

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Henar Álvarez Cuesta (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo*

Juan RASO DELGUE**

RESUMEN: La economía virtual produce en nuestras sociedades cambios tan sustanciales y rápidos que determinan modificaciones de una intensidad nunca experimentada con anterioridad. Hablamos del “efecto disruptivo” de las nuevas tecnologías, que permiten conectar app-empresas – Uber, Airbnb, Shubert buses, Spotify, Inversionate, etc. – con nuevas modalidades de trabajo, que oscilan entre la dependencia y la autonomía. Las nuevas estrategias productivas construidas a partir de soportes digitales avanzados plantean nuevos desafíos para un Derecho del trabajo que, especialmente en América Latina, ha quedado anclado a categorías jurídicas tradicionales. Planteamos la necesidad de construir nuevas categorías jurídicas, que justifiquen un Derecho del trabajo diferenciado y de más amplios horizontes, que reconozca nuevos paradigmas (alineados a las actuales formas culturales), relativos la disponibilidad laboral, la movilidad en el trabajo, los horarios flexibles y las competencias y actitudes laborales.

Palabras clave: Economía virtual, empresa virtual, nuevas tecnologías, economía disruptiva, economía colaborativa.

SUMARIO: *I. La organización del trabajo en la economía virtual.* 1. Introducción: una vuelta de tuerca en las transformaciones del trabajo. 2. La economía virtual. 3. El impacto de la economía virtual sobre el mercado de trabajo. 4. Las plataformas virtuales: la *sharing economy* y la *on demand economy*. 5. Primeras respuestas jurisprudenciales y administrativas. *II. El Derecho del trabajo ante la empresa virtual: nuevas categorías laborales.* 6. La transformación de la subordinación. 7. Un cambio de paradigma en las relaciones de empleo. 8. Trabajo dependiente, autónomo o semiautónomo. 9. ¿Un nuevo Derecho del trabajo o nuevas categorías para el Derecho del trabajo?. 10. Reformulando la “teoría de los círculos”. 11. Responsabilidades heterogéneas y tutela social. 12. Una reflexión final. 13. Bibliografía.

* Este texto forma parte de una investigación aún en proceso.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Institución donde desempeña el cargo: Facultad de Derecho – Universidad de la República - Uruguay.

The Virtual Company: New Challenges for Labour Law

ABSTRACT: The virtual economy produces in our societies so many substantial and rapid changes that determine modifications of an intensity never experienced before. We talk about the “disruptive effect” of new technologies, which allow to connect app-companies - Uber, Airbnb, Shubert buses, Spotify, Inversionate, etc. - with new working methods, ranging from dependency to autonomy. The new productive strategies built from advanced digital media, pose new challenges for a labour law that especially in Latin America, has been anchored to traditional legal categories. We propose the need to construct new legal categories, which justify a differentiated and with broader horizons labour law, which recognizes new paradigms (aligned with current cultural forms), relative to labour availability, mobility at work, flexible hours and skills and working attitudes.

Key Words: Digital economy, virtual company, new technologies, disruptive economy, collaborative economy.

I. LA ORGANIZACION DEL TRABAJO EN LA ECONOMIA VIRTUAL

1. Introducción: una vuelta de tuerca en las transformaciones del trabajo

El desarrollo de un nuevo sistema de producción, a partir de las posibilidades brindadas por las tecnologías informáticas, dio lugar en la segunda mitad del siglo pasado a cambios que hoy todos conocemos: empresa sutil o magra, externalización de actividades que antes se desarrollaban al interno de la empresa; teletrabajo y teledisponibilidad, incremento del trabajo autónomo económicamente dependiente, en el marco de una economía a escala global.

Supiot expresaba hace una década con su habitual lucidez que a partir de 1970 comenzó a producirse la *fragmentación del polo patronal*, con las consiguientes dificultades del Derecho laboral para identificar al verdadero empleador. Esas *grietas* de los años '70 luego se generalizaron en el modelo de "empresa en red", con la externalización del empleo, la subcontratación y la cuestión de las fronteras de la empresa. El autor francés agrega: "*La fantasía que acarician públicamente algunos dirigentes sería una empresa industrial sin fábricas, a la cual la propiedad intelectual de los signos (marcas, estándares, patentes, etc.) eximiría de la molestia de tener que fabricar cosas y emplear a hombres*"¹.

En la esfera laboral – expresa por su parte Sibilia –, las transformaciones tecnológicas determinan que las modalidades de organización del trabajo cambien y se expandan, tanto en el espacio como en el tiempo: se abandona el esquema de los horarios fijos y las jornadas de trabajo estrictamente delimitadas en rígidas coordenadas espacio-temporales. Los muros de las empresas también se derrumban: los empleados están cada vez más pertrechados con un conjunto de dispositivos de conexión permanente (teléfonos móviles, computadoras portátiles, acceso a Internet) que desdibujan los límites entre espacio de trabajo y el lugar de ocio, entre tiempo de trabajo y tiempo libre².

La cuestión es central en los debates del Derecho del trabajo, porque los nuevos modos de producción apuntan a una nueva deslaboralización de la relación de trabajo, con la finalidad de bajar costos y aumentar

¹ Supiot, A., *Homo Juridicus* (traducción de Silvio Mattoni), Edición original París 2005, edición en español Buenos Aires 2007, pp. 180 y 181.

² Sibilia, P., *El hombre postorgánico – Cuerpo, Subjetividad y tecnologías digitales*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2009, p. 31. La autora recuerda a Deleuze que bautizó a los nuevos instrumentos tecnológicos con el calificativo de "collares electrónicos".

competitividad. Aunque ese no sea el único propósito de las transformaciones productivas, no es menos cierto que la baja de costos (y tutelas) laborales sigue siendo un importante objetivo.

Aunque tarde el Derecho del trabajo reaccionó (entre fines del siglo XX y comienzos del XXI) ante la empresa de tipo satelital. Su acción no fue vana: la solución en los diversos países no fue la de “desarmar” la nueva morfología empresarial, sino establecer una cadena de responsabilidad solidaria entre todos los sujetos que organizaran o co-organizaran trabajo subordinado. Por vía legal o por interpretación jurisprudencial se establecieron así lazos de garantías entre empresas en los casos de subcontratación, intermediación, suministro de mano de obra, conjuntos económicos, etc.), reforzando el cumplimiento de los compromisos laborales con relación al sujeto trabajador³.

Hoy⁴ asistimos a avances prodigiosos de técnicas y tecnología, que dan una vuelta de tuerca más a la transformación de la empresa. No solo se da cuenta de nuevas realidades, sino que la propia empresa – como en un acto de magia extraordinario – desaparece, se volatiliza, pierde dimensiones físicas y humanas. La empresa se vuelve una interminable secuencia de algoritmos, con los que nos interrelacionamos en el inasible mundo virtual. La “fantasía” de la que hablaba Supiot se vuelve realidad: nace una nueva empresa sin fábricas, sin máquinas, sin trabajadores.

Como expresa Grompone, “en la Sociedad de la Información aparecen y aparecerán nuevas formas de trabajo que no están reguladas, ni están definidos sus derechos y obligaciones. Las legislaciones nacionales no los comprenden y es difícil que los puedan comprender... Las cargas sociales, los impuestos a la renta y las regulaciones no están bien definidos”⁵. El autor agrega una severa advertencia: “En tiempos de una economía altamente globalizada es inevitable la pérdida de poder de los estados nacionales. Esto hace que el fundamento de los sistemas jurídicos

³ Ginès I Fabrellas, A., *Externalización productiva y elusión de compromisos laborales: la necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales*, ponencia al Encuentro organizado por ADAPT “Futuro del trabajo: una cuestión de sostenibilidad”, Bérgamo (Italia), 11-12 Noviembre 2016, p. 13. La autora considera insuficiente el criterio de la solidaridad, y aboga también por promover a nivel de la Comunidad Económica Europea el principio de “igualdad de trato” entre trabajadores de la empresa principal y de los subcontratistas.

⁴ Al hablar de “hoy”, de “actualidad”, estamos refiriéndonos a una dimensión temporal cada vez más fugaz, por lo que importa anclar el examen de las relaciones laborales al momento en que se reflexiona e investiga sobre ellas. Cuando decimos “hoy”, acotamos que estamos escribiendo en el mes de julio de 2016.

⁵ Grompone, J., “Prologo”, en AA.VV., *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*, FCU, Montevideo, junio de 2016, pp. 9 y 10.

nacionales están en entredicho. La mera idea de *estado nacional*, fundamento de la legislación actual, entrará progresivamente en crisis, igual que la noción de fábrica, empresario o asalariado”⁶.

2. La economía virtual

¿A qué nos referimos cuando empleamos la expresión “economía virtual”?

Hablamos de *economía virtual* para aludir básicamente a una nueva forma de economía que nace del intercambio de bienes y servicios a través de internet. Ya conocíamos expresiones de trabajo por internet: es el caso del llamado “teletrabajo”, definido por los autores españoles González Molina y López Ahumada como “toda actividad que se realiza fuera de los locales de trabajo de la empresa – el concepto de lugar de trabajo tradicional como entidad espacial fija y estable desaparece – a través del uso generalizado de aparatos informáticos y de las telecomunicaciones”⁷. También experimentamos en nuestra vida cotidiana (y por lo tanto en nuestra actividad laboral) la influencia de las tecnologías que permiten la expansión de trabajo a través de instrumentos como celulares y laptop, mientras aparatos sofisticados controlan cada vez más nuestro accionar (cámaras, micrófonos, sistemas GPS, captura de datos personales, etc.). Vivimos una sociedad de la comunicación digital y la información, que ha dado lugar a cambios estructurales en la misma, abriendo espacios hacia una nueva manera de vivir y de pensar, que en lo laboral plantea complejos desafíos para el investigador.

Al enfocar la economía virtual, damos un paso más, para referirnos a soportes digitales avanzados, que permiten construir nuevas formas de organización del trabajo y nuevas estrategias productivas, con consecuencias no fáciles de medir en el mundo del trabajo y en la economía en general: la empresa magra con ramificaciones externas es sustituida por plataformas que captan, organizan y distribuyen trabajo.

Se habla del “efecto disruptivo” que la economía virtual produce en nuestras sociedades, para referirse a un nuevo tiempo (el que comenzamos a vivir) en que los cambios son tan sustanciales y rápidos que determinan modificaciones de una intensidad nunca experimentados con anterioridad. Fernández Brignoni expresa que “la economía disruptiva se define por su

⁶ *Idem*.

