
**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN
PLATAFORMAS EN CHILE, INTRODUCIDA AL CÓDIGO DEL
TRABAJO POR LA LEY NRO. 21.431**

**CRITICAL ANALYSIS OF THE REGULATION OF WORK ON
PLATFORMS IN CHILE, INTRODUCED TO THE LABOR CODE
BY LAW NO. 21.431**

Jorge LEYTON GARCÍA

Master of Laws del University College London, Reino Unido. Candidato a Doctor, University of Bristol, Reino Unido. Investigador del proyecto Fairwork en Chile.

jorge.leyton@bristol.ac.uk

Rodrigo AZÓCAR SIMONET

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Director y profesor del Departamento de Práctica y Asistencia Jurídica (Clínica Jurídica UC). Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca y Universidad de Valencia. Magíster en Administración de Empresas MBA UC.

reazocar@uc.cl

Fecha de envío: 22/04/2022

Fecha de aceptación: 27/04/2022

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN
PLATAFORMAS EN CHILE, INTRODUCIDA AL CÓDIGO DEL TRABAJO
POR LA LEY NRO. 21.431**

Jorge LEYTON GARCÍA

University of Bristol (Reino Unido)

Rodrigo AZÓCAR SIMONET

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Resumen: Los autores aportan al debate un análisis crítico de la regulación del trabajo en plataformas en Chile, introducida al Código del Trabajo por la Ley Nro. 21.431.

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

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes y contexto de la normativa. 2.1. La realidad del trabajo en las economías de plataformas. 2.2. Interpretación jurisprudencial y discusión legislativa. 3. Contenido y ejes de la Ley Nro. 21.431. 4. Análisis crítico de la regulación introducida al Código del Trabajo. 4.1. Aplicación de la normativa y aspectos conceptuales. 4.2. Elección de la categoría contractual en el contexto de la desigualdad en el poder negociador de las partes. 4.3. Categorías de trabajadores con diferente protección. 4.4. Implicancias que preliminarmente se vislumbran en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. 5. Reflexiones finales: una oportunidad perdida.

Abstract: The authors contribute to the debate a critical analysis of the regulation of work on platforms in Chile, introduced to the Labor Code by Law No. 21.431.

Key words: Labor Law - Platform Work - Employment Contract

Summary:

1. Introduction. 2. Background and context of the regulations. 2.1. The reality of work in platform economies. 2.2. Jurisprudential interpretation and legislative discussion. 3. Content and axes of Law No. 21,431. 4. Critical analysis of the regulation introduced to the Labor Code. 4.1. Application of regulations and conceptual aspects. 4.2. Choice of the contractual category in the context of the inequality in the bargaining power of the parties. 4.3. Categories of workers with different protection. 4.4. Implications that are preliminarily glimpsed in the individual and collective rights of workers. 5. Final Thoughts: A Missed Opportunity.

1. Introducción

Se ha discutido tanto a nivel nacional como internacional sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual existente entre las empresas que prestan servicios a través de plataformas digitales y las personas que trabajan en ellas.

En ese contexto, Chile ha sido pionero en la región al regular esta vinculación contractual: el 11 de marzo de 2022 fue publicada en el Diario Oficial la Ley Nro. 21.431, que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, y que entrará en vigor el 01 de septiembre del mismo año.

Esta ley incorpora un nuevo capítulo al Código del Trabajo, cuyo objeto es regular las relaciones entre trabajadores de plataformas digitales y las empresas de plataformas digitales de servicios, lo que hace a partir de ejes regulatorios basados en la distinción entre “trabajadores de plataformas digitales dependientes” y “trabajadores de plataformas digitales independientes”, para los cuales crea normas específicas, junto a normas comunes a ambos tipos de trabajadores. Estas categorías son definidas en el texto de la nueva ley, junto con una serie de definiciones relevantes, incluyendo la de empresa de plataforma digital de servicios y de trabajador de plataformas digitales (con las citadas distinciones).

Estas figuras son reguladas a través de la creación de contratos especiales. En cuanto al contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes, incorpora una regulación laboral especial, en la medida que los servicios se presten bajo subordinación y dependencia, regulación que incluye cláusulas adicionales a las contenidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, así como aspectos específicos del deber de seguridad del empleador, de la jornada de trabajo, de las remuneraciones, entre otros.

Respecto al contrato de prestación de servicios de los trabajadores de plataformas digitales independientes, se incorpora como un nuevo contrato que no tiene la naturaleza laboral, en el que se especifica que no hay vínculo de subordinación y dependencia. La regulación de este contrato se realiza mediante

la incorporación de cláusulas obligatorias, entre las que destacan la regulación de los honorarios para este tipo de trabajadores, el acceso que deben tener al sistema de seguridad social y el derecho a la desconexión, así como el aviso previo que debe realizar la empresa en caso de terminación del contrato y la vigencia de sus derechos fundamentales, entre otras.

Como se adelantó, la aprobación y publicación de estas normas hacen de Chile uno de los primeros países en contar con una respuesta legislativa a las preguntas que el trabajo en plataformas ha planteado para los sistemas jurídicos a nivel nacional e internacional: ¿se trata de servicios prestados en condiciones que ameritan la intervención de la legislación? Si es ese el caso, ¿corresponde que la respuesta se desarrolle desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social? En otros términos, ¿son trabajadores dependientes que requieren una especial protección los miles de personas que prestan servicios para las empresas de plataforma digitales?¹.

Estas preguntas son relevantes y no pertenecen solamente al ámbito teórico: las respuestas que se den tienen implicancias concretas en las condiciones en las que miles de personas prestan servicios día a día en esta industria. Es decir, es un problema del denominado “mundo del trabajo”, ya que referirse a la calificación jurídica de este trabajo y sus condiciones laborales, implica referirse a materias como la limitación del tiempo de trabajo, la suficiencia de las remuneraciones pagadas o el acceso a información relevante sobre las condiciones de la industria, entre otras preocupaciones que tradicionalmente aborda la disciplina laboral.

Considerando todo lo anterior, en el presente artículo se realiza un análisis crítico de la regulación del trabajo en plataformas en Chile, introducida al Código del Trabajo por la Ley Nro. 21.431. En esta labor, cabe realizar dos precisiones: la primera, es que el presente documento no tiene por objetivo realizar un estudio sistematizado de la nueva normativa, sino que identificar algunos nudos

¹ Algunas nociones generales sobre este debate pueden encontrarse en https://psicologia.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2019/07/PsicologiaHoy_33.pdf (páginas 7 y 8). Para un análisis sucinto de los desafíos que este fenómeno crea para el derecho del trabajo, ver http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/08/leyton_noticias_cielo_n7_2019.pdf. Un análisis más acabado de esta materia puede encontrarse en (Davidov 2017) y en (Muñoz García 2018).

interpretativos a propósito de la opción legislativa contenida en esta ley; la segunda, es que este análisis crítico debe ser tomado como preliminar, toda vez que la normativa aún no se encuentra vigente, no se ha emitido un dictamen interpretativo por parte de la Dirección del Trabajo y la experiencia ha indicado que la aplicación práctica y la intervención de los principales operadores del sistema jurídico laboral tiene una gran influencia en la vigencia de cualquier normativa.

Para realizar este análisis crítico de la Ley Nro. 21.431, en primer lugar, se presentan someramente los antecedentes y el contexto de la normativa, esto es, la realidad del trabajo en las economías de plataformas, la interpretación jurisprudencial y la discusión legislativa, para luego presentar el contenido y ejes centrales de esta nueva normativa. A continuación, se realiza un análisis crítico de la forma en que se intentan resolver los problemas asociados a las condiciones de trabajo en el sector, especialmente considerando la aplicación de la normativa y aspectos conceptuales, la elección de la categoría contractual en el contexto de la desigualdad en el poder negociador de las partes, las categorías de trabajadores con diferente protección, y ciertas implicancias que preliminarmente se vislumbran en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Finalmente, el análisis concluye con una reflexión general sobre esta temática y sobre esta normativa.

