualización de este derecho fundamental a los Convenios Internacionales de la OIT. El autor traza las líneas principales de los tres institutos que sirven de eje a la libertad sindical (el derecho de sindicalización, la negociación colectiva y la huelga), examina la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia e ingresa al análisis del Informe

de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT de 2021, lo que exige la concreción ineludible de un contexto de eliminación de prácticas antisindicales y violencia sindical en el país.

El Tema de Debate elegido en este número de la RJT busca plantear cómo responde el Derecho del trabajo a las nuevas realidades que desde las tecnologías avanzadas se imponen en el modo productivo. Bajo la diestra batuta de coordinación de Francisco Tapia (Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica de Chile), dos enjundiosos trabajos escritos por tres destacados juristas chilenos, examinan una muy reciente norma legal que regula el trabajo en plataformas digitales en el país trasandino. Se trata de una innovadora y peculiar ley que modifica el Código del Trabajo y que entrará en vigor en pocos meses (el 1º de setiembre de 2022).

Hacemos referencia, por un lado, a los artículos de Jorge Leyton García (Abogado, Master en Derecho e Investigador del proyecto Fairwork) y Rodrigo Azócar Simonet (Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile) y, por el otro, al de Francisco Ruay Sáez (Magister de la Universidad de Chile), quienes comentan el alcance, actualidad y proyección de esta regulación, debatiendo sobre la ponderación que la misma merece.

En este marco, nuevamente nos evocan los gozos de tanto intelecto puesto al servicio del estudio del Derecho del trabajo e invitamos a los lectores a compartir este número logrado por tan destacados y laudables autores.

Prof. Jorge Rosenbaum Rimolo  
**Director**

---

**LA CONTRIBUCIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA A LA  
MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PERUANO**

**THE CONTRIBUTION OF JAVIER NEVES MUJICA TO THE  
MODERNIZATION OF PERUVIAN LABOR LAW**

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca, España.*

[wsr@usal.es](mailto:wsr@usal.es)

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

*Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla, España. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (julio 2014-diciembre 2020).*

[alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe](mailto:alfredo.villavicencio@pucp.edu.pe)

Fecha de envío: 07/01/2022

Fecha de aceptación: 15/03/2022

---

## LA CONTRIBUCIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA A LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PERUANO

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

*Universidad de Salamanca (España)*

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

*Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)*

---

**Resumen:** Los autores reflexionan sobre la contribución de Javier Neves Mujica a la modernización del Derecho del Trabajo peruano.

**Palabras clave:** Javier Neves Mujica - Derecho del Trabajo peruano

**Sumario:** 1. La insatisfacción como punto de partida. 2. La fijación de un nuevo horizonte y la creación de una escuela. 3. La luz al final del túnel.

**Abstract:** The authors reflect on the contribution of Javier Neves Mujica to the modernization of Peruvian Labor Law.

**Key words:** Javier Neves Mujica - Peruvian Labor Law

**Summary:** 1. Dissatisfaction as a starting point. 2. Setting a new horizon and creating a school. 3. The light at the end of the tunnel.

## 1. La insatisfacción como punto de partida<sup>1</sup>

Si existió una característica que identifico a la generación de jóvenes laboristas de principios de los años ochenta del pasado siglo, fue la insatisfacción frente a la configuración normativa e institucional del Derecho del Trabajo heredada del régimen militar que abandonarían entonces el poder. Si bien sus esquemas originarios, basados en la combinación de importantes niveles de protección del trabajador individualmente considerado (la denominada estabilidad “absoluta” y la limitación de los contratos de trabajo de duración determinada a supuestos excepcionales datan de entonces) y un fuerte intervencionismo en lo colectivo (la imposición de un determinado modelo de organización sindical, estructurada alrededor del centro de trabajo, es también una característica de la época), fueron capaces de ofrecer resultados razonablemente favorables en términos de redistribución del ingreso en un contexto de crecimiento económico y alta protección frente a la competencia exterior como fue el inspirado en la lógica de sustitución de importaciones, la situación experimentará un giro radical con la emergencia de la crisis económica, a mediados de los años setenta. El cambio en el ciclo económico, cuyos efectos se prolongarán hasta bien entrados los noventa, no sólo haría inviable el intercambio de contrapartidas sobre el que se basaba el modelo anterior (protección frente a la competencia exterior a cambio de un paquete básico de garantías para los trabajadores), sino que favorecería el desmontaje de sus rasgos más emblemáticos. La estabilidad en el empleo se vería, así, “puesta entre paréntesis” ya durante la última fase del gobierno militar mediante la imposición de un “periodo de prueba” de desmesurada duración, en tanto que la negociación colectiva vería anulada su efectividad mediante la imposición de un férreo control estatal sobre los incrementos de salarios. Es más, de forma paralela a estos acontecimientos de orden normativo, se produjo también el descabezamiento del movimiento sindical. La movilización social que condujo a la apertura democrática, que se expresaría de manera singularmente

---

<sup>1</sup> Este artículo fue publicado originalmente en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Ed. Grijley, Lima, 2009, págs. 3-16.

significativa a través del paro nacional de 19 de julio de 1977, trajo consigo el despido de más de cinco mil dirigentes sindicales. Toda una generación de representantes, formada en la etapa reformista, se vio, de tal modo, repentinamente expulsada de los centros de trabajo.

Si bien todos estos cambios tuvieron lugar a lo largo de la denominada “segunda fase” del régimen militar, ninguna alteración se produjo en los mismos con el retorno de la democracia. Antes bien, el gobierno emergente de las elecciones de 1980 optó por mantener en su integridad las modificaciones introducidas en la legislación laboral, sin añadir a ellas prácticamente ningún matiz. La estabilidad en el empleo cedió de tal modo el paso a la precariedad, mientras que la negociación colectiva siguió sujeta a importantísimas limitaciones. La negativa a acceder a la demanda sindical de una “amnistía laboral”, que supusiese la readmisión de los dirigentes despedidos hizo el resto. El Derecho del Trabajo resultante de todo ello era uno que, no solamente se parecía poco a su precedente, pese a que los cambios introducidos eran en muchos casos fruto de modificaciones en apariencia puramente circunstanciales y transitorias, sino que distaba mucho de estar en condiciones de ofrecer una alternativa, no ya en términos de tutela de los intereses de la clase trabajadora, sino de mínimo equilibrio en las relaciones de trabajo. De allí la insatisfacción profunda de buena parte de quienes en esa etapa iniciamos nuestra andadura como laboristas. Y en particular de aquellos que lo hicimos asumiendo posturas próximas a la defensa de los intereses de los trabajadores.

Así las cosas, el interrogante fundamental para todos los que compartíamos dicha percepción no era otro que el siguiente: cómo y sobre qué bases llevar a cabo una construcción alternativa del ordenamiento laboral que, sin desconocer la necesidad de adaptarse a la situación de crisis, no sucumba ante la insaciable demanda de flexibilidad de los sectores empresariales y sea capaz de preservar los propósitos tuitivos y equilibradores que justifican su existencia. El planteamiento, como puede verse, distaba con mucho de ser uno puramente defensivo, de mero retorno a la situación precedente mediante la recuperación de las “conquistas” del pasado. Una opción a todas luces inviable.

Y rechazada además por todos. Pero, por ello mismo, implicaba un desafío de la mayor envergadura.

Es en esta encrucijada del pensamiento laboralista de nuestro país, marcada por la incertidumbre, en la que hay que situar la aportación de Javier Neves Mujica a la renovación del Derecho del Trabajo peruano. Una aportación que, como veremos, no radica solamente, siendo esto ya decisivo, en marcar el camino por el que debe encauzarse la reflexión académica y científica, sino también en contribuir de forma decisiva a la conformación de los grupos de trabajo que se encargarían de llevarla a cabo, así como a la formación de sus integrantes. De allí que su contribución rebasa la propia de un jurista más que notable, dotado de una obra científica original, basta, completa y rigurosa, para elevarse a la categoría de maestro de toda una generación de laboristas, cuyo embrión se construiría precisamente en esos años difíciles.

La siguiente es una reconstrucción, más que de la trayectoria académica del maestro, por lo demás suficientemente conocida por la mayor parte de quienes accedan a esta obra, de las contribuciones que han hecho del magisterio de Javier Neves un hecho singular e irrepetible. Es, por ello, a la vez, nuestra propia historia. Y la historia de nuestra escuela laboralista, de la que él es no sólo su fundador sino su más emblemático exponente.

## **2. La fijación de un nuevo horizonte y la construcción de una escuela**

El inicio de los años ochenta vino acompañado en el Perú de un acontecimiento normativo de la máxima importancia: la entrada en vigor de la Constitución de 1979. La relevancia de esta norma para el Derecho del Trabajo nacional era evidente, más aún en la situación de crisis en la que se encontraba, toda vez que a través de ella se atribuía el rango de fundamentales a numerosos derechos de los trabajadores, entre ellos nada menos que a la estabilidad laboral y a los derechos colectivos de libre sindicalización, negociación colectiva y huelga, que acababan de ser objeto de importantes restricciones, a la vez que se otorgaba rango constitucional a los principios básicos de aplicación e interpretación que han venido expresando la vocación tutelar del ordenamiento

laboral. A pesar de ello, y por sorprendente que parezca hoy, el texto constitucional no suscitó la atención de los juristas del trabajo sino de manera parcial y episódica. Fue así como, todavía a mediados de los ochenta, cuando la norma constitucional se encontraba próxima a cumplir un lustro de vigencia, sus repercusiones sobre la legislación laboral heredada del régimen precedente no habían sido aún apreciadas del todo. Y menos todavía estudiadas en profundidad y de manera sistemática.

Un mérito fundamental de Javier Neves, sólo compartido con Carlos Blancas Bustamante, será, precisamente, el de percibir la extraordinaria importancia del cambio operado a nivel constitucional y sus potenciales efectos sobre nuestro alicaído ordenamiento laboral. El indispensable reposicionamiento de nuestra disciplina y su adaptación a los cambios operados en el contexto sobre el que ha de desplegar sus efectos no debe hacerse exclusivamente, de acuerdo con este punto de vista, ni desde la sola perspectiva de la defensa unilateral de los intereses de la clase trabajadora, como hasta el momento se había venido pensado por quienes desarrollaban su reflexión desde esa “orilla” del pensamiento laboralista, ni tampoco buscando preservar unos presuntos valores o principios “inmanentes” a nuestra disciplina, identificados precisamente con la tutela de dichos intereses, como era común también sostener por entonces. Antes bien, es en el después denominado “bloque de la laboralidad” de la norma constitucional, así como en los valores y principios democráticos e igualitarios que se sitúan en su base, donde hay que buscar las claves para llevar a cabo la tan necesaria labor de renovación del Derecho del Trabajo nacional. Y también donde hay que situar los límites a su adaptación a los requerimientos de la situación económica y las demandas a ella asociadas.

Este planteamiento, que apreciado con la distancia que dan los años parece casi de sentido común, no lo era entonces. Antes bien, las tortuosas vicisitudes a las se habían visto sujetas en el pasado las constituciones en nuestro país habían terminado por convertirlas poco menos que en documentos programáticos incluso dentro de la conciencia de los juristas, que no acertaban a ponderar en su auténtica dimensión el valor normativo que encerraban sus mandatos. A ello había que sumarle, por lo demás, un cierto desprecio por “lo

jurídico”, en especial por parte de ciertos sectores de pensamiento vinculados a la izquierda política de la época, que no acertaban a ver en el Derecho más que la instrumentalización formal de los intereses de los sectores más pudientes de la sociedad.

La tarea de estudiar la Constitución con el fin de extraer de ella herramientas útiles con las que enfrentar la situación de impasse que afrontaba nuestro Derecho del Trabajo no es, sin embargo, una asumida por Javier Neves de forma individual. Antes bien, uno de sus méritos más relevantes radica en haberla concebido, desde un inicio, como una tarea colectiva, que debía ser el fruto de la reflexión compartida de quienes teníamos las mismas preocupaciones. Este es el sentido de la creación, hacia 1985, de un círculo de estudios dedicado a la reflexión sobre temas laborales, del que formaríamos parte un grupo de jóvenes laboristas, todos ellos vinculados a la Pontificia Universidad Católica del Perú, que combinábamos la inquietud académica con el ejercicio profesional al servicio de las organizaciones de trabajadores en diversos centros de promoción. Es el denominado –por autor anónimo– “Grupo Cahuide”, que en sus reuniones semanales en casa de su fundador se planteará abordar de manera ordenada y sistemática el estudio de la incidencia de la norma constitucional sobre nuestra disciplina<sup>2</sup>.

La traslación al terreno de la reflexión colectiva de la tarea de “mirar” dentro de la Constitución vendría acompañada dentro del grupo por otra idea clave, introducida también por su mentor, que lo caracterizaría desde su etapa germinal: la de considerar que esa era una tarea que debía ser abordada desde el rigor académico. Tampoco esta opción, vista con ojos de hoy, parece innovadora. Pero entonces lo era. Y además de manera profunda. Hasta ese momento la posición de los juristas del trabajo en nuestro país había estado marcada por la naturaleza de los intereses que en cada caso se defendían, fuesen estos patronales o sindicales. Más que de sustentar planteamientos rigurosos basados en una comprensión sistemática del ordenamiento laboral y

---

<sup>2</sup> Los autores no se resisten aquí a la tentación de dejar constancia de quienes formaron parte del grupo en sus inicios: Martín Carrillo, Juan Carlos Cortés, ambos aún estudiantes, Ernesto de la Jara, José Marco-Sánchez, Wilfredo Sanguinetti y Alfredo Villavicencio, además del propio Javier Neves.

sus instituciones, se trataba entonces de defender intereses, siendo la argumentación jurídica un instrumento al servicio de los mismos. Si bien el grupo no es del todo ajeno a esta lógica, dado el origen de sus integrantes y las preocupaciones que animaron su formación, parte de entender que esa defensa debe ser, en todo caso, pasada por el tamiz de la reflexión científica.

Es más, ese es, precisamente, el sentido de la aproximación del grupo a la doctrina juslaboralista española. Más allá de la proximidad cultural y lingüística, lo que despierta desde un inicio el interés del colectivo en formación es la constatación que la misma venía afrontando problemas similares (la adaptación del ordenamiento laboral a los imperativos constitucionales en una etapa de crisis económica) mediante el desarrollo de una reflexión académica, seria y rigurosa que en el Perú no habíamos siquiera iniciado. Providencial resultará, aquí, la existencia en la hemeroteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú de una colección de la Revista de Política Social, editada por el Ministerio de Trabajo español, a partir de la cual nos sería posible acceder a lo más importante de la producción de los académicos españoles sobre estos temas. Algo inusual dentro del contexto de la época, en el que la bibliografía actualizada sobre temas laborales, más aún si era europea, resultaba sumamente difícil de conseguir, abundando más bien los viejos tratados y manuales publicados por casas editoriales argentinas o mexicanas en los años cincuenta, sesenta o setenta, claramente desfasados ya por entonces.

Será también ese interés por la reflexión académica, unido a la convicción sobre la importancia de la contribución de la doctrina española, el que determinará que varios de los integrantes del grupo decidiesen marcharse a realizar estudios de doctorado o postgrado en España en los años siguientes. Algo que, debe recalcar, no era frecuente ni fácil en esos años, en los que no existían los puentes con la doctrina española que se crearían después, ni tampoco mecanismos adecuados de financiación, y que pone de manifiesto bien a las claras la seriedad con la que fue asumido ese compromiso académico<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En concreto, los discípulos de Javier Neves que, en los años sucesivos, realizarían este tipo de estudios en la península ibérica son seis: Wilfredo Sanguinetti (Universidad de Salamanca), Alfredo Villavicencio, Guillermo Boza y David Lobatón (Universidad de Sevilla), Martín Carrillo

En la misma preocupación encuentra también su razón de ser, al lado del amor por la docencia, la vinculación de todos los miembros del grupo a la enseñanza universitaria, particularmente a través de las aulas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra Alma Mater. Una vocación que, en el caso de Javier Neves, se convertirá poco tiempo después en dedicación exclusiva, rompiendo también en esto con los moldes establecidos, que apuntaban siempre hacia un desarrollo simultáneo de la docencia y el ejercicio profesional. Javier Neves es, en este sentido, el primero en optar claramente por la docencia del Derecho del Trabajo como profesión. El primero en convertirse, en virtud de esta opción, en un académico de la disciplina. Un camino que seguirán luego otros miembros del grupo, tanto en la propia Universidad Católica del Perú como en universidades extranjeras.

El momento en el que todas estas piezas terminan por juntarse para dar lugar por fin a un resultado académico tangible está representado por la publicación en 1989 de “Trabajo y Constitución”. Esta obra colectiva, de cuya dirección se encargará Javier Neves, recoge cinco estudios de miembros del grupo sobre las principales instituciones y derechos consagrados por la norma fundamental (fuentes y principios, estabilidad laboral, sindicalización, negociación colectiva y huelga)<sup>4</sup>. El propósito de este libro, primero en su género entre nosotros, era llevar a cabo “una primera reflexión de conjunto sobre el contenido laboral de la Constitución”, como se indica en su presentación. Su aportación, sin embargo, es bastante mayor, ya que lo que postula como propuesta de conjunto es nada menos que una revisión sistemática del ordenamiento laboral vigente a partir de los criterios constitucionales. Este objetivo no se expresa de forma totalmente clara en la presentación de la obra, que se conforma con señalar, con bastante modestia, que el “propósito común”

---

(Universidad de Salamanca) y, más recientemente, Elmer Arce (Universidad de Cádiz). Además de ello, deben mencionarse también las estancias, de más corta duración, realizadas por el propio Javier Neves (Universidades de Sevilla, Salamanca y Castilla-La Mancha), así como de Juan Carlos Cortés (Universidad de Salamanca).

<sup>4</sup> Estos estudios correrían a cargo, respectivamente, de Javier Neves, Wilfredo Sanguinetti, Alfredo Villavicencio, Guillermo Boza y Ernesto de la Jara. A los cinco estudios se une, a modo de introducción, un esclarecedor ensayo sobre “La función histórica del Derecho del Trabajo” del profesor Carlos Palomeque, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. Todo un símbolo del hermanamiento entre el grupo y la doctrina española que se iniciará en esos años y que se mantiene vivo hasta ahora.

que la anima es, apenas, “ofrecer un análisis que incida en los elementos centrales de cada tema, desentrañando las cualidades del derecho reconocido, con apoyo en la doctrina extranjera y nacional cuando la hubiera, e indagando sobre su compatibilidad con la normativa infraconstitucional y la aplicación concreta”. De este libro surgirán, sin embargo, aportes fundamentales, que pasarán a formar parte del “sentido común” de nuestra disciplina en los años siguientes, pero que entonces constituían auténticas innovaciones, cuando no rupturas con el pensamiento hasta entonces imperante. Piénsese, por citar solamente algunos ejemplos, en la explicación sistemática de la operatividad de las fuentes y los principios de aplicación e interpretación del Derecho del Trabajo, que hace Javier Neves, en la consideración de la preferencia por los contratos de trabajo de duración indefinida como un elemento esencial del derecho de estabilidad en el empleo, que aparece en el trabajo de Wilfredo Sanguineti, en la consideración de la libertad sindical como un derecho de actividad y no sólo una potestad organizativa, puesta sobre el tapete por Alfredo Villavicencio, o en la determinación de los alcances del valor normativo atribuido por la Carta Magna a los convenios colectivos, desarrollada por Guillermo Boza. Todo ello venía acompañado, por lo demás, de una revisión de las normas de rango inferior a la luz de los criterios previamente delimitados, de forma que la obra, más allá de su modesto título constituía en realidad un auténtico programa de renovación de nuestro ordenamiento laboral, que incluía por igual los criterios básicos para la revisión de sus principales contenidos y las pautas sobre las cuales debía girar la articulación de sus instrumentos de regulación. Como tal, no sólo expresa la madurez del grupo de trabajo creado algo más de dos años antes, sino el tránsito de éste hacia el embrión de lo que sería con el tiempo una auténtica escuela laboralista.

Aún así, tampoco puede ocultarse que “Trabajo y Constitución” es una obra animada por un propósito esencialmente defensivo: tratar de poner límites al proceso de desmontaje de la protección laboral emprendido en los años anteriores mediante el “anclaje” de las instituciones nucleares de la disciplina dentro de referentes constitucionales. Desde esta perspectiva, se trata de una obra con un evidente fundamento “clasista”, de defensa de los intereses de los

trabajadores y los valores que sustentan esta opción. De allí que el libro esté dedicado “a los trabajadores, cuyos derechos aquí tratamos, y a los estudiantes de Derecho, que se preparan para defenderlos”.

Es importante advertir, en cualquier caso, que el hecho de que el fundamento de la protección privilegiada de la parte laboral se haga reposar en la obra sobre bases constitucionales, reflejando en última instancia el equilibrio de intereses consagrado a ese nivel, permitirá que sus esquemas puedan ser asumidos sin dificultad por todos aquellos que mantengan convicciones democráticas y constitucionales. Esto sentará las bases de una comprensión del fundamento de la disciplina que terminará por emanciparse del tradicional discurso de defensa unilateral de los intereses de un determinado colectivo o grupo social, para asentarse sobre principios y valores compartidos por todos, en tanto que conformadores del consenso básico sobre el que se asienta nuestra forma de Estado. Valores como la democracia, el pluralismo, la dignidad de la persona o la igualdad, de los que los distintos derechos laborales son expresión. Ello determinará a la larga un cambio en la forma de concebir la propia función del Derecho del Trabajo. Este pasará a ser contemplado como un ordenamiento esencialmente equilibrador, dirigido a encauzar el conflicto de intereses que subyace a la relación de trabajo mediante el amparo preferente de la posición de la parte menos favorecida de la misma. “El ordenamiento laboral”, podrá así decir Javier Neves años después en su “Introducción al Derecho Laboral”, cumple “la función de regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación”, recurriendo para ello a normas que buscan “balancear con la ventaja jurídica la desventaja material” con el fin de “contribuir a la materialización de la justicia y la paz”.

Este trascendental cambio de perspectiva permitirá que el grupo, desprendido ya de su dimensión orgánica y convertido más bien en corriente de opinión, pueda expandirse más allá de su núcleo originario, compuesto casi de forma exclusiva por profesionales vinculados al mundo de la asesoría jurídica a las organizaciones de trabajadores, para abarcar también a personas cuya praxis profesional tenía una orientación distinta. El discurso que se postula es uno

abierto, moderno, democrático y equilibrado, pero a la vez coherente con los valores democráticos e igualitarios que dan fundamento a nuestra disciplina. De allí, precisamente, que la presente obra congregue a personas que se sitúan de “ambos lados” del quehacer laboralista, todos los cuales se reconocen discípulos de Javier Neves, no solamente por haber sido en la mayor parte de los casos alumnos suyos, sino por compartir lo esencial de su visión de la disciplina y del quehacer académico. Algo impensable años atrás.

Es en este hecho quizá más que en cualquier otro donde es posible reconocer el papel de maestro de Javier Neves. Y también se encuentra aquí el fundamento más sólido para entender que quienes nos reconocemos como sus discípulos conformamos una verdadera escuela, en la medida en que compartimos, más allá de nuestros destinos laborales concretos, en la asesoría sindical o empresarial o el mundo universitario, una visión común sobre la disciplina que cultivamos, cuya raíz se encuentra en las líneas de reflexión abiertas por nuestro maestro y desarrolladas colectivamente por todos.

### **3. La luz al final del túnel**

Lo anterior no puede hacernos olvidar que, mientras el discurso académico experimentaba un desarrollo francamente espectacular, la evolución política y normativa discurría en nuestro país por derroteros muy distintos, que no hacían más que profundizar hasta el límite de lo socialmente tolerable las líneas de desmontaje de la protección del trabajador individual y reducción de la efectividad de los derechos colectivos iniciadas en los años anteriores. La del Perú se convirtió, así, en los años noventa, como recuerda Oscar Ermida, en “la experiencia más paradigmática de desregulación impuesta en América Latina”, debido a “la profundidad de las reformas, por tratarse de una imposición legislativa unilateral de desmejora, por incluir una ‘reregulación’ del Derecho Colectivo, e inclusive por consolidarse en el marco de una ruptura constitucional”.

Durante esta difícil etapa, en la que el Derecho del Trabajo pasó a ser para muchos una disciplina jurídica condenada a la extinción en nuestro país, el desarrollo académico de lo que podía empezar a considerarse nuestra escuela

laboralista no sólo no menguó, sino que asumió nuevas y más ricas formas de expresión. Son los años en los que muchos de sus integrantes, liderados nuevamente por el maestro, asumirán de forma decidida la crítica de los cambios introducidos por el régimen fujimorista, sin caer en el oportunismo tan común durante esos años. Y también el período en el que se incorporan al grupo una pléyade de “jóvenes valores”, como le gustaba decir a Javier, sin vínculos ya con la tradición laboralista de los años setenta y ochenta. Del mismo modo, ésta es la etapa en la que la internacionalización del grupo se consolida, al recibir el reconocimiento de dos de los más prestigiosos núcleos de reflexión laboralista, como son, en nuestro continente, la doctrina uruguaya, y en Europa, la doctrina española. La celebración de dos ediciones de los encuentros peruano-uruguayos de Derecho del Trabajo (en Lima y en Montevideo) y de una del encuentro hispano-peruano (en Albacete) dan cumplido testimonio de ello.

Se trata, en todo caso, de una etapa francamente difícil para los laboralistas, en la que se cierran varias de las opciones de desarrollo profesional existentes en el pasado, y en particular la de prestar servicios a las organizaciones de trabajadores, mientras que otras, como la dedicación plena a la docencia, no terminan de abrirse. A pesar de ello, de una manera u otra, la gran mayoría de los integrantes de la escuela no abandonará su dedicación a la disciplina y su vinculación al mundo académico, acogiéndose a diversas opciones novedosas de desarrollo personal y profesional con el fin de “sobrevivir” a la crisis sin tener que poner entre paréntesis su vocación por el Derecho del Trabajo.

Es más, por paradójico que parezca, es precisamente a lo largo de estos años “oscuros” que se produce lo más notable de la aportación científica individual de Javier Neves a nuestro Derecho del Trabajo, situada de forma clara en el terreno de la teoría general del mismo. Una aportación que terminará por condensarse en su “Introducción al Derecho Laboral”, libro singular e inusual en nuestro medio e incluso en nuestro subcontinente, auténtica “parte general” del Derecho del Trabajo, dedicada al estudio del sistema de fuentes, ámbito de aplicación y principios de aplicación e interpretación. Una tarea reconstructiva nunca llevada a cabo hasta entonces entre nosotros. La obra contiene, con todo,

una alusión clara al papel que siempre ha concedido Javier Neves a la reflexión colectiva y el trabajo en equipo, que han hecho de estos una seña de identidad de su magisterio. Así, aunque este trabajo corresponde de manera más que clara a la autoría del maestro, éste no dejará de apuntar en la parte final de su introducción que “las ideas expuestas aquí pertenecen en mucho a un equipo de trabajo formado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en torno al curso de Derecho Laboral”. Añadiendo que “muchos de sus antiguos integrantes son hoy en día destacados docentes de nuestra Área Laboral, así como investigadores que en sus tesis u otros trabajos académicos vienen brindando valiosas contribuciones teóricas en esta especialidad”. Y concluyendo con un guiño que expresa claramente su satisfacción por la labor realizada y su confianza en el futuro: “no nombramos a cada uno de ellos porque, afortunadamente para el Derecho del Trabajo peruano, su número es ya elevado”.

La reivindicación de esta meritoria y paciente labor tardaría en llegar. Pero lo haría al fin, de la mano del retorno de la democracia y sus instituciones. Si bien los primeros gobiernos democráticos optaron, bien por dificultades objetivas o por falta de voluntad política, por no acometer sino de forma muy tímida y fragmentaria la reconsideración de la obra legislativa de la dictadura, esa tarea sería asumida de forma resuelta en estos mismos años por el Tribunal Constitucional, que ha sabido encontrar en las previsiones de contenido laboral presentes en la Constitución actualmente vigente, de la cual el régimen precedente no consiguió extraer las claves básicas que identifican nuestra disciplina, las herramientas para llevar a cabo una revisión de algunos de los componentes más emblemáticos –a la vez que cuestionables– de la regulación legal precedente. Este es un proceso, al que en otro lugar hemos llamado de “recomposición constitucional” del Derecho del Trabajo peruano, lleno todavía de incertidumbres y limitaciones. Su propia emergencia ha servido, sin embargo, para demostrar el inmenso vigor transformador que poseen entre nosotros de las cláusulas de garantía de los derechos laborales contenidas en la norma fundamental, así como el acierto pleno de quienes, desde la distancia en el tiempo, tuvieron la intuición de ver en ellas una herramienta básica para la

transformación democrática de nuestro Derecho del Trabajo y su adaptación al cambio. La vía abierta por Javier Neves y su escuela se encuentra, por ello, más vigente que nunca. Y de seguro contribuirá en el futuro a abrir nuevos caminos para la necesaria construcción de un Derecho del Trabajo capaz de operar como un instrumento útil al servicio de consecución en nuestro país de un desarrollo económico y social pleno y duradero desde bases democráticas y constitucionales.

---

## LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA Y LA NECESARIA ACTUALIZACIÓN A LOS CONVENIOS FUNDAMENTALES DE LA OIT

## THE FREEDOM OF ASSOCIATION IN COLOMBIA AND THE NECESSARY UPDATE TO THE FUNDAMENTAL CONVENTIONS OF THE ILO

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

*Profesor de carrera académica de la Universidad del Rosario, abogado de la misma universidad, especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, Italia, y doctor cum laude en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Colaborador Externo de la Organización Internacional del Trabajo. Conjuez Sala de Descongestión Laboral Corte Suprema de Justicia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-866X>.*

[ivan.jaramillo@urosario.edu.co](mailto:ivan.jaramillo@urosario.edu.co)

Fecha de envío: 13/01/2022

Fecha de aceptación: 15/03/2022

---

## LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA Y LA NECESARIA ACTUALIZACIÓN A LOS CONVENIOS FUNDAMENTALES DE LA OIT

Iván Daniel JARAMILLO JASSIR

*Universidad del Rosario (Colombia)*

---

**Resumen:** El presente artículo analiza de forma crítica es estado de la disciplina de regulación de la libertad sindical en Colombia y las brechas para la actualización a los estándares de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo como postulados de corrección universal en procura de las garantías que emanan de la dimensión colectiva sindical.

**Palabras clave:** Sindicatos - Libertad sindical - Asociación sindical - Negociación colectiva - Huelga

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho de asociación sindical. 3. La sentencia SL7928-2020 del 9 de septiembre de 2020 de la Corte Suprema de Justicia: El derecho de asociación sindical más allá del contrato de trabajo. 4. El derecho de negociación colectiva en Colombia. 5. El auto SL462-2021 del 10 de febrero de 2021 de la Corte Suprema de Justicia: La negociación colectiva sectorial. 6. El derecho de huelga en Colombia. 7. La sentencia SL1680-2020 del 24 de junio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia: La Huelga en todas sus modalidades como Derecho Fundamental. 8. La Adenda al Informe de 2020 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT 2021. 9. Reflexiones conclusivas.

**Abstract:** This article critically analyzes the state of the discipline of regulation of trade union freedom in Colombia and the gaps for the updating to the standards of the fundamental conventions of the International Labor Organization as

postulates of universal correction in pursuit of the guarantees emanating from the collective trade union dimension.

**Key words:** Trade Unions - Freedom of Association - Trade Union Association - Collective Bargaining - Strike

**Summary:** 1. Introduction. 2. The right of union association. 3. The ruling SL7928-2020 of September 9, 2020 of the Supreme Court of Justice: The right of union association beyond the employment contract. 4. The right to collective bargaining in Colombia. 5. Order SL462-2021 of February 10, 2021 of the Supreme Court of Justice: Sectoral collective bargaining. 6. The right to strike in Colombia. 7. The judgment SL1680-2020 of June 24, 2020 of the Supreme Court of Justice: The Strike in all its modalities as a Fundamental Right. 8. The Addendum to the 2020 Report of the Committee of Experts on the Application of ILO Conventions and Recommendations 2021. 9. Concluding reflections.

## 1. Introducción

El reconocimiento internacional de la libertad sindical contenido en los convenios 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, incluidos en el catálogo de derechos considerados fundamentales en la Declaración de 1998, que reconoce la universalidad de este derecho a partir de la garantía de asociación sindical, negociación y huelga, como trípode sobre el que descansa la libertad sindical<sup>1</sup>.

La libertad sindical en la que descansa el reconocimiento de derechos colectivos articula un espacio de contrapoder, al que está vedado ingresar tanto al estado como al poder patronal, para la realización del equilibrio contractual a partir del reconocimiento jurídico de la asimetría en la fase individual<sup>2</sup>.

La estigmatización y cultura antisindical determina la baja tasa de sindicalización del 4,6% (LaboUR 2019), en el marco de un sistema de intervención legal pre-constitucional de incentivos a la organización más allá de la representatividad, a partir de la clasificación legal de las organizaciones sindicales (Tabla 1.).

---

<sup>1</sup> “La libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerequisite o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es «un derecho para tener derechos», un derecho generador o creador de otros derechos.” ERMIDA URIUARTE, Oscar, “Crítica de la Libertad Sindical”, en: Revista de la Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 68, 2012.

<sup>2</sup> “La invención de lo colectivo hace que tenga dos facetas la cuestión de las libertades públicas en la empresa. Bajo su aspecto colectivo, las libertades públicas conducen a dibujar en el seno de la empresa áreas de autonomía que escapan al poder de dirección del empresario. Bajo su aspecto individual, tienden a salvaguardar las libertades del trabajador de los excesos del vínculo de subordinación.” SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios Núm. 11, Madrid, España, 1996.

Tabla 1. Clasificación organizaciones sindicales en Colombia<sup>3</sup>

Clase de sindicato	Número de sindicatos	Porcentaje	Número de afiliados	Porcentaje
Sindicato de gremio	2520	46,3 %	506 352	49,4 %
Sindicato de empresa	1863	34,2 %	238 401	23,2 %
Sindicato de industria	939	17,2 %	274 606	26,8 %
Sindicato de oficios varios	127	2,3 %	6395	0,6 %
Total	5449	100 %	1 025 754	100 %

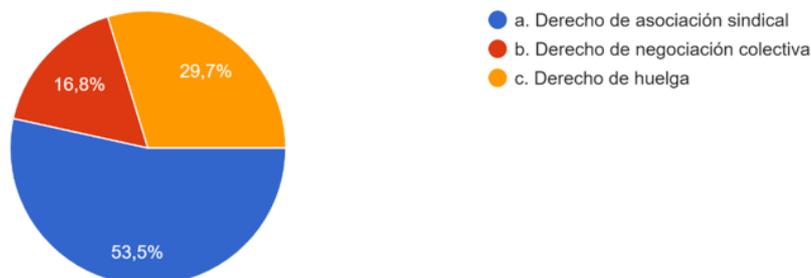
Fuente: Ministerio del Trabajo (2019)

El modelo de negociación por empresa descentralizado en Colombia determina la baja cobertura de las convenciones colectivas de trabajo, al tiempo de reconocer la huelga como derecho constitucional bajo una disciplina pre-constitucional hija de un estado de sitio con el consecuente déficit democrático.

Entre el 15 de julio y el 15 de agosto de 2020 se realizó una encuesta virtual (en el contexto de la política de aislamiento preventivo obligatorio para la contención de la velocidad de la propagación del COVID-19) que fue respondida por 102 sindicalistas de 35 ciudades y diversos sectores económicos para identificar la percepción de los trabajadores sindicalizados a propósito de los principales desafíos para la efectividad de la libertad sindical en Colombia (Gráfico 1.).

<sup>3</sup> El artículo 356 del C.S.T. establece: “Los sindicatos de trabajadores se clasifican así:  
a). De empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;  
b). De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica;  
c). Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad,  
d). De oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas. Estos últimos sólo pueden formarse en los lugares donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requerido para formar uno gremial, y solo mientras subsista esta circunstancia.

Gráfico 1. ¿Cuál es el principal derecho que emana de la libertad sindical que amerita corrección judicial/arbitral en Colombia?



Fuente: Construcción propia (2020)

El gráfico 1. evidencia el acento en las dificultades prácticas para la realización del derecho de asociación sindical (53,5%) en un contexto de adversidades para la realización de esta garantía fundamental, seguido por el derecho de huelga (29,7%) fuertemente estigmatizado y regulado bajo una lógica pre-constitucional, seguido del derecho de negociación colectiva (16,8%) cuyas barreras emanan del modelo descentralizado –por empresa- que prioriza la organización sobre la representatividad.

De la misma manera, en materia de consideración del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ratificado por Colombia en 1976, en el marco de los procedimientos de disolución y liquidación de sindicatos, se evidencia la desconexión con los parámetros internacionales de protección de este derecho fundamental (Gráfico 2.).

Gráfico 2. En la práctica, en los procesos de disolución y liquidación de organizaciones sindicales:



Fuente: Construcción propia (2020)

En materia de negociación colectiva, se evidencia la ausencia de efectividad de los mecanismos de intervención judicial y/o arbitral, para corregir las disfuncionalidades de la utilización de pactos colectivos, como instrumento de negociación directa que restringe el ámbito de actuación y desarrollo sindical (Gráfico 3.).

Gráfico 3. En cuanto al uso indebido de pactos colectivos como conducta antisindical:

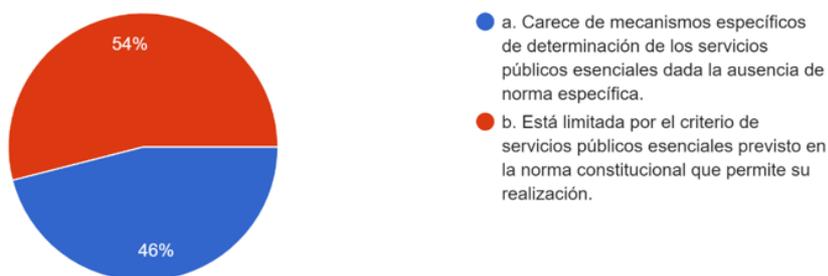


Fuente: Construcción propia (2020)

En materia de derecho de huelga, la percepción de los trabajadores sindicalizados encuestados, vinculan las dificultades en la realización del sistema de auto-tutela, que enmarca el derecho de huelga a la ausencia de

delimitación de servicios públicos como criterio de limitación sin desarrollo legal específico (Gráfico 4.).

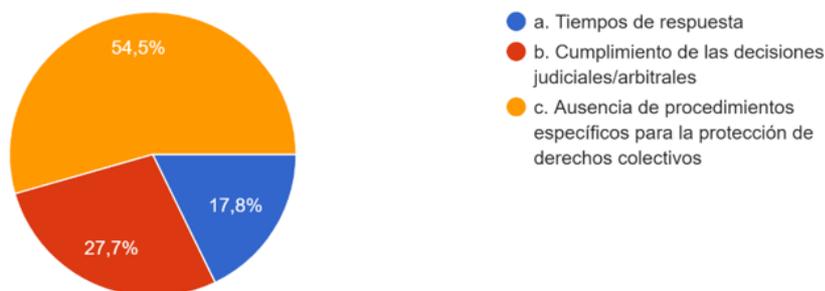
Gráfico 4. La protección del derecho de huelga en Colombia:



Fuente: Construcción propia (2020)

En el mismo sentido, en materia de barreras para la efectividad judicial/arbitral de los derechos colectivos, se evidencia la prevalencia de la ausencia de procedimientos para la protección de derechos colectivos (54,5%), seguido de las dificultades en el cumplimiento de los mandatos judiciales/arbitrales (27,7%) aunado a los tiempos de respuesta (17,8%) (Gráfico 5.).

Gráfico 5. ¿Cuál es la principal deficiencia del sistema judicial/arbitral para la efectividad de derechos colectivos en Colombia?



Fuente: Construcción propia (2020)

## 2. El derecho de asociación sindical

La adaptación del modelo sindical previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, pre-constitucional, a los parámetros constitucionales de 1991 e internacionales que se integran a partir del bloque de la constitucional, a las normas vinculantes sobre el contenido y alcance del derecho fundamental de libertad sindical, determina la extensión del ejercicio de este derecho a los trabajadores entendidos en su acepción genérica sin que resulte admisible su restricción a los trabajadores dependientes en forma excluyente.

Así las cosas, el Convenio 87 de la OIT se integra al nivel constitucional sobre la regulación del derecho fundamental de libertad sindical en concordancia con los pronunciamientos proferidos por el Comité de Libertad Sindical como “órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo que constituyen una lectura autorizada de los convenios, siempre que la Corte Internacional de Justicia no haya resuelto en contrario”.

En este sentido, la correcta interpretación del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la facultad de constitución de sindicatos, en el ámbito constitucional colombiano al que se integra el Convenio 87 de la OIT, comporta la ampliación subjetiva del ámbito subjetivo a todos los tipos de trabajadores con independencia del vínculo contractual.

La interpretación correcta de las normas legales sobre constitución y clasificación de las organizaciones sindicales debe actualizarse a los patrones del derecho fundamental incluido en el artículo 25 de la Constitución Política que protege el trabajo <<en todas sus modalidades>> en su acepción genérica.

En Colombia, el ejercicio del derecho fundamental de asociación sindical debe ser considerado en el contenido y alcance en sentido amplio, con inclusión de los diversos tipos de trabajo en el contexto del siglo XXI, más allá del modelo de trabajo subordinado, sobre el cual se edificó el sistema de intervención laboral colombiano en 1950<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “Es como decir que llega el tiempo en el que un sindicato dispuesto a repensarse a sí mismo está obligado a integrar a su rol de representación de ciudadanos en cuanto *trabajadores dependientes* en la dirección de articular, diferenciar, especializar sus funciones para promover la industriosisidad de la generalidad de los trabajadores en cuanto ciudadanos” ROMAGNOLI,

### **3. La sentencia SL7928-2020 del 9 de septiembre de 2020 de la Corte Suprema de Justicia: El derecho de asociación sindical más allá del contrato de trabajo**

Un grupo de trabajadoras, mujeres en su totalidad, la mayoría madres cabeza de familia, vinculadas a Juegos y Apuestas La Perla S.A. a través de distintas formas de trabajo, conformó una organización sindical de empresa, denominada Unión Sindical de Trabajadores de las Apuestas (USTA).

En Colombia la constitución y subsistencia de una organización sindical de trabajadores requiere como mínimo de 25 afiliados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo.