⁷ González Molina, M.D. y López Ahumada, J.E., *El teletrabajo y la privacidad del trabajador*, ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

adjetivo, como aquella acción de los agentes económicos – mayormente empresas – que provocan la ruptura, alteración o interrupción brusca del mercado o de un segmento del mismo. Una acción económica disruptiva es la que en forma repentina modifica significativamente el *status quo* del mercado”⁸.

La conexión entre la empresa virtual y las tecnologías disruptivas comienza a incidir fuertemente en las relaciones de trabajo, encontrando una de sus principales expresiones en el nuevo fenómeno de las “aplicaciones”⁹. La “disrupción” aparece en el escenario de las relaciones laborales a través de plataformas, cuyos nombres comienzan a conocerse entre nosotros – Uber, Airbnb, Schubert Buses, Spotify, etc. – y a través de máquinas de nueva inteligencia, robots e impresoras 3D.

La economía virtual puede expresarse en actividades tan disímiles como juegos, transacciones, adquisición y ventas de productos y servicios, finanzas, transporte, y seguramente se expandirá hasta donde lleguen los horizontes de la creatividad humana. También es una economía que emite dinero “virtual” – los “bitcoins” –, anticipando una sociedad, en la que el dinero tradicional y los bancos (como hoy los concebimos), serán recuerdos del pasado.

La virtualidad ingresa en la cultura y en las universidades, donde se multiplican los cursos de formación y de posgrado “a distancia”. Es más, comienzan a existir posgrados específicos sobre “Economía virtual”, como nos indica la Universidad EAN de Colombia.

De Stefano señala que la nueva economía generará empleos, aunque de modesta calidad. Estamos ante una “*gig-economy*”, entendiendo por tal la economía de los pequeños encargos o mini empleos, que se expresa principalmente a través de dos modalidades: las plataformas comunitaria – *crowdwork* – y el trabajo sobre demanda a través de las llamadas “aplicaciones” – *work-on-demand via apps* –¹⁰.

Estas dos modalidades se asemejan por el hecho que la oferta y la demanda de actividades laborales se unen *on-line*. En el primer caso – *crowdwork* – nos referimos a actividades variadas que se ofrecen en

⁸ Fernandez Brignoni, H., “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada *Economía disruptiva*”, *Derecho Laboral*, T. LIX, n. 261, enero-marzo 2016, p. 37.

⁹ Blanco, O., *El impacto de las tecnologías disruptivas o “aplicaciones tecnológicas” y su incidencia en la relación de trabajo*, Información relativa al Congreso de ex Becarios de Bologna, Bogotá, 27-29 de octubre de 2016.

¹⁰ De Stefano, V., “The rise of the *just-in-time workforce*: On-demand work, crowdwork and labour protection in the *gig.economy*”, *Conditions of Work and Employment Series*, n. 71, OIT, Ginebra 2016, (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682602).

internet y se realizan en el espacio digital: pensemos, por ejemplo, en la creación de logos, dibujos, difusión de textos, campañas de marketing, ventas on-line de productos, reserva de hoteles, etc. Muchas de estas actividades están ligadas al concepto – ya tradicional – de teletrabajo y requieren determinadas habilidades; otras ingresan rápidamente en nuestros hábitos de consumidores¹¹.

Más reciente y más compleja en su aproximación a las áreas reguladas por el Derecho del trabajo, es la llamada oferta de trabajo sobre demanda (*work-on-demand*), que permite a través de tecnologías de última generación (*aplicaciones*) conectar proveedores de servicios tradicionales con potenciales consumidores (transporte, alojamiento, limpieza, etc)¹².

Estas últimas modalidades de empleo – en las que prestador y usuario se conectan *on-line*, pero en las que el servicio se brinda *off-line* como cualquier trabajo tradicional – ofrecen nuevas oportunidades de ocupación, aunque también pueden ser el camino hacia una severa precarización del trabajo.

La conexión entre espacio digital y trabajo humano es puesta en evidencia por Gauthier quien señala acertadamente que – por lo menos en la actualidad –, “los ordenadores son muy buenos para ciertos tipos de tareas, tales como la identificación de errores de ortografía, el procesamiento de datos en bruto y el cálculo de cifras financieras. Sin embargo, son menos capaces de realizar otros, como la detección de un sesgo positivo o negativo en un artículo, reconocer la ironía, leer con precisión el texto en una fotografía de un edificio, determinar si algo es NSFW (no seguro para el trabajo en inglés) o discernir entre los resultados de búsquedas ambiguas. Aquí es donde la *multitud* entra en juego en la interacción actual del *crowdworking*, los individuos asumen la tarea que una computadora no puede realizar. Este trabajo se utiliza tanto para llenar espacios en blanco, como para entrenar al algoritmo del computador para hacer un mejor trabajo en el futuro”¹³.

El nuevo desafío es como plantarnos ante una realidad en rápida mutación, en la que las *aplicaciones tecnológicas disruptivas* producen un impacto violento y – en la mayoría de los casos – encuentran a los operadores (legisladores, jueces, especialistas) con una total falta de preparación.

¹¹ De Stefano, V., *idem*.

¹² De Stefano, V., *idem*.

¹³ Gauthier, G., “Economía compartida, *crowdworking* y Derecho del trabajo”, en AA.VV., *Disrupción (...), op. cit.*, p. 113.

3. El impacto de la economía virtual sobre el mercado de trabajo

Un reciente estudio de Christophe Degryse, investigador *senior* la ETUI (European Trade Union Institut) explora sobre los impactos de la digitalización de la economía sobre el mercado de trabajo. El autor alerta sobre los riesgos de la revolución digital: pérdida masiva de puestos de trabajo, mayor polarización de la sociedad; una desregulación de los mercados, que hará peligrar la financiación de la seguridad social y erosionará la base impositiva¹⁴.

A partir de sus investigaciones, el autor divide tres tipos de trabajo, diferenciados por el impacto que tendrá sobre ellos la era de la automatización y digitalización:

A. Trabajos de alto riesgo de supervivencia

Los trabajos que desaparecerán o que tienen un “alto riesgo de supervivencia” serán: a) los empleos de oficina (secretarias, auxiliares, administrativos); b) las ventas y el comercio en general; c) el transporte y la logística; d) amplias franjas de la industria manufacturera; e) la construcción tradicional; f) algunos aspectos de los servicios financieros; g) algunos tipos de servicios (traducciones, consultores impositivos, etc.).

B. Trabajos con poco riesgo de desaparición

Otros trabajos permanecerán o tendrán un bajo el riesgo de desaparecer. En este grupo, se señalan: a) las actividades vinculadas con la educación, las artes, los medios de comunicación; b) los servicios legales; c) el gerenciamiento, los recursos humanos (*¡que bueno!*, *agrego yo*) y el *business* (es decir, los “negocios”); d) proveedores de servicios de salud; e) algunos aspectos de los servicios financieros; f) trabajadores de *computer*, ingenieros y científicos; g) trabajo social, peluqueros, atención a la belleza, etc.

C. Nuevos trabajos

Los nuevos trabajos estarán generalmente vinculados al mercado digital y referirán a: a) analistas de datos; b) “data miners” (es decir, los trabajos vinculados a la “minería de datos” o exploración de patrones en grandes volúmenes de conjuntos de datos; c) “data architects”: trabajadores vinculados a la construcción y diseño de datos; d) expertos en software y aplicaciones; e) especialistas en “networking” e inteligencia artificial; f) diseñadores y productores de máquinas de nueva inteligencia, robots e impresoras 3D; g) expertos en negocios digitales y especialistas en e-commerce

En la categoría de los nuevos trabajos aparecen también trabajos más

¹⁴ Degryse, C. (ETUI), *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Bruxelles, 2016 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2730550###).

“pobres”, que serán ocupados por los llamados “esclavos de la galeras digitales” (*digital galley slaves*). Esta nueva mano de obra barata atenderá el ingreso o el filtro de datos en las bases de datos o realizará operaciones mecánicas y repetitivas en las plataformas digitales.

¿Que pasará con los choferes de Uber y otros trabajadores que realizan tareas *off-line* a partir de plataformas digitales? La respuesta es que serán personas modestas, que compartirán su suerte con trabajadores para tareas menores y eventuales (plomeros, reparaciones del hogar, trabajadores que atienden mascotas y otras actividades eventuales a la economía colaborativa).

En su investigación Degryse destaca algunas fortalezas y debilidades de la economía digital (con relación al trabajo). Entre las *fortalezas*, indica la creación de nuevos empleos, una organización del trabajo más “ágil” y la abolición de trabajos rutinarios, mejores condiciones ambientales y nuevas vías de distribución de la productividad. Destaca como *debilidades* la pérdida de trabajos tradicionales, la aparición de oligopolios “superpoderosos” con la consiguiente concentración de poder y riquezas, no cumplimiento de normas administrativas, laborales e impositivas, mayor polarización de la sociedad (pocos trabajadores en el “top de la escala del éxito” y masas en la base de esa escala)¹⁵.

4. Las plataformas virtuales: la *sharing economy* y la *on demand economy*

Las nuevas transformaciones del trabajo nacen y se reproducen a través de plataformas virtuales. No podemos manejar un concepto único de “plataforma virtual”, aunque en una aproximación conceptual podemos entender por tal una base de datos simbólicos, con una serie de herramientas de comunicación propia (foros, chats, correos electrónicos, etc.), que permiten la creación y gestión de la misma a través de un software. Las plataformas virtuales tienen distintas funciones: por ejemplo pueden ser un espacio de aprendizaje, o de actividades comerciales, o de producción de servicios. Cuando hablemos en este trabajo de una “plataforma virtual” estaremos refiriéndonos a aquellas que impactan en el mundo del trabajo, ya sea desarrollando formas de trabajo colaborativo, o de trabajo autónomo o vínculos de trabajo subordinado, como hemos indicado en el numeral anterior.

Todolí Signes expresa que: “Las nuevas plataformas virtuales están

¹⁵ Degryse, C. (ETUI), *Digitalisation (...)*, *op. cit.*, p. 23.

cambiando la forma en que se prestan servicios. La tecnología está transformando las organizaciones empresariales de forma que el trabajador subordinado es menos necesario. Un nuevo tipo de empresa – *on demand economy*, *uber economy* – se dedica a conectar al cliente directamente con el prestador de servicios. De esta forma, estas compañías desarrollan su principal actividad a través de trabajadores autónomos. En este contexto, el Derecho del Trabajo se enfrenta a su mayor desafío, teniendo que regular una realidad muy diferente a la existente en el momento en el que fue creado”¹⁶.

