

CARTA ABIERTA

Santiago, 12 de agosto de 2021

Señores(as)

Cámara de Diputados de Chile

Presente

El Boletín N° 13.496-13, que busca modificar el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, constituye, a juicio de todos los suscritos, un gran avance en la regulación de esta nueva realidad de prestación de servicios.

La regulación propuesta responde a la necesidad de establecer un marco legal para un mercado laboral informal, que ha sido foco de una gran cantidad de empleo secundario, sobre todo en época de pandemia. No debe olvidarse que los ingresos percibidos a través de plataformas digitales responden a diversas necesidades y realidades, siendo algunas de ellas la búsqueda de un complemento de renta, la percepción de ingresos en época de cesantía, percibir ingresos con jornada flexible que compatibilice estudios u otras actividades, o bien, derechamente, una fuente directa y única de ingresos.

Este tipo de servicios se presta bajo una característica, por regla general, común: flexibilidad, de horario y de días, siendo autónoma la persona que presta estos servicios para elegir cuándo y por cuánto tiempo prestar servicios, incluso teniendo la posibilidad, por regla general, de migrar de una aplicación a otra según la demanda de servicios al momento de la conexión.

Esta autonomía de la persona que presta servicios en este tipo de plataformas es totalmente contraria a los elementos típicos que determinan la existencia de un contrato de trabajo: subordinación y dependencia, y por cierto también, la ajenidad. En términos simples la ajenidad implica que los riesgos del negocio son asumidos por el empleador y no por el trabajador, o desde otra perspectiva, la contraprestación económica de los servicios del trabajador no está ligada a los resultados de la empresa, de forma tal que, si no hay ventas de productos o servicios, el sueldo lo percibirá el trabajador con independencia de dicha circunstancia, pues el riesgo del negocio es del empleador. Esa característica tan determinante de un contrato de trabajo no es parte de la modalidad de servicios a través de plataformas digitales, pues la flexibilidad que la caracteriza implica que si uno o varios días, o bien semanas, no son trabajados por decisión de la persona que desarrolla su actividad en ellas, no recibe ingresos.

Por otro lado, nuestro Código del Trabajo no establece, en parte alguna, una modalidad de contrato de trabajo en donde se otorgue al trabajador el derecho a trabajar sólo si quiere y

cuándo quiera, pues tal circunstancia es propia de los trabajadores independientes, figura que, por lo demás, ya está reconocida en el artículo 3° del Código del Trabajo.

Por otro lado, cabe mencionar que la figura de pretender calificar, vía ley, una determinada relación de prestación de servicios como un vínculo laboral, corresponde a algo que en doctrina se denomina *subordinación jurídica*, figura muy criticada como criterio de calificación de relaciones laborales, más en este caso de los servicios prestados sobre plataformas digitales, pues cuando una ley califica, de plano, como laboral determinadas relaciones, sin distinción fáctica alguna, no permite considerar la multiplicidad de variables en la prestación de servicios a través de plataformas digitales, y con ello se puede afectar la flexibilidad y la autonomía tan característica de este tipo de modalidades de servicios. No obstante ello, no significa que deba desatenderse de atención y de regulación esta nueva realidad de servicios, debiendo procurarse subsanar las precariedades que existan a su respecto y mantenerse las ventajas que otorga a quienes prestan servicios a través de ellas.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo efectuó, hace pocos meses atrás, una encuesta en la cual entrevistó a más de 250 diversos repartidores de este tipo de plataformas de servicio, y en donde el 83% de éstos expresó estar de acuerdo con la clasificación de trabajador por cuenta propia, cuestionando, la mayoría, la estrategia de aplicar los estándares tradicionales del derecho laboral a su sector. El sondeo arrojó, en términos generales, que las personas valoran la relativa flexibilidad en la selección de horarios y lugares de trabajo, decidiendo ingresar a este tipo de plataformas para armar su propio horario y para no tener una jefatura, pero también evidenció que son conscientes de los costos y del impacto que se generan en sus condiciones de trabajo y en su bienestar personal, al enfrentar largas jornadas de trabajo, sentir inseguridad física y personal (principalmente vial), falta de protección social y la exposición a riesgos sanitarios.