Juegos y Apuestas La Perla S.A. promovió proceso especial de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción al registro sindical en su contra, tras estimar que al momento de la fundación del sindicato no se cumplió con el mínimo de trabajadores exigidos para la conformación de un sindicato de empresa, pretensión acogida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, por conducto de sentencia de 19 de diciembre de 2019.

La decisión de disolución y liquidación del sindicato se fundamentó en que al momento de la fundación del sindicato no se cumplió con el mínimo de trabajadores exigidos para la conformación de un sindicato de empresa. En fallo de 30 de junio de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó la determinación de primera instancia.

Contra la decisión del Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja del 19 de diciembre y el fallo confirmatorio del 30 de junio de 2020 proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga, la Unión Sindical de Trabajadores de las Apuestas (Usta) interpuso acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la libertad, debido proceso, asociación sindical y trabajo.

---

Umberto, "Renacimiento de una palabra", en: Revista de Derecho Social, Editorial Bomarzo, Número 31, Albacete, España, 2005.

La acción de tutela se fundamentó en que las decisiones judiciales incurrieron en defecto sustantivo al vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres que conformaron el sindicato, la mayoría madres cabeza de familia, vinculadas a Juegos y Apuestas La Perla S.A. a través de distintas formas de trabajo, y, por tanto, aduce que el caso se debe resolver con enfoque de género.

De la misma forma, las accionantes consideraron violatorio de sus derechos fundamentales, la interpretación del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, contenida en las sentencias que ordenaron la cancelación del registro sindical, pues dicha disposición se refiere a que las organizaciones sindicales deben estar conformadas por «individuos» que «presten sus servicios» a una «misma empresa», mas no hace distinción respecto a que sean subordinados o estén vinculados mediante un contrato de trabajo, tal y como entendieron las accionadas.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2020 concedió la acción de tutela interpuesta por La Unión Sindical de Trabajadores de las Apuestas (Usta) para proteger su derecho fundamental a la libertad sindical, ordenando a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramaga proferir una nueva decisión permitiendo en desarrollo de su autonomía sindical, así como de lo establecido en los artículos 2 y 3 del Convenio 87 de la OIT, y en el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, el sindicato podía válidamente representar a todos los trabajadores de la empresa Juegos y Apuestas La Perla, sin importar su forma de vinculación.

Para fundamentar su decisión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia afirmó: “el término «trabajadores» previsto en ambas normas debe entenderse en un sentido amplio y no limitado a la categoría de «empleados asalariados» o «subordinados», de manera que, bajo ese argumento, se itera, no puede excluirse de los sindicatos de empresa a los trabajadores independientes, so pena de violar el derecho de libertad sindical e igualdad. Interpretación que guarda armonía con lo consagrado en el Convenio 87 de la OIT, instrumento internacional que tiene fuerza vinculante y que hace parte del bloque de constitucional, dentro del ordenamiento jurídico interno.”

En este sentido, la sentencia precisó la naturaleza jurídica del Convenio 87 de la OIT en el ordenamiento como parte integrante del bloque de la constitucionalidad de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos: “se debe precisar que el Convenio 87 de la OIT hace parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto y, por tanto, resulta complementario del artículo 39 de la Constitución Política que establece el derecho de asociación sindical.”

De la misma manera, se afirma en la sentencia la necesaria comprensión del derecho de empleadores y trabajadores a constituir organizaciones que estimen pertinentes incluido en el Convenio 87 de la OIT en sentido amplio incluyendo todas las modalidades de trabajo de acuerdo a las consideraciones que se transcriben en el siguiente numeral.

“Igualmente, deviene oportuno recordar que, según el preámbulo de la Constitución de la OIT se enuncia «la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical» como medio susceptible de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz. De lo cual cumple enfatizar que el trabajo ha sido entendido por el Tesoro de la Organización Internacional del Trabajo como «el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos», sin que sea un elemento indispensable la subordinación o la naturaleza del vínculo a través del cual se contratan dichos servicios. Es decir, la libertad de asociación sindical se predica de todas las personas que realizan una actividad en beneficio de otro.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, STL 7928-2020, rad. 60372, 9 de septiembre de 2020).

Adicionalmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para fundamentar su decisión tomó en consideración la doctrina del Comité de Libertad Sindical: en el libro *La libertad sindical, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta Edición, 2018, Oficina Internacional del Trabajo, página 61*, se pone de presente que, en el 376 informe, Caso núm. 3042, párrafo 560, el referido órgano destacó que «327. Todos los trabajadores deberían poder gozar del derecho a la libertad sindical con independencia del

vínculo contractual bajo el cual se hubiera formalizado la relación de trabajo», mientras que, en el 349° informe, Caso núm. 2556, párrafo 754 y 378° informe, Caso núm. 2824, párrafo 158, determinó que «328. La naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades».

La impugnación, resulta por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, ratificó la decisión de instancia proferida por la Sala Laboral con apoyo en pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical en los siguientes términos:

“Las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical, una vez aprobadas por el Consejo de Administración de la OIT, son vinculantes para las autoridades nacionales, pero estas conservan un margen de apreciación para determinar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional (CC SU-555/14).

Este organismo internacional, como lo citó el tribunal a quo, en el 349 informe, Caso núm. 2498, párrafo 735, 353 informe, Caso núm. 2498, párrafo 557; y 354° informe, Caso núm.2560, párrafo 439, para lo cual el Comité dispuso que «330. El criterio para determinar las personas cubiertas por el derecho sindical no se funda en el vínculo laboral con un empleador. Los trabajadores que no tengan contrato de trabajo pueden constituir las organizaciones que estimen convenientes».” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP 12219 – 2020, 17 de noviembre de 2020).

#### **4. El derecho de negociación colectiva en Colombia**

La arquitectura del modelo de negociación colectiva fundamentado en la negociación descentralizada (por empresa) limita el alcance del mecanismo de autocomposición para la reivindicación de derechos *in melius* del piso legal que resulta conveniente reorientar hacia la negociación sectorial (centralizada), basada en criterios de representatividad como sistema idóneo de extensión del ámbito de cobertura y la reducción de espacios de competencia desleal y *dumping* social.

El sistema de intervención que disciplina el derecho de asociación en que prevalece la organización sobre la representación debe ser corregido en concordancia con la reorientación del modelo de negociación para incorporar niveles de reconocimiento de derechos por rama capaces de reconocer la diferenciación de realidades y demandas en cada lógica organizacional en el marco de las especificidades de cada sector.

Más allá del acento en la negociación descentralizada, por empresa, en Colombia, resulta necesario afirmar la expresa habilitación legal de la negociación sectorial de conformidad con lo previsto en el artículo 467 del C.S.T. “Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia”<sup>5</sup>.

El tránsito al modelo de negociación sectorial determina la redefinición de las relaciones entre fuentes de derecho, en el siguiente sentido: las relaciones entre Ley, convenio colectivo sectorial, de empresa y el contrato de trabajo se regulan de acuerdo al criterio jerárquico entre aquellas bajo la premisa de la inderogabilidad *in pejus* de la fuente superior habilitando en forma exclusiva la derogabilidad *in melius*.

En el mismo sentido, el necesario tránsito al modelo de negociación sectorial, baja la presión sobre la tradicional problemática asociada al salario mínimo legal en Colombia que constituye el piso promedio que debe transitar hacia patrones de salario mínimo interprofesional derogable *in melius* en el ámbito sectorial.

### **5. El auto SL462-2021 del 10 de febrero de 2021 de la Corte Suprema de Justicia: La negociación colectiva sectorial**

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia encontró en sentencia SL4479-2020 de 4 de noviembre de 2020 que un grupo de trabajadores

---

<sup>5</sup> Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel, Colombia: La negociación colectiva sectorial o por rama de actividad, 2015.

sostuvieron un vínculo laboral con la empresa comercializadora y distribuidora de energía eléctrica CODENSA declarando como simple intermediaria a la empresa Unión Temporal Galaxtet y sus integrantes Transportes Especiales de Turismo Tet S.A.S. y Transportes Galaxia S.A. Transgalaxia S.A.

Los trabajadores demandantes se afiliaron a la organización sindical Sindicato Red de Empleados de la Energía y los Servicios Públicos Domiciliarios Redes que representa a los trabajadores del sector energético, en virtud de la cual, el 26 de febrero de 2013 la asociación profesional presentó pliego de peticiones a Codensa S.A. y a sus empresas colaboradoras para regular las condiciones laborales de sus trabajadores.

Más allá de la negativa inicial de la empresa a negociar, posteriormente aceptó su calidad de interlocutor válido negociando el pliego presentado, que evidencia la existencia de un conflicto colectivo que deriva en el amparo foral circunstancial<sup>6</sup> de los trabajadores demandantes.

Más allá de la decisión de reconocer el conflicto colectivo que fundamenta la orden de reintegro de los demandantes, la aclaración de voto contenida en el auto SL 462-2021 reconoce la posibilidad jurídica de la negociación colectiva de nivel superior al de la empresa.

“el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo enuncia unas clases de sindicatos (de empresa, de industria o por rama de actividad, gremiales y de oficios varios) a los que se les asigna la función de representar los intereses de sus afiliados en su respectivo ámbito de actuación material, personal y territorial. De manera que no tendría sentido que la ley habilite un sindicato de industria o por rama de actividad, para luego confinarlo a la empresa, negándole la posibilidad de negociar en la respectiva rama de actividad o sector. Por lo demás, tal razonamiento sería contrario a los principios de autonomía sindical y negociación colectiva, reconocidos en amplios instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano, con base en los cuales los sindicatos

---

<sup>6</sup> De conformidad con lo previsto en el artículo 25 del decreto 2351 de 1965: “PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y definir libremente el ámbito de representación subjetivo y objetivo de actuación.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Auto SL 462-2021, rad, 81104, 10 de febrero de 2021).

## 6. El derecho de huelga en Colombia

La regulación del Derecho de Huelga como derecho creador y defensor de derechos constituye la figura más atípica del Derecho Sindical que se inscribe en el catálogo de derechos reconocidos en la Constitución colombiana de 1991 con desarrollo legislativo pre-constitucional de mediados de siglo XX bajo una concepción restrictiva y prohibitiva de su realización<sup>7</sup>.

En el proceso de actualización de la disciplina jurídica de la huelga reservado a la huelga contractual (aquella que deriva del proceso de negociación colectiva regulada en los artículos 444 y 445 del C.S.T.), se ha ido ampliando en desarrollo del modelo constitucional previsto en el artículo 56 para reconocer otras modalidades como: la huelga imputable al empleador (Ley 584 de 2000), huelga por solidaridad (Sentencia Corte Constitucional, C-201 de 2002), la huelga por políticas sociales, económicas y sectoriales (Corte Constitucional, sentencia C-858 de 2008)<sup>8</sup>.

La sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia SL 1680-2020 determina la naturaleza del derecho de huelga en el marco del artículo del Convenio 87 de la OIT, el artículo 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 8.1.b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

---

<sup>7</sup> En España la demanda de actualización al régimen constitucional de 1978 caracteriza la disciplina del derecho de huelga: “La recomposición del contenido y alcance de acción colectiva reconocido a los trabajadores para la defensa de sus intereses en un “modelo democrático de relaciones laborales” lo debería efectuar una ley orgánica, tal como prometía el precepto constitucional” BAYLOS GRAU, Antonio, *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2018.

<sup>8</sup> “Ya en la década de los cincuenta, se reveló así que la huelga constituía un “derecho personal” del trabajador. Especificando además que constituye “un medio legítimo de desarrollo de la persona humana del trabajador y de promover la participación efectiva de los trabajadores en la organización de las relaciones económicas y sociales en las que operan”. LASSANDARI, Andrea, “Sciopero e conflitto collettivo” en: *Lecture di Diritto del Lavoro Spagnolo e Italiano*, Editorial Tirant Lo Blanch – Valencia, España, 2019.

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el artículo 56 de la Constitución Política de Colombia.

### **7. La sentencia SL1680-2020 del 24 de junio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia: La Huelga en todas sus modalidades como Derecho Fundamental**

Un grupo de trabajadores de la E.S.E Hospital San José de Maicao, (Guajira, Colombia) afiliados al Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social promovió un cese colectivo de actividades por el cual cerraron consulta externa, manteniendo tan solo la atención de urgencias vitales, aduciendo el no pago de 8 meses de acreencias laborales.

Entre el 7 y el 8 de marzo de 2018 se llevó a cabo un cese colectivo de actividades de los trabajadores de la ESE Hospital San José de Maicao, (Guajira, Colombia) como consecuencia del no pago de salario, atrasos en los aportes a la seguridad social, no pago del bono navideño y escolar, impago de la prima de antigüedad, recargos nocturnos, dominicales y festivos, falta de claridad en la contratación y no satisfacción de los aportes sindicales.

El cese colectivo de actividades llevado a cabo por por el Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social se circunscribió al cierre de consulta externa y a contener el ingreso de pacientes a través de urgencias, de modo tal que solo serían atendidas las urgencias vitales.

La E.S.E Hospital San José de Maicao presentó demanda para que a través del proceso especial de calificación de cese colectivo de actividades se declarara la ilegalidad de la huelga en atención al cierre de consulta externa, oficinas de gerencia, tesorería, contabilidad, financiera, recursos humanos y facturación, entre otras dependencias, sin seguir protocolo alguno, elaborar inventario y sin acompañamiento del Ministerio del Trabajo, al tiempo de y violó el derecho a la salud de los usuarios que tenían citas programadas desde días atrás.

El Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social aceptó que el 6 de marzo de 2018 radicó en las instalaciones de la E.S.E un oficio en el que informó que a partir del día siguiente iniciaría un cese parcial de actividades; aclaró que solo «se cerró consulta externa por cuanto no se afectaba la vida de los pacientes», y que las urgencias se atendieron de manera oportuna, al punto que no hay quejas sobre el particular.

El 2 de mayo de 2018 la Sala de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha decidió declarar la ilegalidad del cese colectivo de trabajo acaecido el 7 de marzo de 2018, en las instalaciones de la E.S.E Hospital San José de Maicao.

El Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social presentó recurso de apelación contra la sentencia que declaró la ilegalidad del cese colectivo de actividades.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en sentencia de votación 4-3 el 24 de junio de 2020, SL 1680-2020, rad. 81296, revocó la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha para en su lugar declarar la legalidad de la huelga promovida por el Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social “SINDESS” los días 7 y 8 de marzo de 2018 en las instalaciones de la ESE Hospital San José de Maicao.

Para fundamentar su decisión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce la naturaleza jurídica como derecho fundamental de la huelga en atención a que “el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han sostenido que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores que les permite reivindicar y defender sus intereses. La jurisprudencia del CLS ha establecido el principio básico<sup>1</sup> según el cual «el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones» al que pueden recurrir en defensa de sus intereses económicos y sociales. En paralelo, la CEACR ha dicho que «la huelga es un medio de acción esencial del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses», por tanto, «constituye un derecho

fundamental» indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.”

La sentencia aclara que en materia de limitación del ejercicio en el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales debe diferenciarse entre servicio y actividad para precisar que no todo cese colectivo en una institución prestadora de salud afecta un servicio esencial: “La doctrina más autorizada sobre el tema, a efectos de delimitar correctamente el campo de los servicios esenciales para la comunidad ha establecido la distinción entre actividad y servicio. La actividad viene a ser un concepto más amplio que el de servicio, de suerte que dentro de una actividad pueden concurrir varios servicios de distinta naturaleza. Según esta doctrina, «solo podrían ser considerados esenciales los servicios que, dentro de una actividad, resultan potencialmente necesarios para su correcto funcionamiento» o, puesto en otras palabras, «solo será pasible de limitación la huelga que afecte servicios esenciales, no así aquella que lleven a cabo trabajadores asignados a servicios marginales que, dentro de la misma actividad, no resultan indispensables para el mantenimiento del derecho fundamental, cuya tutela se procura». (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL 1680-2020, rad. 81296, 24 de junio de 2020).

De la misma forma, la decisión analizada determina la inaplicación de las reglas de la huelga contractual (aquella encaminada a lograr un acuerdo colectivo) a otro tipo de modalidades reconocidas en Colombia (de solidaridad, imputable al empleador, por políticas sociales, económicas o sectoriales): “Desde este punto de vista, es incorrecto pensar que las reglas de los artículos 444 y 445 del Código Sustantivo de Trabajo aplican a otras modalidades de huelga distintas a la contractual, porque para la época en la que se expedieron esas normas, esas alternativas de conflicto colectivo no estaban permitidas o se les daba un trato distinto como pasaba con la huelga imputable al empleador. Dicho en breve: el legislador preconstitucional no previó tales huelgas, razón por la cual no es posible extender, a través de un juicio hermenéutico, las reglas de la huelga contractual a otro tipo de ceses legitimados en la Constitución de 1991.”

La sentencia descarta la consideración de la huelga como sanción y en esa medida la violación del debido proceso propuesta por el empleador: “El

ejercicio del derecho a la huelga, por ser un derecho humano de contenido social, no supone el cumplimiento de un debido proceso establecido en favor del sujeto pasivo de la protesta, dado que la huelga no es una sanción.

La sentencia rectifica el criterio tradicional sobre la extensión del procedimiento regulado en el C.S.T. ideado para la huelga contractual, para preferir la interpretación que favorece la realización del derecho, y en tal sentido considerar inaplicables las reglas sobre procedimiento previo a la huelga a las demás modalidades de huelga, que en el caso de la huelga imputable al empleador sustentada en el principio universal de la *exceptio non adimpleti contractus*, desarrolla el mecanismo de auto-tutela que comporta en esta modalidad de cese colectivo como instrumento colectivo de defensa de derechos.

En suma, en una sentencia dividida 4-3 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia aclara la disciplina de la huelga imputable al empleador resolviendo las tensiones que derivan del ejercicio del derecho de huelga precisando los criterios de interpretación de las restricciones del derecho, en sentido de diferenciar las actividades de los servicios públicos esenciales como medida proporcional que privilegia la realización del derecho fundamental de conformidad con el modelo constitucional de 1991.

#### **8. La Adenda al Informe de 2020 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT 2021**

La Comisión de Experto en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), creada en 1926 por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) como encargada del seguimiento al cumplimiento de las normas internacionales del trabajo, está integrada por 20 juristas de alto nivel que elaboran informes a la CIT para la revisión periódica del nivel de aplicación de las normas internacionales identificando los déficit de cumplimiento de los Convenios y Recomendaciones.

“El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial de la aplicación de las normas internacionales del trabajo por parte de los Estados Miembros.

A la hora de proceder al examen de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos efectúa dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de mayor información.”<sup>9</sup>

En materia de aplicación de los Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, incluidos como derechos fundamentales en el trabajo en la Declaración de 1998 la CEACR identificó como “profundamente preocupante” el persistente contexto de violencia antisindical en Colombia<sup>10</sup>.

“La Comisión expresa sin embargo su profunda preocupación por la persistente comisión de numerosos homicidios contra miembros del movimiento sindical y otros actos de violencia antisindical en el país, así como por las amenazas de muerte en contra de dirigentes sindicales nacionales y locales, en un contexto de crecientes ataques a los líderes sociales en general. La Comisión toma especial nota de las indicaciones de las centrales sindicales sobre la particular afectación de los sindicatos de la agricultura, la educación, la energía y las minas, así como de las referencias del Gobierno y las centrales sindicales sobre las mutaciones en curso en cuanto al origen de la violencia antisindical. Consciente de la complejidad de los retos que enfrentan los entes responsables de las investigaciones penales, la Comisión se ve sin embargo nuevamente

---

<sup>9</sup> Consultado en: <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm> el 25 de febrero de 2021.

<sup>10</sup> “En la organización productiva, la posición de poder predominante en que se encuentra el empleador – es decir, su capacidad de determinar de diversos modos la situación de los de él dependientes- constituye un dato estructural, por lo cual es muy grande la posibilidad de que la norma jurídica favorable al sujeto más débil, encuentre obstáculos a su plena aplicación. Dicha posibilidad es tanto más elevada cuanto menor sea la fuerza de contestación de la organización sindical” GIUGNI, Gino, Derecho Sindical, Editorial Cacucci, Bari (Italia), 1983.

obligada a observar la ausencia de datos sobre el número de condenas a autores intelectuales de los actos de violencia antisindical y vuelve a subrayar a este respecto el carácter crucial de la identificación y condena de los autores intelectuales de dichos crímenes para poder atajar el ciclo de reproducción de la violencia antisindical.” (Tabla 2. y 3.)

Tabla 2. Investigaciones activas/terminadas (2015-2019) artículo 200 Código Penal<sup>11</sup>

Año	Activo	Casos terminados	Total General
2015	28	459	487
2016	34	399	433
2017	54	263	317
2018	102	116	218
2019 (corte mayo)	85	11	96

Fuente: Spoa Fiscalía General de la Nación (consultado el 13 de mayo de 2019).

<sup>11</sup> El artículo 200 del Código Penal colombiano establece: “VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

Tabla 3. Trámite investigaciones (2015-2019) artículo 200 Código Penal

Año	Indagación	Investigación	Juicio	Querellable	Total
2015	15	0	3	10	28
2016	26	0	1	7	34
2017	34	0	4	16	54
2018	28	0	0	74	102
2019 (Corte mayo)	7	0	0	78	85

Fuente: Spoa Fiscalía General de la Nación (consultado el 13 de mayo de 2019).

El análisis de las medidas de reparación colectiva a favor del movimiento sindical centrado en la especial atención a las actividades adelantadas en el marco de la Mesa Permanente de Concertación para la reparación colectiva al movimiento sindical que ha tenido especiales dificultades que han ralentizado la adopción de medidas que garanticen la efectividad de la efectividad de las medidas de reparación colectiva.

Al tiempo, respecto de la indebida utilización de contratos sindicales (tabla 4.), como figura legal que habilita a las organizaciones sindicales para prestar servicios o ejecutar una obra para una o varias empresas por medio de sus afiliados, (artículo 482 del C.S.T. y decreto 036 de 2016), la CEACR considera la especial preocupación por la figura en análisis dado el potencial “conflicto de interés y poner por lo tanto en peligro la capacidad del sindicato de llevar a cabo al mismo tiempo la responsabilidad propia de las organizaciones sindicales consistente en apoyar y defender de manera independiente las reivindicaciones de sus miembros en materia de empleo y condiciones de trabajo”.

Tabla 4. Convenciones colectivas, pactos colectivos, contratos sindicales  
2006-2016

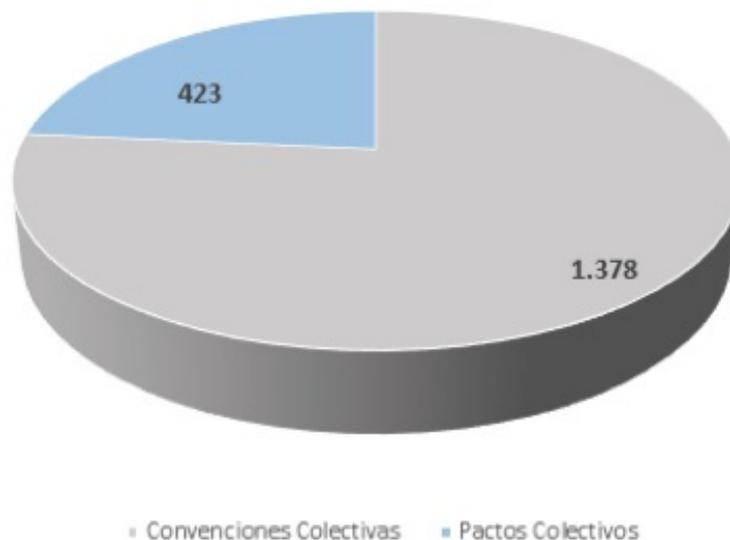
Año	Convención colectiva		Pacto colectivo		Contrato sindical		Total	
	N.º casos	Trab. benef.	N.º casos	Trab. benef.	N.º casos	Trab. benef.	N.º casos	Trab. benef.
2006	448	52.790	76	17.632	12	2.486	536	72.908
2007	291	62.230	206	50.470	22	4.928	519	117.628
2008	282	69.654	217	49.042	40	9.040	539	127.736
2009	379	92.131	209	47.234	46	10.396	634	149.761
2010	256	61.750	225	50.624	50	11.300	531	123.674
2011	353	93.192	170	38.420	164	37.064	687	168.676
2012	329	83.688	216	48.816	708	159.782	1.253	292.286
2013	459	75.211	210	21.424	964	49.164	1.633	145.799
2014	359	79.889	255	86.835	2.066	105.366	2.680	268.419
2015	500	108.000	225	104.537	1.975	100.725	2.700	313.262
2016	387	83.558	224	71.935	S.D.	S.D.	611	155.493

Fuente: Escuela Nacional Sindical, Sistema de Información Sindical y Laboral (Sislab), subsistema Dinámica de la Contratación Colectiva, con datos del Ministerio de Trabajo (2017).

De la misma forma la CEACR recuerda la importancia de limitar la habilitación para suscribir pactos colectivos<sup>12</sup> a espacios de ausencia de organizaciones sindicales (gráfico 1.) dado que “en la práctica, la negociación de las condiciones de trabajo y empleo por medio de grupos que no reúnen las garantías para ser considerados organizaciones de trabajadores puede ser utilizada para desalentar el ejercicio de la libertad sindical y debilitar la existencia de organizaciones de trabajadores en capacidad de defender de forma autónoma los intereses de los trabajadores durante la negociación colectiva.”

<sup>12</sup> El artículo 481 del C.S.T. define los pactos colectivos en los siguientes términos: “Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.”

Gráfico 6. Convenciones Colectivas de Trabajo y Pactos Colectivos registrados en el Ministerio del Trabajo 2020



Fuente: Ministerio del Trabajo de Colombia (2020)

Respecto del derecho de huelga la CEACR manifiesta *interés* por el contenido y alcance del precedente judicial de la sentencia SL1680 de 2020 (Ver *supra* 6.) al tiempo de solicitar se revise la determinación del ámbito de restricción del ejercicio del derecho de huelga dada la indeterminación de los servicios públicos esenciales como norma genérica y la revisión de la prohibición incluida en el artículo 417 del C.S.T. que prohíbe el derecho de huelga a las federaciones y confederaciones.

“la Comisión recuerda que, en su comentario anterior, había tomado nota de que, tanto la Corte Constitucional, respecto del sector de los hidrocarburos, como la Corte Suprema respecto de los distintos servicios definidos como esenciales por la legislación, han solicitado que se revise la misma para acotar mejor las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de huelga. La Comisión sigue observando sin embargo que no se han producido todavía avances concretos respecto de las reformas legislativas solicitadas por la Comisión en materia de huelga en los servicios esenciales. La Comisión recuerda su comentario anterior a este respecto en el cual indicó que: i) considera que los

servicios esenciales respecto de los cuales pueden imponerse limitaciones o prohibiciones al derecho de huelga son solo aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y ii) si bien el concepto de servicios esenciales no es absoluto, ha considerado que sectores como los hidrocarburos y los transportes públicos no constituyen servicios esenciales en sentido estricto sino servicios públicos de importancia trascendental que pueden requerir el mantenimiento de un servicio mínimo. La Comisión espera por lo tanto firmemente que el Gobierno tomará las medidas necesarias para revisar a la brevedad las disposiciones legislativas anteriormente señaladas en materia de servicios esenciales en el sentido indicado. La Comisión pide al Gobierno que proporcione informaciones sobre todo avance al respecto y le recuerda que puede recurrir a la asistencia técnica de la Oficina”

## 9. Reflexiones conclusivas

- Las garantías que integran la libertad sindical constituyen derechos habilitantes de otros derechos, cuya realización supone un contexto favorable de reducción/eliminación de prácticas antisindicales y violencia sindical.
- El derecho de asociación debe ser articulado a través de esquemas de regulación ligados a la representatividad en el contexto de la baja tasa de sindicalización en Colombia, la fuerte estigmatización de la libertad sindical y la habilitación de negociación colectiva directa a través de pactos colectivos que conviene ser revisada para restringir su ámbito de aplicación en situaciones donde exista una organización sindical.
  - La negociación sectorial debe estar restringida tan sólo a las organizaciones sindicales de industria o gremio proscribiendo la posibilidad de suscribir *pactos colectivos sectoriales*.
  - En el tránsito a la negociación centralizada sectorial resulta conveniente incluir la eficacia erga omnes para todos los trabajadores del sector. para lo cual se deben definir las reglas de representatividad para la disciplina sectorial convencional.

- La naturaleza jurídica de la huelga como derecho humano fundamental, debe ser redefinida a partir la doctrina OIT que diferencia actividad de servicio, resuelve la aparente tensión huelga e interés general que resultan complementarias, y la articulación de procedimientos propios que deben seguirse en la huelga, en el marco de los diversos tipos de huelga, más allá de la huelga contractual.

## Bibliografía

- BAYLOS GRAU, A. (2018). *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Editorial Bomarzo, Albacete, España.
- BERNSTEIN, S. (2019). “El derecho de huelga en Canadá”, conferencia Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 11 de febrero.
- BIRGILLITO, M. (2018). *La antigua y controvertida cuestión de la titularidad del derecho de huelga en un enfoque comparado italo-español*, Editorial Bomarzo.
- CANESSA MONTEJO, M. (2015). *Colombia: La negociación colectiva sectorial o por rama de actividad*.
- CARINCI, F. et. al. (2009). *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, Ed UTET Giuridica, 5 edizione, Milano, Italia.
- CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS AMÉRICAS (2017). *Panorama Laboral normativo en materia de libertad sindical y negociación colectiva en América Latina y Caribe*.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2018 ). “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista Derecho Social*, Editorial Bomarzo, Número 83, Albacete, España, julio-septiembre.
- ERMIDA URIARTE, O. (2012). “Crítica de la Libertad Sindical”, *Revista de la Facultad de Derecho*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 68.
- FUDGE, J. y JENSEN, H. (2016). “The Right to Strike: The Supreme Court of Canada, the Charter of Rights and Freedoms and the Arc of Workplace Justice”, *King’s Law Journal*, Vol. 27, No. 1, 89–109.
- FOGLIA, R. (2016). “Libertad Sindical: ¿Derecho Individual o Colectivo?”, *La Libertad Sindical*, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (2017). “Hayek y los sindicatos: Una visión crítica”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 23, No 2.
- GARCÍA, H., “El Derecho de Huelga”, Curso de Derecho Colectivo, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

- GERGONI, B., ODERO, A. y GUIDO, H. (1998). “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, núm. 4. Edición 2000.
- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U. (1987). *Il Diritto Sindacale*, Ed. Zanichelli, Bologna, Italia.
- GIUGNI, G. (1983). *Derecho Sindical*, Editorial Cacucci, Bari, Italia.
- LASSANDARI, A. (2019). “Sciopero e conflitto collettivo”, *Lecture di Diritto del Lavoro Spagnolo e Italiano*, Editorial Tirant Lo Blanch – Valencia, España.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2021). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, Suiza.
- RODRÍGUEZ MANCINI, J. (2016). *Libertad Sindical*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- ROMAGNOLI, U. (2005). “Renacimiento de una palabra”, *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, Número 31, Albacete, España.
- ROMAGNOLI, U. (1997). *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, Editorial, Consejo Económico y Social, Madrid, España.
- SUPIOT, A. (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*, Editorial Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios Núm. 11, Madrid, España.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (2016). “De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso de “Los 8 de Airbus”, *Revista Derecho Social*, Editorial Bomarzo, Número 73, Albacete, España.
- TRIBUZIO, J., “La Huelga en los servicios esenciales”, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

---

## **ENVEJECIMIENTO Y SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA: CONTEXTO, CAUSAS Y DESAFÍOS**

## **AGING AND SOCIAL SECURITY IN LATIN AMERICA: CONTEXT, CAUSES AND CHALLENGES**

Juan RASO DELGUE

*Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex-Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de la República, Uruguay.*

[juanraso@redfacil.com.uy](mailto:juanraso@redfacil.com.uy)

Fecha de envío: 21/03/2022

Fecha de aceptación: 15/04/2022

---

## ENVEJECIMIENTO Y SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA: CONTEXTO, CAUSAS Y DESAFÍOS

Juan RASO DELGUE

*Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

---

**Resumen:** América Latina, al igual que otras zonas del mundo, está sufriendo un proceso de envejecimiento de la población, que tendrá un fuerte impacto sobre las tutelas sociales, que deberán asegurarse en las próximas dos décadas a su población. Diversas causas – entre ellas el aumento de la esperanza de vida, la baja de natalidad, la automatización del trabajo y una nueva forma de concebir la familia – confluyen en la complejidad de un adecuado sistema de tutelas que no deberá limitarse a las solas prestaciones económicas, sino extenderse a necesarias políticas de cuidados. Los derechos humanos de las personas mayores, reconocidos en las normas internacionales y nacionales, están en grave riesgo y es obligación de los Gobiernos y de los actores sociales construir nuevos sistemas de tutelas a partir de la universalización de la financiación de la seguridad social.

**Palabras clave:** Envejecimiento - Seguridad social - América Latina - Desigualdad - Robots

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Contexto sociolaboral de América Latina: entre primer y tercer mundo. 2.1. Desigualdad social. 2.2. Informalidad. 2.3. Cambio de la estructura de los hogares. 2.4. Alternancias laborales. 2.5. Discriminación por edad avanzada. 3. El proceso de envejecimiento de la población en América Latina y sus causas: 3.1. Mortalidad y esperanza de vida. 3.2. La caída de la tasa de fecundidad. 3.3. El trabajo de los robots. 3.4. Migraciones. 3.5. Otras causas. 4. Los derechos humanos de las personas mayores. 5. Los desafíos de la

seguridad social. 6. La cuestión de la financiación de la seguridad social. 7. El pilar “0”. 8. Conclusiones.

**Abstract:** Latin America, like other areas of the world, is undergoing a process of population ageing, which will have a strong impact on social protections, which must be ensured for its population in the next two decades. Various causes – among them the increase in life expectancy, the low birth rate, the automation of work and a new way of conceiving the family – converge in the complexity of an adequate guardianship system that should not be limited to mere economic benefits, but extend to necessary care policies. The human rights of the elderly, recognized in international and national standards, are at serious risk and it is the obligation of governments and social actors to build new protection systems based on the universalization of social security financing.

**Key words:** Aging - Social security - Latin America - Inequality - Robots

**Summary:** 1. Introduction. 2. Socio-labour context of Latin America: between first and third world. 2.1. Social inequality. 2.2. Informality. 2.3. Change in the structure of households. 2.4. Job alternations. 2.5. Old age discrimination. 3. The aging process of the population in Latin America and its causes: 3.1. Mortality and life expectancy. 3.2. The fall in the fertility rate. 3.3. The work of robots. 3.4. Migrations. 3.5. Other causes. 4. The human rights of the elderly. 5. The challenges of social security. 6. The issue of financing social security. 7. The “0” pillar. 8. Conclusions.

## 1. Introducción

Existen mitos, muchos de ellos enraizados en el pasado; entre ellos la idea que América Latina es un continente joven y que por lo tanto no tiene mayores problemas causados por el envejecimiento de su población. Pero no es más que un mito: nuestro continente, como otros, está sufriendo un inexorable proceso de envejecimiento de su población.

¿Qué debe entenderse por “envejecimiento”? La Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores expresa que el término refiere al

proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio<sup>1</sup>.

La misma Convención incluye el concepto de “envejecimiento activo y saludable”, que define como:

Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población.

Entre estos dos conceptos – el “ser” y el “deber ser” del problema del envejecimiento – expresaremos consideraciones sobre los estrechos vínculos que unen la edad adulta mayor y la seguridad social, cuestión objeto de nuestra presentación.

---

<sup>1</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015 por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el marco de la Asamblea General de la institución. Fue firmada de inmediato por los Gobiernos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), el Brasil, Chile, Costa Rica, el Ecuador, El Salvador y el Uruguay en la sede principal del organismo hemisférico en Washington, D.C. El 13 de diciembre de 2016, con el depósito del instrumento en la OEA por parte de Costa Rica, entró en vigencia esta Convención. Uruguay fue el primer estado depositario del instrumento. Ver *infra* Num. 4.

“América Latina y El Caribe - expresa un documento de la FIAPAM - envejece a pasos agigantados y a una velocidad no conocida hasta ahora en el planeta. Lo que a Europa le llevó 65 años y a América del Norte 75 años, a la región le va a llevar apenas 35 años”<sup>2</sup>. Si en el año 2018 los datos de la región arrojan que el 11% del total de la población de América Latina y El Caribe (ALC) tiene más de 60 años de edad, su proyección al año 2030 indica que ésta será del 17% y en el 2050, uno de cada cuatro habitantes del continente será mayor de 60 años<sup>3</sup>.

Los datos mencionados muestran de todos modos que existen diferencias importantes entre los diversos países del continente. Países como Belice, Bolivia, Guatemala, Guyana y Haití en el 2050 tendrán alrededor de un 15% de la población mayor de 60 años; Bahamas, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Jamaica, Trinidad y Tobago y Uruguay podrán compararse con Alemania, Finlandia e incluso Japón, con una proporción de adultos mayores cercana al 30%<sup>4</sup>.

Por lo tanto, al examinar el tema del envejecimiento y sus vinculaciones con las tutelas sociales debemos necesariamente situarnos en un contexto en que el envejecimiento responde entre otras causas a profundos cambios demográficos (extensión de la vida y baja de la fecundidad) y a modificaciones en la estructura de la familia, que se proyectan en la deficiencia de cuidados intrafamiliares, según veremos más adelante.

La situación de envejecimiento muestra además especiales complejidades, porque a los problemas propios de la edad, se suman las dificultades de registros previsionales de los trabajadores en su período de actividad. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo, sólo el 56% de las personas que han pasado la edad de retiro en el continente tiene algún

---

<sup>2</sup> FIAPAM (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Personas Adultas Mayores), documento “América Latina envejece a pasos de gigante”, San José de Costa Rica, 05.03.2019.

<sup>3</sup> *idem*; los datos a que hace referencia el documento, fueron publicados por el BID a principios de 2018 en el informe “Panorama de Envejecimiento y Dependencia en América Latina y El Caribe”, ver:

<https://www.google.com/search?q=Panorama+de+Envejecimiento+y+Dependencia+en+Am%C3%A9rica+Latina+y+El+Caribe&aq=chrome..69i57.1204j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

<sup>4</sup> *idem*

tipo de pensión, ya sea contributiva o no contributiva<sup>5</sup>. Las estadísticas del “Programa para el Mejoramiento de las Encuestas de Hogares y la Medición de Condiciones de Vida del BID” señalan que el promedio regional esconde panoramas muy diferentes: entre las personas mayores de 80, la cobertura de las pensiones contributivas y no contributivas puede ir desde valores tan bajos como un 7% en Honduras, o 14% en Guatemala, hasta niveles cercanos al 100% en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile y Uruguay<sup>6</sup>. “Los países con niveles elevados de cobertura del sistema de seguridad social - agrega el informe del BID - son, en general, aquellos con menores niveles de pobreza entre la población adulto mayor, aunque debe destacarse que existen países, como Bolivia, en los que si bien la pensión social es universal, casi el 80% de las pensiones otorgadas están por debajo de la línea de pobreza”<sup>7</sup>.

Como expresa Bucheli, si bien el envejecimiento de la población es positivo, porque marca un proceso de crecimiento y mejora de los niveles de vida, “tiene desafíos en los cuales tenemos que trabajar”. Para la economista uruguaya, las mayores presiones vienen por el lado de cómo proveer las pensiones y cómo garantizar la manutención de los adultos mayores que no van a estar trabajando dentro de unos años. Por otro lado la presión sobre el sistema se acentúa en cuestiones vinculadas al envejecimiento como la salud y los cuidados, lo cual obliga a los países afrontar la cuestión de como garantizarán coberturas y sistemas de cuidados de buena calidad<sup>8</sup>.

En definitiva, el proceso de envejecimiento en AL golpea fuertemente a los sistemas previsionales y de atención a la salud, ya por sí deteriorados por la sucesión de crisis sociales y laborales que han golpeado al continente.

## **2. Contexto sociolaboral de América Latina: entre primero y tercer mundo**

---

<sup>5</sup> Aranco N., Stampini M., Ibararán P. y Medellín N., *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, BID 2018, p. 30

<sup>6</sup> *idem*

<sup>7</sup> *idem*.

<sup>8</sup> Bucheli M., Diario El País, *Envejecimiento poblacional y el desafío para Uruguay*, Montevideo 28/06/2021, p. 7

El abordaje del tema en estudio debe necesariamente colocarse en el contexto particular de un continente, que - salvo períodos de excepción - ha estado caracterizados por expresiones tradicionales de subdesarrollo (cultura patriarcal, informalidad extendida en todos sus países, dependencia económica de potencias extranjeras), que conviven con realidades del primer mundo, a través de la presencia de empresas multinacionales, tecnologías de punta y élites formadas en universidades privadas nacionales y extranjeras<sup>9</sup>.

América Latina es un continente que se extiende sobre una superficie de 20:000.000 km<sup>2</sup> y - incluyendo el Caribe - ha alcanzado los 600 millones de habitantes. Pese a la existencia de un idioma común en la totalidad de los países (con excepción de Brasil con un idioma portugués, de todos modos afín al español) y un pasado con una misma raíz cultural y religiosa, esa identidad colectiva no se proyecta a una misma unidad política, económica y social. A ello se agregan exacerbados sentimientos de nacionalismo a nivel de los distintos países, que impide al continente operar como un bloque único a nivel global. Las disputas y celos entre los Estados han llevado generalmente al fracaso los diversos proyectos comunitarios (Mercosur, Pacto Andino, ALADI, etc.), que operan más a nivel formal, que real. Aún con un idioma común que debería permitir superar las barreras nacionales, no existe en América Latina ninguna organización regional que pueda aspirar a tener la dimensión de la Union Europea.

Con relación a los sistemas de relaciones laborales - que se aproximan a los de Europa continental y no al mundo anglosajón - debe señalarse el impacto que producen en el continente los cambios en el mercado de trabajo a partir de fenómenos como la transnacionalización de la economía y el desarrollo disruptivo de las nuevas tecnologías.

Los actuales criterios de organización del trabajo, de gestión de la empresa, de valoración de la formación y las competencias de los trabajadores, entran en colisión con estructuras y procesos de producción arcaicos y con sistemas jurídicos concebidos bajo la época de auge del industrialismo clásico.

---

<sup>9</sup> En América Latina es cada vez más fuerte el contraste entre la educación privada costosa y actualizada a las exigencias de la economía mundial, y una educación pública en crisis; lo cual determina que el sistema educativo se vuelva un reproductor de las diferencias sociales.