2. Antecedentes y contexto de la normativa

2.1. La realidad del trabajo en las economías de plataformas

Para un adecuado análisis crítico de esta nueva normativa -y considerando que la regulación del trabajo humano (expresado a través del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social) sigue siendo un derecho nuevo que se encuentra en constante evolución y de eminente carácter realista, al reflejar las condiciones económicas y sociales de la época-, resulta relevante considerar el actual contexto en que se desarrollan las relaciones laborales y el impacto que

las nuevas tecnologías y formas de comunicación han tenido, así como el surgimiento de la economía de plataformas.

Lo relevante para este análisis es evaluar las condiciones en las que se prestan servicios en la llamada economía de plataformas, que han implicado cambios importantes en las relaciones laborales, afectando tanto a trabajadores como empleadores. Es reconocido que este escenario ha propiciado importantes oportunidades laborales, empresariales y para la sociedad entera, pero al mismo tiempo también ha presentado amenazas, como ocurre para el trabajo decente y la economía formal.

En materia de condiciones laborales, si bien la información disponible no está ordenada en forma sistemática, existen elementos que dan cuenta que difícilmente podrían ser calificadas como ideales. Ejemplos de aquello son la existencia de jornadas extensas², remuneraciones bajas e inseguras³, condiciones de higiene y seguridad deficientes⁴, entre otros problemas.

Esta realidad contrasta con la imagen que muestran las empresas del rubro, en la que el trabajo mediante plataformas es presentado como trabajo autónomo, similar al de un emprendedor u otro tipo pequeño de empresario. Se trata de un discurso extendido entre las empresas del rubro, cuyo lenguaje, basado en ideas como el carácter innovador de su enfoque o su capacidad “disruptiva”, presenta la realización de tareas propias de un trabajo asalariado como oportunidades de emprendimiento (“gigs”) que el mercado laboral actual aun no conoce (Prassl 2018, 43–45).

El problema está en que, se presente como se presente esta forma de trabajo, los antecedentes indicados dan cuenta de una situación que ninguna de las innovaciones tecnológicas u organizacionales introducidas por estas empresas ha dejado atrás, a saber, la existencia, primero, de evidentes

² De acuerdo con un estudio reciente realizado en Santiago, el promedio de duración de la jornada semanal de un grupo de más de 200 trabajadores es de 62 horas (Asenjo y Coddou 2021, 45–46).

³ En el informe 2021 de Fairwork Foundation, ninguna de las empresas consideradas pudo demostrar que sus trabajadores recibieran un monto equivalente al ingreso mínimo mensual tras descontar costos (Fairwork Foundation s.f.). El informe 2021 está disponible en <https://fair.work/es/fw/publications/fairwork-chile-puntuaciones-2021/>.

⁴ Casi la mitad de los trabajadores encuestados en el estudio mencionado previamente declaró no tener un seguro de salud (Asenjo y Coddou 2021, 57–58).

disparidades de poder negociador entre la empresa y las personas que prestan servicios, y segundo, la existencia de formas de trabajo bajo condiciones de subordinación y dependencia.

El trabajo en la economía de plataformas, entonces, no es necesariamente distinto a otras formas de trabajo subordinado (Prassl 2018, 5,130). De hecho, es posible afirmar que en muchos casos el control ejercido por estas empresas sobre quien presta el servicio (y por ende, sobre la forma en que lo presta) se torna más intenso, aun con el uso de la tecnología como mecanismo de vigilancia y control directo o indirecto⁵.

Este es el escenario y las condiciones que se deben tener en cuenta a la hora de evaluar la nueva normativa.

2.2. Interpretación jurisprudencial y discusión legislativa

En un análisis crítico de la nueva normativa, no sólo se debe considerar el contexto de la economía de plataformas, sino también los antecedentes que se presentaron en la interpretación jurisprudencial y en la discusión legislativa.

En el ámbito jurisprudencial, cabe destacar que la Dirección del Trabajo, respondiendo a un oficio remitido por la Cámara del Senado en el contexto de la tramitación legislativa, indicó que “La determinación de la naturaleza jurídica del vínculo que une a la empresa Uber con los conductores que operan en su plataforma tecnológica y, en particular, si se trata de una relación laboral o no, exige la calificación y ponderación de hechos en un procedimiento de confrontación probatoria, cuyo conocimiento necesariamente está entregado a los Tribunales de Justicia, por lo que no resulta jurídicamente procedente que

⁵ En el marco de su decisión sobre la laboralidad de los contratos de un conjunto de conductores de Uber en Londres, la Corte Suprema del Reino Unido (recogiendo el análisis del tribunal de primera instancia) detalla un conjunto de mecanismos a través de los cuales la compañía controla la forma en que los conductores prestan servicios, destacando elementos como la fijación de las tarifas, el uso de un sistema de calificación mediante ratings para disciplinar directa o indirectamente a los trabajadores, entre otros (Uber BV & Ors v Aslam & Others 2021, párr. 93–101) (un análisis de los elementos de esta sentencia puede encontrarse en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-caso-uber-en-el-reino-unido-y-el-rol-protector-del-derecho-del-trabajo/>).

esta Dirección se pronuncie de modo genérico sobre el particular.” (Dirección Del Trabajo. Ordinario Nro. 6465. 29 de diciembre de 2016).

Cabe señalar que la autoridad laboral administrativa ha mantenido constante su interpretación sobre la situación de los conductores de transportes privados de pasajeros y de plataformas tecnológicas⁶.

A nivel judicial, destaca una sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción, que se pronunció sobre la declaración de existencia de la relación laboral en trabajadores de plataformas de delivery: “Que, para tal efecto, debemos tener presente que la existencia de una nueva realidad productiva, basada en prestaciones de servicios a través de plataformas digitales, con innovaciones tecnológicas que incluso propician, la instauración de sistemas de control digitalizados de la ejecución de tales prestaciones, representan una aparente dificultad a la hora de determinar la presencia de los elementos definitorios que nos permiten concluir si estamos o no ante la presencia de una relación contractual laboral. (...) La sentenciadora realizó precisamente dicho ejercicio, como se desprende de los diversos considerandos de su fallo, y de esa forma llegó a concluir que la relación que ligó al demandante con Pedidos Ya Chile, era de carácter laboral, por estimar acreditado los elementos esenciales de tal relación, esto es la subordinación y dependencia, como lo consigna en su motivo décimo y undécimo, así como también la ajenidad de los servicios, como lo registró en el considerando Décimo Cuarto; racionios en los cuales explicita claramente los argumentos en base a las cuales concluye en lo resolutivo” (Considerando 7°, Corte de Apelaciones de Concepción. Rol Nro. 395-2020. 15 de enero de 2021. Recurso de Nulidad. Recurso rechazado. Cuarta Sala: Viviana Iza, Jimena Troncoso y Waldo Ortega).

A nivel legislativo, resulta relevante considerar que en Chile se han presentado tres proyectos de ley que han buscado regular y dar protección de

⁶ En este sentido, ha indicado recientemente que “La determinación de la naturaleza jurídica del vínculo que une a la empresa Uber con los conductores que operan en su plataforma tecnológica y, en particular, si se trata de una relación laboral o no, exige la calificación y ponderación de hechos en un procedimiento de confrontación probatoria, cuyo conocimiento necesariamente está entregado a los Tribunales de Justicia, por lo que no resulta jurídicamente procedente que esta Dirección se pronuncie de modo genérico sobre el particular.” (Dirección Del Trabajo. Ordinario Nro. 2.479. 02 de noviembre de 2021).

trabajadores de plataforma digitales, cada uno de los cuales presentaba una solución y un modelo para hacerse cargo de las problemáticas del sector.

Un primer modelo se encuentra en el Boletín Nro. 13.496-13, proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, que ingresó el miércoles 13 de mayo de 2020, por iniciativa de los senadores Carolina Goic, Juan Pablo Letelier, Manuel José Ossandón y David Sandoval.

Este proyecto, luego de diversas modificaciones en su origen, se convirtió posteriormente en ley Nro. 21.431. El modelo original del proyecto que presentaba era reconocer garantías básicas a personas que prestan servicios en plataformas, sin pronunciarse sobre la naturaleza del vínculo jurídico. El modelo que terminaría plasmado en la ley objeto de este análisis, surgió fruto de una negociación entre el Poder Ejecutivo y el Senado (Poder Legislativo). El enfoque del proyecto inicial eludía la pregunta por el estatus de estos trabajadores, optando simplemente por fijar algunas normas básicas de protección.