Ginès Fabrellas y Gálvez Duran, en la línea examinada, diferencian dos tipos básicos de plataformas, a partir de las formas de organización y prestación de las tareas:

a) *Sharing economy*, que podemos traducir al español como *economía participativa*, y que se expresan en el marco de relaciones de “complacencia”, de vecindad o de amistad. Ejemplos de ella son plataformas como BlaBlaCar, que permiten a personas que viven en una misma localidad y se dirigen cotidianamente a un mismo destino, compartir sus viajes; o plataformas como NeighbourGoods, que permite intercambiar electrodomésticos; o Nightswapping que permite el intercambio gratuito de alojamiento en casa de los usuarios¹⁷. La característica común de estas plataformas es la gratuidad de los servicios realizados por los usuarios, que intercambian transporte servicios o productos.

b) *On-demand economy* o *no sharing economy*, que es una nueva forma de organización del trabajo a través de plataformas digitales que permiten conectar a un usuario de la plataforma con un trabajador que presta un servicio. El ejemplo más polémico en la actualidad es la plataforma Uber que – bajo la imagen de ser expresión de la economía participativa – conecta prestadores de servicios y usuarios de transporte urbano: los primeros brindan un servicio, los segundos pagan un precio. Estas plataformas se están extendiendo rápidamente: mientras nacen competencias de Uber como “Lift”, otras plataformas conectan usuarios y prestadores de servicios en forma onerosa en el sector de la reparación de aparatos electrónicos (Myfixpert), limpieza de hogar (GetYourHero),

¹⁶ Todolí Signes, A., “El impacto de la *Uber.Economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 3/2015, Madrid 2015 (disponible en: http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-3/Todoli.pdf).

¹⁷ Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S., “*Sharing economy vs. uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Enero de 2016, pp. 4 y 33 (disponible en http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf).

tareas de hogar (Zarli, TaskRabbit), clases particulares (Sharing Academy), procesamiento de imágenes y datos (Amazon Mechanical Turk)¹⁸. Es importante la diferenciación de estos dos modelos de economía virtual, porque como bien dicen los autores catalanes citados, la *on-demand economy* “altera la esencia de la economía colaborativa”, planteando el tema si estamos antes trabajadores autónomos que emplean los beneficios de una plataforma o si la *on-demand economy* es la expresión más extrema de la externalización del trabajo¹⁹.

Nace así un nuevo modelo de organización empresarial llamado *Uber economy*²⁰, pero también *on demand economy*, economía colaborativa, *peer to peer economy* (economía “de igual a igual”)²¹ o *1099 economy* (el Form 1099 es un formulario norteamericano para inscribir a trabajadores autónomos). Cada nombre busca resaltar unas características concretas dentro de un universo de nuevos modelos de negocios que comparten la idea de la existencia de una plataforma virtual, para acercar un cliente o una pluralidad de clientes a un prestador de servicios: las nuevas tecnologías permiten una descentralización productiva de vastísimo alcance, desconocida solo hace una o dos décadas atrás.

Las tecnologías ya no se limitan a crear espacios de teletrabajo (*on line*), sino que ofrecen actividades que requieren una ejecución local del trabajo (*off line*). La flexibilidad – expresa De Stefano – alcanza límites desconocidos en el pasado: los trabajadores ofrecen sus tareas “*just-in time*”

¹⁸ Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S., *op. cit.*, p. 5.

¹⁹ Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S., *op. cit.*, pp. 4 y 5.

²⁰ La modalidad de transporte Uber ha concentrado la primera atención sobre este tipo de organización del trabajo (de ahí su referencia al hablar de estas nuevas modalidades de organización del trabajo).

²¹ Expresiones de la “peer to peer economy” son las plataformas de servicios financieros (*Inversionate, Prezeta, TuTasa, Socius*), que buscan conectar a personas que necesitan préstamos con inversionistas, operando por fuera del sistema bancario tradicional. El modelo de gestión de estas plataformas financieras es el siguiente: la aplicación maneja un fideicomiso de administración, el que recibe el dinero de parte de los clientes que quieren realizar un préstamo y se lo coloca a otros clientes que quieren recibir dinero prestado. La plataforma TuTasa expresa en su manual operativo que desarrolla una actividad de “mediación” y no de “intermediación financiera”, como hacen los bancos: Los Fideicomitentes no conceden crédito al Fideicomiso cuando efectivizan sus aportes, ni el Administrador los hace suyos para prestarlos a terceros a su arbitrio, sino que se transfieren la titularidad de dichos aportes al Fideicomiso, para que este último realice actividades de préstamo a título propio por medio del Fiduciario, respetando las condiciones establecidas en el Contrato de Fideicomiso, el Manual Operativo o según lo acordado en el emparejamiento de oferta/demanda (ver Ramirez, G., “El caso de los Uber financieros”, en suplemento “Economía y Mercado” del *diario El País*, Montevideo 23/05/2016, p. 4).

y son retribuidos sobre una base de “*pay-as-you-go*” (a destajo), es decir que en la práctica son retribuido solo durante los momentos en que trabajan para el cliente²²

Estas empresas apuntan a la conquista del mercado a partir del reconocimiento que los consumidores pueden expresar por la calidad de sus servicios: para ello ejercen un control, que bien puede asemejarse al poder de dirección de la empresa tradicional, aunque con mecanismos más sofisticados: puntuación del cliente sobre el servicio prestado, manuales con indicaciones que debe cumplir el prestador de servicios, etc. Para entender el funcionamiento de las nuevas empresas digitales (o virtuales) tomemos el ejemplo de Airbnb, compañía de California que conecta a viajeros con personas que ofrecen en alquiler sus casas o habitaciones de sus casas, denominadas “anfitriones”. Airbnb cuenta en la actualidad con 2 millones de “anfitriones” en 191 países²³.

La compañía se autodefine con perfil bajo como “un mercado comunitario que se basa en la confianza”, que permite transacciones on-line entre “anfitriones” que publicitan su oferta habitacional en forma gratuita y viajeros que pueden demandar esa ocupación. Es una plataforma en línea, que conecta oferta y demanda: “El precio lo decide el propio anfitrión, que es libre de aceptar cualquier solicitud de reserva, y luego es una transacción entre personas en la que nosotros generamos un entorno de confianza y de mucha seguridad”²⁴.

Sin embargo esa base de datos on-line no es tan ajena a las transacciones que se realizan. “Airbnb – indica Torres, directivo de la compañía – desde el primer día trabaja muy duro para que la plataforma sea sinónimo de confianza y seguridad, tenemos muchas medidas, más de 40, que trabajan en esa dirección. Nadie es anónimo en nuestra plataforma... El dinero llega a las manos de Airbnb en el momento en el que se confirma la reserva y solo se entrega al anfitrión 24 horas después del *check in*... Cada transacción que haces en Airbnb deja un *review*, una reseña, por parte de ambas partes: el viajero y el anfitrión. Tenemos un servicio de atención al cliente y equipos que monitorean el comportamiento de nuestros usuarios, y ejecutamos campañas correctoras de comportamiento para los usuarios que así lo necesiten. Incluso estamos dispuestos a desactivar tanto a anfitriones como a usuarios siempre que tengan alguna conducta que consideramos no aceptable con nuestros estándares de hospitalidad y

²² De Stefano, V., *op. cit.*, p. 4.

²³ Abril de 2016.

²⁴ Entrevista realizada en el programa radiofónico En Perspectiva, Montevideo, el 1.3.2016 a Jordi Torres directivo de Airbnb para América Latina (disponible en <https://www.enperspectiva.net/tag/airbnb/>).

calidad”²⁵.

Al escuchar estas declaraciones rápidamente entendemos que la economía digital va construyendo lazos de dependencia entre poderosas empresas multinacionales y prestadores de trabajo (servicios o bienes), que operan con cierta autonomía, pero bajo las consignas y reglas de la empresa principal. Es fácil conectar los códigos de comportamientos con un reglamento de trabajo, las “campañas correctoras” con el ejercicio del poder disciplinario, el cobro y la posterior entrega como una modalidad retributiva y finalmente la “desactivación” del prestador con el despido.

En igual sentido Ginès Frabrellas y Galvez Durán señalan el hecho que estas empresas cobran porcentaje del precio del servicio, controlan al prestador, tienen una estrategia empresarial, brindan asistencia a prestadores y usuarios (*helpdesk*): “Los conductores de Uber – expresan los autores – no disponen de una auténtica organización empresarial propia y autónoma por cuanto se encuentran sujetos a la dirección, instrucciones y control de la empresa – característica definitoria de la relación laboral –”²⁶.

5. Primeras respuestas jurisprudenciales y administrativas

Ante el aterrizaje de Uber en los distintos países, aparecen las primeras reacciones de los tribunales y de la Administración del Trabajo, que de forma desordenada tratan de comprender el fenómeno y buscar soluciones que protejan los desplazamientos de trabajadores formales. El caso más notorio es el de Uber y las reacciones de los trabajadores de los taxímetros.

En Estados Unidos, el United States District Court (Northern District of California) en el asunto O’Connor et al. v. Uber Technologies Inc, (No C-13-3826 EMC, 11 de marzo 2015) concluyó que no puede atenderse a la demanda de Uber de ser considerada una empresa tecnológica, que se abstiene de intervenir en la prestación de servicios. Uber, por el contrario – expresa la sentencia – está profundamente involucrada en el mercadeo de sus servicios de transporte, al calificar y seleccionar los conductores, regular y monitorear sus prestaciones de trabajo, sancionando (o despidiendo) a aquellos que incumplen los standards y la fijación de precios de la compañía. Va apareciendo por lo tanto en la jurisprudencia norteamericana una “presunción de laboralidad”, cuando una parte presta servicios por cuenta de otra. Esta misma conclusión es alcanzada por la

²⁵ Entrevista a Jordi Torres citada.

²⁶ Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S., *op. cit.*

California Labor Commission en su decisión de 3 de junio de 2015 en el asunto Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., condenando a Uber a pagar a Barbara Ann Berwick, una antigua conductora, 4.152,20 dólares en concepto de gastos reembolsables e intereses, por considerar que era una empleada de la compañía y no una trabajadora autónoma. En la actualidad, prácticamente 2.000 conductores de Uber han interpuesto una “class action” para reclamar se reconozca su condición de trabajadores por cuenta ajena y se les reembolse por sus gastos de actividad. En este escenario favorable – de momento – a la laboralización de los conductores de Uber, empiezan a aparecer, asimismo, asociaciones de trabajadores – como la California App-based Drivers Association – o acciones colectivas de conductores de Uber dirigidas a la defensa de sus intereses²⁷.

En Catalunya, el Informe de la Inspección de Treball de 9 de marzo de 2015 concluye que los conductores de Uber prestan servicios con ajenidad y de forma dependiente y subordinada a la empresa²⁸.