Empleos de baja productividad y reducidos salarios caracterizaron durante décadas a los trabajadores del Estado y de las empresas privadas, donde la subsistencia era asegurada en un mercado protegido por barreras arancelarias. Las transformaciones del sistema - en especial, la privatización de vastas áreas del Estado y la alta competitividad empresarial en un mercado globalizado - han expulsado enormes contingentes de trabajadores del sector estructurado de la economía. El impacto de los cambios se ha proyectado en una división del mercado de trabajo, donde subsisten por un lado trabajadores no calificados de muy bajos ingresos y que en gran parte ocupan el sector no estructurado de la economía (sector informal) y por el otro, trabajadores con alta o media formación, cuya demanda es requerida por las empresas extranjeras o aquellas nacionales, que han sabido reconvertirse ante los cambios. En definitiva, su economía responde a realidades del primer mundo (avance en las comunicaciones, estrategias productivas que apunta a la alta tecnificación, aplicación de tutelas laborales y previsionales para los trabajadores de los sectores formalizados) y del tercer mundo (empresas informales, trabajos precarios, actividades económicas vinculadas al circuito de la miseria, y no último el incipiente surgimiento de la criminalidad organizada).

La realidad expresada acentúa algunas características que se reflejan en las dificultades que plantea sostener la contingencia del creciente envejecimiento en el continente. Analizaremos a continuación algunas de ellas.

## **2.1. Desigualdad social**

La desigualdad social del continente se proyecta en el aumento de los costos públicos para financiar los sistemas de seguridad social, que sería imposible solventar con las solas contribuciones de los beneficiarios. Si bien es destacable esa transferencia financiera porque implica una forma de redistribución de la renta, también es cierto que el creciente envejecimiento implica aumentos de las transferencias que superan las razonables posibilidades de los países. “Una tasa de reemplazo alta – expresa el CAF - no implica que las pensiones sean suficientes para una vejez digna. Salarios bajos pueden

significar pensiones insuficientes aun con tasas de reemplazo altas. Este es, en principio, un problema de productividad o de desigualdad, más que del diseño del sistema de pensiones”<sup>10</sup>.

Acentúa el problema la necesidad de recurrir al diseño de pensiones no contributivas, que - aunque sean en general considerablemente menores que las contributivas (con diferencias entre países y países) - determinan importantes erogaciones financieras de los Estados, destinadas a pagar bajas prestaciones, que sin embargo alivian los problemas de pobreza entre los adultos mayores.

Expresa Bucheli que las desigualdades del continente latinoamericano son elevadas en comparación con otras regiones y se van acumulando desde la niñez y la duración de la vida activa, lo cual repercutirá inexorablemente en la calidad de vida en la vejez<sup>11</sup>.

## 2.2. Informalidad

A nivel normativo, la cuasi totalidad de los países latinoamericanos pueden exhibir regulaciones del derecho individual del trabajo con tutelas razonables y comparables a las establecidas en los países más desarrollados. Sin embargo, es posible comprobar en todos los países una elevada distancia entre la norma escrita y su aplicación práctica. El continente, como ha expresado Ermida Uriarte, sufre una crisis de autenticidad con relación a las normas regulatorias: ello determina que frente a la alta regulación laboral se expande la informalidad, mientras en el sector formal los incumplimientos son facilitados por los defectos de la Justicia y de la Inspección del trabajo, por la debilidad sindical y/o por la falta de voluntad política en la aplicación estricta de las normas laborales, que quedan así limitadas a generar un “progreso manuscrito”, sin correlato en la realidad<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> CAF – Banco de Desarrollo de América Latina, “Los sistemas de pensiones y salud en América Latina Los desafíos del envejecimiento, el cambio tecnológico y la informalidad”, en *Reporte de Economía y Desarrollo 2020*, Corporación Andina de Fomento 2020.

<sup>11</sup> Bucheli M., ob. cit., p. 7

<sup>12</sup> Ermida Uriarte O., *Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América Latina y en Europa*, en *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, Buenos Aires 2006, p. 12 y 13.

A los efectos del tema que estamos examinando, no solo importa considerar los trabajadores en situación de informalidad total (artesanos y operarios independientes, trabajadores de la economía rural, domésticos y familiares no remunerados), sino también los trabajadores dependientes no registrados y aquellos registrados parcialmente. En efectos, es muy alta la incidencia de trabajadores registrados por sus empleadores con salarios menores a los realmente percibidos o con menos horas de las realmente trabajadas.

Estimaciones del BID indican que a causa de las altas tasas de informalidad laboral, en el año 2050 un alto porcentaje de los adultos mayores en la región (entre el 47% y el 60%) “no dispondrá de los ahorros suficientes para financiar una pensión formal y deberá depender de la ayuda de familiares o del Estado para subsistir en caso de no poder seguir trabajando”<sup>13</sup>. Ello condiciona fuertemente el diseño de los esquemas de protección social de la vejez y obliga en la actualidad a promover un nuevo debate sobre la necesidad de incluir en el sistema previsional el llamado “pilar 0”, entendiendo por tal una franja representada por prestaciones no contributivas, financiadas por impuestos de tipo universal<sup>14</sup>.

### 2.3. Cambio de la estructura de los hogares

Los cambios en la estructura de la familia tradicional (y patriarcal), que caracterizó gran parte del siglo XX también influyen en la problemática del envejecimiento de la población tradicional. Esa familia “tradicional”, sustentada en el trabajo silencioso y no retribuido de las mujeres de la familia, entendía que la solidaridad intergeneracional se expresaba también en los cuidados que los jóvenes (especialmente “*las jóvenes*”) debían brindar a los ancianos. Es así que los usos mostraban que las personas de más edad vivían en el ámbito del hogar

---

<sup>13</sup> BID, Aranco N. & al., ob. cit., p. 32.

<sup>14</sup> Rodríguez Azcúe A., “Reforma del régimen previsional: necesidad de un pilar cero potente”, en Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo 2021 (en imprenta); ver *infra* N° 7.

de familiares – generalmente hijos e hijas -, que atendían la tarea de sus cuidados. No existían en esa época los llamados “servicios de cuidados” de la ancianidad, precisamente porque el ámbito familiar y femenino brindaba ese servicio. Hoy, como señala Bucheli, hay un fuerte cambio en la conformación de los hogares, que también repercute en la etapa de la vejez: se produce una caída importante de los “hogares extendidos” (es decir, aquellos núcleos familiares en que personas de diversas generaciones viven juntos) y otros fenómenos - el aumento de separaciones, el incremento de la diversidad de pareja y los cambios de roles de género -, modifican la estructura de los hogares<sup>15</sup>.

La consecuencia es que todo sistema de seguridad social deberá añadir a las tutelas económicas de tipo previsional, servicios de cuidados de los ancianos, que en muchos casos se prolongarán hasta edades avanzadas. Estos servicios, que en general son muy costosos, no solo deberán concebirse para aquellos sectores pobres de la población, que no pueden enfrentar los gastos de los cuidados de los adultos mayores dependientes, sino también para franjas medias, que aún en una mejor posición socioeconómica, no están en condiciones de solventar los altos costos para cubrir las necesidades de cuidados de largo plazo en forma privada<sup>16</sup>.

#### **2.4. Alternancias laborales**

En otras oportunidades hemos expresado que el modelo taylorista de producción, hoy en crisis, generó los anticuerpos de la explotación obrera a través de una legislación laboral de tipo tuitivo y un sistema de seguridad social que se nutrió en forma razonablemente estable con el aporte de contribuciones obreras y patronales. Ese sistema que durante casi un siglo significó la protección de millones de trabajadores, hoy entra en crisis y es oportuno recordar

---

<sup>15</sup> Bucheli M., ob. cit., p. 7

<sup>16</sup> CAF, ob. cit., pp. 246 y 247, donde se expresa que “los datos analizados para México (López Ortega 2018) y Uruguay (Aranco y Sorio 2018) como parte de la serie de estudios de cuidados a la dependencia corroboran lo anterior”.

que - como expresa Romagnoli - el modelo fordista/taylorista no fue solo un modo de producir, sino también “una forma de pensar” la sociedad<sup>17</sup>.

Aparece hoy el concepto de “alternancias del trabajo”, para referirse a la crisis de la concepción del empleo fijo para toda la vida o para extensos períodos de tiempo, poniendo foco en una nueva realidad en la cual la persona transita a lo largo de su vida a través de una sucesión de trabajos diferentes, de distinta naturaleza jurídica o con diversas protecciones sociales. El trabajo subordinado típico y con contribuciones predeterminadas a la seguridad social se alterna con la informalidad, el autoempleo, el trabajo semidependiente, etc. En cada situación los costos y las tutelas sociales serán diferentes y es precisamente esa sucesión de trabajo “diferentes” que ocasionará dificultades futuras al trabajador, cuando llegue la hora de solicitar la tutela del sistema de previsión social, ya sea porque no logró alcanzar los mínimos contributivos para una prestación de vejez, ya sea porque – de alcanzarla – el monto será sensiblemente menor al de otros trabajadores con trabajo fijo asalariado.

## **2.5. Discriminación por edad avanzada**

La Convención Interamericana ya citada indica el compromiso de los Estados de salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor sin discriminación de ningún tipo<sup>18</sup>. En esta línea el documento agrega en su art. 18 que “la persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad”. Este derecho se complementa con la obligación de los Estados de adoptar 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”. Esta obligación debe complementarse con políticas que faciliten una transición gradual a la jubilación y al mismo tiempo propicien que

---

<sup>17</sup> Romagnoli U., mensaje inaugural en el XXVI Encuentro de ex Becarios de Bologna-Castilla La Mancha, Valparaíso (Chile), 10 de noviembre de 2017.

<sup>18</sup> Convención Interamericana... cit., art. 4.

las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor. Estas políticas deberán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados<sup>19</sup>.

Si bien las normas internacionales son claras con relación a las medidas que deben tomarse para favorecer la inserción y evitar el desempleo de las personas mayores, comprobamos que el actual sistema de relaciones laborales – invadido por cambios tecnológicos avanzados – favorece el desempleo de franjas de población con edad superior a los 45 años y lejos de alcanzar la edad de jubilación<sup>20</sup>. Aunque sea duro reconocerlo, en el Siglo XXI, la mayor parte de los trabajadores a partir de los 50 años se están volviendo disfuncionales para el modelo productivo.

Como ha expresado Bodewig “La edad es importante: en el mercado laboral del siglo XXI que cambia rápidamente, los trabajadores necesitan sólidas habilidades cognitivas y sociales para realizar trabajos cada vez más creativos y convertirse en aprendices exitosos de por vida. Sin embargo, los trabajadores de mediana edad y mayores en las economías emergentes y avanzadas suelen estar mal preparados: [según datos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos](#) (OCDE), estos tienden a ser menos hábiles para resolver problemas y a tener menos experiencia en el uso de la computadora, que los trabajadores jóvenes. Los jóvenes muestran una mayor capacidad de resolver problemas que los adultos mayores, según promedios informados para los años 2012 y 2015 por la OCDE”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Convención Interamericana... cit., art. 18.

<sup>20</sup> En Uruguay la Ley 19.689 de 29/10/2018 de promoción del empleo establece como incentivo para la contratación de personas mayores de 45 años, un subsidio de hasta el 40% del salario de la persona que se contrate, con un tope del 38% del salario mínimo nacional, lo que limita el beneficio.

<sup>21</sup> Bodewig C. *Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?* en Worldbank.org, quien cita a OCDE (2016), *Skills Matter: Further Results from the Survey of Adult Skills*, recuperado de <https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-oportunidades-para-los-trabajadores>), 30/06/2021.

### **3. El proceso de envejecimiento de la población en América Latina y sus causas**

Como expresábamos en nuestra introducción, el continente latinoamericano confirma el proceso de envejecimiento que se está produciendo a nivel mundial. El fenómeno es evidentemente multicausal y aquí señalaremos algunas de las causas que han contribuido a la modificación de las franjas etarias de una región del globo tradicionalmente vinculada a mayorías de población joven.

El Informe del CAF citado con anterioridad señala tres principales causas del proceso de envejecimiento de las poblaciones: a) la mortalidad, b) la fecundidad y c) las migraciones.

#### **3.1. Mortalidad y esperanza de vida**

El concepto de “esperanza de vida” indica una expectativa del número de años que vivirá una persona, de conformidad con las tasas de mortalidad por edad observadas en un periodo dado. Debe señalarse – para entender la importancia del fenómeno – que en la región (AL y Caribe) la esperanza de vida sumó casi 25 años si comparamos los años 1950 y 2018. Las proyecciones indican que en los próximos 80 años la esperanza de vida promedio al nacer de América Latina será de 87 años, mientras en los países de la OCDE alcanzará los 91 años, reduciendo las diferencias en términos mínimos<sup>22</sup>.

Señala el Informe que en la mayoría de los países de América Latina, el aumento de la esperanza de vida se produce por la reducción de la mortalidad infantil, lo cual no ocurre en los países más desarrollados, como Estados Unidos o Alemania. También se señala que los avances en esperanza de vida para los adultos mayores (60 años o más) son en general importantes y están vinculados a los mayores ingresos por cápita de algunos países de la región<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> CAF, ob. cit., pp.57.

<sup>23</sup> *ibidem* p. 58

Corresponde acotar que el incremento de la esperanza de vida de adultos mayores implica un aumento de tiempo, que alterna el disfrute de la vida sana con un incremento de tiempo de vida con algún tipo de discapacidad. En promedio – señala el CAF -, el número de años de vida sana en América Latina ha crecido desde 62 hasta 67, mientras que los años de vida con discapacidad ha pasado de 8,8 a 9,7, lo cual permite concluir que si América Latina sigue el camino de los países de la OCDE, es de esperar que los años de vida no saludable sigan creciendo conforme la población envejece<sup>24</sup>.

La cuestión no es indiferente en el vínculo del envejecimiento con las tutelas sociales. Como hemos expresado recientemente, vivimos una época donde más que una “prolongación de la vida”, existe una “prolongación de la vejez” con todos los problemas que la misma plantea, con relación a los ingresos y a los cuidados de los adultos mayores.

### **3.2. La caída de la tasa de fecundidad**

El segundo fenómeno que debe señalarse es la caída de la tasa de fecundidad que ha seguido, especialmente en los niveles medios y medios altos de la población, proyecciones similares a las europeas.

El citado informe del CAF da cuenta que entre 1950 y 2020 la tasa de fecundidad en la región ha caído desde 6,1 a 2,2 niños nacidos vivos por mujer. Las expectativas para finales del siglo son de 1,7 niños por mujer, virtualmente el mismo valor que el proyectado para la OCDE<sup>25</sup>.

La menor fecundidad – indica el informe – responde a una pluricausalidad, que responde principalmente a la idea de la modificación de la familia tradicional, donde la mujer asume nuevas responsabilidades fuera del hogar, y a los costos de formación y educación de los menores, que inciden en la decisión de tener un menor número de hijos.

Estos datos se proyectarán en un futuro en que menos jóvenes contribuirán al sistema de seguridad social. mientras – comparativamente – más

---

<sup>24</sup> *ibidem* p. 59

<sup>25</sup> CAF, ob. cit., p. 60

adultos requerirán pagos de pensiones y demandarán mayores servicios de cuidados<sup>26</sup>.

En este línea el informe del BID 2018 expresa:

La caída en las tasas de fecundidad, el aumento de las tasas de divorcios y de los flujos migratorios intrafamiliares, entre otros, tienen como resultado que muchos adultos mayores no cuenten con una red familiar cercana capaz de hacerse cargo de su cuidado. De hecho, se observa una gran proporción de personas mayores de 80 años viviendo solas, sobre todo en algunos países como Argentina, Uruguay y los países del Caribe. Si bien podemos suponer que existe una relación de causalidad entre el nivel de autonomía de una persona y su capacidad para vivir sola (en el sentido de que es de esperar que aquellos adultos mayores que viven solos son quienes están en condiciones de llevar adelante una vida autónoma), la realidad indica que esto no siempre es cierto. Según datos de Uruguay, por ejemplo, el 23.1% de los adultos mayores de 65 años que viven solos, tiene dificultades para realizar al menos una actividad de la vida diaria (Banco de Previsión Social, 2013)<sup>27</sup>.

### 3.3. El trabajo de los robots

El avance de las tecnologías ha vuelto cada vez más común la sustitución del trabajo humano por robots y máquinas autónomas, mientras la inteligencia artificial cubre prestaciones y servicios, antes realizados por personas.

Entre los diversos efectos de la sustitución de trabajo humano por trabajo automático, el creciente desempleo y el correspondiente impacto sobre las contribuciones de la seguridad social constituyen un nuevo aspecto negativo para los sistemas de seguridad social, cuyas prestaciones y servicios a la vejez se financian en gran parte con las contribuciones de los trabajadores activos.

La pregunta es pues si *los robots deben aportar a la seguridad social*. Obviamente estamos ante una forma de expresarse, pero que encierra una realidad evidente: la mayor producción de riqueza con menos trabajo humano deberá parcialmente devolverse a la sociedad a través de tributos fiscales. Se

---

<sup>26</sup> *ibidem*, p. 62

<sup>27</sup> BID, Aranco N. & al., ob. cit., p. 29

requerirá por lo tanto definir un sistema fiscal para gravar las empresas digitales, el e-commerce y aquellas actividades que se realizan con menos trabajo humano, pero que generan al mismo tiempo iguales o mayores riquezas.

En esta línea importará seguir la evolución del acuerdo mundial de reforma de la imposición de la renta empresarial, suscrito el 10 de julio de 2021 por los ministros de Finanzas y presidentes de bancos centrales del G 20, que había sido consensuado el 1° de julio en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). El acuerdo establece las bases para la tributación de las empresas multinacionales que operan en la economía digital y, aunque no esté especialmente referido a la cuestión de la seguridad social, es evidente que constituye el primer pasó de un cambio revolucionario en los sistemas de tributación de los diversos países, al determinar que si un país no grava a una multinacional al nivel adecuado, el de origen podrá hacerlo.

### **3.4. Migraciones**

Los altos niveles migratorios, que en América Latina marcan desplazamientos de jóvenes (las migraciones generalmente involucran mayoritariamente a jóvenes) de sus países hacia países desarrollados, también afectan a los sistemas nacionales de previsión social, porque las cotizaciones laborales de los trabajadores migrantes van a financiar los sistemas de seguridad social de los países de acogida<sup>28</sup>.

Las migraciones por lo tanto debilitan la sostenibilidad financiera de los regímenes previsionales de los países de origen y beneficia a aquellos de destino, porque en términos generales, los trabajadores regresan luego de sus años de labor en el exterior, a sus países de origen, aumentando así en estos últimos el desfase entre la financiación de los sistemas previsionales y las cargas de los mismos.

### **3.5. Otras causas**

---

<sup>28</sup> CAF, ob. cit., p. 64

Entre otras causas que desequilibran los sistemas, encontramos que existe una baja cotización del trabajo de la mujer, que puede ser a su vez motivada por tareas de auxilio en el ámbito de la familia (que no son asumidas como “trabajo” por la cultura imperante) o por el hecho que muchos trabajos de mujeres siguen desarrollándose en la informalidad.

Como señala Huenchuan,

las estructuras familiares han experimentado cambios a causa del avance de la transición demográfica y, a medida que la población envejece, aumenta el porcentaje de hogares con presencia de personas mayores. Hasta ahora, la familia ha proporcionado apoyo emocional, económico, social y de salud a sus miembros de mayor edad, por lo que configura la entidad responsable de su cuidado e integración social. Sin embargo, la disminución del tamaño de la familia, la fuerte diversificación experimentada en las últimas décadas y la sobrecarga de tareas ocasionada a raíz de la necesidad de asumir nuevas demandas en un ámbito de creciente debilidad del Estado, derivan en una institución familiar con demandas excesivas, que difícilmente podrá cumplir con todas las funciones asignadas, si no cuenta con el apoyo necesario para lograrlo<sup>29</sup>.

También importa señalar como concausa de las situaciones expresadas, el hecho que las mismas no se están difusas en forma proporcionada en la sociedad. Por ejemplo, la baja de la fecundidad es más elevada en las clases medias y medias altas, que en las franjas bajas de la población, lo cual permite indicar que la tasa de natalidad de los sectores que más participan en el sistema contributivo de la seguridad social (medios y medios altos) tienen peor tasa de fecundidad y mayor esperanza de vida por la calidad sanitaria de sus vidas.

Podemos también señalar que en muchos países del continente la financiación del sistema de seguridad social posee cierta iniquidad de origen, en la medida que los aportes del Estado a la financiación del sistema derivan de impuestos al consumo (fundamentalmente el IVA) y no de tributos a las rentas o al patrimonio. Este aspecto financiero complejiza los vínculos entre quienes tributan al sistema y quienes se benefician: en muchos casos los impuestos al

---

<sup>29</sup> Huenchuan S., ., “Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas”, CEPAL 2009, p. 200 y 201

consumo de los sectores más pobres, contribuyen a financiar las prestaciones de las franjas más ricas de la población.

Otro aspecto que produce el envejecimiento en los sistemas de protección social es la presión sobre los recursos sanitarios en países que – como expresa Huenchuan – “todavía tienen que resolver muchos problemas de salud básicos que afectan a otros sectores de la población”. Si bien es posible reconocer un aumento de los gastos sanitarios, en los países más pobres, el crecimiento del gasto en salud ha sido lento, persistiendo grandes desigualdades en el gasto sanitario mundial<sup>30</sup>.

#### **4. Los derechos humanos de las personas mayores**

El panorama sombrío del envejecimiento en el continente, hace olvidar muchas veces que los ancianos son sujetos de derechos humanos, porque – aunque suene paradójico – no son culpables de su envejecimiento. Como expresa acertadamente Durán Penedo, “el transcurso del tiempo en la vida del hombre y sus efectos, como hecho biológico y natural, es independiente de la acción del sujeto y se trata de un problema humano común a todos los seres vivos, ya que vivir significa inevitable e inexorablemente envejecer”<sup>31</sup>. Ello implica que el envejecimiento no puede ser causa de restricción de los derechos humanos.

Como expresa la Recomendación N° 162 de la OIT, principal documento de la Organización sobre “los trabajadores de edad”<sup>32</sup>, éstos deberán disfrutar sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores. El art. 5 de la Recomendación indica que esta igualdad deberá ser asegurada en particular en relación a las cuestiones siguientes:

---

<sup>30</sup> Huenchuan S., ob. cit., p. 137

<sup>31</sup> Durán Penedo B., *Discriminación para el acceso al empleo por edad madura*, Montevideo 2018, p. 22.

<sup>32</sup> así los individualiza el documento: “trabajadores de edad”, sin ninguna adjetivación relativa a la edad avanzada o la vejez.

(a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;

(b) habida cuenta de sus aptitudes profesionales, experiencia y calificaciones, acceso:

(i) a un empleo de su elección, tanto en el sector público como en el privado, a reserva de los casos en que excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo;

(ii) a los medios de formación profesional, en particular los de perfeccionamiento y actualización de la formación;

(iii) a la licencia pagada de estudios, en particular con fines de formación y de educación sindicales;

(iv) a la promoción y a una justa distribución de tareas;

(c) a la seguridad en el empleo, a reserva de la legislación y práctica nacionales relativas a la terminación de la relación de trabajo y de los resultados del examen a que se hace referencia en el párrafo 22 de la presente Recomendación;

(d) a la remuneración por un trabajo de igual valor;

(e) a las medidas de seguridad social y a las prestaciones sociales;

(f) a condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene;

(g) a la vivienda, a los servicios sociales y a las instituciones sanitarias, en particular cuando este acceso esté vinculado a la actividad profesional o al empleo<sup>33</sup>.

En América Latina asume particular importancia la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que es el único instrumento interamericano y el primero a nivel internacional, que establece tutelas para las personas mayores, con referencia a la protección de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

---

<sup>33</sup> Sobre las demás características de la Recomendación 162, ver Durán Penedo B., ob. cit., p. 150 a 152.

El documento en su Art. 3 indica los principios que informan la tutela de los derechos de las personas mayores:

Son principios generales aplicables a la Convención:

a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la

persona mayor.

b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al

desarrollo.

c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.

d) La igualdad y no discriminación.

e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.

f) El bienestar y cuidado.

g) La seguridad física, económica y social.

h) La autorrealización.

i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.

j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.

k) El buen trato y la atención preferencial.

l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.

m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.

n) La protección judicial efectiva.

o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

Luego de esta declaración de principios, se enumera una larga lista de derechos, que incluye:

- Igualdad y no discriminación por razones de edad (art. 5)
- Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6)
- Derecho a la independencia y a la autonomía (art. 7)

- Derecho a la participación e integración comunitaria (art. 8)
- Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9)
- Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10)
- Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11)
- Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo (art. 12)
- Derecho a la libertad personal (art. 13)
- Derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14)
- Derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15)
- Derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16)
- Derecho a la seguridad social (art. 17)
- Derecho al trabajo (art. 18)
- Derecho a la salud (art. 19)
- Derecho a la educación (art. 20)
- Derecho a la cultura (art. 21)
- Derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22)
- Derecho a la propiedad (art. 23)
- Derecho a la vivienda (art. 24)
- Derecho a un medio ambiente sano (art. 25)
- Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26)
- Derechos políticos (art. 27)
- Derecho de reunión y de asociación (art. 28)
- Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art.29)
- Igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 30)
- Acceso a la justicia (art. 31)

La extensa lista de derecho reconocidos por la Convención y detallados en su extensa redacción, muestra que el tema del envejecimiento es mucho más amplio del aspecto que examinamos en esta oportunidad, es decir la seguridad social.

Con especial referencia a la seguridad social el art. 20 de la Convención expresa que

Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.

Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social.

Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante.

En esta misma línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el período 2021-2030 como la Década del Envejecimiento Saludable, que constituye la principal estrategia para lograr y apoyar las acciones destinadas a construir una sociedad para todas las edades. El documento se basa en la orientación previa de la OMS, incluyendo: la [Estrategia Mundial de la OMS sobre el Envejecimiento y la Salud](#), en el [Plan de Acción Internacional de las Naciones Unidas para el Envejecimiento](#) y los [Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas](#)<sup>34</sup>.

La Agenda 2030 de las Naciones Unidas<sup>35</sup> no prevé entre sus 17 objetivos uno explícitamente reservado a la edad avanzada, pero en tres de esos objetivos señala la especial tutela de las personas en la etapa de vejez. El Objetivo 2 relativo a la erradicación del hambre, establece en la meta 2.2 la necesidad de poner fin a todas las formas de malnutrición con especial atención a las necesidades de los adolescentes, las mujeres embarazadas y lactantes y las personas de edad. A su vez el Objetivo 11 relativo a lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles, establece como metas proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, accesibles y sostenibles es especial para las personas en situación de

---

<sup>34</sup> OMS, *Década del Envejecimiento saludable*, 2020, recuperado el 07/11/2021 de [https://www.who.int/es/publications/m/item/decade-of-healthy-ageing-plan-of-action?sfvrsn=b4b75ebc\\_25](https://www.who.int/es/publications/m/item/decade-of-healthy-ageing-plan-of-action?sfvrsn=b4b75ebc_25)

<sup>35</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015

vulnerabilidad, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad (11.2) y proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles a mujeres, niños, personas de edad y personas con discapacidad (11.7). Sin embargo en esta tan relevante Agenda de futuro de la ONU no hay referencias explícitas a la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social.

Como ha señalado Huenchuan, las intervenciones de los países para poner en práctica los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no siempre se traducen en una cobertura real de los derechos en la vejez y “la desprotección se mantiene imperturbable”. Sigue existiendo una brecha *de jure* y *de facto* de los derechos en la vejez, debido en especial a la inexistencia de mecanismos de exigibilidad<sup>36</sup>. La antropóloga chilena expresa que tampoco existe difusión de la información en relación con los derechos de las personas mayores, que ya están reconocidos en las diversas legislaciones nacionales, motivo por el cual el desconocimiento de los mismos por parte de los beneficiarios, reduce su efectividad. Advierte, por otra parte, que la efectividad en el goce de estos derechos depende inevitablemente del presupuesto público, y anota que en la mayoría de las legislaciones no hay mención de las fuentes de financiamiento para proteger los derechos reconocidos, lo cual evidentemente impide realizar los niveles de protección de los derechos en la vejez<sup>37</sup>.

## 5. Los desafíos de la seguridad social

La gravedad del problema y la rapidez de los tiempos determinarán la inevitable crisis de los sistemas de seguridad social en el continente en menos de dos décadas, a menos que los gobiernos y los parlamentos logren instrumentar mecanismos, que permitan contrarrestar los efectos de las diversas causas examinadas.

---

<sup>36</sup> Huenchuan S. ob. cit., p. 201

<sup>37</sup> *idem*

Es de toda evidencia que la cuestión plantea desafíos que implican la reconstrucción de un Estado de bienestar social, basado en nuevos criterios de solidaridad y de participación ciudadana en los gastos.

El abordaje a la “mezcla tóxica” de envejecimiento y reducción de las contribuciones financieras tradicionales a los sistemas previsionales debe necesariamente plantearse desde una perspectiva interdisciplinaria, alejando la idea – muy propia del continente latinoamericano – que las soluciones previstas en la ley escrita solucionarán automáticamente problemas, que ya se están planteado con extrema gravedad.

En primer lugar, es necesario anticipar los cambios demográficos, a través de adecuados estudios estadísticos, porque es preciso conocer y cuantificar las realidades actuales, para planificar a futuro soluciones sobre el impacto que la vejez tendrá en el sistema económico y social de cada país.

En forma similar debe medirse la relación entre la población económicamente activa que contribuye al sistema previsional y los predecibles costos que genere el acceso de éstas - luego de cumplir los 60/65 años - a prestaciones de vejez contributivas o no contributivas.

En segundo lugar y ante la evidencia de un desequilibrio generacional cada vez más acentuado, se requieren estudios económicos que permitan prever con mayor precisión el desequilibrio financiero, que esa brecha causa en la actualidad y a futuro. No se trata solamente de ordenar ingresos y egresos del sistema, sino que deberán buscarse soluciones de financiación ante los inevitables déficits futuros de las prestaciones y servicios de vejez.

Como expresa el documento citado de la CAF:

Las presiones financieras ligadas al envejecimiento se ven agravadas por tres hechos. Primero, el cambio demográfico se dará a una velocidad considerable, por lo que la ventana de tiempo para aprovechar el bono demográfico y preparar los sistemas de protección social es menor que en países que ya pasaron por esta experiencia. Segundo, en muchos casos ya se parte de una situación deficitaria, por lo que, además de enfrentar las tendencias de largo plazo, varios países necesitan también reducir los desequilibrios financieros de sus sistemas de protección social en el futuro más cercano. Tercero, la crisis económica de la COVID-19 dejará a los Estados latinoamericanos con mayores niveles de deuda

y déficits fiscales, en un momento en que existen muchas urgencias en materia de gasto público para paliar los efectos sociales de la pandemia.

Entendemos que una vez anticipado el desequilibrio financiero intergeneracional de los años futuros, no será fácil encontrar soluciones que ataquen a las causas de esas brechas económicas. Políticas educativas y de empleo, así como controles mayores sobre la informalidad que procuren aumentar la recaudación de las contribuciones de trabajadores registrados, podrán mejorar las relación cotizantes/beneficiarios, pero más difícil será atender con métodos tradicionales las diferencias entre un envejecimiento en aumento y una fecundidad a la baja.

Descartando por supuesto políticas que puedan limitar el envejecimiento (porque en definitiva debemos considerar la vejez de nuestra época como una ventaja vital), tampoco parecen posible en el siglo XXI instaurar políticas efectivas de estímulo a la natalidad, por cuanto – entendemos - la baja de fecundidad es atribuible más a temas culturales intrafamiliares, a una nueva idea de pareja y a altos costos educativos, que a la falta de estímulos económicos o sociales. No deberán rechazarse las políticas públicas que estimulen una mayor natalidad, pero no deberemos confiar en que las mismas aporten una solución real del problema. Como expresa Pardo, los incentivos pronatalistas pueden lograr algunos repuntes episódicos, pero no logran su objetivo de sostener aumentos importantes de la fecundidad<sup>38</sup>. Sin perjuicio de ello, las políticas que apuntan a mejorar las condiciones de los adultos y los niños ya nacidos pueden generar un contexto más amigable para tener hijos<sup>39</sup>. En esta línea Saldain entiende que puede contribuir a incentivar la natalidad la implementación de prácticas laborales y regímenes de trabajo que permitan compatibilizar - para ambos sexos - la vida familiar con la laboral<sup>40</sup>

Estas consideraciones indican que es necesario reforzar las políticas públicas en materia de tutelas sociales, hoy deterioradas a partir de ideologías políticas de fines del siglo XX que pregonaban el desarme del Estado de bienestar social por ser un anacronismo en la economía globalizada.

---

<sup>38</sup> Pardo I., entrevista Diario El País. Montevideo 08.08.2021, p. 10.

<sup>39</sup> *idem*

<sup>40</sup> Saldain R., entrevista en el Diario El País, Montevideo 08.08.2021.

Paradójicamente, la crisis de la pandemia COVID 19, que ha hecho estragos de los empleos, ha impuesto aún en aquellos países con gobiernos conservadores la necesidad de reformular un nuevo Estado de bienestar, que implica retornar a políticas públicas de carácter previsional y asistencial. Aunque la asistencia social no resuelve la problemática de fondo, no debe descuidarse - por motivos económicos y por razones humanitarias - como solución de emergencia para los grupos más vulnerables, entre los que destaca la ancianidad.

Los Gobiernos reconocen los documentos internacionales ratificados o consensuados que protegen los derechos de las personas mayores con relación a la educación, el trabajo, la seguridad social, la vivienda y la protección de la familia, pero pese a ello, las normas no siempre aseguran una protección real de los derechos en la vejez<sup>41</sup>. Una vez más aparece una característica de los sistemas jurídicos latinoamericanos, que proclaman desde sus Constituciones y normas legales una gran valoración de los derechos humanos – en este caso, los derechos de las personas mayores -, pero que solo son expresión de un formalismo jurídico, que pretende otorgar poderes milagrosos a las normas. El hiperjuridicismo de los sistemas conlleva una endémica transgresión de las propias normas, muchas veces relegadas al olvido. Como expresaba Barbagelata, el derecho en América Latina sufre la tara de *inanidad*, entendiéndose por tal "la que arrastra el derecho positivo reconocido como tal - estudiado y hasta elogiado como tal - pero que, a vista y paciencia de todos (incluso en algunos casos de las autoridades internacionales), no se aplica, ni nadie espera razonablemente que se aplique"<sup>42</sup>.

Ello acontece en especial modo en el tema de los derechos de la vejez, donde existe una legislación cada vez más frondosa, que desde el punto de vista formal permitiría abrigar mucha confianza en las tutelas que las personas mayores reciben en el continente, pero que – bien sabemos – choca contra una dura realidad, conformada por la pobreza, la falta de cuidados y de prestaciones de salud, la discriminación y la precariedad, en las que viven los ancianos.

---

<sup>41</sup> Huenchuan S., ob. cit., p. 201 y 202

<sup>42</sup> Barbagelata H.H., "Sobre el derecho del trabajo y sus fuentes", en *Simposio del Derecho del Trabajo*, Madrid 1978, p. 84.

Evidentemente las normas no son suficientes y necesitamos obrar a nivel de los Gobiernos, de los actores sociales, de la sociedad toda, para construir una cultura de la tolerancia y del respeto de los derechos de las personas mayores. Concentrar el debate en torno a normas formales (sin reparar en que puedan cumplirse o no), posterga muchas veces el examen de otros aspectos vinculados a la *dimensión social* del problema y requieren una militante acción de la ciudadanía toda. Como se ha expresado al respecto, “resulta fundamental que los problemas de las personas mayores —y sus soluciones en términos de protección social— se ubiquen en el marco más amplio de la construcción de una sociedad para todos”<sup>43</sup>.

## 6. La cuestión de la financiación de la seguridad social

El actual contexto laboral y social muestra que se está erosionando la base impositiva de contribuciones tripartitas, que tradicionalmente financiaba la seguridad social. La implementación de nuevos criterios para sostener las prestaciones vinculadas al envejecimiento de las personas, deberá reconocer una realidad laboral diferenciada en la que compartirán empleabilidad trabajadores tradicionales (asalariados y dependientes, pero en número decreciente con relación al industrialismo clásico), trabajadores semi-dependientes (entendiendo por tales a los trabajadores que trabajen en forma autónoma, pero que dependen económicamente de una sola empresa/cliente) y trabajadores independientes o por cuenta propia (categoría que incluirá desde trabajadores especializados de alta formación que operan a través de instrumentos tecnológicos sofisticados a cuentapropistas modestos con trabajos de escaso valor y muchas veces informales). En este contexto es evidente que la Seguridad Social deberá imaginar criterios de financiación menos bismarkianos (es decir, menor centrados en los criterios del “triple aporte”) y más generales.

Se abre así la discusión sobre la necesidad de reformar la seguridad social, que implica no solo un debate de opiniones técnicas diversas sobre las

---

<sup>43</sup> Huenchuan S., ob. cit., p. 203

reglas del futuro, sino también una inevitable confrontación ideológica sobre los criterios que deberán adoptarse para una adecuada financiación del sistema: es un dilema que nos compromete a todos y a todos nos hace reflexionar, porque en ello va parte de la paz y la felicidad pública de los próximos 30 años.

El taylorismo/fordismo no solo había concebido una manera de producir, había también “pensado” y promovido un modelo social, que se sostenía sobre la idea de la estabilidad laboral: un trabajador a los 60 años, razonablemente había cotizado por lo menos durante 30 años y viviría aproximadamente entre 10 y 15 años más. Hoy, las nuevas formas de trabajo se originan en la fugacidad e inestabilidad de los vínculos, sin que aparezcan ideas sólidas sobre las tutelas del nuevo modelo.

Hace unos años, escribíamos en un libro colectivo - “La Seguridad Social en el Uruguay”<sup>44</sup> – coordinado por Plá Rodríguez algo que suena obvio: “La problemática fundamental de la seguridad social puede resumirse en la pregunta de quién asume el costo del sistema”. En palabras más directas, la pregunta hoy es “¿Quién pagará la cuenta de la Seguridad Social?”

Si la pregunta es obvia, las contestaciones ayer como hoy, ponen en discusión no solo criterios técnicos, sino concepciones filosóficas e ideológicas. ¿La vejez y todo lo que acompaña el deterioro del ser humano es un problema individual o social? ¿La solución corresponde al trabajador, a su empleador, al Estado o a toda la sociedad?

Bismark en el siglo XIX ideó un modo para financiar los seguros sociales, funcional al modelo laboral que caracterizaría gran parte del siglo XX. Hoy hay quienes siguen sosteniendo la centralidad de la idea bismarkiana, según la afirmación de que un trabajador deberá recibir en función de sus contribuciones a lo largo de la vida. Se reafirma así el criterio de una financiación de la seguridad social basada sobre el principio decimonónico del “do ut des”: los beneficios estarán definidos en función de las contribuciones. En una visión individualista de las tutelas previsionales ello es correcto: hay que equilibrar los aportes con los beneficios, porque de otro modo existirá un déficit.

---

<sup>44</sup> Raso Delgue J., “La financiación de la seguridad social”, en AA.VV., *La seguridad social en el Uruguay*, Montevideo 1991,

Pero al hablar de los problemas de la sobrevida, entendemos que estos no se resolverán con el aporte individual. La “vejez” será uno de los desafíos más importantes de los próximos 20 años, que afectará inevitablemente a toda la sociedad: a las familias, a los sistemas de asistencia médica y de cuidados, a los gobiernos nacionales de cualquier signo.

Entendemos que las soluciones bismarkianas no pueden resolver los problemas del futuro. Tampoco defendemos posiciones extremas que excluyan toda contribución de los beneficiarios, entendiendo que es necesario por un lado establecer criterios racionales para una equilibrada participación de los trabajadores activos del sistema, pero por otro existe la responsabilidad de la sociedad toda, que necesita además construir en paz su futuro. Si termináramos concibiendo el sistema de previsión social como un gran banco al que vamos depositando nuestros ahorros durante toda la vida útil, para un día beneficiarnos con esa acción tan meritoria y éticamente respetada, estaremos perdiendo de vista la realidad.

Comprobamos – como hemos ya apuntado en estas reflexiones - que hay cada vez menos trabajadores típicos, en planilla, como lo eran los obreros de fábrica del taylorismo clásico o los funcionarios de por vida de una empresa o del Estado. Hoy los trabajadores típicos son sustituidos inexorablemente (y cada vez con mayor velocidad), por trabajadores precarios, informales, desregulados, autónomos, etc. y - además - por las máquinas y la automatización en general.

Por lo tanto, la pregunta “¿quién pagará la cuenta de la Seguridad Social” admite una contestación binaria: los trabajadores pagarán una parte de esa cuenta y otra parte la deberá pagar la sociedad toda a través de un sistema impositivo que grave a los sujetos que más beneficios obtengan del actual contexto económico. En la medida que la vida (o la vejez) se prolongue, deberá apostarse a una participación pública cada vez más importante en el reparto de los costos, porque - repetimos - la vejez cada vez más deja de ser un problema individual, para volverse un problema social.

Los sistemas de tutela de la vejez – para ser eficientes y en condiciones de cubrir las necesidades sociales de las poblaciones – deberán “pensar” modelos construidos en gran parte a partir de una base tributaria que grave la

mayor riqueza producida, como contracara de la exclusión que esa misma riqueza genera en el empleo. Y son precisamente las empresas tecnológicas, las que hoy generan mayores riquezas con menor trabajo.

En una época en que el trabajo humano escasea, más que revisar los cálculos actuariales en los futuros sistemas elevando las edades de acceso a las prestaciones de vejez, es necesario imaginar un sistema tributario que compense ganancias económicas con costos futuros de la seguridad social originados en la vejez de trabajadores desempleados o subempleados a lo largo de un cada vez mayor número de años. En ese reparto de costos, todo proyecto de reforma de la seguridad social deberá definir cuál será la parte de “cuenta” que deberá pagar - a modo de compensación - la generación de riquezas producida sin trabajo o con menos trabajo o con trabajo más precario.

## 7. El pilar “0”

La seguridad social en lo relativo a prestaciones de vejez, tiene dos grandes fuentes de financiación: las contribuciones que hacen los trabajadores y empleadores en la etapa activa (tipo contributivo) y los recursos que provienen de rentas generales, es decir, de recaudación de impuestos generales (tipo no contributivo).