A mayor abundamiento, la misma Organización Internacional del Trabajo, en su documento *“Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”* del año 2019, ha planteado la necesidad de *“adaptar los mecanismos de seguridad social de modo que cubran a los trabajadores en toda forma de empleo, independientemente del tipo de contrato”*, atendido que *“el estatus legal de algunos trabajadores de plataformas digitales es ambiguo”*, y *“en la actualidad se los clasifica principalmente como trabajadores independientes”* (pág. 120 de dicha publicación), por lo que se hace indispensable extender la protección social a todos quienes laboran en tales plataformas. Y aquello es lo que hace justamente el proyecto de ley que se aprobó en el Senado: establecer una base de protección social a todos estos trabajadores sin distinguir si son dependientes o autónomos.

El proyecto de ley en comento tiene, a nuestro juicio, importantes avances en la regulación de esta actividad, reconociendo y procurando mantener las ventajas del trabajo sobre plataformas digitales, pero acudiendo a su vez en protección de las personas frente a lo que son las principales debilidades del sistema. Destacamos lo siguiente:

1. Regula esta nueva forma de trabajo, y se siguen las tendencias de otros países al hacerlo.

2. Otorga definiciones genéricas, pero acertadas, sin que por la propia definición exista una precalificación de relación laboral.
3. Compatibiliza la regulación propuesta el otorgamiento de un espectro de protección social y laboral con una adecuada mantención de las ventajas que caracterizan a esta modalidad de servicios, con lo que no observa que se vaya a afectar la creación de empleo y el uso de nuevas tecnologías en este segmento.
4. En cuanto a la figura que se crea de contratos para trabajadores dependientes, se destacan las siguientes circunstancias:
 - a. Incorpora a estas personas a toda la estructura legal propia de un vínculo laboral, pero reconoce la flexibilidad de este tipo de servicios y la mantiene, al permitir un contrato, ya sea con jornada fija o bien flexible, en este último caso con posibilidad de conexión y desconexión de la plataforma, sin mayores restricciones que la de comunicar a la empresa del momento en que se desconectará, además de establecer la procedencia del pago de remuneración por los tiempos efectivamente trabajados, y no por la jornada pasiva.
 - b. Para los trabajadores con jornada distribuida libremente, se establece libertad para pactar la remuneración, la cual puede ser fija o bien variable por los servicios efectivamente prestados, pero en ningún caso inferior a un ingreso mínimo mensual, aumentado en un 20%, lo cual es una garantía acertada de no pagar menos del mínimo legal y con un incremento adicional, inclusive.
 - c. Como todo trabajador dependiente, hay completo pago de cotizaciones previsionales, y con ello, total cobertura en materia de seguridad social.
5. Respecto a la regulación para trabajadores independientes propuesta, se destaca lo siguiente:
 - a. No quedan excluidos de la posibilidad de ser considerados trabajadores dependientes, pudiendo demandar judicialmente el reconocimiento de la relación laboral en caso de que existan indicios de subordinación, dependencia y ajenidad presentes en cada caso. Sin embargo, tal casuística de cada situación en particular permite, de buena manera, evitar generalizaciones que conlleven a rigidizar el modelo y a quitar las ventajas y beneficios de este modelo de servicios, que se sustenta, por regla general, en la libertad, autonomía, no exclusividad, libre migración entre una aplicación y otra, conforme los propios intereses de la persona que presta servicios en este tipo de plataformas.

- b. En cuanto a la contraprestación económica, el proyecto de ley establece garantías sobre el precio o tarifa de los servicios del trabajador independiente, indicando que el valor hora de los servicios efectivamente prestados no podrá ser inferior al Ingreso mínimo mensual, aumentado en un 20%.
- c. En materia de seguridad social la empresa debe exigir al trabajador independiente la emisión de la documentación tributaria correspondiente (boletera de honorarios) lo que le permitirá a éste acceder a todo el sistema de seguridad social (entre otros, licencia médica, pre y post natal, pensiones, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).
- d. Se suma a lo anterior un derecho a desconexión efectiva de 12 horas continuas en un periodo de 24 horas.