El ayuntamiento de Barcelona ha presentado en julio de 2016 un plan para combatir la elevada presencia de apartamentos turísticos ilegales en esta ciudad española. Las primeras en recibir nuevas sanciones podrían ser Airbnb y su competidora HomeAway, que ya fueron multadas en diciembre de 2015 por la suma de U\$S 33.000 cada una por promover apartamentos turísticos, sin los permisos necesarios para operar²⁹.

En Argentina la justicia argentina hizo lugar el 13 de abril a un recurso de amparo presentado por taxistas, quienes señalaron la “grave lesión en el derecho a trabajar” y a “la igualdad de las cargas públicas” de todos los trabajadores que integran el sector, como así también de los propietarios de las licencias de taxi afiliados a las Cámaras Empresariales. El juez Víctor Trionfetti, del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, ordenó al Gobierno de la Ciudad que, “de modo inmediato”, arbitre las medidas necesarias para suspender cualquier actividad que desarrolle la empresa Uber o cualquier sociedad bajo ese nombre y tipo de actividad. En la misma resolución el Juez solicitó a agencias de control de la Secretaría de Transporte de Buenos Aires, que informaran si la empresa estadounidense realizó alguna presentación para actuar en el rubro de transporte de pasajeros. En el amparo se señala además que se “coloca arbitraria e ilegítimamente a los conductores asociados a la empresa Uber y a la empresa misma en mejores condiciones

²⁷ Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S., *op. cit.*, pp. 6 y 9.

²⁸ *Idem.*

²⁹ El Observador, suplemento *Empresas*, Montevideo, 3 de agosto de 2016.

que el resto de los trabajadores”³⁰.

En Uruguay la Justicia rechazó por motivos formales un recurso de amparo presentado por la Gremial Única del Taxi, que se había considerado perjudicada por el hecho de la falta de controles de la Intendencia de Montevideo al servicio prestado por Uber. La jueza María Isabel Vacarro no hizo lugar al amparo por considerar que los taximetristas se presentaron fuera de plazo, tomando como punto de arranque de los 30 días del recurso la fecha de comienzo de actividades de Uber.

En México se ha logrado un acuerdo entre el Estado, los choferes y Uber, luego de una larga negociación en el año 2015. El acuerdo alcanzado con las aplicaciones de transporte de pasajeros (Uber, Cabify, etc.) para el Distrito Federal establece un pago del 1,5% por cada viaje, permisos anuales para los conductores y reglas sobre las condiciones de los vehículos.

II. EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE LA EMPRESA VIRTUAL: NUEVAS CATEGORÍAS LABORALES

6. La transformación de la subordinación

En la empresa virtual sigue existiendo expresiones de la subordinación tradicional, entendida como la posibilidad de controlar la actividad del trabajador e ir transmitiendo indicaciones sobre la forma de realizar las tareas. No es el empleador que vigila directamente al trabajador, sino que el control se realiza a través de las respuestas y evaluaciones de los clientes a los *review* enviados por la empresa al usuario del servicio. Como expresa Todolí Signes, estamos ante una nueva forma de subordinación, en la que los controles de la prestación no han desaparecido, pero se han transformado. “Las empresas – indica el autor español – confían en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios. De esta forma las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando posteriormente dicha información para tomar decisiones sobre despidos”³¹.

En tal sentido, un fuerte indicador de la dependencia “no debe buscarse

³⁰ Ver más en <http://www.losandes.com.ar/article/un-juez-suspendio-el-servicio-de-uber-en-buenos-aires>

³¹ Todolí Signes, A., *op. cit.*, p. 10.

en la existencia de instrucciones directas sobre la forma de ejecutar el trabajo, sino en la integración en la organización del empresario; o, en sentido contrario, en la falta de una organización empresarial propia por parte del trabajador”³². Compartimos esta reflexión, porque la peculiaridad del trabajo digital es que quien organiza el mismo, no es quien lo ejecuta. “La plataforma – expresa Todolí Signes – es la que dicta las normas organizativas de obligado cumplimiento que considera necesarias, mientras que el trabajador solo puede aceptarlas o no trabajar. No nos encontramos ante el paradigma de la *coordinación de actividades* entre empresarios, sino ante una serie de normas impuestas por la empresa propietaria de la plataforma virtual, que el trabajador que quiera sumarse ha de cumplir”³³.

Pero no es menos cierto que en las nuevas modalidades laborales, la *app-empresa* se van perfilando cambios también en la figura del trabajador – especialmente los jóvenes – que no responden más (o no responden totalmente) a la figura del trabajador típico del industrialismo tradicional. Las nuevas estrategias organizacionales del trabajo (via plataformas digitales) apuntan a nuevas formas – más participativas, pero también más individualistas – de prestación del trabajo. No ignoramos que detrás de ellas se esconden nuevas formas de dependencia, pero es dificultoso insertar las mismas en la categoría tradicional del contrato de trabajo. En la mayoría de los casos nos encontraremos con trabajadores independientes que se insertan en una “hetero-organización”, es decir en una integración organizativa ajena, aunque conservando importantes rasgos de independencia.

7. Un cambio de paradigma en las relaciones de empleo

La revolución tecnológica plantea importantes desafíos para el Derecho del Trabajo, nacido como conjunto de normas destinadas a tutelar la relación de trabajo subordinado, expresión típica del modelo industrial. Los cambios de los modos de producir se retroalimentan con modificaciones estructurales de la sociedad, en un proceso de retroalimentación continua y de consecuencias imprevisibles. Las instituciones tradicionales – la familia, la religión, las ideologías, los códigos de comportamiento, la patria – se disuelven, como expresa

³² Todolí Signes, A., *op. cit.*, p. 12, quien cita a Montoya Melgar, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Revista española de Derecho del trabajo*, Civitas, n. 91, 1998, pp. 709-724.

³³ Todolí Signes, A., *op. cit.*, p. 12.

Bauman, y en este contexto también el trabajo pierde la solidez que garantizaban sus estructuras tradicionales: “lo pequeño, lo ligero y lo rápido es visto como bueno, al menos en el mundo de los iPhones y de los iPads”³⁴.

La cultura tradicional (o “típica”) de gran parte del siglo XX, representada por el esfuerzo de la lectura y el estudio, ha sido sustituida por el aprendizaje rápido y fugaz en las redes de Internet, a través de las cuales podemos conocer todo, pero siempre de una forma “light” y efímera.

Es la sociedad de lo fugaz se van perdiendo cada vez más las referencias reales. “Los intereses de las generaciones nuevas difieren de los de sus antecesores. En muchos aspectos son más prácticas y no incurrir en gastos superfluos o excesivos. En este contexto global, las distintas aplicaciones que van apareciendo, que les facilitan el acceso a ciertos bienes y servicios en mejores condiciones, alcanzan un éxito masivo”³⁵.

Compartimos la reflexión de Perán Quesada en el sentido que vivimos un contexto ideológico fuertemente influido por los nuevos rasgos subjetivos de la modernidad, marcado por profundos cambios en los modos y en los tiempos de vida.³⁶ Hablamos de un nuevo trabajo (*smartwork*) y nuevos trabajadores (*smartworker*), para referirnos a formas de trabajo autónomo, en las que juega un rol importante la agilidad e inteligencia (*smart*), y que asume el *smart-phone* como símbolo de la época.

Aunque es difícil comprender en su totalidad estos cambios (que involucran también aspectos éticos y morales), no es menos cierto que el jurista no puede ignorarlos y su esfuerzo y atención son indispensables para construir nuevas categorías, que permitan “aprehender” un realidad inquieta y propensa a la fuga del derecho del trabajo.

Tenemos que tomar conciencia que no solo cambia el modo de trabajar, sino que se modifica la forma de concebir el trabajo, alejándola de los tradicionales criterios de solidaridad que marcaban las interrelaciones entre trabajadores. Las prestaciones de trabajo – aún con claros beneficios para “otros” – van perdiendo ese carácter tan nítido de la subordinación jurídica, propio de la revolución industrial. Lo novedoso del proceso es que el propio trabajador – a diferencia de aquel obrero explotado del siglo XIX – se siente participe y cómplice de los cambios, sin visualizar su propia debilidad frente a los “socios”, para los cuales trabaja.

El nuevo modelo económico, apuntalado en las nuevas tecnologías y los

³⁴ Bauman, Z. y Lyon, D., *Vigilancia Líquida*, Buenos Aires 2013, p. 12.

³⁵ Bafico, H. y Michelin, G., “Economía colaborativa derriba barreras con impactos productivos inciertos”, en el *diario El País*, Montevideo, 19 de mayo de 2016, p. 11.

³⁶ Perán Quesada, S., “La acreditación de la responsabilidad social de la empresa. Una visión crítica”, *Relaciones Laborales*, n. 24, Montevideo, 2011, p. 110.

modos de producción que las mismas promueven, plantea nuevos paradigmas en las relaciones laborales posmodernas. Si las características del modelo típico se centraban en la estabilidad en el trabajo, los horarios fijos y categorías definidas, el nuevo paradigma laboral promueve la movilidad en el trabajo, los horarios flexibles y el nuevo concepto de competencias laborales.

Según Cappelli, se modificó la percepción respecto al modelo de empleo, del trabajo para toda la vida; se ha transformado el campo laboral y con él las relaciones laborales de los sujetos. Resultando así una serie de renegociaciones permanentes, en dónde el mercado de trabajo ha modificado las reglas, surgiendo nuevas lógicas organizacionales en las que la lealtad, reciprocidad y compromiso se erigen como elementos clave. El “nuevo pacto en las relaciones laborales” implica que el sujeto comience a hacerse cargo de su propia carrera y supervivencia en el mercado de trabajo, así como el desarrollo de sus competencias laborales para conservar y fomentar su “empleabilidad”³⁷.

Hoy no solo se requiere que el trabajador que sepa hacer su trabajo, sino importa cómo lo hace, con cuáles actitudes. Nace el concepto de competencias laborales, identificado en la capacidad efectiva para llevar a cabo exitosamente una actividad laboral plenamente identificada. La competencia laboral no es una probabilidad de éxito en la ejecución de un trabajo; es una capacidad real y demostrada, en la que el trabajador pueda dar ejemplo de ser responsable, puntual, proactivo, dinámico, serio.

Solemos referirnos a las transformaciones de la empresa, pero reparamos menos en los cambios de un “nuevo trabajador”, que encuentra en la economía virtual nuevas maneras de trabajar individualmente (teletrabajo, *smart working*, etc.) o colectivamente (*sharing economy*)³⁸.