En el debate de la financiación de las tutelas de la vejez se abre paso la nueva concepción del llamado Pilar 0, que Rodríguez Azcúe define como “una prestación a la vejez de tipo no contributiva, financiada íntegramente por impuestos de carácter universal o tendientes a ese objetivo”<sup>45</sup>. Como expresa el autor, mientras las personas con empleos bien remunerados o los funcionarios públicos en general, no tendrán dificultades de acceso a la jubilación, los trabajadores de bajos ingresos y principalmente las mujeres, verán afectados sus posibilidades de acceso por no haber cotizado los años suficientes (generalmente 30 o 35) para acceder a los beneficios de la pensión; a su vez,

---

<sup>45</sup> Rodríguez Azcúe A., ob. cit., Montevideo 2021, s/n (en imprenta),

quienes lo logren tendrán altas chances de ver comprometida la suficiencia de la prestación por los magros aportes realizados<sup>46</sup>.

La idea de un “Pilar 0” como prestación no contributiva se basa por lo tanto en una modalidad de financiación ligada a impuestos generales. Esta prestación tiene “vocación universal, debiendo alcanzar a cualquier persona residente en un país”. Los criterios que se están evaluando permitirían definir un “pilar 0” variable, en la medida en que si una persona ya tiene otros ingresos propios, estos se restarían del beneficio o anularían, porque el objetivo es garantizar un ingreso mínimo a toda persona anciana, que no tenga ningún ingreso por ningún concepto. También se plantea la posibilidad que este “pilar” sea aumentado en la medida que la persona haya realizado parcialmente aportes, sin lograr alcanzar las cotizaciones requeridas por el sistema<sup>47</sup>.

## 8. Conclusiones

A modo de conclusión, indicamos algunas consideraciones finales:

a) El cruce de diversas causas (mayor longevidad, menores tasas de natalidad, migraciones, nueva estructura de la familia, la robotización del trabajo, etc.) confluyen en plantear un futuro alarmante en materia de protección social de la vejez. No solo crecerá la desfinanciación de los sistemas de prestaciones contributivas, sino que aumentarán los cargas para las familias y la sociedad al crecer las necesidades de políticas de cuidados para la protección de las personas mayores.

b) Mientras que el sistema bismarkiano de seguridad social fue funcional al modelo de producción taylorista/fordista, hoy comprobamos transformaciones de los modos de producir, que erosionan los criterios tradicionales del trabajo a tiempo completo, registrado y de duración indefinida. La alternancia entre trabajos de distinta naturaleza (subordinados, semidependientes y autónomos),

---

<sup>46</sup> *idem*

<sup>47</sup> Econ. Alejandro Forteza, miembro de la Comisión de Expertos de Seguridad Social (CESS) de Uruguay, recuperado de <https://www.montevideo.com.uy/En-Perspectiva/-Pilar-cero--la-prestacion-en-la-que-avanza-la-Comision-de-Expertos-en-Seguridad-Social-uc787544>, 30/07/2021

así como altos porcentajes de informalidad y desempleo dificultan a las personas alcanzar “tiempos de cotización” suficientes para acceder a los beneficios de vejez brindados por la seguridad social.

c) Las complejidades que enfrentan todos los países para financiar la seguridad social, se agravan en el continente latinoamericano donde se acentúan las brechas de las desigualdades y se agravan las necesidades de ciudadanos que están muchas veces por razones de edad avanzada excluidos de todo sistema de tutela y deben vivir su última etapa vital en situación de pobreza. No modifica esta situación la amplia legislación nacional y los pactos internacionales suscritos por los países de la región, que muchas veces son expresión de una retórica de defensa de los derechos humanos, que no encuentra una adecuada proyección en la realidad.

d) Los desafíos que plantea el futuro de la seguridad social con relación a los adultos mayores comprometen a todos los actores sociales, porque el principal reto es buscar los consensos necesarios para “construir una sociedad para todos”. Nuestros países en crisis dependerán cada vez más del rol que asuman las organizaciones - especialmente las organizaciones nacionales - para satisfacer las expectativas de una sociedad que verá en el envejecimiento de sus poblaciones el principal riesgo de desarrollo social.

e) Vivimos una época que plantea el desafío de reformular conceptos, construir nuevas categorías sociales, adecuar tutelas, que permitan potenciar la dimensión de los derechos humanos, que – especialmente en el tema del envejecimiento y la seguridad social – están en situación de riesgo. En definitiva, los temas y problemas del envejecimiento y la seguridad social no están distantes de otros que forman parte esencial de las tutelas del ciudadano. Las realidades contemporáneas presagian una nueva polarización entre la riqueza y la pobreza y en esta “división de mundos” crecerán los contextos de vulnerabilidad, pobreza, discriminación.

f) Ante la nueva realidad, los Gobiernos son llamados a asumir las responsabilidades que derivan de la gobernanza de nuevas relaciones laborales y la necesidad de tutelas sociales adecuadas para los sectores que como la ancianidad, son especialmente vulnerables. Este concepto de gobernanza no

debe limitarse a las reglas y políticas a implementarse desde el Estado, sino que involucra a los actores sociales, a las organizaciones civiles, a los consumidores, a la propia cultura de un país y por lo tanto también a las Universidades. Es decir que todos nosotros – desde el rol que nos ha tocado vivir en la sociedad – somos convocados por estos desafíos y obligados a construir una sociedad del futuro justa también para la vejez.

## Bibliografía

- ARANCO, N., STAMPINI, M., IBARRARÁN, P. y MEDELLÍN, N. (2018). *Panorama de envejecimiento y dependencia en América Latina y el Caribe*, BID.
- BARBAGELATA, H. H. (1978). “Sobre el derecho del trabajo y sus fuentes”, *Simposio del Derecho del Trabajo*, Madrid.
- BUCHELI, M. (2021). *Envejecimiento poblacional y el desafío para Uruguay*, Diario El País, Montevideo, 28.06.2021.
- CAF – Banco de Desarrollo de América Latina (2020). “Los sistemas de pensiones y salud en América Latina Los desafíos del envejecimiento, el cambio tecnológico y la informalidad”, *Reporte de Economía y Desarrollo 2020*, Corporación Andina de Fomento.
- DURÁN PENEDO, B. (2018). *Discriminación para el acceso al empleo por edad madura*, Montevideo.
- ERMIDA URIARTE, O. (2006). “Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América Latina y en Europa”, *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, Buenos Aires.
- FIAPAM (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Personas Adultas Mayores) (2019). *América Latina envejece a pasos de gigante*, San José de Costa Rica, 05.03.2019.
- HUENCHUAN, S. (2009). *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*, CEPAL.
- PARDO, I. (2021). Entrevista en el Diario El País. Montevideo 08.08.2021.
- RASO DELGUE, J. (1991). “La financiación de la seguridad social”, en AA.VV., *La seguridad social en el Uruguay*, Montevideo.
- RODRÍGUEZ AZCÚE, A. (2021). “Reforma del régimen previsional: necesidad de un pilar cero potente”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo (en imprenta).
- ROMAGNOLI, U. (2017). Mensaje inaugural en el XXVI Encuentro de ex Becarios de Bologna-Castilla La Mancha, Valparaíso, Chile, 10.11.2017.
- SALDAIN, R. (2021). Entrevista en el Diario El País. Montevideo 08.08.2021.

### Recursos electrónicos

FORTEZA, A. (2021). Miembro de la Comisión de Expertos de Seguridad Social (CESS) de Uruguay. Disponible en <https://www.montevideo.com.uy/En-Perspectiva/-Pilar-cero--la-prestacion-en-la-que-avanza-la-Comision-de-Expertos-en-Seguridad-Social-uc787544> [30/07/2021].

BODEWIG, C. (2021). *Reemplazar un trabajo por otro trabajo: ¿la automatización eliminará las nuevas oportunidades para los trabajadores?* en Worldbank.org. Disponible en <https://blogs.worldbank.org/voices/es/la-automatizacion-eliminar-las-nuevas-oportunidades-para-los-trabajadores> [30/06/2021].

OMS (2020). *Década del Envejecimiento saludable*. Disponible en [https://www.who.int/es/publications/m/item/decade-of-healthy-ageing-plan-of-action?sfvrsn=b4b75ebc\\_25](https://www.who.int/es/publications/m/item/decade-of-healthy-ageing-plan-of-action?sfvrsn=b4b75ebc_25) [07/11/2021].

---

**EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO  
ESPAÑOL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA**

**THE SYSTEM OF SOURCES OF SPANISH LABOR LAW AND  
LEGAL SECURITY**

Tomás SALA FRANCO

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, España.*

[tomas.sala-franco@uv.es](mailto:tomas.sala-franco@uv.es)

Fecha de envío: 21/01/2022

Fecha de aceptación: 15/03/2022

---

## EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Tomás SALA FRANCO

*Universidad de Valencia (España)*

---

**Resumen:** El autor reflexiona sobre el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo español y la seguridad jurídica.

**Palabras clave:** Fuentes - Derecho del Trabajo - Principios del Derecho del Trabajo - Negociación colectiva

**Sumario:** 1. Consideraciones generales. 1.1. Un sistema de fuentes de una enorme complejidad. 1.2. El Art. 3 del ET como único “*bastión degenerado*” del Sistema Español de Fuentes del Derecho del Trabajo. 1.3. El tradicional “*desinterés y consiguiente olvido*” de las Reformas Laborales por el Sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo. 2. El desenfoque en el tratamiento de los denominados “*principios del Derecho del Trabajo*” y propuestas de futuro. 2.1. El tratamiento desenfocado de los “*principios del Derecho del Trabajo*”. 2.2. La ausencia de una clara conciencia de la naturaleza jurídica de las normas laborales como “*punto de partida*” y como “*punto de llegada*”. 2.3. El ordenamiento jurídico laboral español y la calificación jurídica de la imperatividad de las normas. 2.4. Las propuestas de futuro. 3. La deficiente estructura y contenido de las normas laborales y propuestas de futuro. 3.1. Una estructura normativa insuficiente. 3.2. Las propuestas de futuro. 3.3. El deficiente contenido de las normas laborales. 3.4. Las propuestas de futuro. 4. Dos cuestiones puntuales referidas a la negociación colectiva y propuestas de futuro. 4.1. Las cláusulas convencionales de respeto de las condiciones más beneficiosas convencionales y el principio de igualdad de trato. 4.2. Las contradicciones acerca de la naturaleza jurídica de los convenios y acuerdos colectivos. 5. El

principio de seguridad jurídica y el Estado de Derecho. 5.1. La regulación unitaria de las fuentes, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

**Abstract:** The author reflects on the system of sources of Spanish Labor Law and legal certainty.

**Key words:** Sources - Labor Law - Principles of Labor Law - Collective bargaining

**Summary:** 1. General considerations. 1.1. A source system of enormous complexity. 1.2. Art. 3 of the ET as the only “degenerate bastion” of the Spanish System of Sources of Labor Law. 1.3. The traditional “lack of interest and consequent neglect” of the Labor Reforms by the System of Sources of Labor Law. 2. The lack of focus in the treatment of the so-called “principles of Labor Law” and proposals for the future. 2.1. The unfocused treatment of the “principles of Labor Law”. 2.2. The absence of a clear awareness of the legal nature of labor standards as a “starting point” and as a “point of arrival”. 2.3. The Spanish labor legal system and the legal qualification of the imperative nature of regulations. 2.4. Proposals for the future. 3. The poor structure and content of labor standards and proposals for the future. 3.1. An insufficient normative structure. 3.2. Proposals for the future. 3.3. The poor content of labor standards. 3.4. Proposals for the future. 4. Two specific issues related to collective bargaining and proposals for the future. 4.1. The conventional clauses respecting the most beneficial conventional conditions and the principle of equal treatment. 4.2. Contradictions about the legal nature of collective agreements and agreements. 5. The principle of legal certainty and the Rule of Law. 5.1. The unitary regulation of sources, legal certainty and the rule of law.

## 1. Consideraciones generales

### 1.1. Un sistema de fuentes de una enorme complejidad

Nadie duda de la importancia de las Fuentes del Derecho en un ordenamiento jurídico, tanto en el momento creativo de las normas como en el posterior momento aplicativo de las mismas.

Máxime, en un sector del ordenamiento jurídico como el laboral, donde se entrecruzan el derecho público (el derecho administrativo sancionatorio, el derecho administrativo estatutario aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas, las actuaciones del Fondo de Garantía Salarial, las autorizaciones administrativas o las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), el derecho privado (el derecho contractual individual con base remota –aunque cada vez nuevamente más cercana- en el derecho civil y el derecho de la competencia con base en el derecho mercantil), el derecho internacional público y privado, el derecho comunitario y el derecho interno sustantivo y procesal especial en materia laboral.

Y donde, además, y sobre todo, ha surgido un nuevo derecho (el derecho colectivo o derecho sindical), donde nada es idéntico al derecho privado o al derecho público por la presencia de un *“interés colectivo”* distinto del interés privado individual de los empresarios y de los trabajadores y distinto igualmente del interés público.

Un sector del ordenamiento jurídico donde cada vez es mayor la importancia de un derecho internacional específico concretado en la actuación de la OIT y del Consejo de Europa, a través de los Convenios y Recomendaciones de la OIT y de la Carta Social Europea y en la actuación del Tribunal de Estrasburgo.

Un sector del ordenamiento jurídico donde la importancia del derecho comunitario de la Unión Europea en materia laboral también es cada vez mayor -pese a sus inicios de espaldas a los intereses sociales por estar orientada su creación a las libertades de circulación de mercancías y de prestación de

servicios- y a la considerable actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo.

Un sector del ordenamiento jurídico donde coexisten normas de rango legal de todas clases: leyes orgánicas y leyes ordinarias, Reales Decretos-Leyes y Reales Decretos Legislativos (textos refundidos, textos articulados y textos únicos), reglamentos administrativos de desarrollo legal, reglamentos autónomos de dudosa legalidad y reglamentos de organización administrativa.

Un sector del ordenamiento jurídico donde, pese a la inexistencia de un derecho elaborado por las Comunidades Autónomas, dada la competencia exclusiva y excluyente del Estado en materia laboral atribuida por el Art. 149.1.7 de la Constitución que, sin embargo, se incumple en ocasiones al confundirse la competencia ejecutiva autonómica con una inexistente competencia normativa, generándose conflictos de competencia importantes.

Pero, sobre todo, un sector del ordenamiento jurídico con un sistema de negociación colectiva de una enorme complejidad en el que se dan cita convenios colectivos de amplio contenido y acuerdos colectivos de contenido escaso; convenios colectivos estatutarios de eficacia jurídica normativa y personal aplicativa general o *erga omnes* y convenios colectivos extraestatutarios de eficacia jurídica contractual y personal aplicativa limitada; y múltiples acuerdos interprofesionales y de empresa de muy distinta naturaleza, finalidad y régimen jurídico.

Un sector del ordenamiento jurídico con una viva y amplia actuación de la autonomía individual a través de los pactos, expresos o tácitos, de condiciones contractuales más beneficiosas para los trabajadores.

Y con una reducida presencia, pero existente, de la costumbre local y profesional en determinados aspectos de la relación laboral.

Todo ello, sumado, presenta un Sistema de Fuentes mucho más complicado que el de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, sobre todo cuando, además, la regulación legal del marco operativo del Sistema de Fuentes se encuentra anclada en unas pocas normas obsoletas y escasamente evolucionadas.

## **1.2. El Art. 3 del ET como único “*bastión degenerado*” del Sistema Español de Fuentes del Derecho del Trabajo**

En este contexto, el Art. 3 del ET constituye la única norma frontalmente reguladora en nuestro ordenamiento de las “*fuentes de la relación laboral*”, habiéndose convertido en la actualidad con el paso de los años en un precepto claramente obsoleto y, por ello, insuficiente, ambiguo y desenfocado.

Precepto insuficiente, por cuanto solamente se refiere a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, a determinados convenios colectivos (los convenios colectivos estatutarios), al contrato individual de trabajo y a los usos y costumbres locales y profesionales, obviando toda referencia a las normas comunitarias e internacionales y a las “*decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos*” a las que se refiere más tarde el Art. 41.2 del ET.

Precepto ambiguo, por cuanto no se refiere a las distintas modalidades de expresión de la autonomía colectiva ni a las distintas condiciones más beneficiosas contractuales, individuales y colectivas, escritas y no escritas.

Y precepto desenfocado, en la medida en que el juego combinado de las distintas fuentes viene regulado en el momento aplicativo y no en el momento normativo, como sería lo lógico en mi opinión.

## **1.3. El tradicional “*desinterés y consiguiente olvido*” de las Reformas Laborales por el Sistema de Fuentes del Derecho del Trabajo**

Por otra parte, en ninguna de las más de veinticinco Reformas Laborales habidas hasta la fecha desde el año 1978 -fecha en la que se promulgó la norma básica laboral (el Estatuto de los Trabajadores),- se ha abordado esta importante cuestión, absolutamente fundamental para manejarse con una mínima seguridad jurídica en la aplicación de las normas laborales en sus múltiples relaciones entre ellas y con los contratos individuales de trabajo, evitando conflictos gratuitos; existiendo por ello un grave problema de inseguridad jurídica que, desgraciadamente, va acompañado de una jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia con abundantes contradicciones y lagunas.

Trataré en lo que sigue de hacer visibles algunos de los principales “*puntos negros*” de nuestro Sistema de Fuentes más sobresalientes en orden a su mejora.

## **2. El desenfoque en el tratamiento de los denominados “*principios del Derecho del Trabajo*” y propuestas de futuro**

### **2.1. El tratamiento desenfocado de los “*principios del Derecho del Trabajo*”**

El primero de los “*puntos negros*” del Sistema de Fuentes del Derecho Español del Trabajo habría que situarlo a mi juicio en el tratamiento de los denominados “*principios del Derecho del Trabajo*”.

En efecto, con carácter general, el tratamiento de los denominados “*principios del derecho del trabajo*” ha sido claramente “*desenfocado*” por la legislación, por la jurisprudencia y aun por la doctrina, porque suele abordarse desde la perspectiva de la aplicación del Derecho del Trabajo y no desde la perspectiva de la creación de las normas laborales y porque se habla de “*principios*” -de imperatividad legal, de norma mínima o de norma más favorable,- como si de “*principios generales del Derecho*” se tratara y no es así.

En efecto, comienza la propia ley en el Art. 3.3 del ET hablando de “*conflictos aplicativos*”, sembrando así la confusión. Dirá este precepto legal: “*Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberá respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador, apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables*”.

Así pues, la ley habla de “*conflictos de aplicación*” de normas, situando el problema en el momento aplicativo y no en el momento legislativo o de creación de las normas laborales mismas que es donde se plantean estos problemas.

A mi juicio, sin embargo, más que de conflictos aplicativos o de concurrencia de normas, se trata de problemas de legalidad de las normas y, por ello, de un problema de validez normativa.

Así, una norma convencional ilegal no podrá concurrir con una norma legal. Sencillamente, se tratará de una norma nula, no existiendo por tanto concurrencia aplicativa de normas. Sólo a partir de normas válidas es posible que se plantee un conflicto de concurrencia normativa que, por lo demás, deberá resolverse, normalmente, aplicando la *“norma especial”*, siempre que esté válidamente establecida.

Si hablamos de concurrencia entre normas pactadas, esto es, entre convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa, el Art. 84 del ET establece el principio de no concurrencia entre los mismos y la aplicación del principio de prioridad en el tiempo salvo que lo permita expresamente un convenio marco o se trate de materias excluidas legalmente de la prohibición de concurrencia negociadas por un convenio colectivo de ámbito de comunidad autónoma o de empresa, grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el convenio marco o se aplicará el convenio colectivo posterior, no aplicándose por tanto el Art. 3.3 del ET.

La jurisprudencia, por su parte, ha sido la creadora de las denominaciones de *“principio de norma mínima”* y de *“principio de norma más favorable”*, refiriendo los mismos a la solución de *“conflictos de concurrencia”* entre normas laborales.

Y, finalmente, la doctrina científica viene situando igualmente el problema en el plano de la concurrencia aplicativa de las normas y no en el plano legislativo o momento creador de las normas laborales, que es su lugar idóneo. Ejemplos de ello los tenemos en la mayoría de los Manuales de Derecho del Trabajo al uso, donde se tratan estos principios en el correspondiente Capítulo referido a la aplicación de las normas laborales.

## 2.2. La ausencia de una clara conciencia de la naturaleza jurídica de las normas laborales como “*punto de partida*” y como “*punto de llegada*”

En mi opinión, el problema es más sencillo y, al mismo tiempo, más complejo. Sin duda, la principal diferencia que existe entre las normas laborales y las normas del Derecho Común (civil o mercantil) reside en su naturaleza jurídica, entendida como “*alcance de su imperatividad*”, constituyendo ésta la principal peculiaridad del Derecho del Trabajo frente a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Así, mientras en el Derecho Común las normas o son de naturaleza “*imperativa*” (de obligado cumplimiento en todo caso, impidiendo que normas inferiores en jerarquía o pactos y contratos puedan ser contrarios a las normas superiores: Art. 6.1 del Código Civil) o son de naturaleza “*dispositiva*” (sólo aplicables en ausencia de un pacto o contrato en contrario: Art. 6.2 del Código Civil), en el Derecho del Trabajo las normas laborales, además de “*absolutamente imperativas*” o de “*absolutamente dispositivas*” como en el Derecho Común, pueden ser “*relativamente imperativas*” o “*relativamente dispositivas*” si se quiere (a éstas se les denomina “*normas de derecho necesario relativo*”, por oposición a las normas “*absolutamente imperativas*” y a las “*absolutamente dispositivas*”). Estas normas constituyen así un “*tertium genus*” y son sin duda las más frecuentes.

Pero, aun dentro de estas “*normas de derecho necesario relativo*”, es preciso diferenciar entre aquellas normas -las menos- que establecen “*máximos*” o “*techos*” (por ejemplo, los límites de las Leyes de Presupuestos a los salarios del personal laboral de las distintas Administraciones Públicas) y aquellas otras -las más- que establecen “*mínimos*” o “*suelos*” de derecho imperativo para la negociación colectiva y/o para la contratación individual (por ejemplo, el Real Decreto anual sobre el salario mínimo interprofesional).

El esquema anterior, de por sí complejo, se complica a su vez enormemente en la medida en que algunas de estas “*normas de derecho necesario relativo*” -los “*suelos*” o “*mínimos*” imperativos,- pueden ser “*compensables*” o “*incompensables*” por la negociación colectiva y/o por la

contratación individual, según se admita o no rebajar estos mínimos por el libre juego de la voluntad de las partes (colectivas o individuales) en los convenios colectivos y/o en los contratos individuales de trabajo a cambio de alguna “compensación”. No sucede lo mismo con los “máximos imperativos” que son siempre “incompensables”.

En definitiva, la mayor o menor imperatividad de una norma laboral (la absoluta o relativa imperatividad) se establece por razones de “orden público”, esto es, para la defensa de los “intereses generales de la comunidad”. Solo que en algunas ocasiones los “intereses generales” coinciden con los “intereses de los empresarios” (caso de las “normas máximas”), en otras con los “intereses de los trabajadores” (caso de las “normas mínimas”) y en otras más con el “interés de todos los ciudadanos” (caso de las “normas imperativas absolutas” o de “derecho necesario absoluto”).

De todo lo cual se deduce que las normas laborales (legales y reglamentarias) cara a la negociación colectiva y/o la contratación individual y las normas laborales convencionales cara a la contratación individual pueden ser de cinco clases en atención al alcance de su imperatividad:

a) Normas “absolutamente imperativas” que impiden siquiera la negociación colectiva y la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas.

b) Normas “relativamente imperativas” configuradoras de “máximos de derecho necesario”, que permiten la negociación colectiva y/o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando se respeten esos máximos.

c) Normas “relativamente imperativas” configuradoras de “mínimos de derecho necesario”, que permiten la negociación colectiva y/o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando respeten esos mínimos. Mínimos que, a su vez, pueden ser “incompensables” o “compensables” por la negociación colectiva y/o la contratación individual.

d) Normas “absolutamente dispositivas” que permiten la negociación colectiva y/o la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas sin

límite alguno, siendo aplicables únicamente en defecto de convenio colectivo y/o contrato individual.

e) Normas “mixtas”, en parte “*mínimas imperativas*” (cara a la contratación individual) y en parte “*dispositivas*” (cara a la negociación colectiva en general o a cierta negociación colectiva, normalmente sectorial).

### **2.3. El ordenamiento jurídico laboral español y la calificación jurídica de la imperatividad de las normas**

Trasladando este esquema de posibilidades normativas en atención al grado de imperatividad de las normas al ordenamiento laboral español, tan sólo es posible encontrar tres preceptos legales en el Estatuto de los Trabajadores que, con carácter general, se refieran a los problemas de calificación del grado de imperatividad de las normas laborales, preceptos que, a mi juicio y avanzando conclusiones posteriores, no satisfacen mínimamente:

1º) En primer lugar, el Art. 85.1 del ET que, al regular el posible contenido de los convenios colectivos, señala que existirá una libertad plena de negociación “*dentro del respeto a las leyes*”, entendidas en un sentido amplio comprensivo de leyes y reglamentos, aunque sin otra especificación, lo cual, si bien se mira, es decir bien poco ya que lo que se quiere decir es que el convenio colectivo habrá de respetar lo que de imperativo tengan esas leyes.

2º) En segundo lugar, el antecitado Art. 3.3 del ET, precepto criticable en la medida en que es el único que pretende calificar el grado de imperatividad de las normas laborales estatales (legales y reglamentarias) en conflicto con las normas pactadas, esto es, con los convenios colectivos estatutarios, y no lo consigue.

3º) En tercer lugar, el Art. 3.1 c) del ET que aborda la calificación de las normas estatales y convencionales respecto de la contratación individual, prohibiendo el establecimiento de “*condiciones (contractuales) menos favorables o contrarias a las mismas*”, pero sin calificar en ningún momento el grado de imperatividad de las mismas y no diciendo nada acerca de la posible “*compensabilidad*” de las “*normas mínimas*”.

Fuera de estos tres imprecisos e incompletos preceptos legales del ET no existe otra posibilidad que la de deducir trabajosamente de la literalidad de las normas el alcance de su concreta imperatividad. Y sucede, entonces, que en la mayoría de los casos no es posible deducir nada claramente por esta vía. Solamente en casos contados existen normas que se autocalifican claramente de “*absolutamente imperativas*” (por ejemplo, las normas procesales), de “*máximas*”, de “*mínimas*” (por ejemplo, el Art. 34.1 del ET, donde se establece la duración mínima de la jornada de trabajo, tratándose de una “*norma mínima*” mejorable por convenio colectivo o por contrato individual de trabajo en beneficio del trabajador) o de “*dispositivas*” (por ejemplo, el Art. 84 del ET, donde se establece el principio general de la no concurrencia entre convenios colectivos estatutarios “*salvo pacto en contrario*”, autocalificándose por ello de “*norma dispositiva*”).

Fuera de los casos, ciertamente excepcionales, de autocalificación de las propias normas laborales, existe una gran inseguridad en orden a la calificación del grado de imperatividad de las normas laborales estatales cara a la negociación colectiva y/o a la contratación individual.

Así pues, será la jurisprudencia de los Tribunales la que tendrá que interpretar teleológicamente la “*ratio*” pretendida por la norma laboral y deducir, dificultosamente -y, a veces, contradictoriamente- su concreta naturaleza jurídica como norma “*imperativa absoluta*”, “*mínima*” (“*compensable*” o “*incompensable*”), “*máxima*” o “*dispositiva*”.

#### **2.4. Las propuestas de futuro**

No parece, pues, en conclusión a todo lo señalado, que la actual situación normativa sea la más adecuada, ni desde el plano técnico-jurídico ni desde el plano de la política del derecho, ya que, lejos de estar clara una cuestión capital como es la de las relaciones entre las normas estatales y convencionales y de todas ellas con los contratos individuales, se mantiene una notable inseguridad jurídica, solo salvada por una jurisprudencia, a su vez contradictoria.

A mi juicio, de cara al futuro, habría que apostar decididamente por la seguridad jurídica, aun siendo conscientes de las dificultades que sin duda ello conlleva, y establecer unas bases normativas sólidas y claras. Y si se quiere flexibilizar o hacer más rígido el ordenamiento laboral, hágase enhorabuena pero por la vía legislativa y no por la vía judicial, comprometiéndose los correspondientes sujetos creadores de las normas laborales (el Parlamento de las leyes, la Administración Pública de los reglamentos y los agentes sociales de los convenios colectivos) a calificar jurídicamente su alcance imperativo, liberando de tal faena a los Tribunales dado su carácter exquisitamente normativo y no aplicativo y, por ello, político y no judicial, respetando así la división de poderes del Estado.

### **3. La deficiente estructura y contenido de las normas laborales y propuestas de futuro**

#### **3.1. Una estructura normativa insuficiente**

Otra de las grandes cuestiones que acechan a nuestro Sistema de Fuentes, relacionada sin duda con la anterior, es la de la *“pésima factura”* de la estructura de las normas laborales, en el sentido de que las normas laborales suelen ser incompletas en cuanto a su estructura.

A mi juicio, la estructura de una norma debería contar necesariamente con la presencia de *“tres elementos”* para poder ser calificada en consecuencia de *“norma completa”*:

1º) En primer lugar, debería existir un mandato normativo claro.

2º) En segundo lugar, como hemos visto anteriormente, debería delimitarse claramente el alcance imperativo de ese mandato normativo.

3º) Y, en tercer lugar, deberían explicitarse las sanciones aplicables en los casos de incumplimiento de ese mandato normativo: si una responsabilidad administrativa, contractual laboral, contractual civil y/o penal

Y sucede en nuestra realidad jurídica que el legislador que hace las leyes, la Administración que las reglamenta o los interlocutores sociales que negocian

los convenios colectivos no cumplen verdaderamente con su obligación, dado que las más de las veces las normas no suelen ser claras en su mandato normativo, no señalan expresa y claramente cuál sea su alcance imperativo y tampoco establecen las correspondientes sanciones para el caso de incumplimiento de ese mandato normativo, planteándose así una gran “*conflictividad gratuita*” que deben lógicamente resolver los Tribunales, con una importante dosis de inseguridad jurídica en su jurisprudencia, que “*invade*” además, probablemente así, la función normativa que desde luego no les corresponde constitucionalmente, lo que podría sin duda evitarse “*haciendo bien las cosas*”, esto es, elaborando una norma más completa y más clara.

### 3.2. Las propuestas de futuro

No parece tampoco, en conclusión, que la actual situación resulte ser la adecuada ni desde una perspectiva técnico-jurídica ni desde el plano de la política del derecho.

Aun siendo consciente de los riesgos que sin duda alguna conlleva la propuesta, creo que habría que apostar rotunda y decididamente en el futuro por la seguridad jurídica, proporcionando unas bases normativas sólidas y claras, comprometiéndose los sujetos creadores de las normas laborales (el legislador, la Administración y los agentes sociales) en el momento de su elaboración a cumplir con las tres reglas anteriores, liberando así a los Tribunales de la penosa tarea integradora que por lo demás no les pertenece dado el exquisito carácter normativo y no aplicativo y, por ello, político y no judicial del tema.

Por todo lo anterior, propondría lo siguiente:

1º) En primer lugar, una gran claridad en la redacción de los mandatos pretendidos por todos y cada uno de los preceptos (legales, reglamentarios y convencionales).

2º) Y, en segundo lugar, el establecimiento de una cláusula o disposición adicional en todas y cada una de las leyes, reglamentos laborales o convenios colectivos que, a semejanza de las normas legales sobre el Estatuto de la Función Pública, donde siempre hay una disposición adicional que establece qué

concretos preceptos son “básicos” a los efectos de la legislación autonómica complementaria, que concretase expresamente el alcance de la imperatividad de los distintos preceptos y las sanciones o responsabilidades a imponer en caso de incumplimiento.

Y, para el caso de que se reconociese la imperatividad relativa mínima de una norma, debería establecerse también criterio a seguir en la comparación de las normas que, a mi juicio, debería ser el de comparar condición por condición o, en su caso, los bloques de conceptos cuantificables de la misma naturaleza (por ejemplo, las normas sobre tiempo de trabajo o las normas retributivas) globalmente y en cómputo anual.

### **3.3. El deficiente contenido de las normas laborales**

Por lo que se refiere al contenido de las normas, resulta muy frecuente utilizar la técnica *del “reenvío”* de la ley a la negociación colectiva.

Son así muy frecuentes las remisiones de la ley a la negociación colectiva, bien dispositivizando determinados preceptos legales, bien delegando totalmente la regulación de determinadas materias o reclamando de la negociación colectiva la concreción de determinados mandatos legales.

Naturalmente, los efectos de los distintos tipos de remisión legal son diferentes. De esta manera:

a) En el caso de la dispositivización de la regulación de una determinada materia, admitiendo el pacto colectivo en contrario (*“salvo pacto en contrario”*), la norma legal solamente se aplicará en defecto de norma convencional sobre esa materia.

b) En el caso de una delegación total respecto de la regulación de una materia, de no existir una expresa regulación en el convenio colectivo, no existirá regulación y la ordenación de esa materia pertenecerá al ámbito del poder de dirección y organización de la empresa del empresario

c) Y en el caso de una delegación parcial respecto de la regulación de una materia, esto es, cuando se le pide a la negociación colectiva o a la contratación individual que concrete el contenido de una norma legal, se plantean varios

problemas interpretativos de difícil solución para saber cuál es la norma aplicable. Así:

1º) En primer lugar, cuando una ley llama a un convenio colectivo para complementar un determinado precepto, se plantea la cuestión de si existe libertad para negociar colectivamente esos aspectos complementarios o si, por el contrario, hay una obligación de negociarlos.

En principio, habría que decir que existe libertad de negociación con base en el Art. 85.1 del ET, aunque cabe que la ley exija obligatoriamente la negociación.

2º) En segundo lugar, se plantea la cuestión de saber cuáles son los límites legales que el acuerdo complementario del convenio colectivo tiene, si es que los tiene.

3º) En tercer lugar, en el caso de las remisiones de la ley al convenio colectivo para complementar su mandato, se plantea igualmente la cuestión de cuando surge el derecho: ¿Del mero reconocimiento legal o a partir de la concreción convencional? ¿Y si el convenio colectivo aplicable no dice nada?

Esto sucede, por ejemplo, con el Art. 36.2 del ET, relativo a las retribuciones del trabajo nocturno, donde se establece que *“el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva”*; o con el Art. 23.2 del ET, respecto de los derechos de formación profesional (permisos y adaptaciones de jornada), donde se establece que *“en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos”* sin más límites que la no discriminación por razón de género.

### **3.4. Las propuestas de futuro**

Así pues, tampoco en lo relativo a las relaciones de complementariedad entre normas estatales y convencionales existe una claridad suficiente en la actuación legislativa, constatándose igualmente un importante déficit de seguridad jurídica, déficit que debería colmarse, a mi juicio, estableciéndose en todos los supuestos de *“normas llamadas”* con una claridad meridiana cual sea la voluntad del legislador, atendiendo a las siguientes recomendaciones:

a) En primer lugar, procurar en la medida de lo posible establecer normas legales de carácter dispositivo, de manera que siempre exista una norma aplicable en defecto de acuerdo colectivo.

b) En segundo lugar, de optar, no obstante, por las delegaciones, totales o parciales, establecer claramente los criterios que deba respetar la negociación y procurar la negociación de todas aquellas materias sobre las que exista una delegación ya que, de no negociarse, no tendrán regulación alguna.

c) En tercer lugar, no invadir en la negociación colectiva el ámbito de regulación de las normas legales y reglamentarias imperativas, so pena de nulidad por ilegales de las correspondientes cláusulas convencionales.

#### **4. Dos cuestiones puntuales referidas a la negociación colectiva y propuestas de futuro**

##### **4.1. Las cláusulas convencionales de respeto de las condiciones más beneficiosas convencionales y el principio de igualdad de trato**

4.1.1. El *“principio de igualdad de trato”* y el *“principio de no discriminación”* en la doctrina del Tribunal Constitucional

Una de las cuestiones más *“enquistadas”* en nuestro ordenamiento es la referida a la diferente regulación del *“principio de igualdad de trato”* y del *“principio de no discriminación”*.

En la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa del Art. 14 de la CE, las cosas están claras. Así, en el Art. 14 de la CE se reconocen dos principios (por todas, STCO 34/1984, de 9 de Marzo):

1º) Por un lado, en su párrafo segundo, el *“principio de no discriminación”*, que resulta aplicable tanto al ámbito público (leyes, reglamentos y convenios colectivos normativos) como al privado (en nuestro caso, a las relaciones entre empleadores y trabajadores) y que solamente prohíbe la desigualdad de trato entre dos trabajadores basada en una serie de causas legalmente previstas en

el propio Art. 14 de la CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

2º) Por otro lado, en su párrafo primero, el “*principio de igualdad de trato*”, que solamente resulta aplicable en el ámbito de las relaciones públicas entre el Estado y los particulares (en nuestro caso, a las leyes, reglamentos y convenios colectivos normativos en materia laboral y también a los empleados públicos, funcionarios o personal laboral en sus relaciones con las distintas Administraciones Públicas) y que prohíbe en general la desigualdad de trato entre dos trabajadores por cualquier causa, si bien esta prohibición no sea absoluta, admitiéndose la licitud un trato desigual cuando esté justificado en una “*causa objetiva, razonable y proporcionada*”, prohibiéndose así la arbitrariedad o el trato desigual injustificado.

La falta, sin embargo, de una regulación legal clara en el ET de estos principios ha exigido de la jurisprudencia un esfuerzo adicional a la hora de clarificarlos, incurriendo, dada la variedad de supuestos que pueden plantearse en la realidad convencional, en aparentes, o reales, contradicciones.

#### 4.1.2. Las cláusulas convencionales de doble escala salarial en la jurisprudencia ordinaria

En relación con las cláusulas convencionales de doble escala salarial, la trayectoria de nuestra jurisprudencia ha sido ciertamente contradictoria.

Así, en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aceptó la desigualdad retributiva basada en la fecha de ingreso en la empresa (la doble escala salarial establecida en un convenio colectivo estatutario) como el mantenimiento de un “*status más favorable*” del trabajador con base en el anterior convenio colectivo (por todas, STS de 21 de Mayo de 1990, Ar/4481).

En un segundo momento, la jurisprudencia daría un “*giro copernicano*” a partir de las STS de 22 de Enero de 1996, Rec. 523/1995 y ss. En esta nueva jurisprudencia se mantiene la nulidad de las cláusulas convencionales de doble escala salarial basadas exclusivamente en la fecha de ingreso de los

trabajadores en la empresa, a salvo que exista otra justificación objetiva, razonable y proporcional, por atentar contra el *“principio de igualdad de trato”* del Art. 14 de la CE. Quedará claro con esta nueva tesis interpretativa que no es posible aceptar que la fecha de ingreso en la empresa pueda justificar un trato retributivo desigual, por entender, con carácter general, que un convenio colectivo, dada su naturaleza normativa, no puede crear *“condiciones más beneficiosas de carácter individual”* o *“derechos adquiridos”* para el trabajador dado que las condiciones creadas por una norma (en este caso convencional) *“nacen viven y mueren con la norma”*; y, con carácter específico, que la fecha de entrada en la empresa no constituye por sí sola una *“causa razonable”* justificativa de un trato retributivo desigual entre los trabajadores de una misma empresa.

Así pues, un tratamiento distinto de los salarios del convenio (cláusula de doble escala salarial) o de cualquier complemento retributivo, incluido el complemento de antigüedad, basado en la distinta fecha de ingreso del trabajador en la empresa resulta contrario al principio de igualdad de trato del Art. 14 de la CE, a menos que exista otra concausa objetiva, razonable, suficiente y proporcional que lo justifique.

En cuanto a las causas distintas de la fecha de ingreso en la empresa, la jurisprudencia se muestra muy restrictiva en su aceptación, exigiendo no sólo que la medida esté debidamente justificada sino también que no se plantee con vocación de permanencia hacia el futuro. Normalmente se tratará de *“razones de política de empleo”*.

En todo caso, es la empresa la que habrá de probar que concurren otras circunstancias justificativas del tratamiento retributivo desigual distintas de la fecha de ingreso en la empresa, *“sin que sea bastante a tal efecto la mera y genérica invocación a una política de mantenimiento del empleo que no se plasme en datos y actuaciones concretas, específicas y singulares que pudiesen servir de causa para mantener una diferencia retributiva”*.

4.1.3. Las cláusulas convencionales de *“garantía ad personam”*, de *“respeto de los derechos adquiridos”* o de *“respeto de las condiciones más beneficiosas”*

Entiendo que, de antiguo, existe un problema con este tipo de cláusulas convencionales, muy frecuentes en los convenios colectivos estatutarios y no siempre correctamente comprendidas por las partes que las negocian.

El problema reside en que existe una contradicción sustancial cuando, como hemos visto, solamente se admite la licitud de un diverso tratamiento retributivo en el convenio colectivo si existe otro causa distinta de la fecha de entrada en la empresa y, después, existe una cláusula general, considerada válida, muy frecuente en los convenios colectivos, que establece el respeto de todas aquellas condiciones de cualquier naturaleza (retributiva o no) más favorables para los trabajadores establecidas en el anterior convenio colectivo y aplicable a los trabajadores antiguos por el simple hecho de haber ingresado en la empresa antes de la entrada en vigor del convenio colectivo posterior, esto es, teniendo en cuenta solamente la fecha de ingreso en la empresa.

Las cláusulas de *“garantía ad personam”*, de *“respeto de los derechos adquiridos”* o de *“respeto de las condiciones más beneficiosas”* (con estas diferentes denominaciones aparecen en los convenios colectivos) en algunas ocasiones, son cláusulas que simplemente imponen al empresario respetar aquellas condiciones (económicas o de otra índole; existiendo en este sentido cláusulas restringidas a las primeras y otras que se extienden a las segundas) disfrutadas a título individual por los trabajadores en base a su contrato de trabajo, más favorables (estimadas en su conjunto) que las establecidas en el convenio colectivo. Dicho de otra manera, lo que la cláusula establece en estos casos es que el convenio colectivo debe respetar las condiciones contractuales, expresas o tácitas (las nacidas de concesión unilateral del empresario o de un convenio colectivo extraestatutarios y convertidas en derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas de origen contractual normalmente por el paso del tiempo), dado el carácter mínimo de las condiciones convencionales.

Estas cláusulas, con este significado y finalidad, son perfectamente superfluas por cuanto, de no existir expresamente en el convenio, habrían de respetarse igualmente las condiciones contractuales más favorables al convenio con base en lo dispuesto en el Art. 3.1.c) del ET.