De esta forma, el proyecto se hace cargo de las vulnerabilidades del sistema:

- En materia de bajos ingresos: Se asegura un I.M.M. proporcional a las horas de trabajo efectivo, aumentado en un 20%.
- En cuanto a la inexistencia de cobertura frente a accidentes: Establece cobertura en materia de seguridad social, tanto para dependientes como independientes, y además impone la obligación de entrega de elementos de protección personal, tanto para trabajadores dependientes como independientes, a lo que se suma un seguro de daños para bienes del trabajador.
- En cuanto a jornadas extensas de trabajo: Impone limitaciones expresas tanto para trabajadores dependientes (jornada máxima semanal, ya sea con jornada fija o libre distribución) como también para independientes (desconexión efectiva de 12 horas al día).
- Se reconoce el acceso al procedimiento de tutela para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, con ciertos requisitos de permanencia mínima.

Pero al mismo tiempo el proyecto mantiene la flexibilidad y autonomía que es valorada por los propios trabajadores:

- En cuanto a la flexibilidad horaria. No solo para independientes (que no tienen restricción alguna), sino que establece una regulación especial para los dependientes con respeto a las limitaciones de jornada máxima.
- Para los trabajadores independientes, se reconoce la libertad y no exclusividad en la prestación de sus servicios, conjuntamente con la autonomía de poder decidir el cuándo y cuánto trabajar

Respecto a la carta de fecha 10 de agosto de 2021 presentada por distintos académicos efectuando críticas a este proyecto de ley, estimamos preciso hacer presente lo siguiente:

1. Los autores afirman que *“reconociendo el vínculo laboral que existe entre quienes trabajan para las Plataformas Digitales de Servicios, es que nos alerta de sobremanera el actual contenido del Proyecto de ley despachado por el Senado”*.

Al respecto, se debe aclarar que, contrario a lo que se plantea, la jurisprudencia nacional e internacional no ha sido uniforme en *“reconocer el vínculo laboral que existe entre quienes trabajan para las Plataformas Digitales de Servicios”*, coexistiendo fallos que reconocen la existencia de una relación laboral y otros que la niegan. Es más, a nivel internacional, los estados que han tomado una posición clara al respecto - como Reino Unido, Francia, California - se han inclinado por reconocer la independencia en la prestación de este tipo de servicios.

2. Por otra parte, se plantea que *“este proyecto no ofrece una solución real y efectiva al actual problema de la calificación jurídica de la labor de los trabajadores de plataformas, el cual les obliga a disputar dicha condición en tribunales, y [...] crea una categoría híbrida, totalmente incoherente con nuestro sistema normativo”*.

En relación a este punto, cabe destacar que, si bien el proyecto crea una figura intermedia entre el trabajador dependiente y el trabajador independiente, no es cierto que se trate de una figura totalmente extraña dentro del Derecho del Trabajo. En efecto, no son pocas las legislaciones que reconocen figuras intermedias o híbridas, pudiendo mencionarse como ejemplos el trabajador *parasubordinado* en Italia, los *“workers”* en el Reino Unido, el trabajador *autónomo económicamente dependiente* en España, entre otros.

Se trata, pues, de legislaciones que tienen una trayectoria considerablemente mayor en materia laboral que la de nuestro país, por lo que, si bien puede ser una figura *“totalmente incoherente con nuestro sistema normativo”*, no lo es a nivel de derecho comparado. En este sentido es fundamental que nuestro sistema normativo evolucione a nuevas formas de contratación que ya han sido reconocidas y reguladas en los países desarrollados.

Asimismo, se hace necesario mencionar que lo que sería verdaderamente *“incoherente con nuestro sistema normativo”* (y con el Derecho del Trabajo en general), es la calificación a priori, por disposición de la ley, de relaciones de trabajo como relaciones laborales, sin considerar la manera como, en los hechos, se prestan los servicios. Pretender esta subordinación jurídica sería no tomar en consideración uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo: el principio de la primacía de la realidad.

Es por ello que el proyecto atiende al principio de la primacía de la realidad y mantiene los parámetros y criterios históricos para distinguir una relación laboral de una relación puramente civil, esto es, en base a los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo.