Aparecen a partir de la realidad (*desde abajo*) nuevas realidades jurídicas, que no es posible desconocer:

- a) el trabajador autónomo, por cuenta ajena o económicamente dependiente;
- b) la movilidad laboral como una nueva lógica de trabajo;
- c) el trabajo externalizado;
- d) las competencias laborales;
- e) la plurisubjetividad empresarial;
- f) un nuevo concepto de seguridad social, cada vez menos anclado al trabajo subordinado.

³⁷ Cappelli, P., “El nuevo pacto en el trabajo”, Barcelona, 2001.

³⁸ Los temas de los cambios individuales y colectivos de las formas de trabajar son motivo de debate en el Congreso “Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo”, Oporto 30/9 y 1/10 2016.

El trabajo se complejiza y se individualiza, mientras que el Derecho del trabajo corre detrás de él, tratando de alcanzarlo con sus tutelas. En ese intento el resultado es magro: la reducción de los espacios de trabajo subordinado típico debilitan y reducen las posibilidades de acción de nuestra disciplina. Como hemos expresado en otras oportunidades, existe un pecado original del Derecho del trabajo. Un pecado grave, porque es un pecado de soberbia. El derecho del trabajo nació como un derecho “exclusivo y excluyente”. Su objeto – pese a su nombre engañoso – no fue proteger en términos generales al “trabajo”, es decir a “todos los trabajos”, sino tutelar solo un determinado tipo de trabajo: el trabajo subordinado. Nunca hubo un planteo profundo del derecho del trabajo para extender su protección a otros ámbitos.

El Derecho del trabajo – sólida rama jurídica del pasado – está en riesgo de volverse una vieja caja de herramientas, sin capacidad para poder reparar las nuevas realidades laborales. Así como un martillo o un destornillador tradicional no podrían ajustar una computadora, el Derecho laboral encuentra numerosas dificultades para regular la nueva organización virtual del trabajo. Su futuro es incierto, salvo que podamos aceptar la postmodernidad, redefinir el estado social y reformular a su vez las tutelas laborales, en defensa de los nuevos trabajadores, que seguirán siendo en su gran mayoría “contratantes débiles” ante empresas cada vez más poderosas. Como nos indican las técnicas *oftalmológicas*, debemos comenzar a construir un Derecho del trabajo *multifocal*.

8. Trabajo dependiente, autónomo o semiautónomo

La modalidad del trabajo para las plataformas virtuales plantea un reto que no es nuevo para el Derecho Laboral, pero que adquiere originales características en épocas de organización digital del trabajo: ¿estamos ante trabajo dependiente y, por lo tanto, la prestación debe estar regulada por las reglas tradicionales de nuestra disciplina, o ante una nueva forma de trabajo independiente, excluida de las reglas laborales, o deberemos reconocer una “tercera vía” que bordea la subordinación por un lado y la autonomía por el otro?

El trabajador que opera a través de plataformas virtuales, puede – a diferencia del trabajador subordinado tradicional – decidir cuestiones importantes de su prestación laboral, como la extensión del horario y los descansos a cumplir, la elección de sus vacaciones, la cuantificación de su retribución. Además él es dueño de su vehículo (caso *Uber*) o de las habitaciones, que pretende arrendar (caso *Airbnb*). Al mismo tiempo

comprobamos, como hemos ya expresado, que este trabajador no opera con total libertad, sino que actúa inserto en una organización empresarial que pauta su actividad, pudiendo llegar a rescindir el vínculo contractual.

Las nuevas tecnologías, las plataformas virtuales, la *cyber-dependencia* alteran aún más el tradicional modelo de prestación del trabajo y no encuentra al Derecho del trabajo preparado para enfrentar las nuevas realidades, en las que confluyen rasgos de la subordinación y elementos de la autonomía.

Derecho y técnica abren un debate complejo en el Derecho y – en especial en tiempo de alta tecnología – en nuestro Derecho laboral. Supiot resume la disputa entre dos concepciones del derecho: “Por un aparte una concepción trascendental o iusnaturalista, que ve en el derecho la expresión de principios universales e intemporales, y por la otra parte, una concepción positivista e instrumental, que ve en él una mesa técnica, en sí misma neutra y vacía de sentido. Para unos, el problema consiste en someter las técnicas a los grandes principios que el derecho revelaría, mientras que las los otros éste sería como una carretilla capaz de transportar cualquier contenido normativo, de modo que todo aquello que es técnicamente realizable, debería terminar siendo jurídicamente permitido”³⁹

Se plantea por lo tanto la cuestión de cuál debe ser el rol del Derecho del trabajo como regulador de una realidad tan disímil. ¿Debe aceptarse la realidad de un mercado de trabajo fragmentado y buscar respuestas jurídicas diferentes a partir de esa diferencialidad, o debemos mantenernos fieles a un derecho del trabajo único para regular lo que ha sido su objetivo tradicional, el trabajo típico? ¿Debemos admitir un sistema de relaciones laborales con trabajadores diferenciados en sus derechos y obligaciones?⁴⁰

Los autores más recientes que hemos consultado⁴¹ destacan que los nuevos emprendimientos virtuales encubren verdaderos vínculos de trabajo subordinado y por lo tanto deben ser regulados por el Derecho del trabajo tradicional. Entendemos y compartimos muchos de sus razonamientos, pero consideramos que no es posible eludir una realidad que muestra expresiones extremadamente atípicas de trabajo. La idea de un Derecho laboral principista que pretende incorporar estas formas de trabajo, puede chocar contra una realidad que se resiste a ser incorporada en las categorías tradicionales, con el resultado de quedar excluida de toda

³⁹ Supiot, A., *op. cit.*, p. 179.

⁴⁰ La cuestión constituye el planteo central de nuestra *Teoría de los círculos*, en rev. *Derecho Laboral*, n. 190, Montevideo, 1998.

⁴¹ Entre ellos, Valerio De Stefano, Adrián Todoli Signes, Anna Ginès Fabrellas y Sergi Gálvez Durán.

regulación.

No es casual que el Informe Anual 2015 del Director de la OIT – “El empleo en plena mutación” – da cuenta del hecho que el 75% de los trabajadores del mundo son empleados a través de contrato precarios, en empleos informales o en empresas familiares sin remuneración. El Director Guy Ryder concluye: “El mundo del trabajo está cada vez más diversificado. En algunos casos, las formas atípicas de empleo ayudan a ingresar en el mercado laboral. En otros son también el reflejo de la inseguridad generalizada del mundo hoy día”.

En atención al Informe de la OIT y de admitirse la posición de los autores citados, la pregunta es: ¿el Derecho del trabajo tendrá la suficiente eficacia para regular los nuevos trabajos o seguiremos defendiendo la idea formal y atractiva de un Derecho del trabajo único, pero que hoy solo regula un 25% de la población económicamente activa? Ante de contestar a estas preguntas, proponemos una reflexión sobre las actuales categorías del Derecho del trabajo.

9. ¿Un nuevo Derecho del trabajo o nuevas categorías para el Derecho del trabajo?

En nuestra disciplina hablamos poco de “categorías jurídicas”, pero el Derecho del trabajo – al igual que las demás – se ha construido a partir de principios y de categorías jurídicas.

Podemos definir una categoría como una noción general y abstracta a la que se le atribuyen determinadas características y consecuencias. Si las categorías son – como diría Kant – “racionalizaciones del mundo empírico”, podemos concluir que las categorías jurídicas son sistematizaciones de la realidad, que el derecho regula a través de normas.

Las categorías jurídicas del Derecho del trabajo – en su expresión “típica” – refieren a aspectos individuales y colectivos de la disciplina. Podemos atribuir la calidad de “categoría” a las siguientes nociones:

- a) El contrato individual de trabajo
- b) El contrato colectivo de trabajo
- c) El trabajador subordinado como sujeto/objeto de la disciplina
- d) El salario
- e) El concepto de orden público

Por supuesto, no es una enumeración taxativa, pero estas categorías tienen en común la pertenencia a una concepción general de un Derecho del trabajo fuertemente protector del trabajo subordinado e indiferente ante el trabajo autónomo. La disciplina regula las categorías enunciadas y –

agreguemos – *solo a ellas*. Realidades que no se ajustan a las categorías laborales típicas quedan por lo tanto marginadas de toda reglas.

Podríamos optar por forzar el ingreso de las nuevas realidades en los moldes de las categorías tradicionales, pero la experiencia demuestra que la “realidad” se venga siempre de las normas construidas desconociendo su existencia: en nuestro caso la venganza se expresa en los enormes bolsones de informalidad, presentes especialmente en los países latinoamericanos.

Nuestra idea central al examinar las nuevas formas de organización digital del trabajo es que las mismas – como hechos empíricos absolutamente nuevos, y por lo tanto desconocidos en el pasado – reclaman la construcción de nuevas categorías que respondan a realidades, que ya no pueden interpretarse a la luz de estereotipos tradicionales. Muchas formas de trabajo ya no logran adaptarse – o ni siquiera ingresar – en las *categorías* clásicas del Derecho del trabajo subordinado.

El Derecho del trabajo típico no surgió como una entelequia jurídica construida en el silencio de las bibliotecas. Todo lo contrario: fue construyéndose a partir de hechos empíricos, expresión de la organización productiva del modelo industrialista.

No debemos escandalizarnos con la idea de un Derecho del trabajo “diferenciado”. Como señala Alvarez de la Rosa, a comienzo del siglo XX se aprueban leyes, que van separándose de los códigos civiles para regular la nueva realidad del trabajo. Esas leyes no irán dirigidas al ciudadano en forma indiferenciada, sino que estarán dedicadas a un específico grupo y a unos determinados intereses⁴². En otras palabras, el Derecho del trabajo nace precisamente diferenciando grupos e intereses.

Hoy se afirma que hay una “huida” del Derecho del trabajo: no negamos la afirmación, pero la idea de levantar barreras para frenar esa huida lleva – en nuestra opinión – al fracaso. Pensamos que hay que enfocar el problema desde una nueva perspectiva y para evitar la “huida” es necesario construir categorías de la disciplina suficientes para regular formas diferentes de trabajo. Las nuevas categorías no deben descender “desde lo alto”, es decir desde concepciones que ya no responden a las transformaciones del trabajo, sino “desde abajo”, es decir desde los lugares en los cuales los conflictos sociales se consumen⁴³. La idea subyacente en esta operación no es por lo tanto la de reducir o flexibilizar el Derecho del trabajo, sino todo lo contrario: abrir sus fronteras a las

⁴² Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada 2014, p. 135.