El problema surge cuando, a la vez que lo anterior, se exige también el respeto de las condiciones más favorables para los trabajadores disfrutadas por éstos en base al convenio colectivo anterior, estableciendo de esta manera un trato desigual entre los trabajadores contratados con anterioridad a la fecha de aplicación del convenio y los contratados con posterioridad, sin otra justificación que la fecha de la contratación e ingreso en la empresa.

#### 4.1.4. Las propuestas de futuro

Dado su carácter frontalmente atentatorio del “*principio de igualdad de trato*” del Art. 14 de la CE, sería recomendable cohonstar la doctrina interpretativa acerca de las cláusulas convencionales “*de doble escala salarial*” con las cláusulas convencionales “*de respeto de las condiciones más beneficiosas nacidas del convenio colectivo anterior*”, mejorando la redacción de estas cláusulas y, sobre todo, parece necesario un control de legalidad más estricto de las mismas por parte de la autoridad laboral competente a la hora del depósito y registro del convenio colectivo, evitando así frustraciones, confusiones y dudas interpretativas.

### **4.2. Las contradicciones acerca de la naturaleza jurídica de los convenios y acuerdos colectivos**

#### 4.2.1. La complejidad del sistema español de negociación colectiva

Abordaré por último un aspecto fundamental de nuestro Sistema de Fuentes: el relativo a las contradicciones existentes acerca de la naturaleza jurídica de los convenios y acuerdos colectivos coexistentes en nuestro microcosmos negocial.

En nuestro ordenamiento coexisten varios tipos de pactos colectivos, todos ellos amparados por el Art. 37.1 de la Constitución, cuya naturaleza y régimen jurídico no está lo suficientemente claro, planteando sobre todo especiales problemas de concurrencia entre ellos. Así:

a) Los convenios colectivos (pactos colectivos de contenido amplio) y los acuerdos colectivos (pactos colectivos de contenido reducido).

b) Dentro de los convenios colectivos, los convenios colectivos estatutarios y los convenios colectivos extraestatutarios, según estén o no regulados por el Título III del ET.

c) Dentro de los convenios colectivos estatutarios, los convenios colectivos ordinarios, los convenios colectivos marco y los convenios colectivos mixtos.

d) Y, dentro de los acuerdos colectivos, los acuerdos colectivos interprofesionales (marco o sobre materias concretas) y los acuerdos colectivos supraempresariales o de empresa de muy distinta finalidad:

- Los acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias (clasificación profesional; régimen de los ascensos; recibo de salarios; fijación de la fecha de cobro de la segunda paga extraordinaria; distribución irregular de la jornada a lo largo del año; límite de nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo; acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla).

- Los acuerdos colectivos de empresa de inaplicación de convenios colectivos estatutarios.

- Los acuerdos colectivos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo.

- Los acuerdos colectivos de empresa modificativos de condiciones de trabajo de naturaleza contractual y sobre traslados colectivos.

- Y los acuerdos colectivos de fusión o absorción de empresas.

#### 4.2.2. Algunas contradicciones jurisprudenciales criticables

A partir de este amplísimo panorama convencional y de la afirmación constitucional de la *“fuerza vinculante de los convenios”* (Art. 37.1 de la Constitución (*“La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*)), tras muchos debates doctrinales y

jurisprudenciales interpretativos iniciales, se ha llegado a la consideración generalizada de que existen dos tipos de pactos colectivos en atención a su eficacia jurídica y personal aplicativa: los pactos colectivos estatutarios de eficacia normativa y personal general o “*erga omnes*” y los extraestatutarios de eficacia contractual y personal limitada, reconduciendo a estas dos categorías, directamente o por equiparación, los distintos pactos colectivos existentes.

Ahora bien, lo sensible y criticable desde una perspectiva de seguridad jurídica mínima que, con posterioridad, la jurisprudencia se manifieste contradictoria con la anterior afirmación de principio, confundiendo los planos a la hora de establecer las consecuencias de la misma.

En efecto, son muchas las contradicciones jurisprudenciales advertidas a lo largo de estos años. De esta manera:

1ª) Tras afirmar el Tribunal Supremo rotundamente la eficacia jurídica contractual y no normativa de los convenios colectivos extraestatutarios (por todas, STS de 19 de Febrero de 2001, Rec. 2964/2000), contradictoriamente con esta naturaleza contractual atribuida, viene a atribuirle efectos típicamente normativos.

Así, ha establecido que en el supuesto de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro extraestatutario se aplicará el principio de norma más favorable del Art. 3.3 del ET (por todas, STS de 30 de Noviembre de 1998, Ar/10047); que la irrenunciabilidad de derechos del Art. 3.5 del ET resulta aplicable a los derechos nacidos de convenios colectivos extraestatutarios (por todas, STCT de 12 de Noviembre de 1987, Ar/2484) o que un contrato individual no puede contradecir lo dispuesto en el convenio colectivo extraestatutario, primando las condiciones convencionales sobre las pactadas y disfrutadas a título individual (por todas, STS de 16 de Julio de 2014, Rec. 110/2013).

2ª) Tras afirmar igualmente con la misma contundencia la naturaleza normativa y no contractual de los convenios colectivos estatutarios (por todas, STS de 4 de Mayo de 1994, Ar/7725), cuando hubiera transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, en ausencia de un convenio colectivo de ámbito superior, considera el Tribunal Supremo que el convenio colectivo mantendrá la aplicación ultraactiva de sus

condiciones con carácter contractual (por todas, STS de 20 de Diciembre de 2016, Rec. 217/2015).

3ª) O también, en relación con los acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias, pese a su carácter sustitutivo de un convenio colectivo estatutario, debiendo por ello lógicamente tener la misma eficacia jurídica normativa y general que ellos, la jurisprudencia los ha calificado de pactos colectivos de eficacia contractual (por todas, STS de 24 de Enero de 2013, Rec. 42/2012).

#### 4.2.3. Las propuestas de futuro

A la vista de la anterior complejidad y de las señaladas contradicciones jurisprudenciales, éstas deberían a mi juicio clarificarse mediante el establecimiento de dos medidas absolutamente básicas para garantizar una mínima seguridad jurídica. A saber:

1ª) En primer lugar, delimitar en la ley la eficacia jurídica (normativa o contractual) y personal (general o limitada) de todos y cada uno de los pactos colectivos (convenios y acuerdos).

2ª) Y, en segundo lugar, regular la concurrencia entre las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva, estableciendo los criterios para la solución de los conflictos aplicativos de esta naturaleza, bien mediante la aplicación del principio de prioridad en el tiempo, del principio de especialidad, del principio de favorabilidad para el trabajador o del principio de complementariedad, debiendo en todo caso dejar un margen de libertad a las propias partes negociadoras.

### **5. El principio de seguridad jurídica y el Estado de Derecho**

#### **5.1. La regulación unitaria de las fuentes, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho**

En definitiva, de todo lo anterior se deduce la necesidad de una regulación legal unitaria de las distintas fuentes de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral en un nuevo Art. 3 del ET que, partiendo como el actual de la enumeración de las distintas fuentes si bien completándola, regulara detalladamente las relaciones entre todas ellas.

Sólo respetando la necesaria claridad en la redacción de las normas elevaremos el principio de seguridad jurídica, reconocido en el Art. 9.3 de la Constitución a elemento básico de la justicia laboral, obviando pleitos innecesarios o gratuitos y abandonando la posición judicialista del *“uso alternativo del Derecho”*.

Sólo así contribuiremos a la consolidación de un efectivo Estado de Derecho en el que cada poder asume su propia responsabilidad con todas sus consecuencias.

---

## **ACTUALIDAD Y FUTURO DEL TEST DE LABORALIDAD**

## **PRESENT AND FUTURE OF THE EMPLOYMENT TEST**

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca, España.*

[wsr@usal.es](mailto:wsr@usal.es)

Fecha de envío: 24/01/2022

Fecha de aceptación: 15/03/2022

---

## ACTUALIDAD Y FUTURO DEL TEST DE LABORALIDAD

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND

*Universidad de Salamanca (España)*

---

**Resumen:** El texto recoge, con el añadido de las referencias bibliográficas imprescindibles, el contenido de la lección de incorporación como académico de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pronunciada por el autor en cumplimiento de su deber estatutario el pasado 28 de mayo de 2021, en el marco del Foro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, organizado por dicha institución en colaboración con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

**Palabras clave:** Test de laboralidad - Subordinación - Método tipológico

**Abstract:** The text collects, with the addition of the essential bibliographical references, the content of the incorporation lesson as a member of the Ibero-American Academy of Labor and Social Security Law, pronounced by the author in compliance with his statutory duty last May 28, 2021, within the framework of the Ibero-American Forum on Labor Law, organized by said institution in collaboration with the Faculty of Jurisprudence of the Universidad del Rosario.

**Key words:** Employment test - Subordination - Typological method

Señor Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, señores académicos, estimados colegas, amigos todos:

Permítame iniciar esta lección de incorporación con unas palabras de gratitud. En primer lugar, hacia los organizadores de este Foro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en la persona de los profesores Jorge Rosenbaum Rimolo y José Roberto Herrera Vergara, por honrarme acogiendo mi intervención dentro del programa de este evento. En segundo término, hacia mi muy querido y admirado compañero y amigo de toda una vida, el profesor Alfredo Villavicencio, por sus muy generosas palabras de presentación, que me llenan de emoción. Y, por supuesto, muy en particular, hacia los académicos que integran la tan prestigiosa institución a la que me incorporo, que con su voto lo hicieron posible. Este es un reconocimiento que atesoraré como el bien máspreciado mientras viva, ya que soy consciente de que no hay mayor honor para un hombre que el de contar con la consideración de sus maestros.

Dicho esto, debo abocarme sin más dilaciones al tema objeto de mi disertación de ingreso: la actualidad y el futuro del test de laboralidad.

Como hemos podido comprobar a través de las intervenciones que han precedido a la mía a lo largo de este Foro, la crisis sanitaria originada por la expansión incontrolada del virus Covid-19, a la que viene haciendo frente la humanidad con cada vez más armas, está siendo pródiga en lo que a la introducción de novedades para los ordenamientos laborales se refiere. Estas novedades, sin embargo, conforme nos ha sido posible advertir igualmente, tienen más que ver con la recuperación, actualización o adaptación de instituciones y categorías ya existentes, que con la introducción de elementos por completo nuevos.

Este ha sido el caso de la herramienta a través de la cual los juristas del trabajo acertamos a determinar, especialmente en situaciones dudosas, la presencia de los elementos típicos del trabajo objeto de protección. Es decir, del *test de laboralidad*.

Uno de los hallazgos más inesperados, pero entiendo que más relevantes y fructíferos, de la reacción de los ordenamientos laborales frente a la pandemia ha sido la revalorización del test de laboralidad, como herramienta útil para resolver los problemas de calificación jurídica asociados a la emergencia de nuevas formas de trabajar y satisfacer las demandas de tutela emergentes desde la sociedad. Esta es una revalorización que ha venido de la mano de los desafíos planteados por la extensión, en especial durante la fase de confinamiento, del trabajo realizado a través de plataformas de externalización *on-line* de tareas y, sobre todo, de prestación de servicios *off-line*, que ha sido objeto en la última etapa de pronunciamientos innovadores dirigidos a declarar su naturaleza laboral, a despecho de su acentuada singularidad, por las máximas instancias judiciales de diversos países. Entre ellos, Francia, España, Alemania o el Reino Unido<sup>1</sup>.

Este resultado ha sido el fruto de una muy importante labor de construcción doctrinal y jurisprudencial dirigida a hacer posible el “encaje” de estas relaciones –atípicas y hasta cierto punto híbridas– en el espacio del Derecho del Trabajo, en la que no solo han emergido elementos de juicio cada vez más acabados, sino que se han introducido aportaciones del mayor interés para la aplicación futura del test de laboralidad. La importancia de estas aportaciones es de tal magnitud que merecen que les dediquemos una especial atención a través de esta lección, ya que representan una contribución del mayor relieve para actualizar y proyectar hacia el mundo que vendrá uno de los mayores tesoros dogmáticos que nos legaron los fundadores de nuestra disciplina. Porque –he de empezar por decirlo– el método de indicios o test de laboralidad es casi tan antiguo como el propio Derecho del Trabajo. Y no, como a veces se cree, una conquista de la modernidad.

Las primeras referencias doctrinales al test de laboralidad las encontramos, ciento veinte años atrás, en los trabajos iniciales de Ludovico Barassi, a cuya reflexión debemos la entronización de la subordinación como

---

<sup>1</sup> Véase, respectivamente, las sentencias de la Corte de Casación Francesa de 4 de marzo de 2020, del Tribunal Supremo español de 23 de septiembre de 2020, del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania de 1 de diciembre de 2020 y de la Corte Suprema británica de 19 de febrero de 2021.

criterio central de identificación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo<sup>2</sup>. Ya entonces Barassi era consciente de que la subordinación era un “estado jurídico” de disponibilidad del trabajador susceptible de asumir “una variedad de grados”, y de la existencia de una “zona de frontera” entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, marcada por la presencia de numerosos “casos dudosos”<sup>3</sup>. Aún así, este autor creía que esa plasticidad, flexibilidad o elasticidad de la noción de subordinación era una característica que hacía posible “una más fácil resolubilidad de estos casos periféricos”, ya que permitía que los jueces procedan a detectar, en función de un sistema de indicios basado en el examen de las circunstancias concurrentes, aquellos casos en los que la subordinación, aunque muy limitada, existe de todas formas<sup>4</sup>.

Con este origen, la subordinación y el test de laboralidad han marcado el devenir del Derecho del Trabajo. Y, al hacerlo, han actuado como el soporte conceptual y la herramienta aplicativa de la tendencia expansiva de nuestra disciplina hacia el conjunto de la ciudadanía trabajadora, así como de su adaptación al cambio económico, tecnológico y productivo. Lo cual no significa, por supuesto, que no hayan sido objeto de constantes y severas críticas, e incluso de intentos de sustitución por otros criterios. La última vez con ocasión de la emergencia de formas nuevas de trabajo a distancia habilitadas por las tecnologías de la información y las comunicaciones. Un fenómeno que, en opinión de algunos de los juristas de esa etapa, marcaba el declive de la subordinación, “estrechamente entrelazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y de jerarquía en la configuración de los poderes empresariales”<sup>5</sup>.

A despecho de esas críticas –muchas de ellas exageradas, como la que he transcrito– lo cierto es que la subordinación –y su herramienta, el test de laboralidad– han sabido en cada etapa adaptarse a los cambios operados en el

---

<sup>2</sup> El punto de partida de la construcción de Barassi se encuentra en su obra *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cuya primera edición data del año 1901.

<sup>3</sup> L. Barassi, *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Giuffrè Editore, 1930, págs. 177, 181, 182 y 190.

<sup>4</sup> L. Barassi, op. cit., pág. 182.

<sup>5</sup> Así, M. D'Antona, “Los cambios en el derecho del trabajo y la subordinación en el derecho italiano”, *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 68.

mundo del trabajo y ofrecer respuestas a los retos que les han sido planteados, sin que para ello fuese necesario realizar cambio alguno en la configuración de la primera, sino solo alteraciones en los elementos a tener en cuenta para detectar su presencia. Es decir, llevar a cabo una *recomposición del sistema de indicios*<sup>6</sup>, basada en una atenta observación de las formas con las que el trabajo asalariado se manifiesta en la realidad. La subordinación y el test de laboralidad han probado de tal forma su eficacia cada vez que han sido sometidos a la presión de las transformaciones de los sistemas productivos y las formas de trabajar, demostrando poseer una “mala salud de hierro”, como se ha llegado a decir<sup>7</sup>.

¿Cuáles son las razones que explican esta eficacia? Yo me atrevería a destacar dos fundamentales.

La primera guarda relación con la naturaleza jurídica y no fáctica de este elemento definitorio de la identidad del contrato de trabajo. A través de la subordinación se presta atención al contenido de la relación de intercambio que se entabla entre trabajador y empleador –y no a un elemento exterior a esta– para extraer de ese contenido aquello que la caracteriza y le es esencial: la situación de “ausencia de control del proceso productivo, de falta de autonomía para ordenar la propia actividad” de quien trabaja<sup>8</sup>. Esto supone que la subordinación opera en realidad, antes que como un elemento aislado de tipificación, como una nota alrededor de la cual “se nuclean” todos los rasgos que identifican y hacen reconocible al contrato de trabajo<sup>9</sup>. De esta característica

---

<sup>6</sup> Como indicaría en su día F. Pérez de los Cobos Orihuel, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 40. Para un desarrollo de esta tesis en relación con la calificación del teletrabajo, que se sitúa en la base de la crítica a la capacidad de la subordinación de actuar como criterio de calificación eficaz y fiable, permítaseme la remisión a W. Sanguineti Raymond, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Ara Editores, Lima, 1997, págs. 58-65.

<sup>7</sup> La expresión es de F. Pérez de los Cobos Orihuel, esta vez en “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, 1993, núm. 39, pág. 31.

<sup>8</sup> En palabras de G. García Becedas, *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 272

<sup>9</sup> Nuevamente, G. García Becedas, loc. cit. A esta misma característica alude E. Ghera, “La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones”, *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 50, cuando señala, al examinar la tesis de Barassi, que la subordinación es “una síntesis de los efectos típicos (...) de la obligación y, por tanto, del contrato laboral”.

de la subordinación es posible deducir una primera y elemental premisa metodológica para la detección de su presencia: esta no puede ser apreciada de forma aislada, sino en contacto con la totalidad de los elementos que integran el vínculo laboral.

La segunda razón del éxito histórico de la subordinación se vincula con su flexibilidad. Dado que los poderes que concede al empleador tienen un carácter puramente instrumental respecto de la satisfacción de su interés como acreedor de la actividad del trabajador, el ejercicio de los poderes en los que se concreta está en condiciones de revestir en los hechos una intensidad variable, pudiendo ser muchas veces más potencial que real, sin que esto permita dudar de su presencia. De esta constatación es posible extraer una segunda y decisiva premisa metodológica para la solución de la cuestión que nos ocupa: como explicaría hace muchos años Mario de la Cueva, para determinar si existe subordinación –y por tanto contrato de trabajo– “debe atenderse menos a la dirección real cuanto a la posibilidad jurídica de que esa dirección exista”<sup>10</sup>. De aquí, precisamente, la necesidad de deducir de manera oblicua su presencia recurriendo a una serie de elementos o circunstancias de hecho presentes dentro de la entera economía de la relación, que actúan como indicios o síntomas de ella, por tratarse de circunstancias típicas que suelen acompañarla, aunque ninguno de ellas sea por sí solo decisivo. He aquí, precisamente, la razón de ser y la utilidad del test de laboralidad, como herramienta que hace posible llevar a cabo esa deducción en los casos difíciles o dudosos.

Desde este punto de vista, la manera de operar de los elementos del contrato de trabajo, reunidos alrededor de la idea de subordinación, se asemeja más a la de un *tipo contractual* que a la de un concepto jurídico, en la medida en que la determinación de su concurrencia en situaciones concretas no es el resultado de un estricto juicio de subsunción de sus rasgos en un conjunto cerrado de elementos previamente definidos por el legislador, sino la consecuencia de la realización de un juicio de aproximación o equivalencia respecto de una realidad que no aparece definida de manera precisa por la

---

<sup>10</sup> M. De la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1969, T. I., pág. 498.

norma, sino solo descrita de forma abierta por esta<sup>11</sup>. De aquí, precisamente, que las notas distintivas del tipo trabajo subordinado sean abiertas y graduables. Y que cobren sentido al ser apreciadas conjunta e interrelacionadamente, a través de un juicio de aproximación de las circunstancias del caso a la descripción abstracta reflejada en el tipo<sup>12</sup>. De hecho, ha sido la aplicación de este análisis tipológico lo que ha permitido reunir en el ámbito de la laboralidad supuestos tan variados como los generados por las transformaciones del mundo de trabajo, pese a sus muy disimiles características, sobre la base de deducir, a partir de la combinación de elementos distintos, los rasgos o notas características del trabajo subordinado.

Con todo, la prueba de fuego del test de laboralidad se producirá con ocasión de la masiva expansión del trabajo realizado a través de plataformas digitales de realización de tareas *on-line* y de prestación de servicios *off-line*, que tuvo lugar con ocasión de la emergencia sanitaria iniciada en marzo de 2020.

Esta es, como sabemos, una nueva forma de trabajar que combina, de manera no registrada hasta entonces, elementos característicos del trabajo autónomo, como las libertades elección de las franjas horarias de trabajo y aceptación y rechazo de los pedidos, la retribución por pedido o la aportación de medios materiales, con ingredientes típicos del trabajo subordinado, como la organización del servicio y la gestión de los pedidos por la plataforma, la fijación de los precios y las retribuciones por esta o la presencia de medios de control sobre el desempeño de la actividad desarrollada por el trabajador hasta por tres vías distintas: la gestión algorítmica, las teleencuestas a los clientes y geolocalización constante<sup>13</sup>. Sus elementos de apartamiento del modelo típico del trabajo subordinado, sin embargo, son mucho más intensos que cualquier otra modalidad de calificación dudosa registrada en el pasado, ya que apuntan

---

<sup>11</sup> Sobre esta caracterización, se remite a los trabajos de L. Nogler, cuyo punto de partida se encuentra en “Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, I, págs. 182 y sigs.

<sup>12</sup> F. Pérez de los Cobos Orihuel, “El trabajo subordinado como tipo contractual”, cit., pág. 38.

<sup>13</sup> Véase, con más amplitud, W. Sanguineti Raymond, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 69.

nada menos que a la raíz del poder de disposición sobre el trabajo ajeno que la subordinación expresa.

¿Cómo sostener que se encuentra sujeta a dependencia una persona que puede elegir en qué momentos trabaja y qué prestaciones realiza? La aplicación del método de análisis tipológico basado en la presencia de indicios de subordinación que caracteriza al test de laboralidad lo ha hecho posible. Y además con particular contundencia, a la vista de la rotundidad de los argumentos esgrimidos por los tribunales.

Más allá de estos argumentos, en cuyo detalle no es posible detenerme ahora dado el espacio limitado de esta lección, la serie de pronunciamientos judiciales del máximo nivel que han alcanzado este resultado, detrás de la cual se encuentra, como he dicho, un largo y cuidado proceso doctrinal de reflexión y selección de argumentos, encierra algunos hallazgos fundamentales, que enriquecen y perfeccionan la forma de aplicar el test de laboralidad. Y que aportan además pistas importantes para resolver el gran problema de fondo que este método plantea. Lo veremos a continuación.

Lo primero que una atenta observación de las sentencias en cuestión permite poner en claro es que debe descartarse de plano la consideración aislada de los indicios favorables a la laboralidad de la relación, por más claros que puedan parecer a primera vista, dado que estos concurren en las situaciones consideradas con otros de signo contrario de valor también relevante. Lo más aconsejable es, por ello, recopilar las señales o evidencias que apuntan en una y en la otra dirección, agrupándolas en dos bloques, como si de columnas de una tabla se tratase, con el fin de hacerse una idea inicial de los elementos de juicio que, en principio, avalan o dan soporte a la calificación desde una perspectiva y desde la otra. No debemos perder de vista que, al encontrarnos ante casos-límite, las dos soluciones posibles cuentan con argumentos de relieve a su favor. Es decir, pueden ser consideradas correctas *prima facie*.

Llegados a este punto, la cuestión es, naturalmente, cómo optar por uno u otro resultado calificador. Es decir, en función de qué argumentos o criterios podemos inclinarnos por una de las dos soluciones en liza, ambas avaladas por evidencias de partida de cierto peso.

Es evidente que para tomar esta decisión no bastará con constatar qué relación de indicios es más extensa, ya que no nos encontramos ante una cuestión de índole puramente cuantitativa, sino cualitativa. Teniendo además muchos de los indicios recopilados carácter meramente circunstancial, y por tanto no definitorio, al tratarse de situaciones que son típicas de una clase de relación –subordinada o autónoma– pero que pueden estar presentes de forma excepcional en las de la otra.

Para llevar a cabo esta operación nos es de especial utilidad la propuesta de Luca Nogler de realizar una aproximación funcional a los elementos o indicios que permiten identificar al tipo normativo trabajo subordinado<sup>14</sup>. De acuerdo con esta propuesta, que el autor denomina *método tipológico-funcional*, el procedimiento de calificación debe desarrollarse mediante la realización de una valoración ponderada de la incidencia de cada uno de los elementos o indicios tomados en consideración sobre los demás, y la idoneidad (o no) de todos ellos para realizar, de manera conjunta, la función que identifica y distingue al tipo trabajo subordinado<sup>15</sup>. Esto supone que cada elemento o indicio no debe ser valorado de manera aislada, sino en estrecha conexión con los demás, con el fin de identificar el rol que cumple dentro del contexto global de la relación, puesto que elementos diferentes pueden desempeñar la misma función, mientras que elementos iguales pueden desenvolver una función diferente, debido a la manera como se relacionan entre sí<sup>16</sup>.

Trasladado al supuesto que nos ocupa, lo anterior supone que no bastará con afirmar la concurrencia, incluso abundante, de indicios de un tipo, si no se consigue ofrecer una explicación convincente de la presencia de indicios del otro, ya que lo que procederá entonces será la realización del mismo análisis desde la perspectiva contraria, con el fin de determinar si por esa vía es posible arribar a un resultado global más satisfactorio. Los indicios de un lado representan,

---

<sup>14</sup> L. Nogler, “Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato”, cit., pág. 212.

<sup>15</sup> Véase, L. Nogler, “Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro”, *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1991, núm. 48, pág. 109.

<sup>16</sup> Nuevamente, L. Nogler, “Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro”, loc. cit. y “Ancora su ‘tipo’ e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa”, *Agomenti di Diritto del Lavoro*, 2002, I, pág. 145.

desde este punto de vista, otros tantos argumentos en contra de la calificación de la relación desde el lado contrario. Debiendo la calificación final ser una que, partiendo de los indicios o elementos de juicio de un lado, sea capaz de integrar, explicar, neutralizar o negar la fuerza calificatoria de los opuestos, ofreciendo una explicación satisfactoria de la economía global del vínculo.

Vistas así las cosas, es fácil advertir que la clave de la solución de los que podemos denominar, parafraseando a Robert Alexy, *casos difíciles de calificar* no se encuentra tanto en la identificación de los indicios a favor de la laboralidad o de la no laboralidad, sino en la posterior integración, explicación, neutralización o negación de los indicios de signo contrario, en el marco de un análisis integral de la relación y sus interacciones con los demás.

Es aquí donde se aprecia con claridad la debilidad de las tesis que afirman el carácter autónomo del trabajo realizado a través de plataformas digitales a partir de la sola constatación de la atribución a quienes lo realizan de las referidas libertades de elección de las franjas horarias y aceptación o rechazo de los pedidos, puesto que estas no son capaces de explicar, entre otros muchos argumentos en contra de más fácil neutralización, por qué y cómo, si el prestador de los servicios ofrecidos por la plataforma es autónomo, está sujeto a sistemas y herramientas de carácter tecnológico, como la gestión algorítmica de la prestación, el recurso a teleencuestas para la evaluación de su desempeño o las fórmulas de geocalización, cuya similitud con los típicos poderes de organización, control y disciplinario del empleador es evidente. Y su aptitud para limitar las posibilidades de libre organización y dirección de su trabajo muy relevante.

Es seguramente por esta razón que los tribunales a los que vengo haciendo referencia han optado por invertir la lente. Y por ofrecer una explicación de conjunto de la naturaleza de esta clase de actividades desde la óptica del Derecho del Trabajo. Es más, elegido este camino, el esfuerzo y la aportación no han venido especialmente de la mano de la detección de los muchos indicios favorables a su inclusión en el espacio de la laboralidad existentes en estos casos, sino en el *desmontaje* o la *metabolización* de aquellos rasgos que, en los

casos considerados, permitirían negar de plano su carácter laboral. Es decir, las dos libertades a las he hecho alusión antes.

¿Cómo han llevado a cabo dichos tribunales tan delicada y difícil operación?

De la lectura de sus pronunciamientos se desprende que mediante la realización de lo que, de acuerdo con la terminología propuesta, podemos denominar un *análisis tipológico-funcional* del papel de las referidas libertades dentro de la economía global de las relaciones sujetas a examen, que va más allá de su consideración aislada, para atender a sus relaciones con los demás componentes del vínculo y la función que cumplen dentro de este. Así, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo alemán de 1 de diciembre de 2020 se señala que, aunque el trabajador en línea no estaba obligado a aceptar las ofertas de servicios, la plataforma había sido concebida y operaba de manera que quienes aceptaban más encargos podían acceder preferentemente a otros, optimizando sus tiempos, y que este sistema de incentivos indujo al trabajador a desarrollar una actividad continua a favor de la plataforma, a despecho de su libertad de elección.

Más enfática aún es la Sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de septiembre de 2020 cuando destaca que los repartidores gozan en realidad “de una autonomía muy limitada”, puesto que el programa informático que asigna los servicios en función de la valoración y puntuación recibidas por cada uno “condiciona decisivamente la teórica libertad de elección del horario y de rechazar pedidos”. La consecuencia es que “los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos”, que propicia que “intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”. Se trata, de tal modo, de “un sistema productivo caracterizado por que no se exige el cumplimiento de un horario rígido impuesto por la empresa porque las microtarefas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran en función de los servicios realizados, lo que garantiza que haya repartidores que acepten ese horario o servicio que deja el repartidor que no quiera trabajar”. No existe aquí, en

consecuencia, un verdadero interés del empleador a la continuidad de la prestación, como el requerido para el desarrollo de las labores con arreglo a los parámetros tradicionales del fordismo, puesto que la vinculación de un ingente número de personas, todas ellas fungibles, convierte en irrelevante la negativa del trabajador individual<sup>17</sup>.

Elementos en principio no compatibles con la existencia de subordinación y, por tanto, de un contrato de trabajo terminan de esa manera por encajar, sin necesidad de forzamiento alguno, dentro del esquema de este, de la mano del análisis integrado y de corte funcional llevado a cabo por la jurisprudencia.

Naturalmente, el alcanzado es un resultado razonable, abierto a argumentos de signo contrario y aplicable a las relaciones así calificadas y a aquellas que se asemejen a estas. Los pasos seguidos y la conclusión alcanzada, sin embargo, son expresión de un evidente enriquecimiento metodológico y conceptual de las herramientas de calificación contractual utilizadas desde antiguo por nuestra disciplina. Desde esta perspectiva, el rearme del test de laboralidad se convierte en uno de los hallazgos más relevantes del laboralismo durante la pandemia, que está en condiciones de proyectar su positiva influencia sobre los problemas del trabajo en el mundo que vendrá.

Muchas gracias por vuestra atención.

---

<sup>17</sup> Como indicaría hace tiempo L. Nogler, "Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro", cit., pág. 122.

## Bibliografía

- BARASSI, L. (1930). *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Giuffrè Editore.
- D'ANTONA, M. (1989). "Los cambios en el derecho del trabajo y la subordinación en el derecho italiano", *Debate Laboral*, núm. 4.
- DE LA CUEVA, M. (1969). *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, T. I.
- GARCÍA BECEDAS, G. (1991). *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Editorial Civitas, Madrid.
- GHERA, E. (1989). "La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones", *Debate Laboral*, núm. 4.
- NOGLER, L. (1990). "Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I.
- NOGLER, L. (1991). "Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro", *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 48.
- NOGLER, L. (2002). "Ancora su 'tipo' e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa", *Agomenti di Diritto del Lavoro*, I.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1993). "El trabajo subordinado como tipo contractual", *Documentación Laboral*, núm. 39.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (1997). *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Ara Editores, Lima.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). "El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy", *Trabajo y Derecho*, núm. 69.

**DEBATE: LA LEY CHILENA N°21.431 QUE REGULA EL  
CONTRATO DE TRABAJADORES DE EMPRESAS DE  
PLATAFORMAS DIGITALES DE SERVICIOS**

**DISCUSSION: CHILEAN LAW No. 21.431 REGULATING THE  
CONTRACT OF EMPLOYEES OF DIGITAL SERVICE PLATFORM  
COMPANIES**

El 22 de marzo pasado se ha publicado la ley N°21.431 que legisla sobre el contrato de los trabajadores de las empresas de plataformas digitales de servicios. Se trata de una legislación que reacciona desde el legislativo frente a un hecho social evidente, que con la pandemia que ha afectado a todos los continentes, ha tenido notoriedad, precisamente por la utilidad social que esos servicios han prestado enfrentados a las restricciones de movilidad impuestas por razones sanitarias.

Las consideraciones que el legislador haya podido tener encuentra su fuente entonces en dos fenómenos a los que el derecho del trabajo debe atender: de una parte, un fenómeno masivo de pandemia que ha trastornado la vida social y desde luego al modo productivo, cuya duración y posibilidad de repetición bajo este u otro virus desconocemos, y de la otra, la disrupción tecnológica que le asigna a las tecnologías avanzadas una función mediadora determinante de las formas del trabajo.

La experiencia comparada muestra que las primeras soluciones frente a estas nuevas realidades carentes de regulación normativa, han llegado desde la jurisdicción, la que las ha resuelto en uno u otro sentido, aunque finalmente ha sido el órgano jurisdiccional de mayor grado el que ha determinado la norma de derecho aplicable a la controversia planteada.

En el caso chileno, las iniciativas legislativas tuvieron distintos orígenes y orientaciones, las que finalmente se encuentran en un texto que de una parte, incorpora un contrato especial de trabajo dependiente, y de otra, un contrato especial de trabajo independiente aunque regido por el Código del Trabajo.

En perspectiva legislativa tiene su símil al proceso vivido con el trabajo a domicilio, antigua figura contractual del Código del Trabajo de 1924 después deslaboralizada en el proceso flexibilizador de fines de los años setenta, quedando regida por el derecho común. Al retorno de la democracia, se la regula bajo la presunción de no laboralidad, admitiéndose la concurrencia de los elementos tipificadores del contrato de trabajo por una ley de 1993 para finalmente retornar al contrato del Código del Trabajo en 2001.

Si bien los orígenes y características propias de estos contratos pueden ser diferentes, la inclusión plena como contrato de trabajo dependiente ha sido

el debate central que da cuenta de la tensión entre las corrientes de protección (plena) del trabajo y las flexibilizadoras.

Una particularidad de esta ley es que si bien hace la separación entre los contratos de trabajo dependientes e independientes, en este último caso, no obstante le da ubicación extramuros al Código del Trabajo tratándose de algunos de los institutos propios del contrato de trabajo dependiente, reconoce de otra parte un catálogo de derechos propios de los trabajadores dependientes. No obstante, la ley consagra dos contratos distintos, con significado jurídico diferente, sin perjuicio de lo que se produzca en su aplicación práctica.

Probablemente esto último refleje el tema de fondo que esta regulación plantea, enmarcada además en un cuadro de futuro desconocido, en la proyección que pueda tener las nuevas tecnologías en el modo productivo, ¿Cómo responde el derecho del trabajo a las nuevas realidades, que desde las tecnologías avanzadas se imponen en el modo productivo? ¿Lo hace dentro de sus muros con plena aplicación de sus institutos o admite figuras híbridas de menor contenido tutelar? ¿Rompe con la subordinación y dependencia como elementos definitorios del trabajo objeto de su regulación extendiendo sus institutos (aunque no en plenitud)?

Son esas opciones de derecho que tocan la disciplina, pero a la vez, el rol del Estado y de la ley, en la regulación de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, desde que las definiciones que se adopten conllevan además, una definición de la función que debe cumplir, principalmente cuando se trata de cuestiones de orden público. ¿Es que debe la ley ceder frente a la autonomía de la voluntad al momento de determinar el ámbito y extensión de los institutos propios del derecho del trabajo?

Sin duda, cuestiones centrales al momento del análisis de esta ley.

Dos magníficos trabajos de tres muy destacados juristas chilenos, asumen la tarea de analizar esta ley desde distintas orientaciones, sin perder el rigor del análisis ni el dato de realidad. Se trata evidentemente de una primera revisión de una ley muy reciente y todavía sin aplicación, pero que da cuenta de fenómenos que trascienden desde luego la realidad chilena y que se

inscribe en un marco de definiciones centrales desde la disciplina jurídica del derecho del trabajo.

Francisco J. Tapia Guerrero <sup>1</sup>  
(Coordinador del tema de debate del N° 7)

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. [franciscotapiaguerrero@gmail.com](mailto:franciscotapiaguerrero@gmail.com).

---

**TRABAJADORES MEDIANTE PLATAFORMAS EN CHILE.  
COMENTARIOS A PROPÓSITO DE SU REGULACIÓN  
LEGISLATIVA**

**WORKERS THROUGH PLATFORMS IN CHILE. COMMENTS  
REGARDING ITS LEGISLATIVE REGULATION**

Francisco Alberto RUAY SÁEZ

*Doctorando en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile. Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de León-Tirant Lo Blanch, España. Candidato a Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.*

[fruaysaez@gmail.com](mailto:fruaysaez@gmail.com)

Fecha de envío: 15/04/2022

Fecha de aceptación: 22/04/2022

---

## TRABAJADORES MEDIANTE PLATAFORMAS EN CHILE. COMENTARIOS A PROPÓSITO DE SU REGULACIÓN LEGISLATIVA

Francisco Alberto RUAY SÁEZ

*Universidad de Chile (Chile)*

---

**Resumen:** En el presente artículo se analiza la ley que modifica el Código del Trabajo chileno y regula el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios. Se analiza, en primer lugar, el contexto de creación de la ley. En segundo lugar, se expone sucintamente el contenido regulatorio de la misma, para finalmente realizar un comentario sobre su alcance, actualidad y proyección.

**Palabras clave:** Derecho del trabajo - Trabajo de Plataformas - Contrato de Trabajo

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Sobre la discusión legislativa. 3. La creación y regulación de un contrato especial. 3.1. Partes del contrato y conceptos generales. 3.2. Sobre la regulación del contrato de trabajadores dependientes de plataformas. 3.3. Sobre la regulación del contrato de trabajadores independientes de plataformas; 3.4. Normas comunes a trabajadores dependientes e independientes. 4. Un gran avance, con materias abiertas a desarrollo. 5. Conclusiones.

**Abstract:** This article analyzes the law that modifies the Chilean Labor Code and regulates the contract of workers of digital service platform companies. In the first place, the context of creation of the law is analyzed. Secondly, the regulatory content of the same is succinctly exposed, to finally make a comment on its scope, current status and projection.

**Key words:** Labor Law - Platform Work - Employment Contract

**Summary:** 1. Introduction. 2. On the legislative discussion. 3. The creation and regulation of a special contract. 3.1. Parts of the contract and general concepts. 3.2. On the regulation of the contract of dependent platform workers. 3.3. On the regulation of the contract of independent platform workers; 3.4. Common rules for dependent and independent workers. 4. A great advance, with subjects open to development. 5. Conclusions.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

El contexto global de pandemia que se vive en el mundo desde hace a lo menos dos años atrás hasta el presente ha puesto a la vista la situación de los trabajadores de plataformas de servicios, y en particular, la de quienes prestan servicios de transporte de pasajeros y de transporte de mercaderías. En el contexto cuarentena decretado en Chile, luego de la declaración de estado de excepción constitucional, en particular producto de la limitación de la libertad de desplazamiento de las personas, permitió que el uso de las plataformas de transporte de mercaderías se incremente exponencialmente.

Ya desde la década de los noventa el uso de tecnologías en el trabajo permitió abrir la discusión específica sobre el alcance del uso de las mismas, su incidencia en el desarrollo de la relación laboral y las limitaciones que habrían de disponerse en atención a la protección de derechos laborales.

En Chile el legislador ha asumido el desafío de actualización regulatoria en la materia. En primer lugar, con fecha 26 de marzo de 2020 se publica la ley 21.220 que regula la figura genérica del trabajo a distancia y la especial figura del teletrabajo en Chile.

Sin duda el legislador chileno llevo a cabo un gran avance con la regulación del trabajo a distancia y teletrabajo, sin embargo, un gran tema actual quedaba aún en deuda: la regulación específica de la actividad realizada por las personas mediante la utilización de plataformas digitales.

Tal como ocurrió en otros sistemas jurídicos, en Chile el tema comenzó a ser analizado en primer lugar por la doctrina laboralista y la jurisprudencia.

En Chile se ha preferido la opción legalista en lugar de una alternativa jurisprudencial. Ante la duda en torno a la calificación jurídica de este tipo de relaciones entre prestadores de servicios y las plataformas, el legislador chileno ha preferido una regulación específica, detallada y extensa de esta figura.

## 2. Sobre la discusión legislativa

---

<sup>1</sup> Esta investigación se ha desarrollado gracias a la contribución del Fondo de Ayuda a la Investigación (FAI) de la Universidad de los Andes, Chile.

Como hemos señalado, Chile no ha estado exento de un proceso de discusión jurídico, social y económico, en torno a las posibilidades regulatorias de la actividad realizada por quienes prestan algún servicio a través de plataformas. Tal como en otros países, las primeras respuestas que se otorgaron a las personas usuarias de estas plataformas optaron por buscar una primera respuesta en la jurisdicción laboral, que no terminó por concluir tampoco el debate.

Chile había iniciado hace algún tiempo el camino de discusión legislativa democrática mediante el intento de tramitación de al menos tres proyectos regulatorios legislativos en materia de trabajo a través de plataformas<sup>2</sup>, y ha sido uno de ellos el que ha resultado recientemente promulgado como ley; la Ley N° 21.431 que “Modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios”, publicada el 11 de marzo de 2022, con entrada en vigencia diferida dispuesta desde el 01 de septiembre de 2022.

La ley N° 21.431 ha venido a ser la respuesta del Estado ante los problemas laborales que presenta la ausencia de regulación de la materia por parte del legislador, sobre todo en una cultura jurídica que tiene una preferencia determinada sobre las formas regulatorias heteronormativas en materia jurídica general, y de la laboral en específico (paradigmáticamente concentradas en la ley)<sup>3</sup>, en miras de la certeza y seguridad jurídica,.

---

<sup>2</sup> Es posible encontrar un proyecto de ley que pretende regular de manera general las actividades de las plataformas digitales (Boletín 14561-19, ingresado el 01 de septiembre de 2021), pero también se han ingresado proyectos de ley específicos que tienen por objeto disponer una regulación particular en materia laboral. En ese sentido, por ejemplo, se ingresó en su oportunidad una propuesta de regulación bajo en Boletín N° 12.475 en marzo de 2019; con posterioridad se ingresó por un grupo de senadores bajo Boletín N° 12.497-13 en el mes de abril del mismo año, un proyecto de ley que establece el contrato de los trabajadores repartidores a domicilio; el Gobierno del ex presidente Sebastián Piñera presentó un proyecto el mismo año 2019 en el mes de mayo, denominado “Sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión”. Ninguno de éstos prosperó en su tramitación finalmente.