Un segundo modelo se encuentra en el Boletín Nro. 12.618-13, proyecto de ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión, que ingresó el 14 de mayo de 2019 por iniciativa del Poder Ejecutivo, específicamente por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En este proyecto se establecía un artículo (8 bis), que disponía que los servicios prestados bajo plataformas digitales no dan origen, por regla general, a una relación laboral. Lo anterior, señalaba dicho proyecto, en la medida en que no se dieran los elementos propios y característicos de la subordinación y dependencia. El proyecto establecía, sin embargo, una serie de exigencias para las empresas de plataforma, relativas al establecimiento de condiciones mínimas para la prestación de los servicios. Llamativamente, la norma se preocupaba expresamente de señalar que estas condiciones no constituirían “por si solas” una presunción de dependencia y subordinación. El proyecto establecía también ciertas garantías mínimas, otorgándoles cobertura completa en materia de salud, pensiones, accidentes del trabajo, seguro para hijos afectados por condiciones

graves de salud (Ley SANNA), seguro de invalidez y sobrevivencia, pre y post natal, entre otros.

Este modelo, como queda de manifiesto, optaba por mantener el estatus independiente de los trabajadores de plataformas e introducir ciertas protecciones básicas, inferiores a las que contempla la legislación laboral.

Finalmente, una tercera alternativa se encontraba en el Boletín Nro. Boletín Nro. 12.475-13, proyecto de ley que regula el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios, que ingresó el 14 de marzo de 2019, por iniciativa de los diputados Giorgio Jackson, Maite Orsini, Raúl Soto y Gael Yeomans.

En este proyecto se proponía el establecimiento de un estatuto laboral especial para los trabajadores de plataformas, reconociendo distintos derechos a los mismos: jornada autónoma y limitada, seguridad laboral, transparencia, jornada pasiva, terminación del contrato, sindicalización y tutela de derechos fundamentales. La respuesta de este proyecto, el primero en abordar específicamente este tema, optaba claramente por la laboralidad del vínculo.

3. Contenido y ejes de la Ley Nro. 21.431

Como se indicó anteriormente, el principal objetivo de la esta Ley fue crear un marco regulatorio innovador para proteger adecuadamente a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales, quienes hasta ahora se encontraban al margen de la legislación laboral⁷.

Desde esta perspectiva, se parte de la concepción que, al no ser considerados trabajadores tradicionales, se encontraban en el contexto de un trabajo precario, en el cual no tenían la protección ni la cobertura del sistema de seguridad social. Por ello se les otorgó expresamente la categoría de trabajadores, aunque realizando una importante distinción: entre trabajadores dependientes e independientes, a los cuales se les reconoce derechos y obligaciones en común, pero también importantes particularidades. Este reconocimiento también constituye uno de los objetivos de la ley, la cual buscó

⁷ Minuta Comunicacional Plataformas Digitales. Subsecretaría del Trabajo, p. 1.

reconocer que dichas personas son trabajadores independientes con derechos y obligaciones determinados, calificación antes no considerada.

De la misma forma, esta nueva normativa buscó profundizar la necesidad de compatibilizar la debida protección de los trabajadores de plataformas digitales de servicios, con la creación de empleo y el desarrollo de nuevas tecnologías. Asimismo, se indicó que “busca proteger a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales de servicios, garantizando un piso común de condiciones mínimas para trabajadores dependientes e independientes”⁸. No obstante, lo anterior, esta nueva ley también busca ser “una regulación innovadora, entendiendo que no todas las plataformas operan de la misma manera; y asumiendo que seguirán surgiendo nuevas plataformas digitales en el futuro”⁹.

Fue así como esta ley, publicada el 11 de marzo de 2022, incorpora el Capítulo X al Código del Trabajo, denominado: “Del trabajo mediante plataformas digitales de servicios”, en el Libro I, del Título II “De los contratos especiales”, cuyo ámbito de aplicación se encuentra en regular las relaciones entre trabajadores de plataformas digitales -dependientes e independientes- y las empresas de plataformas digitales de servicios, ya sea que se realicen a través de un contrato de trabajo o de un contrato de prestación de servicios independientes, estableciendo los siguientes ejes regulatorios: (i) normas para trabajadores de plataformas digitales dependientes; (ii) normas para trabajadores de plataformas digitales independientes,; (iii) normas comunes a ambos tipos de trabajadores.

Para dichos ejes regulatorios, en primer lugar, la ley define lo que debe entenderse por empresa de plataforma digital de servicios y trabajador de plataformas digitales, para luego regular el contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes y el contrato de los trabajadores de plataformas digitales independientes, finalizando con normas comunes aplicables a ambas categorías de trabajadores y disposiciones transitorias.

⁸ Minuta Comunicacional Plataformas Digitales. Subsecretaría del Trabajo, p. 1.

⁹ Ídem.

En cuanto al contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes, se incorpora una regulación laboral especial para este tipo de trabajadores, en la medida que los servicios se presten bajo subordinación y dependencia, que en el sistema chileno es propio de todo tipo de contrato de trabajo.

La regulación de este contrato especial incluye cláusulas mínimas adicionales a aquellas contenidas en el artículo 10 del Código del Trabajo, así como aspectos específicos del deber de seguridad del empleador, de la jornada de trabajo, de mecanismos de registro de jornada y de las remuneraciones.

Respecto al contrato de prestación de servicios independientes de los trabajadores de plataformas digitales independientes, se incorpora como un nuevo contrato, pero al interior del Código del Trabajo, en el que se especifica que no hay vínculo de subordinación y dependencia.

La regulación de este contrato se realiza a través de la incorporación de las principales cláusulas que debe contener, entre las que destacan, la regulación de los honorarios para este tipo de trabajadores, el acceso que deben tener al sistema de seguridad social y el derecho a la desconexión, así como el aviso previo que debe realizar la empresa en caso de terminación del contrato y la vigencia de sus derechos fundamentales, entre otros.

Como se indicó, también se regulan aspectos comunes aplicables a los trabajadores dependientes e independientes, como lo son: la obligación de informar sobre el servicio ofrecidos; la transparencia y derecho a la información; la prohibición de discriminación por mecanismos automatizados de toma de decisiones; la capacitación y los elementos de protección; la base de cálculo de indemnizaciones legales; los derechos colectivos; el cumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores de nacionalidad chilena, y; la fiscalización de la normativa, así como la evaluación y seguimiento por parte del Consejo Superior Laboral.

Es importante indicar que esta ley entrará en vigor el primer día del sexto mes siguiente a su publicación en el Diario Oficial, lo que corresponde al 01 de septiembre de 2022.

4. Análisis crítico de la regulación introducida al Código del Trabajo

Como se indicó anteriormente, Chile ha sido pionero en una regulación que otorga la calidad de trabajadores a quienes se desempeñan prestando servicios a través de las plataformas digitales, “las cuales son una modalidad de intermediación laboral despersonalizada y más propiamente cibernética” (Villasmil, 2019)¹⁰.

En este sentido, se avanzó en una legislación que busca ser moderna e innovadora respecto a la realidad de este sector y en la cual no existía una regulación, lo cual propiciaba una desprotección y precarización del empleo de esos trabajadores.

De esta manera, se reconoce la categoría de “trabajador” de todas las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales, ya sean dependientes o independientes, lo cual implica otorgarles una serie de derechos y obligaciones ya explicados en el apartado anterior. Además, esta regulación se concreta considerando la flexibilidad que estos trabajadores necesitan y por las cuales, en muchos casos, han decidido prestar servicios bajo esta modalidad.

Asimismo, se ha planteado una evaluación de esta normativa, la cual queda entregada al Consejo Superior Laboral, ente que durante los primeros tres años de vigencia de la ley, deberá emitir un informe anual en el que se evaluará su implementación y aplicación, así como sus resultados.