⁴³ Donati Busnelli, F., “Quale futuro per le categorie del diritto civile”, *Rivista di Diritto Civile*, Milano 2015, p. 2.

nuevas realidades, para ampliar sus espacios de regulación. Evidentemente enfrentamos el desafío de superar el conflicto entre un sistema de valores radicados en la tradición y otro que quiere afirmarse, muchas veces en contraste con aquélla⁴⁴.

Llama la atención que el Derecho Civil ha sabido adaptarse a nuevas realidades, sin abdicar de la defensa de sus principios. Ha creado precisamente “categorías jurídicas desde nuevas realidades”. Un ejemplo claro de lo que queremos expresar lo encontramos en el instituto del matrimonio. Los códigos tradicionales expresan que la institución matrimonial se funda en la unión de personas de distinto sexo, que cumplidas determinadas formalidades, contraen derechos y obligaciones establecidas en las previsiones legales. El Derecho Civil en una operación de expansión jurídica – de “apertura de sus fronteras” – comienza a reconocer la existencia de nuevas realidades que impone la vida en comunidad: por ejemplo, la unión de personas que no cumplen con las formalidades matrimoniales establecidas por el código o la unión de personas del mismo sexo. La respuesta civilista ha sido la de reconocer las nuevas realidades y a partir de ellas (desde la base) construir nuevas categorías o sub-categorías del matrimonio, atribuyendo a las mismas derechos y obligaciones. Por lo tanto hoy reconocemos en muchos países (entre los cuales Uruguay) categorías como la unión concubinaria (la convivencia durante determinado período como generadora de derechos y obligaciones) o el matrimonio igualitario (matrimonio entre personas del mismo sexo) desconocidas por el Derecho Civil tradicional. Éste no ha abdicado de sus principios: su operación revolucionaria ha sido la de no anclarse en las categorías jurídicas tradicionales, sino abrirse y expandirse a las nuevas realidades, a partir de las cuales ha definido nuevas categorías.

El Derecho – y en especial el Derecho del trabajo tan apegado a la realidad – no debe ser el resultado de abstracciones especulativas, sino construirse a través de la experiencia, estratificada en el tiempo⁴⁵.

Las transformaciones del trabajo muestran por lo tanto nuevas realidades y el reto del jurista es el de reconocerlas, para poder así regularlas, rechazando la idea de comprimirlas en los “envases” de las categorías tradicionales. Se trata pues de construir nuevas categorías – que sin desconocer los principios de la disciplina – reconozcan y se ajusten al mundo empírico.

Compartimos la opinión de Lima Juliani, cuando afirma que el Derecho

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Ascoli, M., *La interpretazione delle leggi*, Saggio di filosofia del diritto, Roma 1928, p. 12, cit. por Donati Busnelli, F., *op. cit.*, p. 9.

de huelga (y agreguemos nosotros, *los demás derechos que conforman el ámbito de la libertad sindical*) alcanza a los trabajadores autónomos y para subordinado en la economía compartida. Al fundamentar su posición el autor destaca que no se observa en el ordenamiento jurídico nacional normas, que impidan el derecho de huelga a los trabajadores parasubordinados o autónomos. En tal sentido el artículo 57 de la Constitución reconoce a la huelga como un derecho “*gremial*”, sin hacer ninguna clase de distinción, y mucho menos, reservando este derecho en exclusiva a trabajadores dependientes. En tal sentido, cita a Ricardo Mantero, quien expresa que “(...) el criterio de la subordinación, para determinar el ámbito subjetivo de la huelga, peca de excesivo formalismo, sin tomar en consideración la realidad socio-económica subyacente”⁴⁶.

Lima Juliani recuerda finalmente que la Recomendación 204 (2015) de la OIT sobre la Transición de la economía informal a la economía formal, dirigida a “trabajadores por cuenta propia” y a “los empleadores”, promueve el derecho de constituir las organizaciones que se estimen convenientes, así como el de la libertad sindical y la negociación colectiva⁴⁷.

El desafío del Derecho del trabajo – individual y colectivo – es precisamente el de abrir las puertas a las nuevas formas del trabajo, aceptando sus peculiaridades y diferencias y – por lo tanto – sin encajonarlas en las viejas categorías.

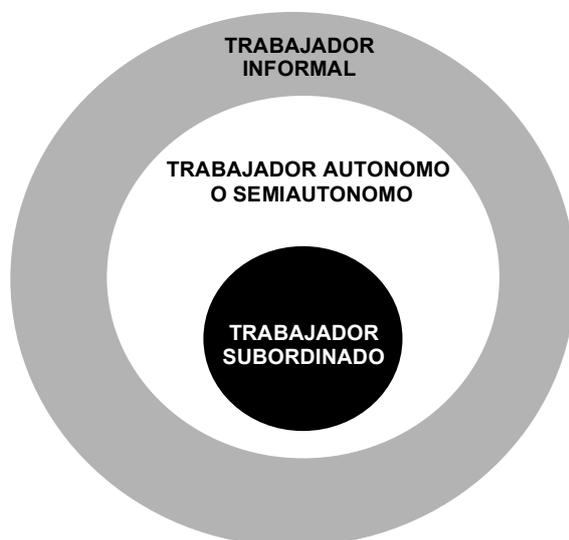
10. Reformulando la “teoría de los círculos”: las nuevas categorías

Hace casi dos décadas y ante transformaciones menos impetuosas que las actuales, pretendimos elaborar una teoría, que denominamos “de los círculos”.

Proponíamos que los diversos instrumentos de protección previstos por el Derecho del Trabajo operaran en forma diferenciada ante realidades diferentes. Imaginamos, cuando escribíamos, un Derecho del trabajo en círculos concéntricos, con diversas tensiones y tutelas:

⁴⁶ Lima Juliani, M., *Trabajadores autónomos y parasubordinados en la economía compartida: ¿limitación al derecho de huelga derivada de los sujetos?*, (inédito), en el que cita a Mantero Álvarez, R., “Límites al Derecho de Huelga”, Montevideo, 1992, p. 157.

⁴⁷ Lima Juliani, M., *op. cit.*



“El núcleo de esos círculos – expresábamos – sería el ámbito de máxima protección, que incluye todos los mecanismos de tutela previstos por la disciplina y aplicables sólo a las formas típicas de trabajo asalariado. En los restantes círculos sucesivos, y en tanto más alejados del núcleo, se hallarían estratos de protección cada vez menor. Estos diferentes círculos sucesivos se alejarían del círculo a medida que aumenta la autonomía del trabajador. En el círculo de menor protección se hallarían reconocidos derechos de los que debería gozar cualquier persona que realice trabajo personal y productivo”.

Si bien el trabajo se transforma y nacen nuevas categorías, subsiste de la esencia teórica del Derecho laboral la diferenciación entre contratantes económicamente fuertes y contratantes débiles, que justifican la necesidad de tutelas compensatorias. Como expresa Ledesma Iturbide, los nuevos trabajadores, no obstante su independencia funcional, exhiben un alto grado de dependencia económica. “Estos trabajadores – expresa – no se encuentran comprendidos dentro de la figura típica y paradigmática del trabajador asalariado y sin embargo exhiben la misma necesidad de protección que aquéllos”.⁴⁸

¿Dónde ubicamos a las nuevas formas de trabajo via aplicaciones y/o plataformas? Evidentemente la mismas expresa la tensión entre una

⁴⁸ Ledesma Iturbide, D.M., “Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica”, *Relaciones Laborales*, n. 26, Montevideo, 2013.

concepción que quiere ajustarlos al trabajo subordinado típico y una realidad que los expulsa hacia la informalidad.

Consideramos que debemos darle un nuevo *status* a esta categoría de trabajadores que oscila entre la dependencia y la independencia, que permite afirmar que son trabajadores semi-autónomos o, lo que es lo mismo, semi-dependientes.

Como ya hemos expresado, en la medida en que apostemos a incluirlos en el trabajo subordinado formal – con todos los beneficios que ello implica – el riesgo será el de crear bolsones de informalidad con nuevas características. Esto es lo que en definitiva acontece en la mayoría de los países, que no logran “atrapar” en sus regulaciones legales a los trabajadores de Uber, los proveedores de servicios de alojamiento turísticos (como el caso de Airbnb) y de la larga lista de aplicaciones que día tras día ingresan en nuestra vida económica.

Cuando escribimos en 1999 sobre la Teoría de los círculos despertamos una inevitable polémica entre “principistas” y “positivistas” del derecho del trabajo. Para algunos, establecer sectores (círculos) con diversas categorías laborales y diferentes regulaciones, significa promover un sistema con trabajadores de primera, segunda y tercera clase. Un natural sentimiento de justicia y un derecho que, por lo menos en la afirmación teórica considera la igualdad como uno de sus valores más sagrados, se oponen a la idea de realidades tan distintas y protecciones disímiles. Se afirma desde esta posición que solo debe ser aceptable un único derecho del trabajo, una única medida de protección para todos los trabajadores. También en el campo de la seguridad social, el principio de la universalidad resiste la idea de protecciones distintas para ciudadanos con iguales derechos.

Pero desde otra perspectiva – y pese al respeto que nos merece la idea de un Derecho del trabajo único –, tenemos la convicción que el Derecho puede regular la realidad y mejorarla dentro de ciertos límites. Por sí solo, el Derecho no puede modificar en forma radical la realidad. Vivimos un mundo en el que se han consolidado formas distintas de trabajo y la disrupción de la empresa virtual o digital marca en los vínculos laborales agudas diferencias, que se caracterizan por la tendencia a eludir la regulación de los países donde operan. Por lo tanto no es nuestra intención “promover” un sistema de regulación del trabajo diferenciado; nos limitamos a reconocer una realidad “diferenciada”, que entendemos regulable solo a través de normas que se ajusten a las particularidades de los nuevos trabajos.

De ahí que optemos por una posición, blanco de críticas, pero que deriva de lo que consideramos una visión realista del sistema: si admitimos la

existencia de sistemas diferentes de organización del trabajo, deberemos producir normas que tengan en cuenta esa diversidad. Ignorar el fenómeno, significaría – como ha acontecido hasta el presente – legislar solo para los trabajadores del primer círculo, los privilegiados (y cada vez menos numerosos) trabajadores típicos.

La particularidad de estas diversas realidades es que tienen en lo económico y en lo social, costos y tutelas distintos. Ese es el punto neurálgico de la cuestión, en un mundo además extremadamente competitivo. El trabajo informal y el trabajo semi-autónomo son menos costosos, lo que explica en gran parte su expansión en el mundo, como reconocía el ya citado Informe del Director de la OIT del año 2015. Hay muchas explicaciones para el fenómeno de las nuevas modalidades del trabajo (mayor flexibilidad del sistema productivo, nuevas estrategias empresariales, disminución de la presión sindical), pero la causa que incide mayormente en su crecimiento es que todo “nuevo trabajo”, y en especial el trabajo organizado y dirigido desde plataformas digitales, tiene un costo laboral inferior al del trabajo dependiente típico. La ausencia de costos laborales en el sector informal es a su vez causa de la expansión del trabajo negro, realidad bien conocida en nuestro continente.