<sup>3</sup> Una visión crítica sobre la concepción predominante positivista y legalista en Chile en materia laboral, y en defensa de un nuevo auge de los principios del Derecho del Trabajo, en: UGARTE, José Luis. *Derecho del Trabajo. Invención, teoría y crítica*, Editorial Thomson Reuters-LegalPublishing, Santiago, Chile, 2014, pp. 7-16.

El proyecto que resultó siendo ley se inició por una moción parlamentaria de fecha 13 de mayo de 2020<sup>4</sup>. Desde su inicio el proyecto de ley considera la instauración de una forma de regulación especial de derechos mínimos laborales, estableciendo un mecanismo especial de cálculo de remuneraciones a pagar, así como una serie de medidas específicas orientadas a proteger la vida y salud de los prestadores de servicios que se desempeñen mediante plataformas. La estrategia propuesta resulta ser entonces crear un estatuto regulatorio específico para trabajadores de plataformas, innovando al considerar tanto a trabajadores dependientes como independientes<sup>5</sup> que prestasen servicios utilizando estas plataformas.

Puede que para otras culturas jurídicas lo anterior pudiese resultar confuso pero, en términos simples, ocurre que, como señala Lizama, en Chile no existe un cuerpo regulatorio intermedio entre quienes se encuentran regidos por el Código del Trabajo, y que son en términos estrictos considerados trabajadores desde un punto de vista jurídico (trabajadores subordinados), por un lado, y aquellos que realizan labores como trabajadores independientes (sin subordinación ni dependencia)<sup>6</sup>, los que además son expresamente excluidos de la categoría de trabajadores<sup>7</sup> para efectos de determinar la aplicación del Derecho del Trabajo chileno<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Boletín N° 13.496-13.

<sup>5</sup> Señala Walker: “Cuando no hay vínculo de subordinación y dependencia se dan dos figuras jurídicas de Derecho Civil: el contrato de prestación de servicios de obra material y el contrato de prestación de servicios a honorarios. En ambos casos, no hay relación de trabajo dependiente, quien presta los servicios en un empresario o trabajador independiente” WALKER ERRAZURIZ, Francisco. *Derecho de las relaciones laborales*. Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 2003, p. 265.

<sup>6</sup> “En Chile se ha establecido una solución dual respecto del problema de la laboralidad. En este sentido: “trabajador dependiente” o “trabajador independiente”. No existe, como en el derecho comparado, una suerte de “tercera vía” que se encuentre a medio camino entre el trabajo subordinado y trabajo autónomo, esto es, una figura que contemple ciertos mínimos laborales pero que no le resulta aplicable en forma íntegra el derecho del trabajo. En el derecho extranjero se han regulado estas soluciones intermedias”. LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego. *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*. DER Ediciones, Santiago, Chile, 2020, pp. 49-50.

<sup>7</sup> “el trabajador independiente definido en el CT (art. 3.c) queda excluido de la aplicación de normas laborales: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no dependa de empleador alguno ni tenga trabajadores a su cargo” LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego. *Manual de derecho individual del trabajo*. Ediciones DER, Santiago, Chile, 2019, p. 13.

<sup>8</sup> El Código del Trabajo chileno contempla un concepto legal de trabajador. Dispone en su artículo 3° que: “Para todos los efectos legales se entiende por: (...) b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y

Entonces, dos cuestiones al menos son novedosas desde la presentación del proyecto de ley: la consideración de crear un estatuto jurídico específico mediante la regulación de un contrato especial de trabajo, en primer lugar, y en segundo lugar, la incorporación de los trabajadores independientes que se desempeñan en este rubro como sujetos a quienes le resultarían aplicables específicamente estas preceptivas incluidas al interior del Código del Trabajo, creando de esta manera un estatuto regulatorio intermedio entre dependientes e independientes, en sentido estricto.

El proceso legislativo se desarrolló con la participación y opinión de diversos sectores de la sociedad, organizaciones empresariales, académicos, organizaciones sindicales y de trabajadores, incluyendo además la participación de diversos profesores y doctrinarios especialistas en materia laboral en Chile<sup>9</sup>.

Otra cuestión es precisa también destacar, por si cupiese alguna duda. La reforma laboral no tiene por objeto regular el uso de aplicativos o plataformas complementarias del trabajo, o que no se identifiquen con las denominadas formas de “economía colaborativa”. Tampoco dice relación con la regulación de uso de aplicativos en otro tipo de actividades a través de la tecnología que dan lugar a la discusión sobre laboralidad, como el caso de los denominados E Sports<sup>10</sup>, aunque, como analizaremos, pareciese que la preceptiva regulatoria sí

---

*en virtud de un contrato de trabajo, y c) trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia”. Además, en el inciso final de su artículo 8° se dispone expresamente que “Las normas de este Código sólo se aplicarán a los trabajadores independientes en los casos en que expresamente se refieran a ellos”, resultando su exclusión la regla general, salvo disposición expresa.*

<sup>9</sup> Solo para enunciar a algunos de los actores sociales que participaron exponiendo en diversas etapas de discusión ante las comisiones especializadas del Congreso, desde su ingreso hasta la conclusión de su tramitación, podemos enunciar a: Christian Melis (ex Director del Trabajo), el profesor Luis Lizama Portal, el profesor Juan Pablo Severín, la profesora Wendoling Silva, don Giorgio Boccardo (Profesor asistente del departamento de sociología de la Universidad de Chile), don Jorge Leyton (Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), y el profesor César Toledo; además de representantes de las empresas Uber, UberEats, Rappi; y también, el presidente del Sindicato de Uber V Región; la presidenta del Sindicato Empresa Cornershop Chile, el Coordinador de Pedidos Ya y Riders Unidos Ya, el Director de operaciones de Rappi Chile, Pedidos Ya, la presidenta de la Asociación de Abogados Laboralistas de Chile, la empresa DiDi, la empresa Beat Chile, la Fundación Instituto de Estudios Laborales (FIEL), el CEDET (Centro de Estudios de Derecho del Trabajo), el Centro de Investigación y Desarrollo del Trabajo (CIDTRA), la Comisión Nacional de Productividad (CNP), el Instituto Igualdad, entre otros.

<sup>10</sup> Por ejemplo: DE LA RIVA, Amalia. “E sports: deporte en la era 4.0”, en *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, N°. 52, 2019, págs. 55-60.

queda abierta a consideración de otros tipos de servicios prestados a través de plataformas digitales.

### **3. La creación y regulación de un contrato especial**

Como hemos señalado, la Ley 21.431 modifica el Código del Trabajo incorporando un capítulo X en el Título “De los contratos especiales” del Libro I, denominado “Del Trabajo mediante plataformas digitales de servicios”. Es decir, se incluye como un contrato especial de trabajo, tal como en los casos de Trabajadores y trabajadoras de casa particular, trabajadores de artes y espectáculos, contrato de deportistas profesionales; teleoperadores; del trabajo a distancia y el trabajo a distancia y teletrabajo, entre otros.

Se regulan normas comunes, y también particulares mediante la distinción entre trabajadores independientes y trabajadores dependientes, las cuales pasaremos a analizar a continuación.

#### **3.1. Partes del contrato y conceptos generales**

La modificación legal incluye una serie de definiciones, iniciando por la determinación de su ámbito de aplicación. En ese sentido, se dispone que dicho capítulo regula las relaciones entre trabajadores de plataformas digitales, dependientes e independientes, y empresas de plataformas digitales de servicios prestados en el territorio nacional.

En este primer punto tenemos una primera delimitación relevante, por cuanto se indica específicamente que se ha de tratar de empresas que prestan servicios en el territorio nacional, no por tanto necesariamente cualquier actividad realizada a través de una plataforma digital estará regulada por esta preceptiva, quedando especialmente abierta la determinación concreta de la expresión “servicio” utilizada por el legislador. Por ejemplo, surge naturalmente la duda si aquello incluiría, o no, a actividades realizadas mediante la plataforma que tengan por objeto el entretenimiento de terceros, mediante transmisión a través de plataformas de juegos online, transmisión de contenido de entretenimiento,

desarrollo de E Sports, u otro similar (¿serían también “servicios” prestados mediante plataformas?). Lo anterior es relevante, pues se esclarece que no se trata de regular toda actividad que pudiese dar lugar a una relación laboral cuando sea realizada mediante plataformas digitales, sino sólo aquellas que refieren a entrega de servicios, que aún en este intento por actualizar los criterios de protección queda aún en desfase por la propia velocidad de los cambios en el alcance de las tecnologías, y la volubilidad de usos que la propia tecnología desarrolla ante la demanda de los usuarios.

Lo anterior se explica, tal como se desprende de la discusión legislativa, porque precisamente esta regulación legal tiene como finalidad principal otorgar protección especial a aquellas personas que participan en el mercado prestando principalmente servicios de transporte, sea de pasajeros o de mercadería. Es una respuesta legislativa a la realidad específica de dichos prestadores de servicios, lo que se desprende además de la específica regulación de las normas especiales de ambos estatutos (dependientes e independientes)

El segundo elemento importante que podemos desprender del ámbito de aplicación definido en la ley, refiere a la integración en el Código del Trabajo de los denominados “trabajadores independientes” que se desempeñen en este rubro. Una primera cuestión que podría señalarse en este punto es la particular paradoja que representa una consideración diferenciada entre un trabajador dependiente, que conforme nuestra legislación se trataría de un trabajador en sentido estricto, y el denominado “trabajador independiente”, en cuyo caso la expresión “trabajador” no estaría siendo utilizada técnicamente de manera precisa por el legislador, pues, por definición, el trabajador se encuentra bajo subordinación y dependencia, no siendo éste el caso. Analizaremos este punto más adelante.

Otra novedad refiere a la definición expresa de qué ha de ser considerado bajo la expresión “Empresa de plataforma digital de servicios”<sup>11</sup>. Se señala al

---

<sup>11</sup> Se trataría de un concepto legal. Nuestro Código Civil que contiene normas generales en materia de interpretación de la ley dispone “Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

efecto que serán consideradas como tales la organización<sup>12</sup> que, a título oneroso, administra o gestiona un sistema informático o de tecnología ejecutable en aplicaciones de dispositivos móviles o fijos que permite que un trabajador de plataformas digitales ejecute servicios, para los usuarios de dicho sistema informático o tecnológico, en un territorio geográfico específico, tales como el retiro, distribución y/o reparto de bienes o mercaderías, el transporte menor de pasajeros, *u otros*.

Tal como indicamos, la expresión “*u otros*” deja abierta la discusión en torno a la futura aplicación de esta regulación a empresas que, por ejemplo, presten un servicio de aseo doméstico o menor mediante un aplicativo móvil, similar a TapTapp<sup>13</sup> en Colombia<sup>14</sup>, o en donde se contrate la prestación de servicios de paseos de mascotas, como en su momento realizó la empresa Wolkie en Chile<sup>15</sup>, por ejemplo. Sin embargo, del contenido regulatorio, pareciere que en realidad esa expresión no es completamente abierta, sino que requiere una interpretación armónica que dé cuenta también de la lectura de la preceptiva regulatoria contenida en este capítulo, y que restringe en último término su aplicación a quienes prestan servicios de transporte, de pasajeros o mercaderías.

Expresamente se excluyen de esta categoría las plataformas que se limitan a publicar anuncios de prestación de servicios de personas naturales o jurídicas, o anuncios de venta o arriendo de muebles o inmuebles, como realiza la popular Airbnb.

Por otra parte, como hemos anticipado, se incluye una definición específica de la expresión “trabajador de plataformas digitales”, señalando que éste es quien ejecuta servicios personales, sea a cuenta propia o ajena, solicitados por usuarios de una aplicación administrada o gestionada por una empresa de plataforma digital de servicios.

---

<sup>12</sup> No indica si se trata estrictamente de una persona jurídica o natural.

<sup>13</sup> <https://taptapp.co/>.

<sup>14</sup> <https://www.larepublica.co/empresas/taptapp-la-app-para-contratar-servicios-de-aseo-domestico-y-limpieza-llega-a-colombia-3219439>.

<sup>15</sup> <https://www.biobiochile.cl/noticias/ciencia-y-tecnologia/moviles-y-computacion/2017/04/24/wolkie-la-innovadora-aplicacion-movil-para-paseos-de-perros.shtml>.

Destaca que este mismo precepto normativo dispone que la calidad de dependiente o independiente del trabajador de plataformas digitales será determinada dependiendo de si concurren, o no, los requisitos establecidos en el artículo 7° del Código del Trabajo<sup>16</sup>, remitiendo a los criterios generales de determinación de existencia de indicios de laboralidad que permitan determinar la existencia de subordinación y dependencia.

Pasaremos entonces a revisar sintéticamente la regulación de ambos tipos de trabajadores de plataformas.

### **3.2. Sobre la regulación del contrato de trabajadores dependientes de plataformas**

Los trabajadores de plataformas digitales se regirán por las normas generales regulatorias de la relación laboral contenidas en el Código del Trabajo, siempre que no resulten contradictorias con las disposiciones contenidas en este campo regulatorio especial. Por lo mismo, es relevante revisar lo dispuesto en el nuevo artículo 152 quáter S, que dispone específicamente las estipulaciones de este contrato, sin perjuicio de las generales aplicables a todo contrato de trabajo.

El legislador dispone especialmente que el contrato debe contener la determinación de la naturaleza de los servicios y los términos y condiciones bajo los cuales deben prestarse, lo que deberá incluir, entre otros, el tratamiento de los datos personales del trabajador y el impacto que tienen las calificaciones que le asignen los usuarios. Esta redacción implica que puede que el contrato no se limite a dicha enunciación en materia de determinación de la naturaleza de los servicios y sus términos y condiciones, pudiendo las partes pactar otras diversas obviamente. Lo relevante es que resulta de la esencia explicitar las consideraciones referidas al tratamiento de datos personales del trabajador, y la forma en que las calificaciones de usuarios podrían impactar en el desarrollo de la relación laboral.

---

<sup>16</sup> Este precepto contiene la definición de contrato de trabajo, y dispone: Art. 7°. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Asimismo, dicho instrumento (el contrato) debe disponer el método de cálculo para la determinación de la remuneración, forma y período de pago; la designación de un canal oficial donde el trabajador pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos respecto de los pagos recibidos, el registro de sus labores, la asignación de las mismas y la evaluación los clientes realizan acerca de su labor, el que siempre deberá ser atendido por una persona si el trabajador lo requiere. Se dispone en este punto específicamente que el canal indicado deberá contar con un lugar físico de atención, un teléfono local y un representante de la empresa asignado como responsable de prestar atención a estos temas.

Además, se debe señalar la determinación de la zona geográfica en que debe prestar servicios el trabajador, o bien la forma en que dicha zona se determinará. En caso de que dicha determinación quede a libre voluntad del trabajador, deberá consignarse en el contrato la forma y momento en que se deba notificar el territorio en donde se prestarán los servicios.

También se deben explicitar los criterios utilizados para establecer el contacto y coordinación entre el trabajador y los usuarios de la plataforma, los que deberán ser transparentes y objetivos.

En materia de jornada laboral, se indica que se podrá distribuir conforme a las reglas generales (considerando por tanto un solo y determinado espacio de horario laboral, en un sentido tradicional), o bien se puede acordar que el trabajador distribuirá su jornada en el horario que mejor se adapte a sus necesidades. En este último caso, el contrato deberá indicar las obligaciones que deberá cumplir el trabajador una vez conectado a la plataforma y la antelación con la que éste deberá informar a la empresa el momento en que se desconectará de la plataforma, a efectos de permitir la adecuada organización de los servicios prestados a los usuarios.

En esta materia resulta relevante que se contiene una definición específica de lo que se considera jornada de trabajo en este caso y para este contrato especial. Se indica al efecto que es el tiempo durante el cual el trabajador se encuentre a disposición de la empresa de plataforma digital de servicios, a partir del acceso a la infraestructura digital y hasta que se desconecte

voluntariamente. En otros términos, el denominado *tiempo efectivo de conexión*. Siempre se deberá en todo caso respetar el máximo de tiempo diario de trabajo (diez horas ordinarias), el máximo semanal (cuarenta y cinco horas semanales), y los derechos a descanso semanal respectivos (imposibilidad de conexión los siete días de la semana), debiendo distribuirse la jornada de manera específica conforme a la normativa laboral.

Debe la empresa además contar con un sistema fidedigno de registro de jornada, que permita además diferenciar claramente el tiempo de trabajo efectivo del tiempo que ha de denominarse jornada pasiva, en que el trabajador se encuentra a disposición de la empresa sin realizar labores por causas que no le son imputables.

Lo anterior se torna relevante, pues se dispone además que tratándose de trabajadores de plataformas digitales dependientes que distribuyan libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, las partes pueden pactar remuneraciones conforme a las reglas generales (entendemos que se refiere a jornada ordinaria de trabajo) o bien por los servicios efectivamente prestados, tales como un porcentaje de la tarifa que cobra la empresa de plataforma digital de servicios a sus usuarios u otro parámetro objetivo asimilable. Si se remunera en razón de los servicios efectivamente prestados a los usuarios de la plataforma, el documento denominado liquidación de remuneraciones deberá contener en un anexo el detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo.

Existe una norma protectoria adicional para el caso de tratarse de trabajadores que pacten un sistema de pago de remuneraciones por horas efectivamente trabajadas, y que consiste en que la remuneración por hora efectivamente trabajada no podrá ser inferior a la proporción del ingreso mínimo mensual determinado por ley, incrementado en un veinte por ciento, el que tendrá por objeto remunerar los tiempos de espera, así como cualquier otro tiempo de trabajo no efectivo a los que pueda estar sujeto el trabajador de plataformas digitales dependiente. Es de cargo de la empresa verificar que dichos montos son efectivamente pagados, pues en caso de no serlo deberá pagar al trabajador la diferencia.

En relación a la periodicidad de pago de las remuneraciones, ésta ha de estarse a lo estipulado específicamente en el contrato, y a falta de dicha estipulación, la remuneración se pagará semanalmente.

Por otra parte, sin perjuicio de las normas generales en materia de protección de la vida y salud del trabajador, existe una preceptiva específica que dispone que la empresa deberá informar por escrito al trabajador de plataformas digitales dependiente acerca de los riesgos que entrañan sus labores, de las medidas preventivas y de los medios de trabajo correctos según cada caso en particular de conformidad a la normativa vigente.

Debemos recordar que, sin perjuicio de la preceptiva especial reseñada, al tratarse de un trabajador dependiente se aplican íntegramente todas las normas relativas a protección de derechos fundamentales, protección de remuneraciones, protección de la salud y vida del trabajador, etc.

Asimismo, en relación a la forma de término de la relación laboral, resultan también aplicables las normas generales aplicables a todos los trabajadores dependientes que se rigen por lo dispuesto en el Código del Trabajo.

En todo caso, se contiene una disposición protectoria específica en materia de indemnizaciones por término de la relación laboral, en cuanto a la determinación de la base de cálculo de dichos montos. La base de cálculo en este caso no es, en principio, ni la última remuneración mensual, ni el promedio de las tres últimas remuneraciones en caso de que éstas contengan conceptos variables, sino que se considerará como base de cálculo la remuneración promedio del último año trabajado, excluyendo aquellos meses no trabajados y teniendo en consideración los años de servicio. Con todo, si la indemnización que correspondiere por aplicación del artículo 163 del Código del Trabajo<sup>17</sup> fuere superior, se aplicará ésta.

### **3.3. Sobre la regulación del contrato de trabajadores independientes de plataformas**

---

<sup>17</sup> En lo pertinente se dispone que el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador.

La inclusión en el Código del Trabajo de la regulación de un estatuto específico de trabajadores de plataformas digitales independientes es uno de los temas tal vez más polémicos luego de la dictación de la ley objeto de análisis.

A mi entender, son al menos dos cuestiones centrales sobre las cuales discurre la discusión. En primer lugar, la inclusión de prestadores de servicios independientes en el Código del Trabajo, bajo la consideración de que éstos, en sentido estricto, no serían propiamente trabajadores, pues no se encontrarían bajo un vínculo de subordinación y dependencia respecto de la empresa de plataforma. Por definición, las normas contenidas en el Código del Trabajo serían aplicables exclusivamente a los trabajadores en un sentido estricto, esto es, a quienes desarrollan labores o prestan servicios bajo subordinación y dependencia, pues se excluye específicamente su aplicación a quienes realizan labores de manera independiente. Pero, cabrá agregar, salvo que la ley disponga lo contrario, como hemos indicado previamente conforme lo dispuesto en el artículo 8° inciso final del Código del Trabajo. Lo anterior supuestamente atentaría contra una comprensión armónica de este cuerpo normativo, permitiendo un injerto anómalo y excéntrico respecto de la regulación laboral tradicional.

En segundo lugar, la inclusión de dos categorías disímiles respecto de una misma prestación de servicios pareciese esconder una diferenciación infundada respecto de dos grupos de personas que prestan un servicio similar. Podrían algunos señalar que se trataría de una protección laboral disminuida que no encuentra justificación sustantiva, y que esconde una diferenciación arbitraria.

Nuestro parecer es que ninguna de ambas posiciones se encuentra completamente fundada. El problema semántico nunca ha sido específicamente un obstáculo para Derecho del Trabajo, desde la comprensión de su edificación sobre principios como el protectorio o el de primacía de la realidad. El asunto es resuelto por la misma preceptiva laboral al menos mediante dos mecanismos. En primer lugar, porque el legislador ha hecho uso de su facultad nomogenética creando efectivamente un concepto jurídico legal específico para este caso, esclareciendo específicamente su aplicación en el caso en comento. No se trata de una inclusión de figura de “trabajador independiente” genérico, que permita

que cualquier contrato, general o especial, de aquellos regulados en el Código del Trabajo pueda comprender simultáneamente una figura dependiente y una independiente. Hay un temor infundado al respecto, pues se trata de un término legislativo autónomo, que no permite su extensión, por ejemplo, al caso de trabajadores de espectáculos, trabajadores del deporte, u otro contrato de trabajo genérico. No se trata de la creación de la apertura de un Código paralelo con la figura genérica de un trabajador independiente regulado en el Código del Trabajo, sino que específicamente refiere a su regulación en materia de trabajo mediante plataformas digitales. Nada más.

En segundo lugar, los miedos en este ámbito deben comprenderse cerrados cuando la misma regulación normativa incluida en este capítulo indica que si se trata de una persona que presta servicios bajo subordinación y dependencia, estaremos siempre ante un trabajador dependiente, a quien resultará aplicable las normas de trabajadores dependientes de plataformas digitales, y toda la demás preceptiva laboral contenida en el Código del Trabajo que no sea contraria a ésta. Siempre, aún quienes hayan suscrito un contrato como independientes, podrán solicitar la declaración de relación laboral dependiente, si se presentan los elementos propios de dicho contrato de trabajo.

En relación con la segunda dimensión de posible análisis crítico, referido a una supuesta diferenciación infundada, lo cierto es que en realidad se trata de todo lo contrario. Se trata de reconocer una serie de derechos subjetivos a quienes prestan servicios de manera independiente y que, por definición, no tienen la calidad de trabajadores dependientes, mejorando la posición jurídica que éstos tendrían si fuesen considerados, conforme a la naturaleza de su prestación de servicios, como prestadores de servicios independientes de naturaleza civil. Se otorga un estatuto de protección específico para quienes no se encuentran bajo subordinación y dependencia, pues, precisamente, si estuviesen en dicha condición no se aplicaría este estatuto por serles aplicables las normas de los dependientes. Se trata de otorgarles legalmente una protección especial a pesar de no estar regulada su actividad conforme a las preceptivas generales del Código del Trabajo.

Tal como ha ocurrido hasta el presente, siempre las personas que consideren que su relación jurídica en realidad es de naturaleza laboral por concurrir los indicios de laboralidad podrán solicitar su declaración ante la autoridad judicial competente, siendo aplicable a su respecto todos los derechos y garantías que nuestro corpus laboral precave.

En este sentido, resulta relevante entonces pasar a revisar en qué consiste esta protección especial que el legislador otorga a los denominados trabajadores independientes de plataformas.

La ley no puede ser más clara cuando dispone al inicio de la regulación de la materia que estas normas son aplicadas exclusivamente a quienes no realizan los trabajos en subordinación y dependencia, en los términos del artículo 7° del Código el Trabajo<sup>18</sup>.

Precisamente por aquello, en estos casos la empresa de plataforma digital de servicios deberá limitarse a coordinar el contacto entre el trabajador de plataformas digitales independiente y los usuarios de ésta, sin perjuicio de establecer los términos y condiciones generales que permitan operar a través de sus sistemas informáticos o tecnológicos.

En este caso se requiere que el contrato conste por escrito, lo cual refuerza la consideración precedente, pues en una interpretación pro trabajador, de lo estipulado en la legislación debemos comprender que se trata de una formalidad equivalente a solemnidad de este tipo de contrato, y la escrituración no sólo tendría una finalidad probatoria. En este sentido, de no encontrarse escrito el respectivo contrato debiésemos comprender que la relación en cuestión en realidad es de naturaleza laboral y no civil; se trataría de un trabajador dependiente y no uno independiente.

---

<sup>18</sup> Artículo 152 quáter W: De los servicios prestados por trabajadores de plataformas digitales independientes. Se regirán por las disposiciones del presente Párrafo y de los Párrafos I y IV de este Capítulo, los servicios que se presten a través de una empresa de plataforma digital por trabajadores de plataformas digitales independientes, es decir, aquellos que no se realicen en los términos señalados en el artículo 7° del presente Código.

Para estos efectos, la empresa de plataforma digital de servicios deberá limitarse a coordinar el contacto entre el trabajador de plataformas digitales independiente y los usuarios de ésta, sin perjuicio de establecer los términos y condiciones generales que permitan operar a través de sus sistemas informáticos o tecnológicos.

El contrato en cuestión debe contener a lo menos las siguientes estipulaciones:

- a) La individualización de las partes.
- b) Los términos y condiciones para determinar el precio o tarifa de los servicios del trabajador de plataformas digitales independiente y de los demás incentivos pecuniarios que se apliquen, expresando su valor en pesos chilenos y detallando todas las variables que se considerarán para su determinación.
- c) Los criterios utilizados para establecer el contacto y coordinación entre el trabajador independiente y los usuarios, los que deberán ser transparentes y objetivos.
- d) La determinación de la zona geográfica en que prestará servicios el trabajador independiente, o bien la forma en que dicha zona se determinará. A falta de estipulación, se entiende que queda a libre voluntad del trabajador independiente.
- e) Reglas de protección de datos personales del trabajador de plataformas digitales independiente a que tiene acceso la empresa de plataforma digital de servicios de conformidad con la legislación vigente.
- f) Los tiempos máximos de conexión continua y la obligación de desconexión por parte de la empresa de plataforma digital de servicios.
- g) La designación de un domicilio en el país solo para efectos de comunicaciones y notificaciones judiciales, administrativas o de naturaleza análoga.
- h) La designación de un canal oficial donde el trabajador independiente pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos respecto de los pagos recibidos, el registro de sus labores, la oferta de las mismas y la evaluación que los clientes realizan acerca de su labor. El mencionado canal deberá contar con un lugar físico de atención, un teléfono local y un representante de la empresa asignado como responsable de atender los fines descritos.
- i) Las causales de terminación del contrato, la forma de comunicación, los plazos y mecanismos dispuestos en la plataforma digital para reclamar este término.
- j) Las condiciones generales de prestación de los servicios a través de la plataforma digital de servicios y demás pactos que acuerden las partes.

Además de lo anterior, se detalla que sólo se puede habilitar al trabajador de plataformas digitales independiente si es que éste ha dado expresamente su consentimiento y conformidad con los términos y condiciones del contrato, y que toda modificación debe ser informada y aceptada además por éste, resguardando de esta forma especialmente la manifestación libre de la voluntad del trabajador independiente, quién deberá conocer al detalle el régimen por el cual se encuentra contratando con la empresa de plataformas.

Se regula asimismo la entrega de una copia física o electrónica del contrato al trabajador independiente, y se dispone que otra copia electrónica debe quedar a disposición de las partes a través de plataformas digitales.

Comprendemos que las normas anteriores son plenamente coherentes con la consideración que hemos anticipado. En ausencia de escrituración, en dudas en torno al consentimiento específico de las partes de los términos de contratación (que está especialmente resguardada en la preceptiva legal), lo que obtendríamos en el caso específico son los primeros indicios para abandonar este estatuto regulatorio y acercarnos derechamente a la regulación de trabajadores dependientes y de los trabajadores en general. Se trata de un resguardo de cognoscibilidad para los trabajadores independientes, pero también de un gesto legislativo dirigido a considerar que ante la ausencia de estos instrumentos nos acercamos derechamente a la aplicación de las normas de los trabajadores de plataformas dependientes. En este sentido, se podría interpretar que no es la mera consensualidad la regla general en la suscripción de este contrato civil si lo que queremos establecer es la aplicación del régimen de trabajadores de plataformas digitales independientes, a diferencia de la consensualidad que rige la generalidad del contrato de trabajo dependiente general, de los trabajadores de plataformas digitales dependientes y de los independientes a honorarios en general, en cuyos casos la escrituración tiene más bien una consideración probatoria, más no representa una solemnidad propiamente tal.

En términos simples, estimamos que la interpretación armónica de estas preceptivas nos lleva a concluir que la escrituración en el contrato de trabajadores de plataformas digitales independientes es una solemnidad, y por

tanto estamos ante un contrato solemne, a diferencia del contrato de trabajadores de plataformas digitales dependientes, que puede ser un contrato consensual, con formalidades regulatorias referidas a prueba.

También encuentran estos trabajadores independientes una protección específica respecto del pago de sus honorarios (no remuneraciones).

En primer lugar, el periodo de pago no puede exceder de un mes, limitando de esta forma el contenido del contrato suscrito entre las partes. Además, los honorarios a pagar serán por los servicios efectivamente prestados por el trabajador independiente a sus usuarios, para cuyos efectos, la empresa de plataforma digital de servicios deberá otorgar todas las facilidades de registro de información, sistemas de transferencias de pago y otros aspectos operativos necesarios.

Por otra parte, las empresas de plataforma digital de servicios deberán exigir que el trabajador de plataformas digitales independiente extienda la documentación tributaria que corresponde, tal como la respectiva boleta de honorarios por los servicios prestados a los usuarios, salvo que el Servicio de Impuestos Internos establezca, mediante resolución, otra forma de documentar la operación.

Los honorarios por cada hora de servicios efectivamente realizados no podrán ser inferiores a la proporción del ingreso mínimo mensual determinado por ley, aumentado en un veinte por ciento. Para su cálculo se dividirá el valor del ingreso mínimo mensual en 180 horas. La empresa, en el respectivo período de pago, deberá verificar que los honorarios devengados por los servicios efectivamente prestados cumplan con estos valores mínimos y, en caso de no alcanzarlos, deberá pagar al trabajador la diferencia.

Contrario a lo señalado por Melis en el proceso de tramitación de la ley, que sugiere la inclusión de esta preceptiva en cuerpos regulatorios tributarios<sup>19</sup>, consideramos que no es improcedente regular esta materia en los preceptos contenidos en el Código del Trabajo, precisamente por tratarse de disposiciones de protección contenidas en este estatuto regulatorio específico, y que

---

<sup>19</sup> Historia de la Ley N° 21.431, p. 13.

permitirán, aún en sede tributaria, facilitar una interpretación armónica y sistemática de la regulación especial.

Se establece, entre otras cosas, una periodicidad limitada de pago e inclusive un monto de pago mínimo determinado por la ley, configurándose este contrato como uno de la categoría de contrato dirigido, que no ha quedado a entera disposición libre de las partes, estableciendo de esta manera una mejor posición contractual al trabajador independiente de plataformas digitales, en comparación a si se tratase de cualquier trabajador independiente a honorarios adscrito a un régimen civil general.

Se establece además una protección específica en materia de seguridad social al disponer que el trabajador de plataformas digitales independiente tendrá derecho a cobertura de salud, de pensiones de vejez, de reconocimiento de cargas familiares, para el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, seguro de invalidez y sobrevivencia, y para el seguro de acompañamiento de niños afectados por una condición grave de salud, y las demás aplicables conforme a la normativa vigente.

Se establece además un especial derecho a desconexión a su respecto, disponiendo la ley que la empresa de plataforma digital de servicios deberá resguardar el cumplimiento de un tiempo de desconexión mínimo del trabajador de plataformas digitales independiente de doce horas continuas dentro de un período de veinticuatro horas.

En todo caso, la empresa de plataforma digital de servicios sólo podrá desconectar temporalmente al trabajador independiente para hacer efectivo dicho derecho a desconexión, y no podrá efectuar desconexiones temporales u otras medidas de sanción basadas en hechos como el rechazo del trabajador independiente del servicio ofrecido o la no conexión a la plataforma digital de servicios en un determinado período de tiempo. Con esto último, precisamente esclarece la imposibilidad de desplegar un poder disciplinario<sup>20</sup> sobre el trabajador independiente. Como hemos señalado, en caso contrario, o sea, en aquellas situaciones en que la empresa efectivamente despliegue conductas

---

<sup>20</sup> GATTI, Angel Eduardo. *El poder disciplinario del empleador. El castigo en el vínculo laboral*. Editorial B de F, Argentina, Buenos Aires, 2021, p. 154.

sancionatorias de dicha naturaleza, no estaremos sino situándonos en la regulación de la relación laboral de trabajadores de plataformas digitales dependientes, como hemos señalado.

Se establece también una forma específica de término de esta relación contractual. Al efecto se señala que la empresa de plataforma digital de servicios deberá comunicar por escrito el término del contrato al trabajador de plataformas digitales independiente que ha prestado servicios continuos por seis meses o más a través de su plataforma, con al menos treinta días de anticipación. No será exigible tal anticipación cuando el término del contrato se deba a conductas descritas en el mismo contrato que constituyan un incumplimiento grave por parte del trabajador independiente.

Con esta disposición el legislador ha querido proteger especialmente la situación de quienes han prestado servicios de manera relativamente continua, bajo la consideración de que por la naturaleza misma de esta prestación de servicios el trabajador independiente puede permanecer periodos extensos de tiempo desconectado, sea porque está haciendo uso de otra aplicación en paralelo, o bien porque derechamente hace un uso esporádico o específico en el tiempo de esta aplicación (por ejemplo, en los casos en que durante un periodo determinado en el tiempo se haga uso de esta plataforma para complementar una renta por alguna necesidad específica).

Evidentemente, a diferencia de los que prestan servicios en subordinación y dependencia, se ha considerado la posibilidad de que verdaderos independientes puedan ingresar al mercado haciendo un uso esporádico de estas plataformas, sin que ni para ellos, ni para la propia empresa, exista ninguna barrera de acceso a la misma, sea porque no les resulta de interés sujetarse a las preceptivas internas de la empresa o jornada laboral determinada, o porque simplemente han visto una oportunidad específica y determinada en el tiempo para poder incrementar sus ingresos al utilizar el aplicativo en cuestión.

Obviamente la situación es distinta cuando alguien tiene un interés de permanencia en la empresa y quiere desplegar esta actividad de manera continua, exclusiva y permanente, y es precisamente para aquellos casos que el

legislador ha dispuesto la figura de trabajadores de plataformas digitales dependientes.

Se añade también una disposición específica que cautela las garantías o derechos fundamentales del trabajador independiente en este contexto, permitiéndole el acceso incluso a la jurisdicción laboral a fin de que el juez laboral resuelva los asunto en que pudiese suscitarse alguna vulneración de derechos fundamentales a su respecto.

Señala la ley que en el caso de trabajadores de plataformas digitales independientes que, durante los últimos tres meses hayan prestado servicios a través de una determinada plataforma por, a lo menos, treinta horas promedio cada semana, será aplicable el procedimiento de tutela contenido en el Código del Trabajo respecto de las cuestiones que afecten los derechos fundamentales que protege dicho Código, cuando aquellos resulten lesionados por la empresa de plataforma digital de servicios, o en caso de terminación del contrato del trabajador en represalia por afiliarse a un sindicato, participar de actividades sindicales o de negociación colectiva.

En una situación genérica y tradicional, el trabajador independiente debiese accionar constitucionalmente mediante la figura del recurso de protección, que es conocido por las Cortes de Apelaciones de nuestro país, y no por la jurisdicción laboral, sin que resulte aplicable en ese sentido ninguna norma de las específicas contempladas en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en nuestro país, mejorando por tanto su posición en relación a la tutela judicial efectiva.

Por último, se incluyen disposiciones especiales sobre el término de los contratos de trabajadores independientes. En este sentido, el término del contrato al trabajador de plataformas digitales independiente que ha prestado servicios continuos por seis meses o más a través de su plataforma, ha de realizarse con al menos treinta días de anticipación. No se requerirá esta anticipación cuando el término del contrato se deba a conductas descritas en el mismo contrato que constituyan un incumplimiento grave por parte del trabajador independiente.

De la consideración de estas últimas preceptivas podemos deducir que efectivamente ante un término de contrato que resulte vulneratorio desde una perspectiva iusfundamental, el trabajador independiente podrá solicitar la tutela judicial laboral, cumpliendo con los requisitos de permanencia temporal en la empresa.

### **3.4. Normas comunes a trabajadores dependientes e independientes**

Además de las normas especiales regulatorias respecto de cada estatuto de trabajadores, dependientes e independientes, existen normas comunes aplicables a ambas categorías.

Se regula al efecto un derecho especial de información acerca del servicio ofrecido, pues la plataforma digital deberá informar al trabajador de plataforma digital, al momento de ofrecer un servicio y previo a su aceptación, del lugar de realización, la identidad del usuario del servicio y el medio de pago que se utilizará. Tratándose de entregas de bienes deberá indicar también el domicilio donde se realizará y, en el caso de los servicios de transporte, los domicilios de origen y destino.

Existe también una norma de protección especial de los datos personales del trabajador, por cuanto se dispone que los datos del trabajador son de carácter estrictamente reservado y sólo podrán ser utilizados por la empresa de plataforma digital de servicios en el contexto de los servicios que la misma empresa presta. Podrán ser liberados, en todo caso y exclusivamente para los fines solicitados, por medio de una resolución judicial.

Los trabajadores tendrán además el derecho a solicitar a la empresa de plataforma digital de servicios, en cualquier momento, el acceso a sus datos personales, en particular a aquellos relacionados con su calificación que impacten en el desempeño de su trabajo. Asimismo, se consagra un derecho de portabilidad de datos en formato estructurado, genérico y de uso común.

Además, para efectos de fiscalización de autoridades competentes, las empresas de plataformas digitales de servicios, si fuere requerido deberán permitir el acceso a la programación del algoritmo, a explicaciones completas y

suficientes sobre la forma en que toma sus decisiones, los datos con los que fue entrenado y todo otro factor relevante para el cumplimiento íntegro de la ley.

Existe también una norma que tipifica específicamente como un ilícito laboral la infracción al principio de igualdad y el de no discriminación por parte de la empresa de plataforma y que se relaciona específicamente con esta modalidad de prestación de servicios, y la implementación del algoritmo. En este sentido, debe la empresa adoptar todas las medidas y resguardos necesarios para precaver dichas vulneraciones. Particularmente se ha de resguardar que no se incurra en dicha infracción en la asignación de trabajo, oferta de bonos e incentivos, cálculo de remuneraciones, entre otros. Se considerará como discriminatoria la conducta del empleador aparentemente neutra, y cuyo resultado afecte desproporcionadamente a uno o más trabajadores.

Es tal vez la última consagración, relativa a las conductas aparentemente neutras con un resultado de afectación desproporcionado frente a los trabajadores, la que nos permite sostener que se abre la posibilidad a un desarrollo argumentativo jurídico más bien consecuencialista, antes que meramente abstracto. En otros términos, el carácter *aparentemente neutro* de la respectiva medida conlleva la idea de que no se ha realizado alguna diferencia basada en alguna decisión arbitraria, ni en algún criterio o categoría sospechosa, ni ninguna otra consideración que, en abstracto, en el análisis mismo de la medida, permita sostener en principio que se habría actuado de manera desproporcionada, de manera tal que se determine la lesión de su derecho fundamental. El enfoque argumentativo iusfundamental se abre a explorar derechamente las consecuencias de la conducta a fin de establecer una vulneración iusfundamental, y cuyo análisis no recaerá sobre la medida misma y su proporcionalidad, como se propone tradicionalmente con la utilización del reconocido juicio de proporcionalidad alexiano, sino que el objeto de análisis serán las consecuencias de la medida, y no tanto la medida en sí misma.

Obviamente si la medida se manifiesta como discriminatoria en un sentido general, ésta será ilícita, y bastará con analizar los fundamentos y la entidad de la diferenciación en concreto para poder deducir la concurrencia de una vulneración iusfundamental. En este caso hablamos de algo distinto. Medidas

que, sobre todo con la implementación del algoritmo, tengan una apariencia de neutralidad, nos guían al análisis de sus consecuencias para determinar la vulneración en concreto.

Por otra parte, se consagran también normas especiales referidas a capacitación y entrega de elementos de protección personal. Se dispone al efecto que la empresa de plataformas otorgará una capacitación adecuada y oportuna que considere los criterios de seguridad y salud que definiere la autoridad competente. Además, se han de otorgar específicos elementos de protección personal, en particular, casco de protección, rodilleras y coderas para el trabajador de plataformas digitales que utilice una bicicleta o motocicleta para prestar sus servicios, los que deberán cumplir con las certificaciones y normativa vigente, conforme a la Ley de Tránsito, disponiéndose al efecto que al término de los servicios, el trabajador deberá devolver a la empresa de plataforma digital de servicios los elementos proporcionados conforme sea acordado.

Además, existe la obligación de contratar un seguro de daños que asegure los bienes personales que utiliza el trabajador de plataformas digitales en su prestación de servicios con una cobertura mínima anual establecida en la ley.

Por último, en materia de derecho colectivo se establece que tendrán el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes (sea un sindicato de trabajadores dependientes de empresa o bien un sindicato de trabajadores independientes), con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas y gozarán de todos los derechos y deberes consagrados para ellas en el Código del Trabajo. También tendrán derecho a negociar colectivamente conforme a las reglas especiales de negociación colectiva de empresa, o bien, de sindicato de trabajadores independientes.