Sin embargo, este avance legislativo no resulta ser acorde a lo que se necesitaba para regular la realidad del trabajo a través de plataformas, ni tampoco acorde al contexto de las relaciones laborales en el país.

A partir de lo anterior, a continuación, se identifican y presentan algunos aspectos críticos que se evidencia al momento de publicarse esta ley, volviendo a tener presente que la aplicación práctica y la intervención de los principales operadores del sistema jurídico laboral tiene una gran influencia en la vigencia de cualquier normativa, sobre todo considerando que la ley no se encuentra vigente a la fecha.

¹⁰ Villasmil Prieto, Humberto (2019). Del trabajo industrial al trabajo por plataformas digitales: las relaciones de trabajo del posfordismo. Blog, OIT. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6us> (agosto, 2020).

4.1. Aplicación de la normativa y aspectos conceptuales

Como se indicó, esta Ley comienza incorporando conceptos básicos de lo que debe entenderse por “empresa de plataforma digital de servicios” y “trabajador de plataformas digitales”, lo cual siempre contribuye a un mejor entendimiento de la normativa.

Sin embargo, en este caso, al ser definiciones propias y especiales que eventualmente se tendrían que privilegiar por sobre las definiciones generales del artículo 3 del Código del Trabajo, se evidencian algunos puntos de conflicto que tendrían que ser armonizados.

En este sentido, cabe destacar que el artículo 152 quáter R establece que las demás normas del Código del Trabajo son aplicables a la categoría de trabajadores dependientes, en la medida que no sean incompatibles o contradictorias con los preceptos de esta nueva normativa.

En cuanto a la definición de “empresa de plataforma digital de servicios”¹¹, conviene destacar que la definición es amplia en cuanto a los tipos de servicio, incluyendo el reparto de mercaderías (el llamado delivery) y el transporte menor de pasajeros (incluyendo, entonces, a empresas como Uber o Cabify), entre otros.

Esta amplitud, sin embargo, está calificada por la segunda parte de la definición, la que excluye a plataformas que actúan como mercados digitales, circunscribiendo por tanto la aplicación de estas normas a lo que conocemos como plataformas de servicios on demand (Prassl 2018, 13), en las que un conjunto de personas está a disposición de la empresa para prestar el servicio solicitado por el usuario.

¹¹ En la letra a) del artículo 152 quáter Q del Código del Trabajo, define a las “empresas de plataformas digitales de servicios”, como “Aquella organización que, a título oneroso, administra o gestiona un sistema informático o de tecnología ejecutable en aplicaciones de dispositivos móviles o fijos que permite que un trabajador de plataformas digitales ejecute servicios, para los usuarios de dicho sistema informático o tecnológico, en un territorio geográfico específico, tales como el retiro, distribución y/o reparto de bienes o mercaderías, el transporte menor de pasajeros, u otros.” Agrega que “No se considerarán como empresas de plataformas digitales de servicios para los efectos de este Capítulo, aquellas plataformas que se limiten a publicar anuncios de prestación de servicios de personas naturales o jurídicas, o bien anuncios de venta o arriendo de bienes muebles o inmuebles, aun cuando la contratación de dichos servicios pueda hacerse a través de la plataforma.”

Además, esta amplitud también podría verse afectada con la calificación que la propia ley hace de estas organizaciones que actúan a título oneroso, entendiendo que excluye otras posibles modalidades y restringiendo el concepto del artículo 3 del Código del Trabajo¹², pues podría entenderse que se excluye aquellas acciones que persiguen el logro de fines sociales, culturales o benéficos.

En consecuencia, por estas dos vías, podría restringirse la aplicación de esta normativa.

El segundo concepto relevante que introduce esta normativa es el de “trabajador de plataformas digitales”¹³, al adaptar la definición de trabajador contenida en la letra b) del artículo 3 del Código del Trabajo¹⁴ a esta figura, añadiendo los elementos propios de esta forma de organización laboral, en concreto, que los servicios personales son solicitados aquí a través de la aplicación correspondiente.

Además, lo hace también creando una novedosa adición: se refiere a trabajadores que prestan servicios “a cuenta propia o ajena”. Sobre este último aspecto, conviene destacar que el concepto de “cuenta propia” no se encontraba incorporado al Código del Trabajo, siendo sólo parte del análisis que realizaba la doctrina y la jurisprudencia.

En este último caso, según aplicación del artículo 152 quáter W, se aplicará cuando la empresa de plataforma digital de servicios sólo se limita a coordinar el contacto entre el trabajador y los usuarios.

¹² “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.”

¹³ En la letra b) del artículo 152 quáter Q del Código del Trabajo, define al trabajador de plataformas digitales como “Aquel que ejecuta servicios personales, sea a cuenta propia o ajena, solicitados por usuarios de una aplicación administrada o gestionada por una empresa de plataforma digital de servicios.” Además, precisa que “El trabajador de plataformas digitales será considerado como trabajador dependiente o trabajador independiente, según concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 7º del presente Código.”

¹⁴ “Para todos los efectos legales se entiende por: b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.”

De esta manera, en la normativa se establece una doble categoría de trabajadores: el trabajador dependiente o por cuenta ajena, y el trabajador independiente o por cuenta propia.

Si bien la diferencia entre uno y otro dependerá si concurren o no los elementos de toda relación laboral, contenidos en el artículo 7 del Código del Trabajo, lo cierto es que, según se explicará en los siguientes apartados, en la práctica esta decisión quedará a criterio de la empresa, aun cuando posteriormente pueda influir la calificación realizada por los tribunales laborales de justicia.

Finalmente, respecto a aspectos conceptuales, queda la interrogante de cuál es el límite al trabajo a través de plataformas y si alcanza a otras formas de trabajar y a las profesiones liberales. Además, queda la interrogante de cómo se vincula o articula con la modalidad de trabajo a distancia y teletrabajo, y con otras normativas especiales del Código del Trabajo.

4.2. Elección de la categoría contractual en el contexto de la desigualdad en el poder negociador de las partes

Es importante señalar que entre las normas de la Ley Nro. 21.431 hay elementos que pueden ser calificados como avances, particularmente en cuanto establecen ciertos estándares mínimos similares a los que contiene la legislación laboral.

Ejemplos de esto son la creación de normas sobre jornada, mínimos en cuanto a remuneración, o aquellas que se refieren a la protección de datos personales. Estas y otras son materias de particular relevancia para esta forma de trabajo, cuya falta de estabilidad y uso intensivo de medios de control tecnológico, hacían necesarias medidas como esta. Ello ocurre también con las normas sobre discriminación mediante sistemas automatizados de tomas de decisiones, especialmente debido a su creciente uso en esta y otras industrias.

Pero, como se argumentará a continuación, el nuevo cuerpo normativo contiene en su origen una falla estructural que hace dudar de su capacidad para entregar protección adecuada a los trabajadores de plataforma. En este caso se

refiere a la falta de atención a uno de los elementos centrales del trabajo subordinado: la desigualdad de poder negociador entre las partes, es decir, la disparidad existente entre el empleador, dotado de poder económico y control de la organización del trabajo, y el trabajador, quien solo tiene a su haber su capacidad de trabajar a cambio de un salario. Como es sabido, quien fija los términos es el primero, mientras el segundo debe simplemente aceptarlos si es que desea acceder a ese puesto de trabajo.

En este sentido, no se debe olvidar que lo anterior es un elemento esencial para el Derecho del Trabajo, siendo una de las preocupaciones centrales para esta disciplina, su objeto principal y su razón de existir. No se debe olvidar que precisamente es la razón por la cual la legislación laboral interviene en el espacio de autonomía de las partes contratantes para proteger al trabajador como parte más débil (Kahn-Freund, Davies, y Freedland 1983, 18).

Aunque las desigualdades de poder negociador no sean una característica exclusiva del vínculo laboral, el carácter continuado y personal de este contribuye a la existencia de lo que Davidov identifica como vulnerabilidades propias del vínculo laboral: por un lado, la existencia de déficits democráticos en la forma de organizar el trabajo -organizaciones jerárquicas, en las que el trabajador tiene escaso poder de decisión respecto a su vida laboral- las que suelen identificarse con las ideas de control y subordinación; por otro lado, la existencia de formas de dependencia económica (o de acceso), psicológica (el trabajo suele ser parte importante del sentido de realización personal) y social (el trabajo es un espacio en que se desarrollan vínculos con otros), se traducen en las nociones de dependencia usadas por la disciplina laboral (Davidov 2016, 35-48).

Es así como estas condiciones dan cuenta de un elemento que ni la tecnología ni la flexibilidad del modelo de trabajo en plataformas han eliminado: la disparidad de poder negociador entre una empresa que fija las condiciones de trabajo en forma unilateral y un trabajador que necesita de un empleo para subsistir. Ello se traduce en la existencia de formas de trabajo subordinado y dependiente, donde la empresa ejerce un importante nivel de control sobre la forma en que el trabajador presta sus servicios.

La economía de plataformas no escapa a esta realidad (Prassl 2018, 5,130). En muchos casos se acrecienta mediante el uso de la tecnología, entregando a la empresa formas de control sobre el trabajador mucho más marcadas e intrusiva. Además, se acrecienta en la economía de plataformas, especialmente al evidenciar la gran diferencia que pueda tener una empresa tecnológica y un trabajador que usualmente corresponde a aquellos en mayor situación de vulnerabilidad, y que por lo mismo no puede acceder a otro empleo formal, siendo muchos de ellos, en el caso chileno, extranjeros en situación irregular.

Entonces, el problema está en los supuestos en los que descansa la normativa: la creación de dos categorías paralelas, una de las cuales se inserta dentro de la categoría de trabajador que reconoce el Código del Trabajo, y otra en un régimen *sui generis* en el que, siendo aun calificados como independientes, tienen acceso a un catálogo reducido de protecciones.

La creación de esta particular figura parece perseguir el objetivo de combinar la autonomía y flexibilidad que esta forma de trabajo promete, con ciertos niveles básicos de protección. En paralelo, quiénes trabajen en condiciones de subordinación y dependencia podrían exigir el reconocimiento correspondiente. Las situaciones límites o de desacuerdos son reenviadas a las reglas de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, esto es, la norma general que permite distinguir la presencia de un contrato de trabajo y la presunción de laboralidad que la hace efectiva. No hay en ese aspecto ninguna innovación, ni se añade tampoco alguna protección adicional.

Es en este punto donde se manifiesta el problema al que se ha hecho referencia. Los supuestos en los que descansa esta distinción y la supuesta necesidad de crear una categoría con menor protección parecen no ser los correctos.

Por un lado, la preocupación por la flexibilidad que justificaría la introducción de una categoría intermedia está basada en la supuesta incompatibilidad que existiría entre ésta y un vínculo contractual de naturaleza laboral. Si bien el Derecho del Trabajo limita en distintas formas las alternativas a las que las partes pueden optar, existen espacios relevantes flexibilidad en

materias como la regulación de la jornada de trabajo y el pago de remuneraciones. Es más, las normas creadas para trabajadores de plataforma dependientes profundizan en esta flexibilidad, estableciendo mecanismos no disponibles para otros trabajadores. Entonces, si la misma regulación laboral permite contar con estos niveles de flexibilidad, como parece hacerlo el nuevo texto legal, ¿cuál sería el sentido de otorgar más flexibilidad al trabajador dependiente si es que esta es incompatible con la laboralidad del vínculo?

Por otro lado, la distinción entre estas categorías presume que los trabajadores podrán elegir libremente prestar servicios bajo la forma contractual que les acomode. Pero, como la primacía de la realidad y las máximas de la experiencia indican, las desigualdades de poder permiten vislumbrar el probable resultado de este espacio de supuesta libertad: será el empleador quien decida la modalidad, optando por aquella que le implique menores costos, esto es, aquella con menores niveles de protección. No será el trabajador quien decida.

La referencia a las normas de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, como forma de resolver los casos dudosos no aporta nada nuevo: los trabajadores que no cuentan con protección deben ir a tribunales para reconocer lo que realmente ocurre en la realidad. El uso de formas de control indirecto mediante algoritmos y sistemas puntuación, diseñadas para evitar su identificación como tales, no hace más que agravar esta situación (Prassl 2018, 54–55).

En otros términos, ante esta desigualdad negociadora y frente a la posibilidad que tiene la empresa de optar por la aplicación del contrato que más le convenga, existen claros incentivos para privilegiar la figura más desprotegida, convirtiéndose esta decisión en discrecional y quedando en evidencia, una vez más, el desigual poder negociador de las partes.

4.3. Categorías de trabajadores con diferente protección

Como se indicó, esta ley crea una doble categoría de trabajadores, entregando a una parte una protección más “liviana” o atenuada (trabajadores independientes) y otra categoría aparentemente más robusta (trabajadores

dependientes). Estas categorías de trabajadores, con diferente protección jurídica, generan una serie de efectos prácticos.

Es así como esta normativa intenta responder a los desafíos a través de la creación de un régimen jurídico especial para el trabajo en plataformas el que, por un lado, contiene ciertas protecciones especiales para esta forma de trabajo, mientras que por otro, les extiende -hasta cierto punto- la protección otorgada por las normas generales del Código del Trabajo en materias como jornada y remuneración.

Desde esa perspectiva, un primer aspecto a considerar es la extraña incorporación en el Código del Trabajo de la regulación especial de un contrato de trabajo independiente, lo cual es una novedad para el sistema jurídico chileno, en que tradicionalmente esta normativa laboral se reservaba para regular aspectos propios de una relación laboral bajo subordinación y dependencia.

De esta manera, con esta decisión legislativa se altera esta costumbre normativa y podría permitir comenzar una senda de regulación del trabajo humano no propiamente laboral, con una protección atenuada o disminuida, pero bajo el alero del Código del Trabajo. En cierto sentido, la norma pareciera seguir la ruta de los *para-subordinados* italianos o los *TRADE* españoles, figuras que se ubican en una posición intermedia entre el trabajador dependiente y el prestador autónomo. Durante la discusión legislativa se hizo referencia también a la figura del *worker* británico, pese a que esta no obedece necesariamente a la misma lógica que las anteriores.

Sin embargo, la gran diferencia, es que en esta normativa no se incorpora una norma general que regule esta realidad de trabajadores, sino que sólo se incorpora a propósito de una situación particular, en un contrato especial, que es sólo para las personas que prestan servicios a través de plataformas. Desde esta perspectiva, esta incorporación como “trabajadores” independientes no hace más que precarizar el mundo del trabajo e introducir una lógica de protección atenuada y disminuida al Código del Trabajo sin precedentes y respecto de la cual no existió discusión pública ni legislativa.

Un segundo aspecto para considerar es que la normativa asigna un haz de derechos específicos para cada categoría, así como algunos aplicables a

ambas. Para distinguir entre las dos categorías de trabajadores, el proyecto de ley recurre a los principios generales establecidos en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo ya citados. Como se indicó, en el caso de los trabajadores independientes, el rol de la plataforma debe limitarse a coordinar el contacto entre usuario y empresa, “sin perjuicio de establecer los términos y condiciones generales que permitan operar a través de sus sistemas informáticos o tecnológicos”.

En lo que respecta a los trabajadores de plataforma independiente, junto con crear esta figura *sui generis*, fija ciertas normas mínimas que buscan proteger a quienes presten servicios sin estar sujetos al resto de las normas contenidas en el Código del Trabajo. En lo que podría describirse como una “versión light” o de protección disminuida de la regulación de los trabajadores dependientes.

De esta manera, se podría plantear que existe una distinción sin mayores fundamentos, toda vez que no existiría mayores argumentos para un tratamiento legislativo distinto ni una protección atenuada, sobre todo teniendo presente que en este caso existiría la misma razón para tener una adecuada protección -que es el trabajo humano-, y por ende, debería existir la misma disposición.

Un tercer aspecto es que, si bien se reconoce que son “trabajadores”, al establecer diferencias entre dos figuras, así como derechos, obligaciones y protecciones diferentes, se crean distinciones sobre las cuales se desconoce sus efectos, que serán presentados más en detalle en el apartado siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, en esta temática cabe preguntarse ¿cuál es el efecto de ser considerado “trabajador” dependiente? ¿Tiene un efecto real y práctico, o sólo es una declaración que podría haberse regulado de otra manera e incluso en otro cuerpo normativo? ¿Qué derechos otorga ser considerado “trabajador”, por ejemplo, puede acceder a la protección a la seguridad y salud laboral, protección a la maternidad, a los permisos o a los descansos que establece el Código del Trabajo? Finalmente, ¿cuál es el beneficio que trae ser considerado “trabajador” independiente?

Se ha indicado que genera una normativa y protección concreta, pero lo cierto es que se podría haber concretado de otra forma, por ejemplo, a través de

un contrato independiente o dentro de otro cuerpo legal. Desde esta perspectiva, y como se indicó, esta incorporación como “trabajadores” independientes no hace más que precarizar el mundo del trabajo e introducir una lógica de protección atenuada y disminuida al Código del Trabajo sin precedentes.

También se ha indicado que estos trabajadores tienen un grado importante de protección y que se incorporan al sistema de seguridad social, pero siempre lo hacen como independientes, que en el sistema chileno es considerado precario y que no se equipara a la protección que tiene el trabajador dependiente.

Finalmente, en este aspecto, resulta relevante volver a traer la discusión y cuestionamientos vinculados sobre si dentro de los objetivos que tiene la legislación laboral se encuentran la preocupación por la creación y protección al empleo, así como el potenciamiento del crecimiento y la productividad.

4.4. Implicancias que preliminarmente se vislumbran en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores

A continuación, a modo ejemplar y por su relevancia, se presentan nueve posibles efectos o implicancias que se vislumbran o proyectan durante la vigencia de esta normativa, los cuales, según se indicó anteriormente, quedan siempre condicionados a la aplicación que se haga de esta normativa, especialmente a través de la interpretación de los tribunales de justicia y la autoridad laboral, así como a la intervención de los principales operadores del sistema jurídico laboral.

1.- Certeza y precarización. En primer lugar, y sin perjuicio de lo antes analizado, es importante destacar que la incorporación de esta normativa al ordenamiento jurídico nacional permite contribuir en la certeza que tienen los trabajadores respecto a sus condiciones de trabajo.

Así, por ejemplo, respecto a los trabajadores dependientes, se obliga a la empresa a: determinar la naturaleza de los servicios, así como los términos y condiciones bajo las cuales deben prestarse; regular el tratamiento de los datos personales del trabajador y el impacto que tienen las calificaciones que le

asignen los usuarios; indicar el método de cálculo para la determinación de las remuneraciones, para lo cual se establecen alternativas en la legislación; designar un canal oficial donde el trabajador pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos; determinar una zona geográfica en que el trabajador prestará sus servicios, pudiendo quedar a su decisión, e; indicar los criterios utilizados para establecer el contacto entre el trabajador y los usuarios de la plataforma.

En cuanto a la jornada de trabajo, esta normativa contempla la posibilidad que el trabajador dependiente pueda distribuir su jornada en el horario que mejor se adapte a sus necesidades o bien que quede sujeto a las reglas generales de jornada, reconociéndose expresamente la jornada activa y pasiva del trabajo, así como las limitaciones propias de los descansos laborales.

Sin embargo, respecto a la elección libre de la distribución de la jornada por el trabajador, es importante destacar que, en la realidad y a propósito del sistema de remuneraciones que se incorpora en la misma ley, esta definición no quedará entregado al trabajador y ni siquiera al empleador, sino a los servicios que brinde la plataforma, los cuales suelen realizarse en horarios no habituales de trabajo.

En la misma materia, la normativa además incorpora en el artículo 38 del Código de Trabajo, como una hipótesis de posible exclusión de la limitación de jornada de trabajo, a los dependientes de las empresas de plataformas digitales de servicios, lo cual, en el sistema de relaciones laborales chileno, no contribuye a otorgar certeza en la jornada de trabajo ni respecto a los tiempos de descanso reales que tengan estos trabajadores.

Por otro lado, respecto a los trabajadores independientes, también obliga a la empresa a: escriturar un contrato de prestación de servicios independientes; determinar las condiciones generales de la prestación de servicios; indicar los términos y condiciones para determinar el precio o tarifa a pagar al trabajador; cumplir con cierta protección al pago del trabajador y a obligar a cotizar como independiente; respetar los derechos fundamentales de los trabajadores; indicar los criterios utilizados para establecer el contacto entre el trabajador y los usuarios de la plataforma; determinar una zona geográfica en que el trabajador

prestará sus servicios, pudiendo quedar a su decisión; regular el tratamiento de los datos personales del trabajador; determinar los tiempos máximos de conexión y la obligación de desconexión; designar un domicilio en el país y un canal oficial donde el trabajador pueda presentar sus objeciones, reclamos o requerimientos, e; indicar las causales de terminación del contrato.

Respecto a esta categoría de trabajadores, cabe señalar que expresamente se exige que su contrato conste por escrito, con lo cual podría entenderse que es un contrato solemne y no consensual, como ocurre con el contrato de trabajo. Lo anterior, debido a que no se contempla ningún otro alcance o precisión, como sí se incorpora en el artículo 9 del Código del Trabajo a propósito de la relación laboral.

Además, y sin perjuicio de lo que se indicará en materia de fiscalización, es importante considerar que no se exige ningún tipo de registro de estos contratos ni de la documentación laboral en la Dirección del Trabajo, como sí ocurre a propósito de las relaciones laborales.

En cuanto al acceso al sistema de seguridad social chileno de estos trabajadores independientes, es importante destacar que lo hacen como independientes que, según ya se adelantó, en el sistema chileno es considerado precario y no equiparable a la protección que tiene un trabajador dependiente.

Respecto a la certeza en general de los trabajadores, es relevante volver a indicar que existe una falta de seguridad en la determinación del tipo de contrato que se aplicaría a una persona, lo cual se acrecienta por la ausencia de una norma expresa que sancione el mal uso del contrato de trabajadores independientes, ni tampoco de una norma que contemple una suerte de subterfugio o de abuso del derecho.

Finalmente, respecto a normas comunes aplicables a trabajadores dependientes e independientes, se destaca el avance que significa que la empresa se encuentre obligada a: informar sobre el servicio ofrecido; un tratamiento reservado de los datos personales y la posibilidad que el trabajador pueda pedir la información personal que tiene la empresa, y; la no discriminación por mecanismos automatizados de toma de decisiones. Algunos de estos aspectos serán abordados más adelante.

2.- Acceso a información. En segundo lugar, cabe destacar la incorporación de dos medidas positivas en los artículos 152 quinquies D y 152 quinquies E.

El primero incorpora normas sobre acceso y protección de datos personales, incluyendo el derecho del trabajador a solicitar el acceso a sus datos personales -junto al deber correlativo de la empresa a entregarlos- y el derecho a la portabilidad de sus datos en un formato que permita ser usado por otros sistemas informáticos. Ambas novedades son bienvenidas y representan un avance en un área donde el uso de los datos personales resulta esencial para el desarrollo del giro de las empresas.

La segunda norma apunta a la toma de decisiones discriminatorias por parte de sistemas automatizados, creando deberes para la empresa a fin de evitar que ello ocurra. Se exige, además, que los trabajadores sean informados de las medidas tomadas en este ámbito.

El problema de estas normas se encuentra en aquellos elementos que no fueron incluidos, a saber, información relativa a los algoritmos utilizados para organizar la prestación de servicios y la evaluación de los trabajadores que prestan los servicios.

El algoritmo es el elemento más relevante y destacado de estas plataformas, y el acceso a información sobre el mismo resulta crucial para emparejar, al menos en parte, “la cancha” entre trabajador y empleador. Como se presentará al analizar el derecho a la información, existen otras alternativas de regulación que permiten resolver este problema como, por ejemplo, la norma española, que ha considerado esta materia, alcanzando una solución más avanzada que la del texto legal en comento.

3.- Deber de seguridad. En tercer lugar, en relación con la protección frente a los riesgos laborales, en el caso de los trabajadores dependientes, en el artículo 152 quáter T básicamente se repite la normativa del artículo 184 del Código del Trabajo, pero con algún grado de limitación o restricción que podría generar inconvenientes y problemas interpretativos en el alcance de la responsabilidad que tiene el empleador a propósito de su deber de seguridad.

En cuanto a los independientes, no existe una normativa especial, sino sólo aquella general aplicable a las dos categorías de trabajadores, incorporada en el artículo 152 quinquies F.

En ella se indica solamente que los trabajadores deben recibir una capacitación adecuada y oportuna en materia de seguridad y salud, recibir elementos de protección personal sólo en aquellos casos que utilicen bicicleta o motocicleta para prestar servicios, y contar con un seguro de daños respecto a los bienes personales del trabajador que utilice en la prestación de servicios, y no así respecto a su persona, el cual podría entenderse contemplado dentro del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

4.- Vinculación con normas de migración y extranjería. En cuarto lugar, la normativa no considera los efectos que tiene esta modalidad de contratación respecto a la condición migratoria del trabajador, considerando que gran parte de estas personas son de nacionalidad extranjera.

De hecho, precisamente constatando esta realidad, en el artículo segundo transitorio se establece un plazo de tres años para que las empresas de plataformas que no cumplan con la exigencia del artículo 19 del Código del Trabajo respecto a la limitación de contratación de personal extranjero, puedan hacerlo.

De esta manera, queda en evidencia una importante ausencia de la vinculación de la nueva normativa introducida al Código del Trabajo y las normas de migración y extranjería, sobre todo en miras a incentivar el trabajo formal y condiciones migratoria regular de los trabajadores independientes.

5.- Terminación del contrato de trabajo. En quinto lugar, respecto a la terminación del contrato para las dos categorías de trabajadores, en el artículo 152 quinquies G se contempla una base de cálculo especial para el pago de posibles indemnizaciones.

Además, respecto a los trabajadores independientes, la normativa sólo dispone de protección frente al término del contrato de trabajo de algunos de ellos, los cuales deben cumplir ciertos requisitos para su protección.

En efecto, en la letra i) del artículo 152 quáter X, se establece que el contrato debe contener las causales de terminación del contrato, la forma de

comunicación, los plazos y los mecanismos para reclamar a la empresa por este término. De esta manera, y considerando el poder negociador que tiene la empresa de plataforma, el sistema de terminación del contrato quedaría entregado completamente al empleador, el cual incluso podría no contemplar pago de indemnizaciones.

Además, en el artículo 152 quinquies A, se establece una obligación de aviso previo por escrito para poner término al contrato, la que se asemeja en su plazo -30 días- a aquella establecida en las normas generales sobre terminación de un contrato de trabajo en virtud de la causal de necesidades de la empresa. Sin embargo, esta protección propia de todo trabajador dependiente se restringe por dos vías: sólo tiene aplicación en aquellos trabajadores que hayan prestado servicios continuos por seis meses o más, y; siempre que la terminación del contrato no se deba a un incumplimiento grave del trabajador.

6.- Derechos colectivos. La regulación de los derechos colectivos, en sexto lugar, es una de las áreas en las que más claramente se perciben los problemas estructurales de la nueva normativa.

El problema central puede sintetizarse de la siguiente manera: la regulación de los derechos colectivos en la ley Nro. 21.431, no solo no contribuye a superar los problemas de desigualdad de poder negociador, sino que es posible que los profundice, ya que no protege adecuadamente los derechos fundamentales asociados a la libertad sindical: la organización de los trabajadores, la negociación colectiva y la huelga.

La nueva normativa reconoce -aunque no podría obviarlo- el derecho de los trabajadores de plataforma de formar sindicatos y negociar colectivamente. La novedad está en el reconocimiento de estos derechos a los trabajadores independientes, lo que a primera vista pareciera ser una innovación positiva.

Sin embargo, la regulación de esta materia está lejos de representar un avance. La normativa limita el ejercicio del derecho a la negociación colectiva al señalar que los trabajadores de plataforma solo podrán negociar bajo la llamada “negociación colectiva no reglada”, contenida en el artículo 314 del Código del Trabajo. Ello significa que los trabajadores que negocian lo harán, en principio, sin las protecciones que la ley otorga en la negociación reglada, especialmente

el fuero de la negociación colectiva (artículo 309 del Código del Trabajo) y el derecho a la huelga regulado en los artículos 345 y siguientes del Código.

A partir de esto, también se podría generar una posible controversia si esta norma especial, también limita los derechos colectivos de los trabajadores sujetos a subordinación y dependencia, con lo cual se terminaría estableciendo una diferencia importante para esta categoría de trabajadores.

De esta manera, al retirar estas protecciones básicas, la ley ignora una vez más el problema de la desigualdad de poder negociador entre las partes. En un sistema de negociación colectiva altamente regulado como el chileno, la decisión de legislar *in peuis* en esta materia es ciertamente preocupante.

Junto con este problema estructural, se observan al menos dos problemas adicionales que deben ser mencionados. En primer lugar, las normas no parecen dar consideración adecuada al derecho a la información de los sindicatos. En una industria en la que el manejo de la tecnología, el diseño de algoritmos complejos y el uso de mecanismos de inteligencia artificial son claves para entender la operación de las compañías, la falta de una norma específica sobre la materia es desconcertante.

Los derechos de acceso a información de corte individual recogidos en el artículo 152 quinquies D no suplen esta falta, primero, por su carácter específico (se refiere al acceso a los datos personales y no a los algoritmos), y segundo, porque la norma ignora -nuevamente- las disparidades de poder negociador¹⁵.

En segundo lugar, existe también una falta de claridad respecto a las posibles combinaciones que puedan darse a la hora de negociar colectivamente. En este sentido, ¿existirá alguna diferencia entre la negociación llevada a cabo por un sindicato formado solamente por una de las categorías de trabajadores que la ley contempla y una en la que el sindicato agrupa a trabajadores de plataforma dependientes e independientes? En sistemas de negociación más flexibles, donde las partes debidamente empoderadas fijan muchos de los

¹⁵ En este punto el contraste con la norma aprobada en España es importante. La llamada “ley rider”, otorga a los sindicatos el derecho a acceder a información sobre los algoritmos utilizados por la empresa. La solución tomada por el legislador español responde de mejor manera a los puntos aquí desarrollados. Texto disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>.

elementos de la negociación, podría entenderse esta falta de detalle pero, en un sistema altamente regulado como el chileno, esta omisión resulta incomprensible.

7.- Fiscalización administrativa. En séptimo lugar, si bien el artículo 152 quinquies I le entrega la fiscalización de estas normas a la Dirección del Trabajo, lo hace expresamente indicando que debe fiscalizar “dentro de su competencia”.

De esta manera, se podría plantear que esta institución sólo tendría competencia para conocer de los asuntos vinculados al contrato de trabajo, y no así a la vinculación contractual de independientes, que podría considerarse una norma de carácter civil o comercial -pero no laboral- que fue incorporada en el Código del Trabajo, como muchas otras normas que se han incluido en el Código del Trabajo (por ejemplo, tributarias, de seguridad social, etc).

Además, la normativa no entrega herramientas para que esta institución pueda realizar las labores fiscalizadoras, especialmente considerando que se trata de un trabajo a través de una plataforma digital, sin perjuicio de considerar que se le permite el acceso informado al sistema para la “fiscalización de las autoridades competentes”, en el artículo 152 quinquies D.

A su vez, respecto al contrato con los independientes, en principio no existiría la obligación de la empresa de registrar la documentación contractual en la plataforma de la Dirección del Trabajo, ni se le podrían exigir aquellos aspectos vinculados a la ley que recientemente buscó modernizar este organismo.

8.- Tutela judicial laboral de independientes. En octavo lugar, es importante analizar el acceso que puedan tener los trabajadores independientes a la justicia laboral.

Respecto a los derechos fundamentales, en el artículo 152 quinquies B se incorpora expresamente la posibilidad para los trabajadores independientes de acceder al procedimiento de tutela laboral ante vulneración a derechos fundamentales.