¿La pregunta clave es por lo tanto si el conductor de Uber debe ser incluido en las reglas del trabajo típico, quedar al margen de las reglas o insertarse en un sistema de reglas intermedias (y por lo tanto, costos intermedios)? Seguramente muchos encuentren suficientes razones e indicadores para expresar que ese chofer debe ser regulado por la legislación laboral; pero también es cierto que es el propio Derecho del trabajo que encuentra dificultades no menores a la hora de concretar sus tutelas.

Una vez más expresamos – y con más convicción ante los desafíos del “trabajos obre demanda via aplicaciones” – que la función moderna del derecho del trabajo y de la seguridad social es la de operar con sentido realista y orientarse hacia una finalidad precisa, la de disminuir las distancias entre las diferentes zonas – los círculos – del trabajo. Esa función deberá cumplirse distribuyendo la protección social de tal forma que la distancia entre las tutelas y los costos no sea tan acentuada como lo es en la actualidad.

En esta perspectiva, adquiere – como ya lo señaláramos – nueva importancia la seguridad social como instrumento para reducir distancias. Los altos costos previsionales del trabajo típico son incuestionables en la medida que significan una mayor protección. Pero también es cierto que ellos se vuelven cada vez más perjudiciales para la contratación de nuevos trabajadores dependientes: quizás debería reflexionarse sobre la

desgravación de algunas partidas y sobre el traslado de la carga financiera a otro tipo de impuestos. En el caso del trabajo semi-dependiente, si bien es cierto que se establecen sistemas previsionales, para muchos trabajadores – especialmente aquellos que desarrollan actividades no continuativas – la carga contributiva periódica puede desestimular la afiliación. Debería también meditarse sobre la oportunidad de mejorar algún beneficio, lo que podría llevar a elevar en algo los aportes. Una disminución – aún de pocos puntos – de los costos laborales del trabajo típico y un correlativo aumento de los aportes del trabajo atípico disminuiría en definitiva las diferencias y consecuentemente, el efecto *dumping* de uno frente al otro.

Como hemos intentado expresar a través de estas ideas, ante una realidad tan compleja y diferencial, creemos que la opción deba ser en favor de una intervención activa, pero con sentido realista, del derecho del trabajo y de la seguridad social. Para ello es absolutamente esencial conocer el sistema de relaciones laborales en profundidad. Por lo tanto la primera medida que deberá tomar el investigador es la de medir el sistema y para ello será valiosa la colaboración de los especialistas de esa nueva disciplina que es la *estadística laboral*. Debemos conocer las dimensiones precisas de los *círculos*: ¿Cuántos son los trabajadores informales? ¿Cuántos los atípicos y los típicos? ¿Cuántos los ciudadanos que han aceptado ser “socios” de las app-empresas?. Debemos también profundizar la investigación de los costos laborales: ¿cuántos son aquellos que realmente inciden en la decisión de contratar un trabajador dependiente o una *empresa unipersonal*?

Al reflexionar sobre los “círculos”, concluimos: “Conocer la realidad con la mayor precisión posible es la condición indispensable para operar en ella y encontrar respuestas que permitan un reparto más equitativo de las cargas y de los beneficios. En un mundo con injustas desigualdades, el rol del hombre de derecho – en este caso el derecho del trabajo – debe ser dinámico, activo, lleno de creatividad para individualizar esas diferencias e intentar acortarlas; un sentido realista debe guiar su acción, sin perder la firme orientación de los principios”. Hoy una realidad más vasta y compleja nos reafirma en esas consideraciones.

La economía virtual indica que los círculos siguen multiplicándose y, más que hablar de un sistema jurídico con diversos grados de protección, deberemos comenzar a referirnos a Derecho del Empleo con un sistema general de protecciones mínimas extendidas a a todo trabajador, por la sola condición de participar en una comunidad productiva, con reglas políticas y sociales, recogidas en nuevos textos perfilando las reglas de cada uno de los trabajos, de cada uno de los posibles “círculos”.

11. Responsabilidades heterogéneas y tutela social

En un vínculo laboral típico el empleador asume los riesgos y los costos de su emprendimiento. A cambio de ello, el derecho le confiere un poder de dirección sobre sus trabajadores subordinados.

Entendemos que la “disrupción” que se produce a partir de las *app-empresas*, no solo muestra cambios bruscos en los modos de producir o prestar servicios, sino que da nacimiento a una nueva relación laboral, que se aparta del tradicional contrato de trabajo. La empresa central sigue conservando las responsabilidades del emprendimiento, pero el trabajador se aparta de los criterios típicos de la subordinación y asume responsabilidades propias.

Hay una tendencia representada por distinguidos autores que han escrito sobre este tema tan reciente, que en base a los indicadores de la subordinación que aparece en la organización de la empresa virtual (control, presión virtual, desactivación, etc) y de algunos fallos de la justicia norteamericana y administraciones del trabajo europeas, consideran que el trabajador *on-demand* de una *app-empresa* es en principio un trabajador subordinado al que deben aplicarse las reglas clásicas del Derecho del trabajo⁴⁹. Esta opinión – que responde a la visión tradicional de la disciplina – ofrece a nuestro juicio un problema no menor: la dificultad de obligar a la *app-empresa* a cumplir con sus obligaciones previsionales, tributarias y laborales. La nueva empresa virtual se mueve rápidamente en el espacio virtual, no siempre es identificable con una materialidad geográfica y sus posibilidades de mutación son infinitas, como es infinita la serie de algoritmos, que son la substancia inmaterial en que se apoyan.

En nuestra opinión estamos ante una concepción empresarial diferente,

⁴⁹ Comparten esta posición Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S. en *op. cit.*, p. 37, aunque admiten que “en un futuro no lejano será necesario el replanteamiento de los conceptos de subordinación y dependencia jurídica”; Todolí Signes, A., *op. cit.*, pp. 24 y 25, comparte en principio que la doctrina mayoritaria considere al prestador de servicios en estas nuevas empresas como trabajador subordinado, pero admite que no considera oportuna la aplicación en bloque de toda la normativa laboral, porque el trabajador que presta servicios en una plataforma virtual sufre unos riesgos diferentes al trabajador común y requiere una protección a medida. Por ello, propone una relación laboral especial, modificando aquellos preceptos que son incompatibles con el nuevo modelo de relaciones laborales; De Stefano, V., *op. cit.*, p. 35, expresa que las particularidades de los trabajos en la nueva economía digital pueden ameritar regulaciones especiales, pero sin violar los principales derechos laborales; por su parte Fernandez Brignoni, H., *op. cit.*, p. 47 y ss. aboga por una interpretación amplia de la subordinación, porque los criterios laborales son los que aseguran protección jurídica a los trabajadores.

pero también ante una modalidad de trabajo en que el trabajador actúa según criterios que lo alejan del trabajador subordinado tradicional. La realidad nos muestra un trabajador que ingresa en una organización productiva ajena, pero que conserva caracteres propios del trabajo autónomo. Al ingresar en el sistema organizativo de una empresa virtual (ejemplo, Uber), el trabajador es consciente de las particularidades de ese vínculo laboral. Él no es un sujeto incapaz u obligado a ingresar por la violencia en una situación que le es ajena. Al aceptar ese vínculo al mismo tiempo se corresponsabiliza del mismo. Si un sujeto con su auto particular y sin respetar los requisitos tributarios y administrativos, realiza tareas de transporte público, es evidente que está incurriendo en diversas violaciones normativas. El trabajador – por ser trabajador – no es una persona impune. Por lo tanto no podemos compartir la idea de que ese trabajo – *per-se* violatoria de diversas regulaciones normativas – se convierta en legítimo por la circunstancia que es organizado por Uber o cualquier empresa de este tipo⁵⁰.

La nueva economía participativa impacta sobre el sistema económico en general, porque elude las barreras de las normas establecidas por el Estado en la regulación de las distintas actividades. Entendemos por lo tanto que existe una justificación de la intervención del Estado en la economía, cuando en esta se producen fallas de mercado y se rompe el equilibrio de la competencia⁵¹.

Los servicios de taxi y remises altamente regulados por el Estado son desafiados por un adelanto tecnológico (Uber), que para muchos usuarios ofrece un servicio más completo y económico. A ello se agrega que los jóvenes comienzan a tener menos apego al vehículo propio: “de hecho, lo empiezan a considerar un gasto excesivo ya que la mayor parte del tiempo está sin utilizar. Poder acceder a un servicio eficiente de transporte, menos

⁵⁰ Cfr. Gauthier, G., *op. cit.*, p. 127, quien expresa: “El abordaje del problema que representan las nuevas formas de obtener el concurso del trabajo humano, no debe efectuarse a partir de intentar subsumir las nuevas realidades o figuras en las categorías pre existentes, pues a poco que se profundice en el análisis de los casos concretos queda en evidencia la insuficiencia o el desajuste del enfoque tradicional binario del trabajo dependiente o subordinado y el trabajo autónomo”.

⁵¹ Ver Bafico, H. y Michelin, G., *op. cit.*: los autores alertan sobre el hecho que no todos los impactos de la economía colaborativa son auspiciosos. Entre los temas que deben preocupar, está en primer lugar el hecho que afecta derechos adquiridos, que implican un costo importante para quienes los usufructúan. La segunda cuestión es que inquietan a los gobiernos, que deben fiscalizar estas nuevas actividades y posiblemente gravarlas con impuestos. Concluyen que la economía colaborativa, puede implicar una menor demanda global por todos los bienes y servicios, con las consecuentes implicaciones negativas sobre la marcha de la economía.

costosos y a través del celular, donde encuentran todas las respuestas, resulta ser todo un éxito”⁵². Pero es también evidente que esa ausencia de costos se produce a expensas de la violación de normas que regulan toda sociedad nacional.

Un grupo de jóvenes investigadores de la Carrera de Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho, que nos ha participado de su trabajo, confirma a través de encuestas realizadas en el ciudad de Montevideo que los conductores de Uber (en el momento en que escribimos) se caracterizan por no tener libreta de conducir profesional, no estar inscriptos a la seguridad social ni como dependientes ni como independientes y no tener ninguna autorización municipal o nacional para realizar transporte público. Es decir que estamos ante un trabajador absolutamente informal, que aprovecha de esa situación encubierta y violatoria de las reglas, para trabajar con ventajas evidentes en comparación a los choferes y empleadores que cumplen con todas las reglas que impone el vínculo laboral y el transporte en general.