#### **4. Un gran avance, con materias abiertas a desarrollo**

Como hemos expuesto latamente, la regulación del contrato especial de trabajadores de plataforma en Chile es sumamente específica y detallada. Como ha ocurrido en otras ocasiones, en Chile la búsqueda detrás de esta amplia

regulación ha sido la de otorgar seguridad jurídica tanto a trabajadores como a las organizaciones que participan en el mercado como plataformas digitales prestadoras de servicios.

A nuestro entender, la adopción regulatoria tan detallada en Chile es coherente con la cultura jurídica interna chilena, en cuanto a la apreciación de las fuentes del Derecho, y en particular al lugar privilegiado que ha ocupado la ley como fuente del Derecho.

En el último tiempo cada sistema jurídico ha resuelto, en uno u otro sentido, el alcance regulatorio del Derecho del Trabajo frente a los sujetos que participan de la economía de plataformas, a través de sus diversos órganos.

La opción chilena es adoptada desde la imbricación lógica entre seguridad jurídica y legalismo. Una opción diversa, en donde la cultura jurídica fuese distinta, habría sido, o bien confiar en los jueces de la república, bajo la convicción de que mediante su razonamiento jurídico en las sentencias podrían captar, aprehender y responder a los conflictos de incidencia laboral en materia de economía de plataformas. Pero aquello implica sin duda una consideración distinta respecto de si la jurisprudencia sería, o no, una fuente de derecho, y además es deudora de una consideración específica del poder otorgado a los jueces, y el rol de la jurisprudencia en el sistema jurídico de que se trate.

En último término, una vez más, la pregunta que se encuentra detrás del análisis del vínculo entre economía de plataformas y derecho del trabajo, es cuál es el alcance, fin y función del Derecho del Trabajo<sup>21</sup>. Pero aun así, problematizando esto último, lo más relevante no sería cuál es el alcance del Derecho del Trabajo, a secas (como si se tratara de una constatación objetiva, abstracta y universal), sino más bien, de qué tipo de fuentes emana aquello que denominamos, en su completitud, como Derecho del Trabajo.

Si una de las fuentes del Derecho del Trabajo es la jurisprudencia, nuestra problemática no sería más que aparente, y no habría modificación legal, o bien no sería necesaria ésta en realidad, o bien carecería de relevancia jurídica, en términos de determinación de vigencia del derecho aplicable. Pero como en el

---

<sup>21</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "La función Social Y Las Transformaciones Del Derecho Del Trabajo", en: . *Revista Jurídica Del Trabajo*, 2020, 1 (1):1-26. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/3>. P. 19 y ss.

fondo la respuesta a la pregunta sobre las fuentes del Derecho del Trabajo, nos guía dicho discurrir necesariamente al análisis de las fuentes del Derecho en general, y en ese sentido hemos de comprender que será el propio sistema jurídico concreto, y la cultura jurídica en él inmersa, los que determinen su orden interno de aplicación. En ese sentido, al considerarse la ley aún en Chile como la fuente privilegiada del Derecho resulta comprensible un intento regulatorio tan extenso como ha ocurrido en este caso.

Una segunda cuestión, decíamos, se puede plantear con una solución alternativa a la jurisprudencial: una regulación mínima, amplia y relativamente indeterminada. Decíamos que una primera alternativa, relacionada con la apreciación del sistema de fuentes del respectivo sistema jurídico, podría estar otorgada por la jurisprudencia. En otros términos, podría razonablemente pensarse que basta con el derecho vigente para que, en la mayoría de los casos, se logre determinar la definición de relación laboral y los elementos de subordinación en cada caso concreto, lo que deja a merced del juez laboral que tome conocimiento del caso el desarrollo y actualización de conceptos tradicionales como los de subordinación y dependencia. Ninguna reforma legal sería necesaria en dicho sentido si la fuente primaria del derecho del trabajo emanara de los fallos judiciales y estimásemos que basta con conceptos abstractos como el de “relación laboral” o los principios de derecho del trabajo para que sean los jueces quienes actualicen y determinen el nuevo alcance de aplicación de éstos.

Pero, una segunda alternativa en este sentido, sería incluso considerar la regulación de la figura específica a que da origen el mercado de plataformas, y al hacerlo, disponer de manera breve, sucinta, pero genérica, una regulación al efecto, por ejemplo, en un solo artículo que disponga la aplicación del Derecho del Trabajo respecto de esto prestadores de servicios.

A mi entender, ésta no es sino una segunda variante de la primera. En el fondo, si bien se adopta una medida legislativa minimalista en este segundo caso, la decisión de fondo sobre la determinación específica de la existencia de relación laboral queda en gran parte entregada a la creación jurisprudencial, lo que, en un sistema jurídico en donde el precedente judicial no resulte vinculante

ni para las partes ni para demás jueces, vierte un grado de incertidumbre mayor sobre la resolución de estos casos, dejando nuevamente en desprotección a los trabajadores.

En este sentido, bastará constatar con que en realidad estamos ante “el espejismo de la autonomía”<sup>22</sup> para calificar inmediatamente la relación como laboral.

En el caso chileno se ha regulado de manera específica en protección del trabajador una serie de preceptivas especiales que resultan irrenunciables. No bastando aquello, se ha incluido a un grupo de sujetos históricamente excluidos de la regulación laboral, como son los trabajadores independientes, a quienes se resguarda de manera específica, garantizando la existencia de estipulaciones mínimas, y hasta cautela iusfundamental ejercible por la vía jurisdiccional.

Recordemos que la misma reforma legislativa expresamente indica que si en el caso concreto se presentan los indicios de laboralidad, y en particular, si es posible configurar una relación de subordinación y dependencia en el caso concreto conforme lo dispone la legislación chilena, el supuesto “trabajador independiente” deberá ser declarado como trabajador dependiente, aplicándole íntegramente todo su estatuto regulatorio. No bastando ello, el legislador dispone una serie de requisitos de contenido del contrato de trabajadores independientes de plataformas de servicios, y además la necesidad de su escrituración. Todas éstas, a nuestro entender, son garantías suficientes de protección para los trabajadores dependientes de plataformas, pues siempre alguien que se encuentre en dicha posición podrá alegar y solicitar jurisdiccionalmente la aplicación del estatuto de trabajadores dependientes de plataformas, y las generales laborales que le resulten aplicables.

De esta manera, desde una perspectiva laboral, la figura del trabajador independiente pasa a ser secundaria, si es que tenemos en cuenta y a la vista todas las cautelas y garantías otorgadas a los dependientes para alcanzar su declaración como tales, aunque hubiesen iniciado la prestación de servicios

---

<sup>22</sup> CARBALLO MENA, César Augusto. “Trabajo Mediante Plataformas. El Espejismo De La autonomía”, en: Revista Jurídica Del Trabajo, 2020, 1 (1):146-164. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/9>., p. 162.

suscribiendo un contrato como independientes, pues en dichos casos habría sido utilizada dicha figura de manera imperfecta.

La figura de trabajador independiente, por tanto, se aplicará exclusivamente a los casos en que propiamente se trate de independientes en sentido estricto. El legislador ha previsto una serie de garantías a fin de precaver que en caso de falsos trabajadores independientes, éstos cuenten con todas las garantías de poder ser declarados como dependientes.

Considerando lo anterior, entonces como resultado del análisis de la ley, no tenemos sino una consideración benefactora específica por parte del legislador a los denominados “trabajadores independientes”. Una mejora de su posición contractual, de su condición personal de vida y accesos a cautela de derechos fundamentales, protección en los sistemas de seguridad social, y hasta una cautela civil sobre sus bienes mediante el establecimiento obligatorio de la suscripción de un contrato de seguro de bienes personales del trabajador independiente por parte de la empresa de plataformas.

Redunda en último término de una respuesta del sistema jurídico ante la pregunta sobre la posibilidad de generar un estatuto protector de los trabajadores que se podrían denominar “semiautónomos”<sup>23</sup>.

Creemos por tanto que existe un notorio avance con las nuevas disposiciones regulatorias de trabajadores dependientes e independientes de plataformas digitales de servicios. Se han establecido normas regulatorias de descanso, protectorias de remuneración, de seguridad y capacitación, y en el caso de los independientes incluso un derecho a desconexión. Normas dirigidas a conocimiento relativo al territorio de trabajo, acceso a evaluaciones, criterios de contacto utilizados por la empresa para vincularlo con el usuario, entre otras.

---

<sup>23</sup> Señala García: “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 (...)” GARCÍA, Héctor Omar. “El Trabajo Mediante Plataformas Digitales Y El Problema De Su calificación jurídica: ¿autónomo, Dependiente O Ambos a La Vez?” en: *Revista Jurídica Del Trabajo*, 2020, 1 (1):89-121. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/7>. p. 116.

A nuestro entender la regulación legislativa chilena representa un avance, tanto por la definición técnico legislativa de los conceptos normativos que se aplicaran en materia de regulación laboral de la actividad, como en el contenido sustantivo de las normas protectorias de los trabajadores, tanto de dependientes como de independientes.

Estimamos, sin embargo, que el legislador de todas formas ha olvidado gran parte de cuestiones que podían haber sido tratadas en este proceso regulatorio. Una de ellas se relaciona con la constatación de que muchos de estos trabajadores prestan servicios para varias plataformas simultáneamente. Desde el sentido común se puede plantear sólo uno de tantos ejemplos problemáticos posibles. ¿Qué ocurre con quienes simultáneamente utilizan más de una plataforma digital para prestar el mismo servicio, bajo la consideración de que libremente podrían elegir entre una variopinta demanda de usuarios un viaje específico, sin que la elección concreta venga determinada por el algoritmo, sino que se conserve un grado de libertad al trabajador? ¿puede alguien permanecer conectado simplemente no tomando los viajes de una plataforma (una cuestión es el rechazo de un viaje ya seleccionado)? y, en tal caso, ¿qué impide que pueda estar conectado a dos, tres o seis plataformas diversas que presten el mismo servicio? ¿Conserva el sentido de compensación de jornada pasiva si es que puede simultáneamente permanecer conectado a varias plataformas a la vez?

Puede que en un análisis práctico del funcionamiento del mercado constatemos que el incentivo último es que la empresa pague sólo por el tiempo efectivamente trabajado. Entonces las preguntas no remiten nuevamente a esta cuestión: ¿la regulación legislativa en realidad atiende al despliegue de aquello que podemos denominar el “Derecho del Trabajo” en abstracto, considerando también el interés de los sujetos objeto de regulación? ¿Qué ocurre si con esta intervención al mercado se incentiva a la contratación de carácter exclusiva, que tienda a que el trabajador deba a trabajar sólo en una plataforma y se reduzca en último término el acceso a renta con que actualmente cuenta? Lo que ocurre en tal caso, es que la intervención en último término tiene como objetivo modificar la forma de funcionamiento del negocio, con una perspectiva proteccionista

laboral, y es tal vez aquél el desafío primario al que Chile se verá enfrentado luego de septiembre de 2022 cuando esta ley entre en vigencia.

Tal vez algunos creen que el funcionamiento y dinámica del mercado de plataformas debe orientarse a la determinación de un único y exclusivo empleador en virtud de la estabilidad del trabajador. Pero otros, también con justa razón, podrán señalar que el inicio de este mercado de servicios a través de plataformas surge precisamente de la variedad de oferta y demanda, tanto en lo relativo a la existencia de plataformas, como a los usuarios de la misma. No hay ninguna prohibición de trabajar con cuántas plataformas existan en el país, y se puede actualmente contar con tantos empleadores como plataformas a las cuales se encuentre vinculado. De mantener esta alternativa con la nueva regulación jurídica se podrá exigir de todas y cada una de ellas la totalidad de protección establecida en la ley, independiente del tiempo en que se labore efectivamente para cada una de ellas. Se podrá no sólo ser independiente y desempeñarse con varias plataformas, sino que incluso se podrá hacer aquello siendo dependiente. Sin embargo, producto de lo anterior, puede que en este mercado las plataformas se vean orientadas a una modificación de funcionamiento de su propio servicio.

Que se cree un desincentivo a la contratación dependiente, o que respecto de la independiente se tienda al establecimiento de cláusulas de exclusividad de prestación de servicios, que limiten tanto las opciones del trabajador, como la de la empresa de plataformas de contar con trabajadores dependientes o independientes, será una constatación empírica a la que habrá que estar alerta luego de entrada en vigencia de la ley.

Creemos que lo anterior será un problema que habrá de ser constatado luego de la entrada en vigencia de la ley, y que podrá relacionarse con la permanencia de personas prestando servicios para una plataforma específica, el aumento del coste del servicio para los usuarios últimos, la baja en la cantidad de personas disponibles para prestar estos servicios, sea por exclusividad u otra razón, entre otras cuestiones.

## **5. Conclusiones**

Chile ha optado por la vía legislativa para regular laboralmente la situación jurídica de las personas que prestan servicios mediante plataformas<sup>24</sup>. La opción ha sido la de detallar extensamente los términos de la relación laboral de trabajadores dependientes de plataformas, y crear una figura de protección especial para los trabajadores independientes de plataformas digitales de servicios, que, en el fondo, no son trabajadores dependientes en términos del Código del Trabajo, por no desempeñarse bajo subordinación o dependencia, pero gozarán de una protección privilegiada como contratantes.

Puede que en el fondo sea dicha diferencia la que incomode a muchos, y aquello tiene que ver con una constatación que es posible formular de manera simple; hay quienes en el fondo creen que, tratándose de plataformas, jamás podrá una persona prestar servicios de manera independiente; que por definición ante la constatación de prestación de servicios mediante el uso de plataformas siempre estaremos ante “el espejismo de la autonomía”, y habrá de constatarse una relación laboral o, en otros términos, que todos los usuarios que prestan servicios a través de una plataforma son en último término trabajadores.

Pues bien, la anterior consideración o bien es pre legislativa, o, en realidad, implícitamente considera que basta con los conceptos de subordinación o dependencia actualizados para determinar la calificación de esta relación jurídica<sup>25</sup>, y, por supuesto, que quienes aplicarán el derecho compartiendo dicho criterio, como expusimos.

Es pre legislativa en cuanto supone, antes incluso de la estructura de la normatividad agente en un sistema jurídico determinado, que existe una meta supralegislativa a alcanzar, y que es encomendada por el Derecho del Trabajo en su consideración abstracta, y que se relaciona con el fin del Derecho del

---

<sup>24</sup> Sobre dicha necesidad, señala Mirabal Rondón que “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”. MIRABAL RENDÓN, Iván. “Perspectivas Del Derecho Del Trabajo En La Era Digital. Análisis teórico: De La reflexión a Los Criterios De Adaptabilidad”, en: *Revista Jurídica Del Trabajo* 1 (1):122-45. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/8>, p. 135.

<sup>25</sup> Pueden crearse pautas abstractas de análisis específicamente aplicable a estos casos. Ver: ROSENBAUM CARLI, Federico. *El Trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2020, 248-321.

Trabajo y la protección de determinadas personas que se interrelacionan con otras en una relación de mercado. En ese sentido, lo que se puede sostener es que el Derecho del Trabajo debe proteger a estas personas que prestan servicios a través de plataformas, y la forma de cautelarlos es considerarlos trabajadores. Por eso, ninguna persona natural que participe en ese intercambio de mercado podría ser considerada independiente, sino siempre trabajador. Por esto le repugna la idea de un prestador de servicios independientes mediante plataformas; porque pareciese una expresión contradictoria en sus términos. No se puede ser trabajador e independiente simultáneamente.

En segundo lugar, implícitamente esta postura al repugnar una figura como la de trabajador independiente de plataformas lo que hace, implícitamente, es situar entre los elementos de determinación (indicios) de laboralidad, y en específico, como indicios de subordinación o dependencias, a los elementos fácticos que concurren en esta figura de prestación de servicios.

En el fondo, mediante la “actualización” de los indicios de laboralidad, no haríamos sino incluir los elementos descriptores (fácticos) de este tipo de relaciones de mercado, de manera tal que su concurrencia inefablemente nos llevarían siempre y en todo caso a la calificación de la relación como una de naturaleza laboral.

Pues bien, bajo esta consideración el problema se encontraría resuelto anticipadamente: siempre, por definición, por la actualización del elemento descriptor de la laboralidad como la subordinación y dependencia (meta legislativo), en un caso de prestador de servicios mediante plataformas estaríamos ante un trabajador. El problema legal para esta postura radicaría no tanto entonces en la calificación jurídica de la relación (pues, en su lógica, cabría confiar en que los jueces laborales comparten dicha actualización de contenido del concepto determinante de la relación laboral, y de los indicios de laboralidad), sino más bien en la especificación legal de garantías adicionales o específicas que regulen la prestación de servicios en este mercado, reiteramos, siempre laboral por definición. Descontado que son trabajadores, la tarea del legislador es sólo efectuar una tarea protectoria especial atendidas las particularidades del rubro.

Creemos que precisamente el legislador chileno ha venido a clausurar dicha incertidumbre mediante la positivización de las normas regulatorias de trabajadores dependientes e independientes. Se ha hecho cargo de su funcionamiento y lógica interna fundamental, y ha resguardado específicamente a los trabajadores dependientes, conservando la posibilidad de una figura diversa, libremente pactada, que se encuentra además altamente regulada, y que tiene una orientación manifiestamente garantista en comparación con los demás trabajadores independientes.

Sin embargo, ante el desarrollo de las nuevas formas de comunicación e inter relacionamiento subjetivo que se encuentra mediado hoy en día por las plataformas digitales, si bien la reforma representa un avance, aún restan muchas cuestiones a considerar. Por ejemplo, la situación de quienes suben contenido audiovisual o simplemente de audio o video, por separado, a una plataforma virtual, a la cual acceden usuarios que también pagan una tasa o precio por acceso a las mismas, plantea un problema sobre la naturaleza de la relación jurídica entre la plataforma y quien provee el respectivo contenido. ¿Podría llegar a calificarse como laboral la relación contractual por la cual una parte se obliga a subir un contenido determinado, dos veces a la semana por ejemplo, a una plataforma digital, y por lo cual recibe un determinado monto de dinero, a la vez que la plataforma también obtiene una ganancia propia, por suscripciones o similares, o inclusive una comisión de cobro frente a aportes? ¿Qué ocurre con quienes se dedican profesionalmente a los E Sports? En estos casos se complejiza aún más la situación jurídica, pues podría volverse hasta triádica si es que el jugador en concreto ha suscrito un contrato por el cual se obliga, por ejemplo, a participar dos días a la semana en un torneo específico determinado por la plataforma, o incluso, más complejo aún, si en apariencia es sólo transmitido por ésta. Pero aún más compleja se vuelve la situación si dicho jugador a su vez pertenece a un equipo, y se encuentra entonces jugando en representación de una institución o empresa en específico, y entrena para su participación, además de utilizar los respectivos distintivos institucionales. ¿Existe relación laboral en tal caso? ¿Con quién o quiénes?

Creemos que el Código del Trabajo chileno, aún después de esta reforma ha dejado temas abiertos a discusión, y, sin duda, lo primero a explorar será su propia estructura interna aplicada, en primer lugar, a la prestación de servicios de transporte de mercadería y pasajeros.

Uno de los temas que concitará seguramente la mayor atención con la entrada en vigencia de esta ley será el volumen de trabajadores dependientes e independientes que contraten con estas empresas, pues, en los hechos, la mayor preocupación redundará en la aplicación masiva de la figura de independientes, aún en casos que no corresponda. A nuestro entender el legislador ha dispuesto un plexo de desincentivos al mal uso de dicha figura, sin embargo, será en último término la jurisprudencia y la manifestación institucional de la conflictividad laboral las que develarán en último término si el legislador estuvo a la altura, o no.

## Bibliografía

- DE LA RIVA, A. (2019). "E sports: deporte en la era 4.0", en Revista CADE: doctrina y jurisprudencia, N°. 52, págs. 55-60.
- GATTI, A. (2021). El poder disciplinario del empleador. El castigo en el vínculo laboral. Editorial B de F., Buenos Aires, Argentina.
- LIZAMA PORTAL, L. y LIZAMA CASTRO, D. (2020). El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías. DER Ediciones, Santiago, Chile.
- LIZAMA PORTAL, L. y LIZAMA CASTRO, D. (2019). Manual de derecho individual del trabajo. Ediciones DER, Santiago, Chile.
- ROSENBAUM CARLI, F. (2020). El Trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.
- UGARTE, J. (2014). Derecho del Trabajo. Invención, teoría y crítica, Editorial Thomson Reuters-LegalPublishing, Santiago, Chile.
- WALKER ERRAZURIZ, F. (2003). *Derecho de las relaciones laborales*. Editorial Universitaria, Santiago, Chile.

## Recursos electrónicos

- CARBALLO MENA, C. (2020). "Trabajo Mediante Plataformas. El Espejismo De La autonomía", en: Revista Jurídica Del Trabajo, 1 (1):146-164. Disponible en <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/9>.
- GARCÍA, H. (2020). "El Trabajo Mediante Plataformas Digitales Y El Problema De Su calificación jurídica: ¿autónomo, Dependiente O Ambos a La Vez?" en: Revista Jurídica Del Trabajo, 1 (1):89-121. Disponible en <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/7>.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. (2020). "La función Social Y Las Transformaciones Del Derecho Del Trabajo", en: . Revista Jurídica Del Trabajo, 1 (1):1-26. Disponible en <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/3>.

---

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN  
PLATAFORMAS EN CHILE, INTRODUCIDA AL CÓDIGO DEL  
TRABAJO POR LA LEY NRO. 21.431**

**CRITICAL ANALYSIS OF THE REGULATION OF WORK ON  
PLATFORMS IN CHILE, INTRODUCED TO THE LABOR CODE  
BY LAW NO. 21.431**

Jorge LEYTON GARCÍA

*Master of Laws del University College London, Reino Unido. Candidato a Doctor, University of Bristol, Reino Unido. Investigador del proyecto Fairwork en Chile.*

[jorge.leyton@bristol.ac.uk](mailto:jorge.leyton@bristol.ac.uk)

Rodrigo AZÓCAR SIMONET

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Director y profesor del Departamento de Práctica y Asistencia Jurídica (Clínica Jurídica UC). Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca y Universidad de Valencia. Magíster en Administración de Empresas MBA UC.*

[reazocar@uc.cl](mailto:reazocar@uc.cl)

Fecha de envío: 22/04/2022

Fecha de aceptación: 27/04/2022

---

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN  
PLATAFORMAS EN CHILE, INTRODUCIDA AL CÓDIGO DEL TRABAJO  
POR LA LEY NRO. 21.431**

Jorge LEYTON GARCÍA

*University of Bristol (Reino Unido)*

Rodrigo AZÓCAR SIMONET

*Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)*

---

**Resumen:** Los autores aportan al debate un análisis crítico de la regulación del trabajo en plataformas en Chile, introducida al Código del Trabajo por la Ley Nro. 21.431.

**Palabras clave:** Derecho del trabajo - Trabajo de Plataformas - Contrato de Trabajo

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Antecedentes y contexto de la normativa. 2.1. La realidad del trabajo en las economías de plataformas. 2.2. Interpretación jurisprudencial y discusión legislativa. 3. Contenido y ejes de la Ley Nro. 21.431. 4. Análisis crítico de la regulación introducida al Código del Trabajo. 4.1. Aplicación de la normativa y aspectos conceptuales. 4.2. Elección de la categoría contractual en el contexto de la desigualdad en el poder negociador de las partes. 4.3. Categorías de trabajadores con diferente protección. 4.4. Implicancias que preliminarmente se vislumbran en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. 5. Reflexiones finales: una oportunidad perdida.

**Abstract:** The authors contribute to the debate a critical analysis of the regulation of work on platforms in Chile, introduced to the Labor Code by Law No. 21.431.

**Key words:** Labor Law - Platform Work - Employment Contract

**Summary:**

1. Introduction. 2. Background and context of the regulations. 2.1. The reality of work in platform economies. 2.2. Jurisprudential interpretation and legislative discussion. 3. Content and axes of Law No. 21,431. 4. Critical analysis of the regulation introduced to the Labor Code. 4.1. Application of regulations and conceptual aspects. 4.2. Choice of the contractual category in the context of the inequality in the bargaining power of the parties. 4.3. Categories of workers with different protection. 4.4. Implications that are preliminarily glimpsed in the individual and collective rights of workers. 5. Final Thoughts: A Missed Opportunity.

## 1. Introducción

Se ha discutido tanto a nivel nacional como internacional sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual existente entre las empresas que prestan servicios a través de plataformas digitales y las personas que trabajan en ellas.

En ese contexto, Chile ha sido pionero en la región al regular esta vinculación contractual: el 11 de marzo de 2022 fue publicada en el Diario Oficial la Ley Nro. 21.431, que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, y que entrará en vigor el 01 de septiembre del mismo año.

Esta ley incorpora un nuevo capítulo al Código del Trabajo, cuyo objeto es regular las relaciones entre trabajadores de plataformas digitales y las empresas de plataformas digitales de servicios, lo que hace a partir de ejes regulatorios basados en la distinción entre “trabajadores de plataformas digitales dependientes” y “trabajadores de plataformas digitales independientes”, para los cuales crea normas específicas, junto a normas comunes a ambos tipos de trabajadores. Estas categorías son definidas en el texto de la nueva ley, junto con una serie de definiciones relevantes, incluyendo la de empresa de plataforma digital de servicios y de trabajador de plataformas digitales (con las citadas distinciones).

Estas figuras son reguladas a través de la creación de contratos especiales. En cuanto al contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes, incorpora una regulación laboral especial, en la medida que los servicios se presten bajo subordinación y dependencia, regulación que incluye cláusulas adicionales a las contenidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, así como aspectos específicos del deber de seguridad del empleador, de la jornada de trabajo, de las remuneraciones, entre otros.

Respecto al contrato de prestación de servicios de los trabajadores de plataformas digitales independientes, se incorpora como un nuevo contrato que no tiene la naturaleza laboral, en el que se especifica que no hay vínculo de subordinación y dependencia. La regulación de este contrato se realiza mediante

la incorporación de cláusulas obligatorias, entre las que destacan la regulación de los honorarios para este tipo de trabajadores, el acceso que deben tener al sistema de seguridad social y el derecho a la desconexión, así como el aviso previo que debe realizar la empresa en caso de terminación del contrato y la vigencia de sus derechos fundamentales, entre otras.

Como se adelantó, la aprobación y publicación de estas normas hacen de Chile uno de los primeros países en contar con una respuesta legislativa a las preguntas que el trabajo en plataformas ha planteado para los sistemas jurídicos a nivel nacional e internacional: ¿se trata de servicios prestados en condiciones que ameritan la intervención de la legislación? Si es ese el caso, ¿corresponde que la respuesta se desarrolle desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social? En otros términos, ¿son trabajadores dependientes que requieren una especial protección los miles de personas que prestan servicios para las empresas de plataforma digitales?<sup>1</sup>.

Estas preguntas son relevantes y no pertenecen solamente al ámbito teórico: las respuestas que se den tienen implicancias concretas en las condiciones en las que miles de personas prestan servicios día a día en esta industria. Es decir, es un problema del denominado “mundo del trabajo”, ya que referirse a la calificación jurídica de este trabajo y sus condiciones laborales, implica referirse a materias como la limitación del tiempo de trabajo, la suficiencia de las remuneraciones pagadas o el acceso a información relevante sobre las condiciones de la industria, entre otras preocupaciones que tradicionalmente aborda la disciplina laboral.

Considerando todo lo anterior, en el presente artículo se realiza un análisis crítico de la regulación del trabajo en plataformas en Chile, introducida al Código del Trabajo por la Ley Nro. 21.431. En esta labor, cabe realizar dos precisiones: la primera, es que el presente documento no tiene por objetivo realizar un estudio sistematizado de la nueva normativa, sino que identificar algunos nudos

---

<sup>1</sup> Algunas nociones generales sobre este debate pueden encontrarse en [https://psicologia.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2019/07/PsicologiaHoy\\_33.pdf](https://psicologia.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2019/07/PsicologiaHoy_33.pdf) (páginas 7 y 8). Para un análisis sucinto de los desafíos que este fenómeno crea para el derecho del trabajo, ver [http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/08/leyton\\_noticias\\_cielo\\_n7\\_2019.pdf](http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/08/leyton_noticias_cielo_n7_2019.pdf). Un análisis más acabado de esta materia puede encontrarse en (Davidov 2017) y en (Muñoz García 2018).

interpretativos a propósito de la opción legislativa contenida en esta ley; la segunda, es que este análisis crítico debe ser tomado como preliminar, toda vez que la normativa aún no se encuentra vigente, no se ha emitido un dictamen interpretativo por parte de la Dirección del Trabajo y la experiencia ha indicado que la aplicación práctica y la intervención de los principales operadores del sistema jurídico laboral tiene una gran influencia en la vigencia de cualquier normativa.

Para realizar este análisis crítico de la Ley Nro. 21.431, en primer lugar, se presentan someramente los antecedentes y el contexto de la normativa, esto es, la realidad del trabajo en las economías de plataformas, la interpretación jurisprudencial y la discusión legislativa, para luego presentar el contenido y ejes centrales de esta nueva normativa. A continuación, se realiza un análisis crítico de la forma en que se intentan resolver los problemas asociados a las condiciones de trabajo en el sector, especialmente considerando la aplicación de la normativa y aspectos conceptuales, la elección de la categoría contractual en el contexto de la desigualdad en el poder negociador de las partes, las categorías de trabajadores con diferente protección, y ciertas implicancias que preliminarmente se vislumbran en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Finalmente, el análisis concluye con una reflexión general sobre esta temática y sobre esta normativa.

## **2. Antecedentes y contexto de la normativa**

### **2.1. La realidad del trabajo en las economías de plataformas**

Para un adecuado análisis crítico de esta nueva normativa -y considerando que la regulación del trabajo humano (expresado a través del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social) sigue siendo un derecho nuevo que se encuentra en constante evolución y de eminente carácter realista, al reflejar las condiciones económicas y sociales de la época-, resulta relevante considerar el actual contexto en que se desarrollan las relaciones laborales y el impacto que

las nuevas tecnologías y formas de comunicación han tenido, así como el surgimiento de la economía de plataformas.

Lo relevante para este análisis es evaluar las condiciones en las que se prestan servicios en la llamada economía de plataformas, que han implicado cambios importantes en las relaciones laborales, afectando tanto a trabajadores como empleadores. Es reconocido que este escenario ha propiciado importantes oportunidades laborales, empresariales y para la sociedad entera, pero al mismo tiempo también ha presentado amenazas, como ocurre para el trabajo decente y la economía formal.

En materia de condiciones laborales, si bien la información disponible no está ordenada en forma sistemática, existen elementos que dan cuenta que difícilmente podrían ser calificadas como ideales. Ejemplos de aquello son la existencia de jornadas extensas<sup>2</sup>, remuneraciones bajas e inseguras<sup>3</sup>, condiciones de higiene y seguridad deficientes<sup>4</sup>, entre otros problemas.

Esta realidad contrasta con la imagen que muestran las empresas del rubro, en la que el trabajo mediante plataformas es presentado como trabajo autónomo, similar al de un emprendedor u otro tipo pequeño de empresario. Se trata de un discurso extendido entre las empresas del rubro, cuyo lenguaje, basado en ideas como el carácter innovador de su enfoque o su capacidad “disruptiva”, presenta la realización de tareas propias de un trabajo asalariado como oportunidades de emprendimiento (“gigs”) que el mercado laboral actual aun no conoce (Prassl 2018, 43–45).

El problema está en que, se presente como se presente esta forma de trabajo, los antecedentes indicados dan cuenta de una situación que ninguna de las innovaciones tecnológicas u organizacionales introducidas por estas empresas ha dejado atrás, a saber, la existencia, primero, de evidentes

---

<sup>2</sup> De acuerdo con un estudio reciente realizado en Santiago, el promedio de duración de la jornada semanal de un grupo de más de 200 trabajadores es de 62 horas (Asenjo y Coddou 2021, 45–46).

<sup>3</sup> En el informe 2021 de Fairwork Foundation, ninguna de las empresas consideradas pudo demostrar que sus trabajadores recibieran un monto equivalente al ingreso mínimo mensual tras descontar costos (Fairwork Foundation s.f.). El informe 2021 está disponible en <https://fair.work/es/fw/publications/fairwork-chile-puntuaciones-2021/>.

<sup>4</sup> Casi la mitad de los trabajadores encuestados en el estudio mencionado previamente declaró no tener un seguro de salud (Asenjo y Coddou 2021, 57–58).

disparidades de poder negociador entre la empresa y las personas que prestan servicios, y segundo, la existencia de formas de trabajo bajo condiciones de subordinación y dependencia.

El trabajo en la economía de plataformas, entonces, no es necesariamente distinto a otras formas de trabajo subordinado (Prassl 2018, 5,130). De hecho, es posible afirmar que en muchos casos el control ejercido por estas empresas sobre quien presta el servicio (y por ende, sobre la forma en que lo presta) se torna más intenso, aun con el uso de la tecnología como mecanismo de vigilancia y control directo o indirecto<sup>5</sup>.

Este es el escenario y las condiciones que se deben tener en cuenta a la hora de evaluar la nueva normativa.

## **2.2. Interpretación jurisprudencial y discusión legislativa**

En un análisis crítico de la nueva normativa, no sólo se debe considerar el contexto de la economía de plataformas, sino también los antecedentes que se presentaron en la interpretación jurisprudencial y en la discusión legislativa.

En el ámbito jurisprudencial, cabe destacar que la Dirección del Trabajo, respondiendo a un oficio remitido por la Cámara del Senado en el contexto de la tramitación legislativa, indicó que “La determinación de la naturaleza jurídica del vínculo que une a la empresa Uber con los conductores que operan en su plataforma tecnológica y, en particular, si se trata de una relación laboral o no, exige la calificación y ponderación de hechos en un procedimiento de confrontación probatoria, cuyo conocimiento necesariamente está entregado a los Tribunales de Justicia, por lo que no resulta jurídicamente procedente que

---

<sup>5</sup> En el marco de su decisión sobre la laboralidad de los contratos de un conjunto de conductores de Uber en Londres, la Corte Suprema del Reino Unido (recogiendo el análisis del tribunal de primera instancia) detalla un conjunto de mecanismos a través de los cuales la compañía controla la forma en que los conductores prestan servicios, destacando elementos como la fijación de las tarifas, el uso de un sistema de calificación mediante ratings para disciplinar directa o indirectamente a los trabajadores, entre otros (Uber BV & Ors v Aslam & Others 2021, párr. 93–101) (un análisis de los elementos de esta sentencia puede encontrarse en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-caso-uber-en-el-reino-unido-y-el-rol-protector-del-derecho-del-trabajo/>).

esta Dirección se pronuncie de modo genérico sobre el particular.” (Dirección Del Trabajo. Ordinario Nro. 6465. 29 de diciembre de 2016).

Cabe señalar que la autoridad laboral administrativa ha mantenido constante su interpretación sobre la situación de los conductores de transportes privados de pasajeros y de plataformas tecnológicas<sup>6</sup>.

A nivel judicial, destaca una sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, que se pronunció sobre la declaración de existencia de la relación laboral en trabajadores de plataformas de delivery: “Que, para tal efecto, debemos tener presente que la existencia de una nueva realidad productiva, basada en prestaciones de servicios a través de plataformas digitales, con innovaciones tecnológicas que incluso propician, la instauración de sistemas de control digitalizados de la ejecución de tales prestaciones, representan una aparente dificultad a la hora de determinar la presencia de los elementos definitorios que nos permiten concluir si estamos o no ante la presencia de una relación contractual laboral. (...) La sentenciadora realizó precisamente dicho ejercicio, como se desprende de los diversos considerandos de su fallo, y de esa forma llegó a concluir que la relación que ligó al demandante con Pedidos Ya Chile, era de carácter laboral, por estimar acreditado los elementos esenciales de tal relación, esto es la subordinación y dependencia, como lo consigna en su motivo décimo y undécimo, así como también la ajenidad de los servicios, como lo registró en el considerando Décimo Cuarto; racionios en los cuales explicita claramente los argumentos en base a las cuales concluye en lo resolutivo” (Considerando 7°, Corte de Apelaciones de Concepción. Rol Nro. 395-2020. 15 de enero de 2021. Recurso de Nulidad. Recurso rechazado. Cuarta Sala: Viviana Iza, Jimena Troncoso y Waldo Ortega).

A nivel legislativo, resulta relevante considerar que en Chile se han presentado tres proyectos de ley que han buscado regular y dar protección de

---

<sup>6</sup> En este sentido, ha indicado recientemente que “La determinación de la naturaleza jurídica del vínculo que une a la empresa Uber con los conductores que operan en su plataforma tecnológica y, en particular, si se trata de una relación laboral o no, exige la calificación y ponderación de hechos en un procedimiento de confrontación probatoria, cuyo conocimiento necesariamente está entregado a los Tribunales de Justicia, por lo que no resulta jurídicamente procedente que esta Dirección se pronuncie de modo genérico sobre el particular.” (Dirección Del Trabajo. Ordinario Nro. 2.479. 02 de noviembre de 2021).

trabajadores de plataforma digitales, cada uno de los cuales presentaba una solución y un modelo para hacerse cargo de las problemáticas del sector.

Un primer modelo se encuentra en el Boletín Nro. 13.496-13, proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, que ingresó el miércoles 13 de mayo de 2020, por iniciativa de los senadores Carolina Goic, Juan Pablo Letelier, Manuel José Ossandón y David Sandoval.

Este proyecto, luego de diversas modificaciones en su origen, se convirtió posteriormente en ley Nro. 21.431. El modelo original del proyecto que presentaba era reconocer garantías básicas a personas que prestan servicios en plataformas, sin pronunciarse sobre la naturaleza del vínculo jurídico. El modelo que terminaría plasmado en la ley objeto de este análisis, surgió fruto de una negociación entre el Poder Ejecutivo y el Senado (Poder Legislativo). El enfoque del proyecto inicial eludía la pregunta por el estatus de estos trabajadores, optando simplemente por fijar algunas normas básicas de protección.

Un segundo modelo se encuentra en el Boletín Nro. 12.618-13, proyecto de ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión, que ingresó el 14 de mayo de 2019 por iniciativa del Poder Ejecutivo, específicamente por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En este proyecto se establecía un artículo (8 bis), que disponía que los servicios prestados bajo plataformas digitales no dan origen, por regla general, a una relación laboral. Lo anterior, señalaba dicho proyecto, en la medida en que no se dieran los elementos propios y característicos de la subordinación y dependencia. El proyecto establecía, sin embargo, una serie de exigencias para las empresas de plataforma, relativas al establecimiento de condiciones mínimas para la prestación de los servicios. Llamativamente, la norma se preocupaba expresamente de señalar que estas condiciones no constituirían “por si solas” una presunción de dependencia y subordinación. El proyecto establecía también ciertas garantías mínimas, 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.

Este modelo, como queda de manifiesto, optaba por mantener el estatus independiente de los trabajadores de plataformas e introducir ciertas protecciones básicas, inferiores a las que contempla la legislación laboral.

Finalmente, una tercera alternativa se encontraba en el Boletín Nro. Boletín Nro. 12.475-13, proyecto de ley que regula el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios, que ingresó el 14 de marzo de 2019, por iniciativa de los diputados Giorgio Jackson, Maite Orsini, Raúl Soto y Gael Yeomans.

En este proyecto se proponía el establecimiento de un estatuto laboral especial para los trabajadores de plataformas, reconociendo distintos derechos a los mismos: jornada autónoma y limitada, seguridad laboral, transparencia, jornada pasiva, terminación del contrato, sindicalización y tutela de derechos fundamentales. La respuesta de este proyecto, el primero en abordar específicamente este tema, optaba claramente por la laboralidad del vínculo.

### **3. Contenido y ejes de la Ley Nro. 21.431**

Como se indicó anteriormente, el principal objetivo de la esta Ley fue crear un marco regulatorio innovador para proteger adecuadamente a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales, quienes hasta ahora se encontraban al margen de la legislación laboral<sup>7</sup>.

Desde esta perspectiva, se parte de la concepción que, al no ser considerados trabajadores tradicionales, se encontraban en el contexto de un trabajo precario, en el cual no tenían la protección ni la cobertura del sistema de seguridad social. Por ello se les otorgó expresamente la categoría de trabajadores, aunque realizando una importante distinción: entre trabajadores dependientes e independientes, a los cuales se les reconoce derechos y obligaciones en común, pero también importantes particularidades. Este reconocimiento también constituye uno de los objetivos de la ley, la cual buscó

---

<sup>7</sup> Minuta Comunicacional Plataformas Digitales. Subsecretaría del Trabajo, p. 1.

reconocer que dichas personas son trabajadores independientes con derechos y obligaciones determinados, calificación antes no considerada.

De la misma forma, esta nueva normativa buscó profundizar la necesidad de compatibilizar la debida protección de los trabajadores de plataformas digitales de servicios, con la creación de empleo y el desarrollo de nuevas tecnologías. Asimismo, se indicó que “busca proteger a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales de servicios, garantizando un piso común de condiciones mínimas para trabajadores dependientes e independientes”<sup>8</sup>. No obstante, lo anterior, esta nueva ley también busca ser “una regulación innovadora, entendiendo que no todas las plataformas operan de la misma manera; y asumiendo que seguirán surgiendo nuevas plataformas digitales en el futuro”<sup>9</sup>.

Fue así como esta ley, publicada el 11 de marzo de 2022, incorpora el Capítulo X al Código del Trabajo, denominado: “Del trabajo mediante plataformas digitales de servicios”, en el Libro I, del Título II “De los contratos especiales”, cuyo ámbito de aplicación se encuentra en regular las relaciones entre trabajadores de plataformas digitales -dependientes e independientes- y las empresas de plataformas digitales de servicios, ya sea que se realicen a través de un contrato de trabajo o de un contrato de prestación de servicios independientes, estableciendo los siguientes ejes regulatorios: (i) normas para trabajadores de plataformas digitales dependientes; (ii) normas para trabajadores de plataformas digitales independientes,; (iii) normas comunes a ambos tipos de trabajadores.

Para dichos ejes regulatorios, en primer lugar, la ley define lo que debe entenderse por empresa de plataforma digital de servicios y trabajador de plataformas digitales, para luego regular el contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes y el contrato de los trabajadores de plataformas digitales independientes, finalizando con normas comunes aplicables a ambas categorías de trabajadores y disposiciones transitorias.

---

<sup>8</sup> Minuta Comunicacional Plataformas Digitales. Subsecretaría del Trabajo, p. 1.

<sup>9</sup> Ídem.

En cuanto al contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes, se incorpora una regulación laboral especial para este tipo de trabajadores, en la medida que los servicios se presten bajo subordinación y dependencia, que en el sistema chileno es propio de todo tipo de contrato de trabajo.

La regulación de este contrato especial incluye cláusulas mínimas adicionales a aquellas contenidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, así como aspectos específicos del deber de seguridad del empleador, de la jornada de trabajo, de mecanismos de registro de jornada y de las remuneraciones.

Respecto al contrato de prestación de servicios independientes de los trabajadores de plataformas digitales independientes, se incorpora como un nuevo contrato, pero al interior del Código del Trabajo, en el que se especifica que no hay vínculo de subordinación y dependencia.

La regulación de este contrato se realiza a través de la incorporación de las principales cláusulas que debe contener, entre las que destacan, la regulación de los honorarios para este tipo de trabajadores, el acceso que deben tener al sistema de seguridad social y el derecho a la desconexión, así como el aviso previo que debe realizar la empresa en caso de terminación del contrato y la vigencia de sus derechos fundamentales, entre otros.

Como se indicó, también se regulan aspectos comunes aplicables a los trabajadores dependientes e independientes, como lo son: la obligación de informar sobre el servicio ofrecidos; la transparencia y derecho a la información; la prohibición de discriminación por mecanismos automatizados de toma de decisiones; la capacitación y los elementos de protección; la base de cálculo de indemnizaciones legales; los derechos colectivos; el cumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores de nacionalidad chilena, y; la fiscalización de la normativa, así como la evaluación y seguimiento por parte del Consejo Superior Laboral.

Es importante indicar que esta ley entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a su publicación en el Diario Oficial, lo que corresponde al 01 de septiembre de 2022.

#### 4. Análisis crítico de la regulación introducida al Código del Trabajo

Como se indicó anteriormente, Chile ha sido pionero en una regulación que otorga la calidad de trabajadores a quienes se desempeñan prestando servicios a través de las plataformas digitales, “las cuales son una modalidad de intermediación laboral despersonalizada y más propiamente cibernética” (Villasmil, 2019)<sup>10</sup>.

En este sentido, se avanzó en una legislación que busca ser moderna e innovadora respecto a la realidad de este sector y en la cual no existía una regulación, lo cual propiciaba una desprotección y precarización del empleo de esos trabajadores.

De esta manera, se reconoce la categoría de “trabajador” de todas las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales, ya sean dependientes o independientes, lo cual implica otorgarles una serie de derechos y obligaciones ya explicados en el apartado anterior. Además, esta regulación se concreta considerando la flexibilidad que estos trabajadores necesitan y por las cuales, en muchos casos, han decidido prestar servicios bajo esta modalidad.

Asimismo, se ha planteado una evaluación de esta normativa, la cual queda entregada al Consejo Superior Laboral, ente que durante los primeros tres años de vigencia de la ley, deberá emitir un informe anual en el que se evaluará su implementación y aplicación, así como sus resultados.

Sin embargo, este avance legislativo no resulta ser acorde a lo que se necesitaba para regular la realidad del trabajo a través de plataformas, ni tampoco acorde al contexto de las relaciones laborales en el país.

A partir de lo anterior, a continuación, se identifican y presentan algunos aspectos críticos que se evidencia al momento de publicarse esta ley, volviendo a tener presente que la aplicación práctica y la intervención de los principales operadores del sistema jurídico laboral tiene una gran influencia en la vigencia de cualquier normativa, sobre todo considerando que la ley no se encuentra vigente a la fecha.

---

<sup>10</sup> Villasmil Prieto, Humberto (2019). Del trabajo industrial al trabajo por plataformas digitales: las relaciones de trabajo del posfordismo. Blog, OIT. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6us> (agosto, 2020).

#### 4.1. Aplicación de la normativa y aspectos conceptuales

Como se indicó, esta Ley comienza incorporando conceptos básicos de lo que debe entenderse por “empresa de plataforma digital de servicios” y “trabajador de plataformas digitales”, lo cual siempre contribuye a un mejor entendimiento de la normativa.

Sin embargo, en este caso, al ser definiciones propias y especiales que eventualmente se tendrían que privilegiar por sobre las definiciones generales del artículo 3 del Código del Trabajo, se evidencian algunos puntos de conflicto que tendrían que ser armonizados.

En este sentido, cabe destacar que el artículo 152 quáter R establece que las demás normas del Código del Trabajo son aplicables a la categoría de trabajadores dependientes, en la medida que no sean incompatibles o contradictorias con los preceptos de esta nueva normativa.

En cuanto a la definición de “empresa de plataforma digital de servicios”<sup>11</sup>, conviene destacar que la definición es amplia en cuanto a los tipos de servicio, incluyendo el reparto de mercaderías (el llamado delivery) y el transporte menor de pasajeros (incluyendo, entonces, a empresas como Uber o Cabify), entre otros.

Esta amplitud, sin embargo, está calificada por la segunda parte de la definición, la que excluye a plataformas que actúan como mercados digitales, circunscribiendo por tanto la aplicación de estas normas a lo que conocemos como plataformas de servicios on demand (Prassl 2018, 13), en las que un conjunto de personas está a disposición de la empresa para prestar el servicio solicitado por el usuario.

---

<sup>11</sup> En la letra a) del artículo 152 quáter Q del Código del Trabajo, define a las “empresas de plataformas digitales de servicios”, como “Aquella organización que, a título oneroso, administra o gestiona un sistema informático o de tecnología ejecutable en aplicaciones de dispositivos móviles o fijos que permite que un trabajador de plataformas digitales ejecute servicios, para los usuarios de dicho sistema informático o tecnológico, en un territorio geográfico específico, tales como el retiro, distribución y/o reparto de bienes o mercaderías, el transporte menor de pasajeros, u otros.” Agrega que “No se considerarán como empresas de plataformas digitales de servicios para los efectos de este Capítulo, aquellas plataformas que se limiten a publicar anuncios de prestación de servicios de personas naturales o jurídicas, o bien anuncios de venta o arriendo de bienes muebles o inmuebles, aun cuando la contratación de dichos servicios pueda hacerse a través de la plataforma.”

Además, esta amplitud también podría verse afectada con la calificación que la propia ley hace de estas organizaciones que actúan a título oneroso, entendiendo que excluye otras posibles modalidades y restringiendo el concepto del artículo 3 del Código del Trabajo<sup>12</sup>, pues podría entenderse que se excluye aquellas acciones que persiguen el logro de fines sociales, culturales o benéficos.

En consecuencia, por estas dos vías, podría restringirse la aplicación de esta normativa.

El segundo concepto relevante que introduce esta normativa es el de “trabajador de plataformas digitales”<sup>13</sup>, al adaptar la definición de trabajador contenida en la letra b) del artículo 3 del Código del Trabajo<sup>14</sup> a esta figura, añadiendo los elementos propios de esta forma de organización laboral, en concreto, que los servicios personales son solicitados aquí a través de la aplicación correspondiente.

Además, lo hace también creando una novedosa adición: se refiere a trabajadores que prestan servicios “a cuenta propia o ajena”. Sobre este último aspecto, conviene destacar que el concepto de “cuenta propia” no se encontraba incorporado al Código del Trabajo, siendo sólo parte del análisis que realizaba la doctrina y la jurisprudencia.

En este último caso, según aplicación del artículo 152 quáter W, se aplicará cuando la empresa de plataforma digital de servicios sólo se limita a coordinar el contacto entre el trabajador y los usuarios.

---

<sup>12</sup> “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 la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.”

<sup>13</sup> En la letra b) del artículo 152 quáter Q del Código del Trabajo, define al trabajador de plataformas digitales como “Aquel que ejecuta servicios personales, sea a cuenta propia o ajena, solicitados por usuarios de una aplicación administrada o gestionada por una empresa de plataforma digital de servicios.” Además, precisa que “El trabajador de plataformas digitales será considerado como trabajador dependiente o trabajador independiente, según concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 7º del presente Código.”

<sup>14</sup> “Para todos los efectos legales se entiende por: b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.”

De esta manera, en la normativa se establece una doble categoría de trabajadores: el trabajador dependiente o por cuenta ajena, y el trabajador independiente o por cuenta propia.

Si bien la diferencia entre uno y otro dependerá si concurren o no los elementos de toda relación laboral, contenidos en el artículo 7 del Código del Trabajo, lo cierto es que, según se explicará en los siguientes apartados, en la práctica esta decisión quedará a criterio de la empresa, aun cuando posteriormente pueda influir la calificación realizada por los tribunales laborales de justicia.

Finalmente, respecto a aspectos conceptuales, queda la interrogante de cuál es el límite al trabajo a través de plataformas y si alcanza a otras formas de trabajar y a las profesiones liberales. Además, queda la interrogante de cómo se vincula o articula con la modalidad de trabajo a distancia y teletrabajo, y con otras normativas especiales del Código del Trabajo.

#### **4.2. Elección de la categoría contractual en el contexto de la desigualdad en el poder negociador de las partes**

Es importante señalar que entre las normas de la Ley Nro. 21.431 hay elementos que pueden ser calificados como avances, particularmente en cuanto establecen ciertos estándares mínimos similares a los que contiene la legislación laboral.

Ejemplos de esto son la creación de normas sobre jornada, mínimos en cuanto a remuneración, o aquellas que se refieren a la protección de datos personales. Estas y otras son materias de particular relevancia para esta forma de trabajo, cuya falta de estabilidad y uso intensivo de medios de control tecnológico, hacían necesarias medidas como esta. Ello ocurre también con las normas sobre discriminación mediante sistemas automatizados de tomas de decisiones, especialmente debido a su creciente uso en esta y otras industrias.

Pero, como se argumentará a continuación, el nuevo cuerpo normativo contiene en su origen una falla estructural que hace dudar de su capacidad para entregar protección adecuada a los trabajadores de plataforma. En este caso se

refiere a la falta de atención a uno de los elementos centrales del trabajo subordinado: la desigualdad de poder negociador entre las partes, es decir, la disparidad existente entre el empleador, dotado de poder económico y control de la organización del trabajo, y el trabajador, quien solo tiene a su haber su capacidad de trabajar a cambio de un salario. Como es sabido, quien fija los términos es el primero, mientras el segundo debe simplemente aceptarlos si es que desea acceder a ese puesto de trabajo.

En este sentido, no se debe olvidar que lo anterior es un elemento esencial para el Derecho del Trabajo, siendo una de las preocupaciones centrales para esta disciplina, su objeto principal y su razón de existir. No se debe olvidar que precisamente es la razón por la cual la legislación laboral interviene en el espacio de autonomía de las partes contratantes para proteger al trabajador como parte más débil (Kahn-Freund, Davies, y Freedland 1983, 18).

Aunque las desigualdades de poder negociador no sean una característica exclusiva del vínculo laboral, el carácter continuado y personal de este contribuye a la existencia de lo que Davidov identifica como vulnerabilidades propias del vínculo laboral: por un lado, la existencia de déficits democráticos en la forma de organizar el trabajo -organizaciones jerárquicas, en las que el trabajador tiene escaso poder de decisión respecto a su vida laboral- las que suelen identificarse con las ideas de control y subordinación; por otro lado, la existencia de formas de dependencia económica (o de acceso), psicológica (el trabajo suele ser parte importante del sentido de realización personal) y social (el trabajo es un espacio en que se desarrollan vínculos con otros), se traducen en las nociones de dependencia usadas por la disciplina laboral (Davidov 2016, 35-48).

Es así como estas condiciones dan cuenta de un elemento que ni la tecnología ni la flexibilidad del modelo de trabajo en plataformas han eliminado: la disparidad de poder negociador entre una empresa que fija las condiciones de trabajo en forma unilateral y un trabajador que necesita de un empleo para subsistir. Ello se traduce en la existencia de formas de trabajo subordinado y dependiente, donde la empresa ejerce un importante nivel de control sobre la forma en que el trabajador presta sus servicios.

La economía de plataformas no escapa a esta realidad (Prassl 2018, 5,130). En muchos casos se acrecienta mediante el uso de la tecnología, entregando a la empresa formas de control sobre el trabajador mucho más marcadas e intrusiva. Además, se acrecienta en la economía de plataformas, especialmente al evidenciar la gran diferencia que pueda tener una empresa tecnológica y un trabajador que usualmente corresponde a aquellos en mayor situación de vulnerabilidad, y que por lo mismo no puede acceder a otro empleo formal, siendo muchos de ellos, en el caso chileno, extranjeros en situación irregular.

Entonces, el problema está en los supuestos en los que descansa la normativa: la creación de dos categorías paralelas, una de las cuales se inserta dentro de la categoría de trabajador que reconoce el Código del Trabajo, y otra en un régimen *sui generis* en el que, siendo aun calificados como independientes, tienen acceso a un catálogo reducido de protecciones.

La creación de esta particular figura parece perseguir el objetivo de combinar la autonomía y flexibilidad que esta forma de trabajo promete, con ciertos niveles básicos de protección. En paralelo, quiénes trabajen en condiciones de subordinación y dependencia podrían exigir el reconocimiento correspondiente. Las situaciones límites o de desacuerdos son reenviadas a las reglas de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, esto es, la norma general que permite distinguir la presencia de un contrato de trabajo y la presunción de laboralidad que la hace efectiva. No hay en ese aspecto ninguna innovación, ni se añade tampoco alguna protección adicional.

Es en este punto donde se manifiesta el problema al que se ha hecho referencia. Los supuestos en los que descansa esta distinción y la supuesta necesidad de crear una categoría con menor protección parecen no ser los correctos.

Por un lado, la preocupación por la flexibilidad que justificaría la introducción de una categoría intermedia está basada en la supuesta incompatibilidad que existiría entre ésta y un vínculo contractual de naturaleza laboral. Si bien el Derecho del Trabajo limita en distintas formas las alternativas a las que las partes pueden optar, existen espacios relevantes flexibilidad en

materias como la regulación de la jornada de trabajo y el pago de remuneraciones. Es más, las normas creadas para trabajadores de plataforma dependientes profundizan en esta flexibilidad, estableciendo mecanismos no disponibles para otros trabajadores. Entonces, si la misma regulación laboral permite contar con estos niveles de flexibilidad, como parece hacerlo el nuevo texto legal, ¿cuál sería el sentido de otorgar más flexibilidad al trabajador dependiente si es que esta es incompatible con la laboralidad del vínculo?

Por otro lado, la distinción entre estas categorías presume que los trabajadores podrán elegir libremente prestar servicios bajo la forma contractual que les acomode. Pero, como la primacía de la realidad y las máximas de la experiencia indican, las desigualdades de poder permiten vislumbrar el probable resultado de este espacio de supuesta libertad: será el empleador quien decida la modalidad, optando por aquella que le implique menores costos, esto es, aquella con menores niveles de protección. No será el trabajador quien decida.

La referencia a las normas de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, como forma de resolver los casos dudosos no aporta nada nuevo: los trabajadores que no cuentan con protección deben ir a tribunales para reconocer lo que realmente ocurre en la realidad. El uso de formas de control indirecto mediante algoritmos y sistemas puntuación, diseñadas para evitar su identificación como tales, no hace más que agravar esta situación (Prassl 2018, 54–55).

En otros términos, ante esta desigualdad negociadora y frente a la posibilidad que tiene la empresa de optar por la aplicación del contrato que más le convenga, existen claros incentivos para privilegiar la figura más desprotegida, convirtiéndose esta decisión en discrecional y quedando en evidencia, una vez más, el desigual poder negociador de las partes.

#### **4.3. Categorías de trabajadores con diferente protección**

Como se indicó, esta ley crea una doble categoría de trabajadores, entregando a una parte una protección más “liviana” o atenuada (trabajadores independientes) y otra categoría aparentemente más robusta (trabajadores

dependientes). Estas categorías de trabajadores, con diferente protección jurídica, generan una serie de efectos prácticos.

Es así como esta normativa intenta responder a los desafíos a través de la creación de un régimen jurídico especial para el trabajo en plataformas el que, por un lado, contiene ciertas protecciones especiales para esta forma de trabajo, mientras que por otro, les extiende -hasta cierto punto- la protección otorgada por las normas generales del Código del Trabajo en materias como jornada y remuneración.

Desde esa perspectiva, un primer aspecto a considerar es la extraña incorporación en el Código del Trabajo de la regulación especial de un contrato de trabajo independiente, lo cual es una novedad para el sistema jurídico chileno, en que tradicionalmente esta normativa laboral se reservaba para regular aspectos propios de una relación laboral bajo subordinación y dependencia.

De esta manera, con esta decisión legislativa se altera esta costumbre normativa y podría permitir comenzar una senda de regulación del trabajo humano no propiamente laboral, con una protección atenuada o disminuida, pero bajo el alero del Código del Trabajo. En cierto sentido, la norma pareciera seguir la ruta de los *para-subordinados* italianos o los *TRADE* españoles, figuras que se ubican en una posición intermedia entre el trabajador dependiente y el prestador autónomo. Durante la discusión legislativa se hizo referencia también a la figura del *worker* británico, pese a que esta no obedece necesariamente a la misma lógica que las anteriores.

Sin embargo, la gran diferencia, es que en esta normativa no se incorpora una norma general que regule esta realidad de trabajadores, sino que sólo se incorpora a propósito de una situación particular, en un contrato especial, que es sólo para las personas que prestan servicios a través de plataformas. Desde esta perspectiva, esta incorporación como “trabajadores” independientes no hace más que precarizar el mundo del trabajo e introducir una lógica de protección atenuada y disminuida al Código del Trabajo sin precedentes y respecto de la cual no existió discusión pública ni legislativa.

Un segundo aspecto para considerar es que la normativa asigna un haz de derechos específicos para cada categoría, así como algunos aplicables a

ambas. Para distinguir entre las dos categorías de trabajadores, el proyecto de ley recurre a los principios generales establecidos en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo ya citados. Como se indicó, en el caso de los trabajadores independientes, el rol de la plataforma debe limitarse a coordinar el contacto entre usuario y empresa, “sin perjuicio de establecer los términos y condiciones generales que permitan operar a través de sus sistemas informáticos o tecnológicos”.

En lo que respecta a los trabajadores de plataforma independiente, junto con crear esta figura *sui generis*, fija ciertas normas mínimas que buscan proteger a quienes presten servicios sin estar sujetos al resto de las normas contenidas en el Código del Trabajo. En lo que podría describirse como una “versión light” o de protección disminuida de la regulación de los trabajadores dependientes.

De esta manera, se podría plantear que existe una distinción sin mayores fundamentos, toda vez que no existiría mayores argumentos para un tratamiento legislativo distinto ni una protección atenuada, sobre todo teniendo presente que en este caso existiría la misma razón para tener una adecuada protección -que es el trabajo humano-, y por ende, debería existir la misma disposición.

Un tercer aspecto es que, si bien se reconoce que son “trabajadores”, al establecer diferencias entre dos figuras, así como derechos, obligaciones y protecciones diferentes, se crean distinciones sobre las cuales se desconoce sus efectos, que serán presentados más en detalle en el apartado siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, en esta temática cabe preguntarse ¿cuál es el efecto de ser considerado “trabajador” dependiente? ¿Tiene un efecto real y práctico, o sólo es una declaración que podría haberse regulado de otra manera e incluso en otro cuerpo normativo? ¿Qué derechos otorga ser considerado “trabajador”, por ejemplo, puede acceder a la protección a la seguridad y salud laboral, protección a la maternidad, a los permisos o a los descansos que establece el Código del Trabajo? Finalmente, ¿cuál es el beneficio que trae ser considerado “trabajador” independiente?

Se ha indicado que genera una normativa y protección concreta, pero lo cierto es que se podría haber concretado de otra forma, por ejemplo, a través de

un contrato independiente o dentro de otro cuerpo legal. Desde esta perspectiva, y como se indicó, esta incorporación como “trabajadores” independientes no hace más que precarizar el mundo del trabajo e introducir una lógica de protección atenuada y disminuida al Código del Trabajo sin precedentes.

También se ha indicado que estos trabajadores tienen un grado importante de protección y que se incorporan al sistema de seguridad social, pero siempre lo hacen como independientes, que en el sistema chileno es considerado precario y que no se equipara a la protección que tiene el trabajador dependiente.

Finalmente, en este aspecto, resulta relevante volver a traer la discusión y cuestionamientos vinculados sobre si dentro de los objetivos que tiene la legislación laboral se encuentran la preocupación por la creación y protección al empleo, así como el potenciamiento del crecimiento y la productividad.

#### **4.4. Implicancias que preliminarmente se vislumbran en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores**

A continuación, a modo ejemplar y por su relevancia, se presentan nueve posibles efectos o implicancias que se vislumbran o proyectan durante la vigencia de esta normativa, los cuales, según se indicó anteriormente, quedan siempre condicionados a la aplicación que se haga de esta normativa, especialmente a través de la interpretación de los tribunales de justicia y la autoridad laboral, así como a la intervención de los principales operadores del sistema jurídico laboral.

1.- Certeza y precarización. En primer lugar, y sin perjuicio de lo antes analizado, es importante destacar que la incorporación de esta normativa al ordenamiento jurídico nacional permite contribuir en la certeza que tienen los trabajadores respecto a sus condiciones de trabajo.

Así, por ejemplo, respecto a los trabajadores dependientes, se obliga a la empresa a: determinar la naturaleza de los servicios, así como los términos y condiciones bajo las cuales deben prestarse; regular el tratamiento de los datos personales del trabajador y el impacto que tienen las calificaciones que le

asignen los usuarios; indicar el método de cálculo para la determinación de las remuneraciones, para lo cual se establecen alternativas en la legislación; designar un canal oficial donde el trabajador pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos; determinar una zona geográfica en que el trabajador prestará sus servicios, pudiendo quedar a su decisión, e; indicar los criterios utilizados para establecer el contacto entre el trabajador y los usuarios de la plataforma.

En cuanto a la jornada de trabajo, esta normativa contempla la posibilidad que el trabajador dependiente pueda distribuir su jornada en el horario que mejor se adapte a sus necesidades o bien que quede sujeto a las reglas generales de jornada, reconociéndose expresamente la jornada activa y pasiva del trabajo, así como las limitaciones propias de los descansos laborales.

Sin embargo, respecto a la elección libre de la distribución de la jornada por el trabajador, es importante destacar que, en la realidad y a propósito del sistema de remuneraciones que se incorpora en la misma ley, esta definición no quedará entregado al trabajador y ni siquiera al empleador, sino a los servicios que brinde la plataforma, los cuales suelen realizarse en horarios no habituales de trabajo.

En la misma materia, la normativa además incorpora en el artículo 38 del Código de Trabajo, como una hipótesis de posible exclusión de la limitación de jornada de trabajo, a los dependientes de las empresas de plataformas digitales de servicios, lo cual, en el sistema de relaciones laborales chileno, no contribuye a otorgar certeza en la jornada de trabajo ni respecto a los tiempos de descanso reales que tengan estos trabajadores.

Por otro lado, respecto a los trabajadores independientes, también obliga a la empresa a: escriturar un contrato de prestación de servicios independientes; determinar las condiciones generales de la prestación de servicios; indicar los términos y condiciones para determinar el precio o tarifa a pagar al trabajador; cumplir con cierta protección al pago del trabajador y a obligar a cotizar como independiente; respetar los derechos fundamentales de los trabajadores; indicar los criterios utilizados para establecer el contacto entre el trabajador y los usuarios de la plataforma; determinar una zona geográfica en que el trabajador

prestará sus servicios, pudiendo quedar a su decisión; regular el tratamiento de los datos personales del trabajador; determinar los tiempos máximos de conexión y la obligación de desconexión; designar un domicilio en el país y un canal oficial donde el trabajador pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos, e; indicar las causales de terminación del contrato.

Respecto a esta categoría de trabajadores, cabe señalar que expresamente se exige que su contrato conste por escrito, con lo cual podría entenderse que es un contrato solemne y no consensual, como ocurre con el contrato de trabajo. Lo anterior, debido a que no se contempla ningún otro alcance o precisión, como sí se incorpora en el artículo 9 del Código del Trabajo a propósito de la relación laboral.

Además, y sin perjuicio de lo que se indicará en materia de fiscalización, es importante considerar que no se exige ningún tipo de registro de estos contratos ni de la documentación laboral en la Dirección del Trabajo, como sí ocurre a propósito de las relaciones laborales.

En cuanto al acceso al sistema de seguridad social chileno de estos trabajadores independientes, es importante destacar que lo hacen como independientes que, según ya se adelantó, en el sistema chileno es considerado precario y no equiparable a la protección que tiene un trabajador dependiente.

Respecto a la certeza en general de los trabajadores, es relevante volver a indicar que existe una falta de seguridad en la determinación del tipo de contrato que se aplicaría a una persona, lo cual se acrecienta por la ausencia de una norma expresa que sancione el mal uso del contrato de trabajadores independientes, ni tampoco de una norma que contemple una suerte de subterfugio o de abuso del derecho.

Finalmente, respecto a normas comunes aplicables a trabajadores dependientes e independientes, se destaca el avance que significa que la empresa se encuentre obligada a: informar sobre el servicio ofrecido; un tratamiento reservado de los datos personales y la posibilidad que el trabajador pueda pedir la información personal que tiene la empresa, y; la no discriminación por mecanismos automatizados de toma de decisiones. Algunos de estos aspectos serán abordados más adelante.

2.- Acceso a información. En segundo lugar, cabe destacar la incorporación de dos medidas positivas en los artículos 152 quinquies D y 152 quinquies E.

El primero incorpora normas sobre acceso y protección de datos personales, incluyendo el derecho del trabajador a solicitar el acceso a sus datos personales -junto al deber correlativo de la empresa a entregarlos- y el derecho a la portabilidad de sus datos en un formato que permita ser usado por otros sistemas informáticos. Ambas novedades son bienvenidas y representan un avance en un área donde el uso de los datos personales resulta esencial para el desarrollo del giro de las empresas.

La segunda norma apunta a la toma de decisiones discriminatorias por parte de sistemas automatizados, creando deberes para la empresa a fin de evitar que ello ocurra. Se exige, además, que los trabajadores sean informados de las medidas tomadas en este ámbito.

El problema de estas normas se encuentra en aquellos elementos que no fueron incluidos, a saber, información relativa a los algoritmos utilizados para organizar la prestación de servicios y la evaluación de los trabajadores que prestan los servicios.

El algoritmo es el elemento más relevante y destacado de estas plataformas, y el acceso a información sobre el mismo resulta crucial para emparejar, al menos en parte, “la cancha” entre trabajador y empleador. Como se presentará al analizar el derecho a la información, existen otras alternativas de regulación que permiten resolver este problema como, por ejemplo, la norma española, que ha considerado esta materia, alcanzando una solución más avanzada que la del texto legal en comento.

3.- Deber de seguridad. En tercer lugar, en relación con la protección frente a los riesgos laborales, en el caso de los trabajadores dependientes, en el artículo 152 quáter T básicamente se repite la normativa del artículo 184 del Código del Trabajo, pero con algún grado de limitación o restricción que podría generar inconvenientes y problemas interpretativos en el alcance de la responsabilidad que tiene el empleador a propósito de su deber de seguridad.

En cuanto a los independientes, no existe una normativa especial, sino sólo aquella general aplicable a las dos categorías de trabajadores, incorporada en el artículo 152 quinquies F.

En ella se indica solamente que los trabajadores deben recibir una capacitación adecuada y oportuna en materia de seguridad y salud, recibir elementos de protección personal sólo en aquellos casos que utilicen bicicleta o motocicleta para prestar servicios, y contar con un seguro de daños respecto a los bienes personales del trabajador que utilice en la prestación de servicios, y no así respecto a su persona, el cual podría entenderse contemplado dentro del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

4.- Vinculación con normas de migración y extranjería. En cuarto lugar, la normativa no considera los efectos que tiene esta modalidad de contratación respecto a la condición migratoria del trabajador, considerando que gran parte de estas personas son de nacionalidad extranjera.

De hecho, precisamente constatando esta realidad, en el artículo segundo transitorio se establece un plazo de tres años para que las empresas de plataformas que no cumplan con la exigencia del artículo 19 del Código del Trabajo respecto a la limitación de contratación de personal extranjero, puedan hacerlo.

De esta manera, queda en evidencia una importante ausencia de la vinculación de la nueva normativa introducida al Código del Trabajo y las normas de migración y extranjería, sobre todo en miras a incentivar el trabajo formal y condiciones migratoria regular de los trabajadores independientes.

5.- Terminación del contrato de trabajo. En quinto lugar, respecto a la terminación del contrato para las dos categorías de trabajadores, en el artículo 152 quinquies G se contempla una base de cálculo especial para el pago de posibles indemnizaciones.

Además, respecto a los trabajadores independientes, la normativa sólo dispone de protección frente al término del contrato de trabajo de algunos de ellos, los cuales deben cumplir ciertos requisitos para su protección.

En efecto, en la letra i) del artículo 152 quáter X, se establece que el contrato debe contener las causales de terminación del contrato, la forma de

comunicación, los plazos y los mecanismos para reclamar a la empresa por este término. De esta manera, y considerando el poder negociador que tiene la empresa de plataforma, el sistema de terminación del contrato quedaría entregado completamente al empleador, el cual incluso podría no contemplar pago de indemnizaciones.

Además, en el artículo 152 quinquies A, se establece una obligación de aviso previo por escrito para poner término al contrato, la que se asemeja en su plazo -30 días- a aquella establecida en las normas generales sobre terminación de un contrato de trabajo en virtud de la causal de necesidades de la empresa. Sin embargo, esta protección propia de todo trabajador dependiente se restringe por dos vías: sólo tiene aplicación en aquellos trabajadores que hayan prestado servicios continuos por seis meses o más, y; siempre que la terminación del contrato no se deba a un incumplimiento grave del trabajador.

6.- Derechos colectivos. La regulación de los derechos colectivos, en sexto lugar, es una de las áreas en las que más claramente se perciben los problemas estructurales de la nueva normativa.

El problema central puede sintetizarse de la siguiente manera: la regulación de los derechos colectivos en la ley Nro. 21.431, no solo no contribuye a superar los problemas de desigualdad de poder negociador, sino que es posible que los profundice, ya que no protege adecuadamente los derechos fundamentales asociados a la libertad sindical: la organización de los trabajadores, la negociación colectiva y la huelga.

La nueva normativa reconoce -aunque no podría obviarlo- el derecho de los trabajadores de plataforma de formar sindicatos y negociar colectivamente. La novedad está en el reconocimiento de estos derechos a los trabajadores independientes, lo que a primera vista pareciera ser una innovación positiva.

Sin embargo, la regulación de esta materia está lejos de representar un avance. La normativa limita el ejercicio del derecho a la negociación colectiva al señalar que los trabajadores de plataforma solo podrán negociar bajo la llamada “negociación colectiva no reglada”, contenida en el artículo 314 del Código del Trabajo. Ello significa que los trabajadores que negocian lo harán, en principio, sin las protecciones que la ley otorga en la negociación reglada, especialmente

el fuero de la negociación colectiva (artículo 309 del Código del Trabajo) y el derecho a la huelga regulado en los artículos 345 y siguientes del Código.

A partir de esto, también se podría generar una posible controversia si esta norma especial, también limita los derechos colectivos de los trabajadores sujetos a subordinación y dependencia, con lo cual se terminaría estableciendo una diferencia importante para esta categoría de trabajadores.

De esta manera, al retirar estas protecciones básicas, la ley ignora una vez más el problema de la desigualdad de poder negociador entre las partes. En un sistema de negociación colectiva altamente regulado como el chileno, la decisión de legislar *in peuis* en esta materia es ciertamente preocupante.

Junto con este problema estructural, se observan al menos dos problemas adicionales que deben ser mencionados. En primer lugar, las normas no parecen dar consideración adecuada al derecho a la información de los sindicatos. En una industria en la que el manejo de la tecnología, el diseño de algoritmos complejos y el uso de mecanismos de inteligencia artificial son claves para entender la operación de las compañías, la falta de una norma específica sobre la materia es desconcertante.

Los derechos de acceso a información de corte individual recogidos en el artículo 152 quinquies D no suplen esta falta, primero, por su carácter específico (se refiere al acceso a los datos personales y no a los algoritmos), y segundo, porque la norma ignora -nuevamente- las disparidades de poder negociador<sup>15</sup>.

En segundo lugar, existe también una falta de claridad respecto a las posibles combinaciones que puedan darse a la hora de negociar colectivamente. En este sentido, ¿existirá alguna diferencia entre la negociación llevada a cabo por un sindicato formado solamente por una de las categorías de trabajadores que la ley contempla y una en la que el sindicato agrupa a trabajadores de plataforma dependientes e independientes? En sistemas de negociación más flexibles, donde las partes debidamente empoderadas fijan muchos de los

---

<sup>15</sup> En este punto el contraste con la norma aprobada en España es importante. La llamada “ley rider”, otorga a los sindicatos el derecho a acceder a información sobre los algoritmos utilizados por la empresa. La solución tomada por el legislador español responde de mejor manera a los puntos aquí desarrollados. Texto disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>.

elementos de la negociación, podría entenderse esta falta de detalle pero, en un sistema altamente regulado como el chileno, esta omisión resulta incomprensible.

7.- Fiscalización administrativa. En séptimo lugar, si bien el artículo 152 quinquies I le entrega la fiscalización de estas normas a la Dirección del Trabajo, lo hace expresamente indicando que debe fiscalizar “dentro de su competencia”.

De esta manera, se podría plantear que esta institución sólo tendría competencia para conocer de los asuntos vinculados al contrato de trabajo, y no así a la vinculación contractual de independientes, que podría considerarse una norma de carácter civil o comercial -pero no laboral- que fue incorporada en el Código del Trabajo, como muchas otras normas que se han incluido en el Código del Trabajo (por ejemplo, tributarias, de seguridad social, etc).

Además, la normativa no entrega herramientas para que esta institución pueda realizar las labores fiscalizadoras, especialmente considerando que se trata de un trabajo a través de una plataforma digital, sin perjuicio de considerar que se le permite el acceso informado al sistema para la “fiscalización de las autoridades competentes”, en el artículo 152 quinquies D.

A su vez, respecto al contrato con los independientes, en principio no existiría la obligación de la empresa de registrar la documentación contractual en la plataforma de la Dirección del Trabajo, ni se le podrían exigir aquellos aspectos vinculados a la ley que recientemente buscó modernizar este organismo.

8.- Tutela judicial laboral de independientes. En octavo lugar, es importante analizar el acceso que puedan tener los trabajadores independientes a la justicia laboral.

Respecto a los derechos fundamentales, en el artículo 152 quinquies B se incorpora expresamente la posibilidad para los trabajadores independientes de acceder al procedimiento de tutela laboral ante vulneración a derechos fundamentales.

Sin embargo, se restringe a los trabajadores con una antigüedad de tres meses y con un mínimo de 30 horas de promedio semanal de trabajo. Además, esta restricción también aparece en el sujeto activo de la vulneración y a la lesión pues, a diferencia del artículo 485 del Código del Trabajo -que se refiere al

ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador-, en esta nueva normativa se hace referencia sólo a cuando resulten lesionados por la empresa de plataforma digital de servicios.

Es importante considerar que esta referencia expresa al procedimiento de tutela laboral, podría interpretarse erróneamente como una exclusión de competencia respecto de otras materias, lo cual podría impedir que los trabajadores independientes acudan a la justicia laboral si existe controversia en otros aspectos.

Sobre este último tema, se podría plantear si la jurisdicción laboral es competente o no para conocer de las controversias entre trabajadores independientes y estas empresas.

No cabe duda de que sería competente para conocer aquellos casos en que se cuestiona la calificación del vínculo contractual realizado por el empleador, el cual, en la realidad debió corresponder a un contrato de trabajo.

Sin embargo, el cuestionamiento se podría plantear en otros asuntos. En este sentido, y considerando lo contemplado respecto a la competencia de los tribunales laborales en el artículo 420 del Código del Trabajo, podría plantearse la duda de cuál sería el tribunal competente para conocer las controversias que no se refieran a la calificación jurídica de la relación contractual, sino de otras condiciones de trabajo de los independientes, especialmente durante la vigencia del contrato y con ocasión del término de este. En definitiva, si los trabajadores independientes también pueden acceder a la justicia laboral, o sólo en caso de tutela laboral.

Específicamente en cuanto a los conflictos que se susciten con ocasión del término del contrato, es importante considerar la letra i) del artículo 152 quáter X, la cual establece que el contrato debe contener las causales de su terminación, la forma de comunicación, los plazos y los mecanismos para reclamar a la empresa por este término. De esta manera, además de entregar completamente a la voluntad del empleador esta regulación, la incorporación de este mecanismo interno de reclamo podría entenderse como una limitación adicional a la competencia de los tribunales laborales.

9.- Regulación de la economía digital. Finalmente, en noveno lugar, cabe destacar que no se consideró la incorporación de importantes aspectos propios de la regulación del trabajo humano en la economía digital.

En este sentido, cabe tener presente que la economía de plataformas no se reduce simplemente a los sectores que han ocupado preferentemente el debate en la disciplina laboral (transporte y reparto a domicilio). En efecto, la literatura especializada ha evidenciado que existen diversas formas de trabajo intermediadas mediante plataformas -desde servicios de limpieza hasta el llamado “*micro-tasking*”- cuyo funcionamiento es similar en algunos aspectos, pero muy diverso en otros. A modo de ejemplo, Prassl distingue entre lo que se conoce como *crowd work*, esto es, la intermediación de tareas puramente digitales (que pueden realizarse desde un computador, en cualquier lugar, como ocurre con la externalización de servicios de tratamiento de datos) y el trabajo *on demand* o *gig work*, en que los trabajos se realizan fuera del ámbito digital (como ocurre con el reparto a domicilio) (Prassl 2018, 13).

La intervención legislativa en este ámbito es una tarea compleja, en parte por los detalles técnicos, pero también por la actitud de las empresas del rubro, por lo que los espacios de intervención deben aprovecharse adecuadamente.

En el caso chileno pareciera que el legislador no tuvo en cuenta estos elementos a la hora de fijar normas, proveyendo una definición que, pese a citar como ejemplos al reparto y el transporte, pareciera tener intenciones de una regulación más amplia, pero finalmente regulando con estos ejemplos en mente.

En esta materia, tal vez una mejor salida hubiera sido contar con una norma de aplicación derechamente acotada -como lo hace la legislación española, que se refiere exclusivamente al reparto a domicilio-, o haber insertado estas normas en una legislación marco sobre plataformas digitales, integrándola a una regulación general y coherente.

## **5. Reflexiones finales: una oportunidad perdida**

Chile ha sido pionero en la región al regular esta realidad de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas.

Considerando todo lo anterior, es difícil negar que las nuevas normas representan un cierto grado de avance al crear estándares mínimos en un área que hasta el momento no ha sido regulada. Al crear una regulación donde antes no existía norma alguna, la nueva ley otorga certeza y cierto grado de protección a los trabajadores. Ejemplos de lo anterior son las normas mínimas sobre remuneración y jornada en ambas categorías, así como aquellas que buscan proteger a los trabajadores de medidas discriminatorias adoptadas mediante sistemas automatizados.

Sin embargo, es importante considerar que el resultado final es una oportunidad perdida. Lo es, en parte, por los problemas específicos que ya se han presentado, los que terminan por debilitar elementos potencialmente positivos. Dos ejemplos significativos permiten sintetizar lo que se ha indicado: primero, las limitaciones discrecionales para el acceso de los independientes a la tutela de derechos fundamentales, minan lo que podría haber sido una forma efectiva de protección de los derechos fundamentales en vínculos basados en el trabajo personal; segundo, la falta de una adecuada coordinación con las normas migratorias pone en duda la capacidad de las nuevas formas de abordar uno de los aspectos más relevantes de esta forma de trabajo, a saber, la posición precaria en que se encuentran muchos trabajadores migrantes.

Lo es también, como se ha señalado, por la falta de comprensión de las disparidades de poder negociador que caracterizan a las relaciones laborales. Este problema se encuentra en la raíz de la aproximación de la ley y se expresa en materias como la aparente libertad de elección entre categorías o el incompleto reconocimiento legal de los derechos asociados a la libertad sindical.

Es, finalmente, es una oportunidad perdida no sólo por las materias que se ha analizado en estas páginas, sino también porque se ha desperdiciado la oportunidad para abrir una reflexión amplia sobre el futuro de las relaciones laborales y de la regulación laboral, tanto en su vinculación con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como en clave de derecho colectivo.

Respecto a esto último, tanto en Chile como en el extranjero<sup>16</sup>, los trabajadores de plataformas han mostrado una gran capacidad de organización y respuesta frente a las adversidades que enfrentan en sus tareas. Cualquier esfuerzo legislativo que busque abordar en forma correcta los problemas que se ha apuntado en estas páginas, debiera tener como horizonte el otorgar a los trabajadores organizados herramientas adecuadas para el desarrollo de formas de regulación colectiva que se ajusten a las realidades del rubro y de un mercado laboral cada vez más fragmentado.

Se trata de desafíos complejos que requerirán de tiempo y debate académico, pero a la larga inevitable. Se espera que estas páginas y reflexiones contribuyan a mantener las puertas abiertas para estos debates.

---

<sup>16</sup> Un ejemplo de análisis de esta realidad en el extranjero puede encontrarse en (Dias-Abey s. f.).

## Bibliografía

- ASENJO, A. y CODDOU, A. (2021). *Economía de plataformas y transformaciones en el mundo del trabajo: el caso de los repartidores en Santiago de Chile*. Organización Internacional del Trabajo.
- DAVIDOV, G. (2017). “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach”. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* 6(1–2): 6–15.
- DIAS-ABEY, Manoj (s/f). “Bridging the Spaces In-between? The IWGB and Strategic Litigation”. *Law Research Paper Series* 01: 17.
- FAIRWORK FOUNDATION (2022). *Fairwork Chile Puntuaciones 2021: Estándares laborales en la economía de plataformas*. Fairwork Foundation. <https://fair.work/es/fw/publications/fairwork-chile-puntuaciones-2021/> (4 de febrero de 2022).
- KAHN-FREUND, O., DAVIES, P. L. y FREEDLAND, M. R. (1983). *Kahn-Freund’s Labour and the Law*. 3rd ed. London: Stevens.
- 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* 9(17): 13–40.
- PRASSL, J. (2018). *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*. Oxford University Press.

## Recursos electrónicos

- DAVIDOV, G. (2016). *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford University Press. Disponible en: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198759034.001.0001/acprof-9780198759034> [12 de diciembre de 2019].
- VILLASMIL PRIETO, H. (2019). *Del trabajo industrial al trabajo por plataformas digitales: las relaciones de trabajo del posfordismo*. Blog, OIT. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6us> [agosto, 2020].

[www.revistajuridicadeltrabajo.com](http://www.revistajuridicadeltrabajo.com)