Sin embargo, se restringe a los trabajadores con una antigüedad de tres meses y con un mínimo de 30 horas de promedio semanal de trabajo. Además, esta restricción también aparece en el sujeto activo de la vulneración y a la lesión pues, a diferencia del artículo 485 del Código del Trabajo -que se refiere al

ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador-, en esta nueva normativa se hace referencia sólo a cuando resulten lesionados por la empresa de plataforma digital de servicios.

Es importante considerar que esta referencia expresa al procedimiento de tutela laboral, podría interpretarse erróneamente como una exclusión de competencia respecto de otras materias, lo cual podría impedir que los trabajadores independientes acudan a la justicia laboral si existe controversia en otros aspectos.

Sobre este último tema, se podría plantear si la jurisdicción laboral es competente o no para conocer de las controversias entre trabajadores independientes y estas empresas.

No cabe duda de que sería competente para conocer aquellos casos en que se cuestiona la calificación del vínculo contractual realizado por el empleador, el cual, en la realidad debió corresponder a un contrato de trabajo.

Sin embargo, el cuestionamiento se podría plantear en otros asuntos. En este sentido, y considerando lo contemplado respecto a la competencia de los tribunales laborales en el artículo 420 del Código del Trabajo, podría plantearse la duda de cuál sería el tribunal competente para conocer las controversias que no se refieran a la calificación jurídica de la relación contractual, sino de otras condiciones de trabajo de los independientes, especialmente durante la vigencia del contrato y con ocasión del término de este. En definitiva, si los trabajadores independientes también pueden acceder a la justicia laboral, o sólo en caso de tutela laboral.

Específicamente en cuanto a los conflictos que se susciten con ocasión del término del contrato, es importante considerar la letra i) del artículo 152 quáter X, la cual establece que el contrato debe contener las causales de su terminación, la forma de comunicación, los plazos y los mecanismos para reclamar a la empresa por este término. De esta manera, además de entregar completamente a la voluntad del empleador esta regulación, la incorporación de este mecanismo interno de reclamo podría entenderse como una limitación adicional a la competencia de los tribunales laborales.

9.- Regulación de la economía digital. Finalmente, en noveno lugar, cabe destacar que no se consideró la incorporación de importantes aspectos propios de la regulación del trabajo humano en la economía digital.

En este sentido, cabe tener presente que la economía de plataformas no se reduce simplemente a los sectores que han ocupado preferentemente el debate en la disciplina laboral (transporte y reparto a domicilio). En efecto, la literatura especializada ha evidenciado que existen diversas formas de trabajo intermediadas mediante plataformas -desde servicios de limpieza hasta el llamado “*micro-tasking*”- cuyo funcionamiento es similar en algunos aspectos, pero muy diverso en otros. A modo de ejemplo, Prassl distingue entre lo que se conoce como *crowd work*, esto es, la intermediación de tareas puramente digitales (que pueden realizarse desde un computador, en cualquier lugar, como ocurre con la externalización de servicios de tratamiento de datos) y el trabajo *on demand* o *gig work*, en que los trabajos se realizan fuera del ámbito digital (como ocurre con el reparto a domicilio) (Prassl 2018, 13).

La intervención legislativa en este ámbito es una tarea compleja, en parte por los detalles técnicos, pero también por la actitud de las empresas del rubro, por lo que los espacios de intervención deben aprovecharse adecuadamente.

En el caso chileno pareciera que el legislador no tuvo en cuenta estos elementos a la hora de fijar normas, proveyendo una definición que, pese a citar como ejemplos al reparto y el transporte, pareciera tener intenciones de una regulación más amplia, pero finalmente regulando con estos ejemplos en mente.

En esta materia, tal vez una mejor salida hubiera sido contar con una norma de aplicación derechamente acotada -como lo hace la legislación española, que se refiere exclusivamente al reparto a domicilio-, o haber insertado estas normas en una legislación marco sobre plataformas digitales, integrándola a una regulación general y coherente.

5. Reflexiones finales: una oportunidad perdida

Chile ha sido pionero en la región al regular esta realidad de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas.

Considerando todo lo anterior, es difícil negar que las nuevas normas representan un cierto grado de avance al crear estándares mínimos en un área que hasta el momento no ha sido regulada. Al crear una regulación donde antes no existía norma alguna, la nueva ley otorga certeza y cierto grado de protección a los trabajadores. Ejemplos de lo anterior son las normas mínimas sobre remuneración y jornada en ambas categorías, así como aquellas que buscan proteger a los trabajadores de medidas discriminatorias adoptadas mediante sistemas automatizados.

Sin embargo, es importante considerar que el resultado final es una oportunidad perdida. Lo es, en parte, por los problemas específicos que ya se han presentado, los que terminan por debilitar elementos potencialmente positivos. Dos ejemplos significativos permiten sintetizar lo que se ha indicado: primero, las limitaciones discrecionales para el acceso de los independientes a la tutela de derechos fundamentales, minan lo que podría haber sido una forma efectiva de protección de los derechos fundamentales en vínculos basados en el trabajo personal; segundo, la falta de una adecuada coordinación con las normas migratorias pone en duda la capacidad de las nuevas formas de abordar uno de los aspectos más relevantes de esta forma de trabajo, a saber, la posición precaria en que se encuentran muchos trabajadores migrantes.

Lo es también, como se ha señalado, por la falta de comprensión de las disparidades de poder negociador que caracterizan a las relaciones laborales. Este problema se encuentra en la raíz de la aproximación de la ley y se expresa en materias como la aparente libertad de elección entre categorías o el incompleto reconocimiento legal de los derechos asociados a la libertad sindical.

Es, finalmente, es una oportunidad perdida no sólo por las materias que se ha analizado en estas páginas, sino también porque se ha desperdiciado la oportunidad para abrir una reflexión amplia sobre el futuro de las relaciones laborales y de la regulación laboral, tanto en su vinculación con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como en clave de derecho colectivo.

Respecto a esto último, tanto en Chile como en el extranjero¹⁶, los trabajadores de plataformas han mostrado una gran capacidad de organización y respuesta frente a las adversidades que enfrentan en sus tareas. Cualquier esfuerzo legislativo que busque abordar en forma correcta los problemas que se ha apuntado en estas páginas, debiera tener como horizonte el otorgar a los trabajadores organizados herramientas adecuadas para el desarrollo de formas de regulación colectiva que se ajusten a las realidades del rubro y de un mercado laboral cada vez más fragmentado.

Se trata de desafíos complejos que requerirán de tiempo y debate académico, pero a la larga inevitable. Se espera que estas páginas y reflexiones contribuyan a mantener las puertas abiertas para estos debates.

¹⁶ Un ejemplo de análisis de esta realidad en el extranjero puede encontrarse en (Dias-Abey s. f.).

Bibliografía

- ASENJO, A. y CODDOU, A. (2021). *Economía de plataformas y transformaciones en el mundo del trabajo: el caso de los repartidores en Santiago de Chile*. Organización Internacional del Trabajo.
- DAVIDOV, G. (2017). “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach”. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* 6(1–2): 6–15.
- DIAS-ABEY, Manoj (s/f). “Bridging the Spaces In-between? The IWGB and Strategic Litigation”. *Law Research Paper Series* 01: 17.
- FAIRWORK FOUNDATION (2022). *Fairwork Chile Puntuaciones 2021: Estándares laborales en la economía de plataformas*. Fairwork Foundation. <https://fair.work/es/fw/publications/fairwork-chile-puntuaciones-2021/> (4 de febrero de 2022).
- KAHN-FREUND, O., DAVIES, P. L. y FREEDLAND, M. R. (1983). *Kahn-Freund’s Labour and the Law*. 3rd ed. London: Stevens.
- MUÑOZ GARCÍA, B. (2018). “Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 9(17): 13–40.
- PRASSL, J. (2018). *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*. Oxford University Press.

Recursos electrónicos

- DAVIDOV, G. (2016). *A Purposive Approach to Labour Law*. Oxford University Press. Disponible en: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198759034.001.0001/acprof-9780198759034> [12 de diciembre de 2019].
- VILLASMIL PRIETO, H. (2019). *Del trabajo industrial al trabajo por plataformas digitales: las relaciones de trabajo del posfordismo*. Blog, OIT. Disponible en: <http://bcn.cl/2e6us> [agosto, 2020].