Considerando lo anterior, no es cierto que la regulación que hace el proyecto de ley “*quite los derechos laborales a quien presta un servicio subordinado*”. En esto debemos ser claros: el proyecto no modifica la regulación general para calificar una relación de trabajo como una relación laboral y, por tanto, el proyecto nunca podrá quitar derechos laborales propios a quien presta servicios subordinados, pues nunca dicho trabajador, conforme a la normativa y principios generales del Derecho del Trabajo, podrá ser calificado como trabajador independiente. En otras palabras: el proyecto no quita derechos a quien presta un servicio subordinado, sino que otorga garantías o derechos propios del estatuto laboral a trabajadores independientes que, si se aplicaran las reglas generales, no tendrían derecho a exigir.

3. Adicionalmente, se plantea que a los trabajadores independientes “*el proyecto les ofrece únicamente una negociación colectiva no reglada, esto es, sin fuero ni derecho a huelga*”.

Al respecto, cabe aclarar que el proyecto no innova en esta materia respecto a las reglas generales. La ley es clara en reconocer la existencia de sindicatos de trabajadores independientes (artículo 216 del Código del Trabajo) y, en relación a éstos, son numerosos los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo que establecen que la forma de negociar de este tipo de sindicatos es a través de las normas del artículo 314 del Código del Trabajo.

Es más, en esta materia el proyecto va un paso más allá y reconoce a los trabajadores independientes derechos colectivos adicionales a los existentes al permitir expresamente la formación de sindicatos de trabajadores dependientes e independientes, norma inédita en nuestro sistema normativo.

4. Finalmente se plantea que el “*reconocimiento de los trabajadores independientes dificultará el reconocimiento de una relación laboral, aun cuando existan indicios claros al respecto*”.

Sobre este punto nuevamente se hace presente que el proyecto del Senado no modifica las reglas generales establecidas en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo para calificar una relación laboral y, por tanto, ante indicios claros de laboralidad, los tribunales de justicia aplicarán los mismos criterios de juicio que utilizan ante cualquier acción en la que se demande la existencia de la relación laboral.

Coincidimos con los autores en que “*lo que define la relación laboral no es si el empleador es un ente físico o un algoritmo, tampoco la cantidad de horas trabajadas, sino la existencia de subordinación y dependencia, de control por parte del empleador [...]*”, es

por ello que, el proyecto del Senado, mantiene intacto dicho principio, la competencia de los tribunales laborales en la calificación, así como también, el principio de primacía de la realidad.

Esperamos tengan a bien considerar los aspectos antes señalados,

Muy atentamente,

1. **JAIME SALINAS TOLEDO.** Abogado laboralista. Académico de Derecho del Trabajo. Director del CIDTRA.
2. **ROBERTO LEWIN VIAL.** Abogado laboralista. Director de CIDTRA.
3. **FRANCISCO DELLA MAGGIORA.** Abogado laboralista. Director de CIDTRA.
4. **ENZO CANALES FUENTES.** Abogado laboralista. Director de CIDTRA.
5. **CRISTOBAL RABY BIGGS.** Abogado laboralista. Director de CIDTRA.
6. **LUIS LIZAMA PORTAL.** Abogado laboralista. Académico de Derecho del Trabajo.
7. **JORGE ARREDONDO PACHECO.** Abogado laboralista. Académico de Derecho del Trabajo.
8. **CARLOS GUTIÉRREZ DE TORRES.** Abogado laboralista. Académico de Derecho del Trabajo.
9. **JAIME VARELA CHARME.** Abogado laboralista. Académico de Derecho del Trabajo.
10. **ANGELINA MIGLIORELLI ROJO.** Abogado laboralista.
11. **PABLO PAREDES BRAVO.** Abogado laboralista.
12. **ANDRÉS SILVA TRONCOSO.** Abogado laboralista.
13. **PATRICK RABY BIGGS.** Abogado laboralista.
14. **JUAN PABLO SAAVEDRA.** Abogado laboralista.
15. **PRISCILLA SERRES URRUTIA.** Abogado laboralista.
16. **PAULINA EWERTZ MIQUEL.** Abogado laboralista.
17. **VICTOR JESAM TORRES.** Abogado laboralista.
18. **BENJAMIN PUMPIN MISSIEGO.** Abogado laboralista.