Entendemos por lo tanto – que además de la responsabilidad o corresponsabilidad del *app-empleador* – existe una responsabilidad directa del trabajador informal, que saca provecho propio (ventaja comparativa) frente al trabajador formal. A breve plazo el daño que se causa es a la competencia, pero a mediano término el perjuicio alcanzará a toda la sociedad (que está construida sobre reglas tributarias administrativas, laborales y previsionales para la ordenación de las diversas actividades lícitas) y a largo plazo el daño alcanzará al propio trabajador que irresponsablemente descuidó construirse un sistema previsional de protección.

Estamos pues – y volvemos a rescatar nuestra “teoría de los círculos” – ante una nueva categoría de trabajador que opera conscientemente entre la subordinación y la independencia, y que además al estado actual se aprovecha de esa situación novedosa e incontrolada, para eludir normas. Si bien el trabajador integra la organización Uber (o la que corresponda), hay diversos actos de voluntad propios y libres que lo responsabilizan de sus decisiones: la voluntad de acceder al uso de la aplicación, la posibilidad de trabajar eludiendo las normas que implican costos, la libertad de trabajar según su propia utilidad o necesidad.

Es interesante destacar de la investigación citada en este numeral, que un empresario de *remises*⁵³, indica en la encuesta realizada que ya ha decidido derivar a la organización de UBER el servicio de uno de los autos de la

⁵² Bafico, H. y Michelin, G., *op. cit.*

⁵³ La expresión rioplatense alude a coches de alquiler con chofer.

empresa, para poder de este modo comparar costos y ganancias entre la utilización de sus vehículos como es desarrollada en la actualidad (es decir, en un contexto de reglas y tributos nacionales) y la modalidad Uber. Seguramente se abrirá así un círculo vicioso, donde los taximetristas y choferes de autos de alquiler comenzarán a trasladarse a UBER, para abaratar costos, con la consecuencia que la única certeza es la pérdida de los antiguos *standards* de protección. Como recordamos en nuestras clases, el Rey Luis XVI ya al borde de la quiebra (hoy diríamos *default*) contrató como Ministro de Finanzas en 1788 a Jacques Necker, respetado banquero suizo. El Rey indicó a Necker que era oportuno hacer trabajar a los franceses los días domingo, para tener una ventaja comparativa con los otros países europeos. Necker sabiamente contestó que la medida solo sería útil a breve plazo, porque obligaría rápidamente a los demás países europeos a hacer trabajar los días domingo para recuperar la desventaja comparativa. La conclusión del Ministro de Finanzas del Rey Luis XVI era clara: si un país abolía el descanso semanal, obtendría indiscutiblemente una ventaja, pero seguramente los demás países lo imitarían, con el único resultado que todos perderían un beneficio, sin obtener ventajas a cambio. Ese es el principal riesgo del uso desregulado de las *app-empresas*: luego de un primer momento de abaratamiento de costos tributarios y laborales, se llegará a una generalización de estas modalidades de producción y prestación de servicios, que harán perder en ese proceso derechos fundamentales para el trabajador y la sociedad.

Si bien es cierto que no es posible establecer “standars” definitivos para los diversos trabajadores que actúen bajo el régimen *on-demand*, la idea que planteamos en este trabajo es que necesariamente habrá que invocar una corresponsabilidad entre el trabajador y la *app-empresa*. Así como el trabajador de Uber para usar su vehículo deberá cargar combustible y hacer las reparaciones que corresponde, también deberá ser de su cuenta el cumplimiento de la normativa tributaria y/o previsional que le corresponda, así como el cumplimiento de los diversos requisitos que impongan las regulaciones legales y administrativas a los demás trabajadores y empresas que operen en el transporte. Ello no impedirá que el trabajador luego pueda repetir contra Uber (estructura empresarial que organiza su trabajo) invocando los aspectos “dependientes” de su vínculo directo con la *app-empresa*.

De este modo deberemos concebir una modalidad de trabajador semi-dependiente, responsable ante la autoridad del país donde trabaja (independencia) y vinculado a una organización que regula su trabajo (dependencia). Reglas en tal sentido solo serán efectivas, si cuentan con las sanciones correspondientes: la experiencia de la normativa sobre

alcoholemia en Uruguay ha demostrado que la sanción más respetada y temida por los conductores particulares es el retiro de la libreta de conducir, sanción que podría extenderse al chofer de Uber que no cumpla con las normas, que deberá observar.

Además de razones jurídicas (en esta nueva categoría laboral existen indicadores que señalan una doble responsabilidad), existen motivo “reales”, que ya hemos señalado. No es siempre fácil “enlazar” las *app-empresas* a las normas: que las responsabilicemos “en el papel” o “en el discurso”, no significa que logremos concretar las responsabilidades que les atribuimos.

Por supuesto esta posición no excluye la posibilidad que como ha sucedido en algunos países (v.g, México) de acordar con la *app-empresa* un porcentaje de sus transacciones destinado a cumplir con las diversas obligaciones en materia tributaria, previsional y reglamentaria, que alcanzan a toda empresa que opera regularmente en el mercado.

12. Una reflexión final

Como indicamos a pie de página al comienzo de este trabajo, nuestra investigación “está en proceso”: la realidad de las plataformas virtuales que organizan trabajo ajeno, irrumpe con tanta fuerza en el mundo del trabajo, que las primeras conclusiones son siempre “frágiles” y vacilantes. También es cierto que el examen de este proceso nos hace comprender cuestiones, que necesariamente deberán acompañar el estudio de los nuevos modos productivos vía plataformas:

- a) El modelo de producción y negocios del mundo contemporáneo cambiará a partir de la presencia inevitable de las plataformas virtuales en las relaciones económicas y laborales. Intentar detener este proceso solo nos asemejará a aquellos obreros, que a fines del siglo XVIII – guiados por el obrero tejedor Ned Ludd – pretendían destruir las máquinas a golpe de martillo.
- b) Los trabajadores y los paradigmas de la vinculación laboral cambian. Así como ingresa en el mercado la *app-empresa*, aparece un nuevo trabajador (*smart-worker*, *trabajador ágil*, *trabajador inteligente*) a quien importa cada vez menos la organización del tiempo de trabajo y la pertenencia continua a un único empleador. Es un trabajador – con competencias y formación especial – que las empresas ya no logran retener, porque es el mismo trabajador que considera que quedarse siempre en la misma empresa significa estancarse en su recorrido formativo.
- c) De todos modos es cierto, que seguirán habiendo millones de

trabajadores anclado a trabajos precarios, con baja capacitación y alta vulnerabilidad económica, que reclaman tutelas jurídicas. A ellos deberemos prestar especial atención, no solo por la vía del Derecho del trabajo, sino también para una Seguridad Social, que probablemente deberá recorrer caminos nuevos (¿o viejos?): menos bismarkianos y más asistencialistas.

En esta realidad tan diferenciada, el Derecho del trabajo es llamado a cumplir su natural rol tutelar, pero asumiendo que el mundo empírico ha cambiado, que los ajustes son necesarios y deberá actuarse con rapidez. En este proceso no hay que huir de la disciplina, pero inevitablemente habrá que introducir categorías jurídicas elaboradas a partir de las nuevas experiencias.

13. Bibliografía

- Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada, 2014.
- Bafico, H. y Michelin, G., “Economía colaborativa derriba barreras con impactos productivos inciertos”, *diario El País*, Montevideo, 19 de mayo de 2016.
- Bauman, Z. y Lyon, D., *Vigilancia Líquida*, Buenos Aires, 2013.
- Blanco, O., *El impacto de las tecnologías disruptivas o “aplicaciones tecnológicas” y su incidencia en la relación de trabajo*, Información relativa al Congreso de ex Becarios de Bologna, Bogotá, 27-29 de octubre de 2016.
- Cappelli, P., *El nuevo pacto en el trabajo*, Barcelona, 2001.
- Degryse, C. (ETUI), *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Bruxelles, 2016 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2730550##).
- De Stefano, V., “The rise of the *just-in-time workforce*: On-demand work, crowdwork and labour protection in the *gig economy*”, *Conditions of Work and Employment Series*, n. 71, OIT, Ginebra 2016, (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682602).
- Donati Busnelli, F., “Quale futuro per le categorie del diritto civile”, *Rivista di Diritto Civile*, Milano, 2015.
- El Observador, suplemento *Empresas*, Montevideo, 3 de agosto de 2016.
- Fernandez Brignoni, H., “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada *Economía disruptiva*”, *Rev. Derecho Laboral*, T. LIX, n. 261, enero-marzo 2016.

- Gauthier, G., “Economía compartida, *crowdworking* y Derecho del trabajo”, en AA.VV., *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*, FCU, Montevideo, junio de 2016.
- Ginès Fabrellas, A., *Externalización productiva y elusión de compromisos laborales: la necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales*, ponencia al Encuentro organizado por ADAPT “Futuro del trabajo: una cuestión de sostenibilidad”, Bérgamo (Italia), 11-12 Noviembre 2016.
- Ginès I Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S., “*Sharing economy vs. uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Enero de 2016, (disponible en http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf).
- Gonzalez Molina, M.D. y Lopez Ahumada J.E., *El teletrabajo y la privacidad del trabajador*, ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.
- Grompone J., “Prologo”, en AA.VV., *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*, FCU, Montevideo, junio de 2016.
- Lima Juliani, M., *Trabajadores autónomos y parasubordinados en la economía compartida: ¿limitación al derecho de huelga derivada de los sujetos?*, (inédito).
- Mantero Alvarez, R., *Límites al Derecho de Huelga*, Montevideo 1992.
- Montoya Melgar, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Civitas, Revista española d Derecho del trabajo*, n. 91, 1998.
- Peran Quesada, S., “La acreditación de la responsabilidad social de la empresa. Una visión crítica”, *Relaciones Laborales*, n. 24, Montevideo, 2011.
- Ramirez, G., “El caso de los Uber financieros”, en suplemento “Economía y Mercado” del *diario El País*, Montevideo 23/05/2016).
- Sibilia, P., *El hombre postorgánico – Cuerpo, Subjetividad y tecnologías digitales*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2009.
- Supiot, A., *Homo Juridicus* (traducción de Silvio Mattoni), Edición original Paris 2005, edición en español Buenos Aires 2007.
- Todolí Signes, A., “El impacto de la *Uber.Economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 3/2015, Madrid 2015 (disponible en: http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-3/Todoli.pdf).

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo