

COLECCIÓN

ASÍ HABLA
EL EXTERNADO

3

DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y SOCIEDAD



DERECHO, INNOVACIÓN
Y TECNOLOGÍA: FUNDAMENTOS
PARA UNA LEX INFORMÁTICA

Editores:

Juan Carlos Henao
Daniel Castaño

Coordinadora general de la obra:
Constanza García Chaves

Universidad
Externado
de Colombia

135
Años

JUAN CARLOS
HENAO

DANIEL
CASTAÑO
Editores

DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA,
TRANSFORMACIÓN DIGITAL
Y SOCIEDAD

TOMO III

DERECHO, INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA:
FUNDAMENTOS PARA UNA LEX INFORMÁTICA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad. Tomo III, Derecho, innovación y tecnología : fundamentos para el mundo digital / Diego Acosta González [y otros] ; Juan Carlos Henao, Daniel Castaño (eds.). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.
1064 páginas ; 24 cm. (Así habla el Externado)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9780587905854

1. Tecnologías disruptivas I. industria – Historia -- Innovaciones tecnológicas 2. Innovaciones tecnológicas -- Aspectos sociales 3. Ciberespacio -- Aspectos sociales 4. Protección de datos -- Aspectos sociales -- Innovaciones tecnológicas 5. Derecho informático -- Aspectos jurídicos – Colombia 6. Trabajo y trabajadores -- Aspectos jurídicos -- Colombia I. Henao Pérez, Juan Carlos, 1958- , editor II. Castaño, Daniel, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

303.4833 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MLV.

abril de 2021

ISBN 978-958-790-585-4

© 2021, JUAN CARLOS HENAO Y DANIEL CASTAÑO (EDS.)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: abril de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección: José Ignacio Curcio Penen

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

KATERINE BERMÚDEZ ALARCÓN*

*Formas de trabajo a partir de las nuevas
tecnologías y contrato de trabajo*

Ways of working based on new technologies and employment contract

RESUMEN

Las nuevas formas de organización del trabajo siempre lucen como un asunto que remueve el piso del derecho del trabajo; sin embargo, este cuenta con instituciones tradicionales y fundamentales como el contrato laboral que, a partir de su esencia y su finalidad, fácilmente puede adaptarse para determinar si esas nuevas formas incorporan los elementos y características para ser consideradas como una actividad dependiente y, en consecuencia, otorgarle a los trabajadores las protecciones que por ello les corresponden en los ordenamientos jurídico laborales de cada país.

PALABRAS CLAVE

Flexibilización, descentralización productiva, digitalización, nuevas formas de organización del trabajo, trabajo atípico, contrato de trabajo, subordinación, ajenidad, indicios de laboralidad.

ABSTRACT

New forms of work organization always look like an issue that removes the floor of labor law; however, it has traditional and fundamental institutions such as the employment contract that, based on its essence and purpose, can easily be adapted to determine if these new forms incorporate the elements and characteristics to be considered as dependent work and, consequently, grant workers the protections that are therefore due to them in the labor legal systems of each country.

KEYWORDS

Flexibility, productive decentralization, digitalization, new forms of work organization, atypical work, employment contract, subordination, alienation, clue of labor.

* Doctora en Derecho. Directora del Centro de Investigaciones Laborales del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: katerine.bermudez@uexternado.edu.co.

SUMARIO. Introducción. I. Cambios en la forma de organizar el trabajo a partir de la descentralización productiva. A. Flexibilización. B. Descentralización productiva. II. Digitalización, empleo y relaciones laborales. III. Cambios en el modelo de producción y trabajos atípicos. IV. La contratación y el contrato de trabajo en las plataformas digitales. V. Respuestas para determinar la laboralidad del trabajo en las plataformas. VI. Aspectos para determinar la laboralidad del trabajo. A. Criterios vinculados al contrato de trabajo. B. Indicios según el tipo de plataforma. C. Indicios por subordinación. D. Indicios por ajenidad. VII. Mejores condiciones para el trabajo a través de las plataformas. Consideraciones finales. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En la década de los años ochenta del siglo pasado el mundo industrial se vio inmerso en una serie de transformaciones en los procesos de trabajo, que implicaron que el taylorismo y el fordismo se combinaran con otras formas de producción, denominadas Nuevas Formas de Organización del Trabajo (NFOT), en las que el cronómetro y la producción en serie y en masa fueron sustituidas por la especialización flexible, el justo a tiempo, la desconcentración industrial en pequeñas y medianas empresas que producen para mercados más localizados y regionales, y la creación de un vasto movimiento del empleo en el sector servicios (Antunes, 2001: 26-32).

Desde esa época se habla de capitalismo flexible para referirse a las transformaciones ocurridas en la fase líquida y globalizada del capitalismo actual, cuando se precarizan las relaciones laborales debido a que se desmantela lo logrado en cuanto a contratación por tiempo indeterminado, empleo como forma de ocupación universal, salario como remuneración por el trabajo, limitación de la jornada laboral, interlocución con el colectivo sindical, desocupación transitoria como reserva para el empleador y representación socioeducativa acorde con las calificaciones requeridas para el puesto de trabajo (Bialakowsk, 2015: 50-51).

Esas transformaciones a nivel mundial generaron un incremento notable en la tasa de desempleo en los países industrializados, no solo por el efecto de la recesión económica, sino por el traslado de la producción industrial desde esos países hacia países en desarrollo y el salto hacia la racionalización, motivada por la reducción de los costos gracias a la descomposición del proceso productivo y del montaje de componentes electrónicos con mano de obra barata en los países en desarrollo, así como los menores costos de transporte debido a las nuevas tecnologías (Fröbel, 1978).

Todos esos cambios generan nuevas realidades que llevan a revisar la vigencia del derecho del trabajo, en particular de instituciones tradicionales como el contrato de trabajo, para saber si tienen respuestas o si requieren ajustes para garantizar unas condiciones de protección a los trabajadores. Como la fuente de entrada a las garantías de este derecho ha sido el contrato de trabajo, el presente capítulo tiene por objetivo responder a la inquietud de si realmente las nuevas formas de trabajo que surgen a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías conducen al terreno de unos contratos antes no previstos y por ende atípicos en materia laboral, o si por el contrario se está hablando de lo mismo, pero bajo unas condiciones no predichas que lo único que hacen es cambiar los modos de prestar servicios personales, mas no la sustancia del contrato de trabajo.

Por esto, el escrito se divide en siete partes y unas consideraciones finales. La primera analiza el contexto en que se dan los cambios en la producción a partir de la crisis de los años setenta del siglo XX y cómo ha sido la puerta de entrada para transitar hacia lo que hoy tenemos en la revolución digital; la segunda explica los cambios que trajo la revolución digital y lo que implica para el empleo y las relaciones laborales; en la tercera se enumeran las modalidades que reviste el trabajo digital, sus características y cómo constituyen trabajos atípicos en términos de la OIT; en la cuarta se exponen las razones por las cuales hay preocupación respecto a los derechos de los trabajadores que prestan servicios personales usando la contratación electrónica y cómo esto ha supuesto un límite para la aplicación del derecho laboral debido a las dificultades para encuadrarlos en un típico contrato de trabajo; en la quinta se menciona cómo se da la contratación a través de plataformas digitales y por qué se empieza a discutir si es un trabajo autónomo o subordinado; en la sexta se señalan las respuestas que han dado diferentes operadores jurídicos a la cuestión de si el trabajo en las plataformas es subordinado o no; en la séptima se indican las condiciones que ha propuesto la OIT para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores de las plataformas y por último, en el epílogo se hace un resumen de los aspectos que se consideran relevantes del capítulo.

I. CAMBIOS EN LA FORMA DE ORGANIZAR EL TRABAJO A PARTIR DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Después de la Segunda Guerra Mundial el mundo de los negocios en los países desarrollados tuvo una de las épocas más estables y seguras para las empresas: se aplicaban las teorías tayloristas y fordistas para la organización del trabajo,

la instrucción en las escuelas de negocios se enfocaba en la formación de altos ejecutivos y se consolidaron las grandes corporaciones multiproducto y multinacionales; a su vez el Estado se dedicaba a controlar la tasa de paro en función de la inflación, promovía el pleno empleo, que permitía que se consumiera la producción en masa y que el recaudo de impuestos fuera suficiente para mantener el estado de bienestar, y además, fomentaba la libre competencia (Valdaliso, 2000: 459).

Las sociedades industriales construyeron el paradigma de un puesto de trabajo con jornada completa, estable, que permitía laborar toda la vida para la misma empresa, con salarios reales crecientes. En países como Estados Unidos la remuneración era lo suficientemente elevada para que solo trabajara el varón y la mujer se quedara con los niños, haciéndose cargo del hogar. Ese trabajo seguro y consumo creciente estaban respaldados por políticas de seguridad social en pensiones, desempleo y asistencia sanitaria (Carnoy, 2001: 89).

Esos años gloriosos de la postguerra terminaron en 1973 con la crisis del petróleo que generó inestabilidad en los tipos de cambio, en el incremento de los salarios, la recesión de la economía, y la depresión de la inversión, el consumo y el empleo (Valdaliso, 2000: 459-460).

La crisis del capitalismo quebró la lógica de la gran empresa integrada y la producción en masa como la única vía para la prosperidad. Las empresas tuvieron que enfrentarse a un mundo caracterizado por la incertidumbre tecnológica (informática, automática y de telecomunicaciones digitales), que dejó de ser un asunto del reducido sector de la fabricación de ordenadores y se diseminó por todos los sectores y procesos productivos de la economía, se fragmentaron los mercados y la demanda, y se redujeron los ciclos de vida de los productos, lo que las llevó a reorganizarse para implementar soluciones que les permitieran variar continuamente los productos para responder a la demanda en mercados que estaban muy segmentados (Valdaliso, 2000: 461-462).

Las innovaciones tecnológicas modificaron las formas de producir e intercambiar, impactaron los procesos de las empresas, el trabajo, la circulación de mercancías, y, en consecuencia, las políticas económicas y todo el andamiaje institucional. La tecnología transformó las relaciones internacionales porque es bien sabido que quien cuenta con las posibilidades financieras para promover mediante la investigación el conocimiento científico y la innovación de las mercancías, bienes y servicios, logra una posición dominante en el mercado. El desarrollo tecnológico del transporte y la infraestructura contribuyó a disminuir las distancias y el tiempo de circulación de los bienes, las mercancías y el dinero (Restrepo Botero, 2003: 28-29).

Para superar la crisis se propiciaron estrategias drásticas de ajuste y reestructuración de las economías orientadas por el Consenso de Washington que abogaban por: a) reformar el Estado para reducir su papel y su tamaño; b) liberalizar la economía de los mercados de bienes y servicios, los mercados financieros y los regímenes cambiarios; c) flexibilizar el mercado de trabajo, y d) generalizar la apertura económica dispensando a las exportaciones un papel central y promoviendo la desgravación arancelaria. Este modelo, denominado neoliberal, propuso el reordenamiento internacional a partir de la estabilización y sostenibilidad de las economías, lo cual repercutió en la consolidación democrática y un mayor bienestar, aplicando sus orientaciones sin consideración a las condiciones económicas, sociales, políticas o institucionales de los países (Corredor Martínez, 2003: 63-66).

Como consecuencia de ello, en los ochenta surgieron los planes de ajuste estructural que eran las condiciones impuestas por el FMI y el Banco Mundial para dar respaldo financiero a los países con problemas graves de pagos internacionales, utilizando un sinnúmero de eufemismos como descentralización, desregulación, flexibilidad laboral, descompresión de ingresos, distorsión de precios, neutralidad fiscal y represión financiera (Standing, 1992: 3), de los cuales han merecido una atención particular la flexibilización y la descentralización productiva debido a los impactos que han causado en las relaciones y condiciones de trabajo.

A. FLEXIBILIZACIÓN

A partir de los años setenta, con la intensificación de la competencia mundial para que el trabajo fuera más productivo y tuviera menores costos, la flexibilidad fue la respuesta a los cambios exigidos en la demanda de los productos (Carnoy, 2001: 96).

Como los trabajadores no ajustaban sus expectativas con la rapidez que exigía la demanda y no las adaptan lo suficiente como para devolver el equilibrio de mano de obra al mercado (Standing, 1986: 105), los costos laborales se comenzaron a percibir como rigideces que debían ser flexibilizadas para aumentar la competitividad y lograr mayor productividad, por lo cual, y para cumplir con los planes de producción, se hicieron cambios en las jornadas de trabajo, se redujeron los costes laborales en períodos de baja actividad, se constituyeron equipos multitarea, se configuraron nuevos tipos de contratos laborales, se generaron restricciones a los salarios y a los beneficios sociales,

y se deslocalizó la producción que se comenzó a ubicar en países con salarios más bajos (Carnoy, 2001: 89-91).

Al respecto la OCDE argumentaba que:

... cuanto mayor sea la flexibilidad del mercado laboral, tanto menores serán los costes económicos del ajuste; habrá menos paro y menos pérdida de producción. La teoría microeconómica reconocida postula que, en un mercado de mano de obra perfectamente libre, los salarios y el empleo se adaptan para rectificar los desequilibrios entre la oferta y la demanda. Sin embargo, en el mundo real existen obstáculos a esta adaptación lo que hace pertinente la aplicación de políticas que ayuden a los más afectados, pero que fomenten la flexibilidad de las estructuras de salarios y el ajuste de los recursos humanos (Standing, 1986: 106-107).

Esa flexibilidad laboral se evidencia principalmente de dos formas: la primera tiene que ver con elevar los niveles de rendimiento individual y colectivo en el entorno laboral, mediante incentivos salariales, y la reorganización de los labores manuales y no manuales bajo nuevas formas de trabajo, y la segunda con la reducción de los costos mediante la subcontratación, la implementación de contratos de trabajo eventuales y a tiempo parcial, y la presión a los gobiernos para que se redujeran los salarios y el poder de los sindicatos. Estas exigencias de flexibilidad afectaron por igual a los trabajadores cualificados y no cualificados, incluso los sindicatos más poderosos no pudieron detener el lento pero forzoso deterioro de las formas tradicionales de trabajo, ya que se vieron debilitados por la incapacidad de representar a los nuevos tipos de trabajadores (mujeres, jóvenes, inmigrantes), y no lograron organizarse conforme a los modernos entornos laborales, ni ser eficaces en las empresas que ahora trabajaban integradas a través de redes. Los trabajos a tiempo parcial o mediante subcontratas generaron (y siguen generando) preocupaciones, pues están concentrados en lo que los economistas denominan mercado laboral secundario, porque no son voluntarios sino que se consideran sin salida porque no conducen a empleos mejor remunerados, y son los que primero se suprimen cuando ocurren recesiones económicas; además, son inherentemente más inseguros y no brindan oportunidades de formación o promoción (Carnoy, 2001: 99).

Desde el punto de vista teórico la flexibilidad corresponde a la capacidad de reacción ante las presiones, las convulsiones y los incentivos, así como la facultad de adaptarse a ellas, lo cual en materia laboral tiene que ver con la velocidad y extensión del ajuste de precios a las fluctuaciones de la oferta

y la demanda que se representa básicamente por dos tipos de ajustes: el cuantitativo referido a las variaciones de precios, salarios e ingresos, y el cualitativo concerniente a las reestructuraciones cambiantes de la demanda de mano de obra. Desde el punto de vista de las organizaciones sindicales y de los trabajadores la flexibilidad tiene que ver, entre otras, con una mayor autonomía para controlar la mano de obra y el tiempo de trabajo, reflejada en oportunidades estables y seguras para adaptar la jornada de trabajo mediante flexi-tiempo, opciones para desarrollar actividades mediante estructuras flexibles durante el ciclo de vida y oportunidades para adquirir destrezas. Por el contrario, para los empleadores la flexibilidad tiene que ver con la capacidad para mover a los trabajadores de un establecimiento a otro, intercambiar los puestos de trabajo y los empleados, utilizar sistemas de pago flexibles y emplear trabajadores que no representen un costo fijo (Standing, 1986: 106-107).

Además de la flexibilización del trabajo, las empresas, de la mano de las tecnologías, adelantaron procesos de sustitución de trabajo por capital, lo que contribuyó a reducir los costos laborales e incrementar el desempleo. De allí que surgiera como inquietud la viabilidad de seguir hablando de políticas públicas de pleno empleo, y por ello algunos autores anunciaron el fin del trabajo, tesis que, por extrema, no gozó de acogida (Camacho, 2013: 188-189).

En la década de los noventa del siglo pasado, ya superada la crisis de los años setenta, pese a que las empresas mostraban buenos resultados financieros, se evidenció que estaban realizando despidos masivos de personal, lo que implicó una destrucción del pacto social tácito que existía entre empleadores y trabajadores desde los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, el cual, aunque no constaba por escrito, implicaba que los trabajadores podían esperar un empleo estable a tiempo completo si la empresa era rentable, y a su vez, esta podía contar con una colaboración leal de los sindicatos, niveles de paz interna elevados y una aceptable identificación de los proyectos y objetivos empresariales por los trabajadores (Perdiguero, 2003: 59).

Desde ese período se incrementó el desempleo estructural, es decir de larga duración y carácter involuntario, particularmente en los países de capitalismo avanzado en los que, como consecuencia de la automatización, la robótica y la microelectrónica, se hizo más evidente la reducción de puestos para el proletariado industrial y fabril, dando paso a una subproletarización del trabajo bajo formas de tiempo parcial, temporal o tercerizado, vinculadas a la economía informal, entre tantas modalidades existentes, las cuales tienen en común la precariedad en el empleo, la desregulación de las condiciones de trabajo en relación con las normas legales vigentes y la regresión para los

derechos sociales como, por ejemplo, la libertad sindical, lo que conllevó una individualización de la relación salarial (Antunes, 2001: 54-56).

Esta crisis del empleo superó la coyuntura de los años setenta porque no se recuperó en los niveles ni en la configuración anteriores, ante lo cual ha habido respuestas de diversa índole, entre ellas, de nuevo, las políticas de flexibilidad del mercado de trabajo, cuyos elementos incluyen desde la adaptabilidad hasta la desregulación en varias facetas de las relaciones laborales, buscando modalidades de contratación flexibles o atípicas para el inicio del contrato, fórmulas de movilidad funcional y geográfica o flexibilidad en la jornada laboral, en el salario y en la extinción de los contratos (Jáuregui Atondo, 2004: 133).

B. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

La descentralización productiva, también conocida como tercerización, corresponde a un sistema de producción en el que el empresario desplaza o relocaliza parte de la actividad productiva de la empresa en otro sujeto económico para que la realice. Este fenómeno también se conoce como externalización, subcontratación, exteriorización del empleo, desconcentración y contratación externa de actividades descentralizadas (Kahale Carrillo, 2011: 46-47).

Esa externalización incluye una cadena de participaciones que diluye a los detentadores del capital, segrega el trabajo y elimina los compromisos con la totalidad de los trabajadores que intervienen en el proceso productivo, por lo que crece el empleo derivado en las pequeñas empresas encadenadas a un cliente fijo, la mano de obra subcontratada y el autoempleo. Además, auspicia el incremento del trabajo independiente, debido a que la tecnología favorece la prestación de servicios mediante las telecomunicaciones y el trabajo en red para desarrollar actividades colaterales o secundarias de las empresas, pero también de su *core bussiness* (Valdaliso, 2000: 141).

Las posibilidades de externalización presentan dos modalidades: la descentralización inicial u originaria, también conocida como *outsourcing operativo*, que ocurre cuando la empresa se vale de otra para que realice una actividad propia del proceso productivo, de tal forma que la primera adquiere los productos o efectos generados por la segunda para utilizarlos en dicho proceso a cambio de una contraprestación; la segunda corresponde a la descentralización derivada o sobrevenida, que se da cuando, por cualquier causa, la empresa decide que ya no realizará una o varias de sus actividades, encargando su desempeño a otra u otras que las asumen a cambio de una contraprestación. Esta última es la más utilizada y puede prestarse a confusiones, ya que las

actividades de una empresa pueden ser desarrolladas por varias empresas jurídicamente diferenciadas, pero actuando bajo una estrategia de cooperación (Kahale Carrillo, 2011: 54-55).

Según como se presente, los efectos de la descentralización serán diferentes para los trabajadores: cuando la descentralización es inicial no se afecta directamente a los trabajadores porque corresponde a actividades que la empresa no venía realizando; en cambio, si es una descentralización sobrevenida, los trabajadores que antes cumplían esas actividades puede que sean trasladados a otras áreas de la empresa, lo que implicaría una variación propia de la movilidad funcional, pero también que pasen a ser parte de la empresa contratista, lo cual significa un cambio de empleador y de convenio colectivo aplicable, y que se integren a una nueva organización o, en el peor de los casos, que se prescindan de sus servicios y se extinga el contrato de trabajo (Kahale Carrillo, 2011: 57).

Este fenómeno es una realidad que ya ha superado ampliamente los obstáculos para su expansión generando nuevas figuras que invaden el derecho laboral, y una diversificación de las figuras mercantiles con incidencia laboral, pues se ha pasado del contrato y la subcontratación al *factory*, al *merchandising*, al *call-center*, al *facility management*, al teletrabajo y a los trabajos autónomos (Jáuregui Atondo, 2004: 145-146).

Es claro que, como estrategia empresarial, la descentralización productiva no tiene nada de ilegal y por eso su uso es frecuente en todos los sectores económicos y en todos los países alrededor del mundo. Las repercusiones de la descentralización productiva para el sistema laboral tienen que ver con que:

- i) se ha producido una reducción del trabajo asalariado, se ha incrementado el trabajo autónomo y el parasubordinado. Así el trabajador por cuenta propia se vincule con una sola empresa con la que mantiene una estrecha relación, esto no le garantiza un nivel de ingresos ni la protección de la seguridad social; de igual forma, surge el trabajo a distancia como una forma de trabajo a domicilio, que se presenta en los casos de actividades altamente cualificadas que manejan la tecnología de ordenadores y videos interconectados;
- ii) se ha desorganizado el patrón básico del empleador debido a las relaciones triangulares y la dispersión de imputación de cargas y responsabilidades;
- iii) existe una desigualdad retributiva entre los trabajadores de las empresas que descentralizan y los trabajadores de las empresas contratistas, lo que se da porque la negociación colectiva se ha desestructurado y los convenios colectivos de las

empresas principales no se aplican a los trabajadores de las empresas contratistas, que son los que tienen mayor nivel de desprotección, lo que desintegra los vínculos de solidaridad y poder social que sirven para equilibrar el capital y el trabajo asalariado;

iv) se dificulta la afiliación sindical de los trabajadores debido a que las empresas subcontratistas normalmente son pequeñas y en ellas la afiliación sindical es poco frecuente y formal, además, esta forma de organizar la producción obstaculiza la articulación de intereses profesionales a niveles superiores, y

v) los trabajadores de los contratistas no tienen trabajo en función de la actividad productiva sino del encargo de la empresa principal y por ello se convierten puestos de trabajo permanentes en puestos temporales (Kahale Carrillo, 2011: 61-68).

Debido a las nuevas tecnologías se ha incrementado la descentralización productiva, lo que permite reducir los costos de transacción a unos niveles inimaginables, al punto que las empresas ya no tienen incentivos para mantener grandes estructuras organizativas y no necesitan contratar sino a los trabajadores que sean imprescindibles para desarrollar su objeto principal, pues su modelo de negocio ahora consiste en poner en contacto al demandante del servicio con el proveedor, que ya no será la empresa sino un trabajador autónomo, por lo cual, el extremo de la descentralización es la atomización del mercado, sin que sean las máquinas las que sustituyan al trabajador subordinado, sino el modelo de negocio (Todolí Signes, 2016: 19).

Por eso hoy es cada vez más difícil saber quién hace qué, quién diseña, fabrica o construye un determinado bien o servicio, pues los procesos productivos se extienden por diferentes países, regiones y ciudades lo que convierte en incorpóreo al obrero colectivo (Castillo, 1997: 418-419).

Gracias a la revolución de las tecnologías de la información el trabajo nunca fue tan importante para la creación de valor pero, a la vez, en ningún tiempo el trabajador había sido tan vulnerable a los cambios de la organización laboral, dado que quedó sujeto a una red flexible cuya ubicación ignora la propia red (Carnoy, 2001: 98).

En general, la doctrina jurídico-laboral coincide en que la descentralización productiva ha contribuido a dismantelar varias de las garantías con que tradicionalmente contaban los trabajadores; además, debido al desarrollo tecnológico, desde hace varios años esa descentralización ha venido adquiriendo unas manifestaciones que difícilmente se hubieran podido dimensionar en el

siglo XX, y que son las que surgieron a raíz del progreso de las tecnologías de la información en el ámbito de la digitalización de la economía, como se verá en el siguiente acápite.

II. DIGITALIZACIÓN, EMPLEO Y RELACIONES LABORALES

Las Nuevas Formas de Organización del Trabajo (NFOT) han afectado notoriamente el entorno laboral. Así, la primera revolución industrial se caracterizó por el desarrollo de la industria y la maquinización; la segunda porque surgió la producción en cadena y en masa; la tercera porque se dio el predominio las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), y ahora lo que prima en la Revolución 4.0 es la digitalización de los procesos productivos de las empresas, de lo cual surgen otras NFOT. Aunque por el poco tiempo transcurrido desde la tercera revolución la doctrina ha discutido si realmente se está ante una cuarta revolución industrial, por lo que se considera que esta sí es diferente porque la velocidad de los cambios no se puede comparar con las anteriores, y porque la automatización conlleva que las máquinas pasen de realizar una actividad programada a trabajar de manera autónoma y flexible (Ispizua Dorna, 2019: 23).

De acuerdo con Definición ABC (2019), la digitalización es

... un proceso mediante el cual, algo real (físico tangible) es pasado a datos digitales para que pueda ser manejado por una computadora (de naturaleza, a su vez, digital), modelándolo, modificándolo, y aprovechándolo para otros propósitos distintos de su cometido o función originales.

El proceso de digitalización se puede aplicar a las ondas sonoras (voz, sonido, música) que son manipuladas y reproducidas en un formato digital, y luego transmitidas a través de Internet; también se aplica a la imagen que las cámaras digitales capturan y reproducen en forma de bits; o a los planos o datos de los edificios (sin contar con los planos físicos) con los cuales se elaboran modelos tridimensionales que serán manipulados con diversos fines.

Las ventajas que la Industria 4.0 ha traído para las empresas incluyen la mejora en la producción y la calidad de los productos, además de la conectividad entre las personas gracias a Internet; y entre las desventajas se cuentan la difícil adaptación de las pequeñas y medianas empresas ante esas nuevas formas de organización, la falta de personal cualificado para hacer frente a las nuevas tecnologías, la obsolescencia tecnológica y la pérdida de puestos

de trabajo tradicionales que son sustituidos por robots que no cotizan a la seguridad social, con lo cual se afecta la financiación de los sistemas de protección social. Esta industria se caracteriza porque su manera de producir es flexible al conectar proveedores, clientes y empleados en todo el proceso de elaboración; porque la capacidad de adaptarse a ella es rápida y económica ante las exigencias del mercado; porque los procesos están digitalizados debido a la conectividad e integridad de sus fases; porque hay smartización, es decir, se aprende de las experiencias previas, y porque los trabajadores cumplen sus labores con herramientas digitales como robots colaborativos y sistemas de inteligencia artificial (Ispizua Dorna, 2019: 24-26).

En siete años se estima que las máquinas podrán traducir cualquier idioma, en 2036 habrán sustituido en sus funciones a un vendedor y en 2050 podrán escribir un libro. Y aunque esta revolución de la robótica y la Inteligencia Artificial ha acelerado los procesos de automatización, esa reconfiguración del trabajo no implica la desaparición del trabajo humano, pues este es el factor diferencial para crear nuevos modelos de negocio más innovadores, que mantengan la productividad y la competitividad. Además, por más avanzado que sea un robot, el ser humano es irremplazable, lo que ocurre es que ante la revolución digital se reconfigurarán ciertas profesiones como, por ejemplo, la abogacía y la medicina, en las cuales, y gracias a la inteligencia artificial se podrán resolver problemas complejos en menos tiempo y a menor costo; sin embargo, se debe tener presente que quien tomará la decisión final será el profesional y no el robot, porque maneja unas interacciones sociales que son fundamentales para negociar, liderar, tomar y gestionar decisiones, además de que con su creatividad aporta valor (Hebrero, 2017).

La tecnología interrumpió el *statu quo*, la forma en que la gente vive y trabaja e, incluso, suplantó la forma de hacer las cosas, y es por ello que se le llama tecnología disruptiva, y también innovación disruptiva, para hacer referencia al proceso por el cual una pequeña empresa se incorpora al mercado con productos más baratos, pero tecnológicamente avanzados, y una vez encuentra un punto de apoyo, sigue haciendo mejoras, pero manteniendo el precio; a eso alude el nombre “disruptiva”, a la tecnología que altera e innova radicalmente la realidad productiva (Mercader Uguina, 2017: 30).

Sin embargo, un sector de la doctrina no comparte que se use el término disrupción porque implica una “rotura o interrupción brusca”, es decir, da la idea de una fractura neta respecto del pasado, lo cual no se puede afirmar de la digitalización de la economía porque lo que se detecta es una aceptación pacífica y fácilmente interiorizada de los cambios derivados. Además, frente a

los desafíos que representa la digitalización para la regulación de las relaciones laborales, los cambios legales se han dado más por la globalización que por la digitalización, y no suponen una ruptura brusca con el pasado, e incluso, aunque escasa, la aplicación judicial de la legislación laboral mediante la adaptación de las categorías jurídicas tradicionales a las nuevas realidades dadas por los cambios tecnológicos parece poco problemática (Cruz Villalón, 2017: 21-22).

Desde los inicios del capitalismo la variable tecnológica se consideró fundamental en la evolución de la calificación, el empleo y la organización del trabajo; sin embargo, desde la primera Revolución Industrial (s. XIX) la organización del trabajo se entendió como un sistema socio-técnico para indicar que no existe una relación unívoca entre tecnología y organización del trabajo, sino una relación que responde a factores sociales y económicos que orientan la producción y sirven de base para que las empresas obtengan ganancias. La revolución del último tercio del siglo XX, vinculada con la introducción de la microelectrónica y su aplicación a la biotecnología, la robótica y la informática que permitió pasar de una producción en masa a una producción flexible, combinada con la producción en pequeños lotes, modificó la disposición y el diseño físico de las plantas de producción, implementó el *just in time* y el control de calidad; sin embargo, no fue un proceso generalizado, porque no se difundió de manera homogénea y simultánea en todos los sectores de los países (Marañón Pimentel, 2010: 52).

El control sobre el proceso del trabajo y el trabajador ha sido definitivo para que el capital conserve la rentabilidad y la acumulación, y es por ello que se renueva y adopta novedosas formas tecnológicas con el fin de incrementar el dominio sobre el proceso productivo en cuanto a la eficiencia, la autodisciplina, los hábitos culturales de los trabajadores, las tareas que se espera que realicen y los salarios que aspiran a recibir. La automatización, la robotización y la sustitución del trabajo vivo por trabajo muerto responde a ese deseo del capitalismo de mantener el control, pues los robots no se quejan, no sabotean, no se enferman, no van lentos, no se desconcentran, no hacen huelga, no exigen incrementos de salarios y no caen en el absentismo (Harvey, 2014).

Las innovaciones asociadas a la Cuarta Revolución Industrial han llevado a analizar qué trabajos estarían más expuestos a ser automatizados, lo cual no significa que desaparezcan o que haya pérdida de empleos totales, porque las nuevas tecnologías crean especialidades y aumentan la productividad de los trabajadores con competencias complementarias; es por ello que Corea del Sur, Japón, Alemania y Estados Unidos tienen tasas de desempleo históricamente bajas (Corbo, 2019).

Los robots, la automatización y el software son capaces de sustituir ciertos trabajos a un ritmo mayor de los que se crean, a diferencia de lo que sucedió en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial cuando la productividad y el empleo discurrían paralelamente, es decir, el aumento en los puestos de trabajo correspondía a los incrementos de la productividad, por lo que se entendía que las empresas generaban valor gracias a los trabajadores; sin embargo, a partir del año 2000 la productividad siguió creciendo, pero el empleo mermó, por lo cual se considera que detrás de este fenómeno está la tecnología. Se debe tener en cuenta que los avances tecnológicos siempre afectan el empleo, y que los trabajadores pueden tardar décadas en adquirir la experiencia necesaria para desempeñar eficazmente las nuevas labores; es por ello que en el largo plazo las tasas de empleo son relativamente estables ya que siempre es posible crear nuevos trabajos y encontrar nuevas actividades para desarrollar. De igual forma, pese a que el producto interno bruto se incrementó, los ingresos medios no aumentaron, lo cual es la gran paradoja de esta época (Rotman, 2013).

Los efectos de la Industria 4.0 en el empleo aún no están conciliados, por cuanto algunos consideran que en determinados sectores puede destruir puestos de trabajo, pero también ser un complemento, ya que la automatización perfecciona la tarea del trabajador; se afirma así mismo que no tiene un efecto negativo significativo debido a que su impacto es positivo para la productividad y el incremento de las ventas, lo que puede estimular el crecimiento del empleo y evitar las deslocalizaciones, aunque se advierte que los trabajadores necesitarán habilidades diferentes, porque en el corto plazo quienes estén poco cualificados, esto es, los que realicen labores simples y repetitivas, se verán desplazados y habrá más demanda de especialistas en software, en TIC y en mecatrónica, por lo cual, la mayor parte de los autores recomiendan que el Estado y las empresas innoven en políticas de empleo y en formación, repensando el sistema educativo e incentivando la colaboración entre los sectores público y privado para que la oferta se adapte a la demanda (Blanco, 2017: 155-157).

De hecho, investigaciones recientes de la OCDE (2019: 45) indican que durante la última década cuatro de diez empleos se crearon en industrias digitalmente intensivas, además de su contribución en el logro de mayor empleo femenino al aumentar su participación en el mercado de trabajo gracias a la mejora de la productividad en el hogar debida a los desarrollos de electrodomésticos como las lavadoras, los lavavajillas, etc., por lo cual sus efectos no se pueden considerar del todo nocivos.

III. CAMBIOS EN EL MODELO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJOS ATÍPICOS

Las tecnologías que están generando estos cambios tienen la capacidad de transformar el entorno en que se aplican, en particular la organización social, los procesos industriales y las personas sin consideración de edad, género, ni otra condición en particular (Del Rey Guanter, 2017). Dichas tecnologías incluyen: i) el *big data* y *analytics* que son análisis conjuntos de datos que por su volumen y velocidad sobrepasan la capacidad de los sistemas informáticos habituales; ii) los robots autónomos que trabajan de forma cooperativa y segura junto a los humanos; iii) la simulación en 3D que permite reproducir el mundo físico de manera virtual; iv) la integración tanto horizontal como vertical de los sistemas en los que la fabricación, la distribución y el consumo están conectados estrechamente por sistemas informáticos; v) el Internet de las Cosas (*Internet of Things*) que incorpora cada vez más dispositivos a Internet para conectarlos mediante tecnologías estándar; vi) la ciberseguridad que protege los sistemas industriales críticos y las líneas de producción contra amenazas informáticas; vii) la nube, que mejora el intercambio de datos y la velocidad de reacción; viii) la fabricación aditiva mediante la cual se producen formas geométricas o prototipos y componentes individuales personalizados, lo que permite reducir los stocks de inventarios, y ix) la realidad aumentada mediante la cual se superponen elementos virtuales sobre la visión de la realidad (Blanco, 2017: 154).

Todas las revoluciones industriales, desde la invención de la máquina de vapor hasta la Industria 4.0, han alterado el escenario de las relaciones laborales individuales y colectivas; sin embargo, en la actual apenas se empiezan a vislumbrar sus consecuencias y se diferencia de las anteriores en que sus efectos no se concentran en sectores productivos concretos, o en las grandes empresas, los territorios o los países, ni en las profesiones o los trabajos, sino que se han extendido de forma universal a todas las economías (más o menos desarrolladas), en todos los sectores productivos (emergentes o maduros, de producción o de servicios), a todos los trabajadores (subordinados o autónomos o públicos o privados), independientemente de la edad, el género, la capacidad o cualquier otro rasgo que genere segmentación, y a cualquier tipo de empresa, desde las grandes transnacionales hasta las microempresas (Cruz Villalón, 2017: 16).

El espacio de trabajo se ha transformado en su interior mediante la tecnología que lo ha deslocalizado, pues ahora se trabaja a distancia, las relaciones

se establecen a través de redes y las aplicaciones de IA se convierten en un instrumento fundamental de la producción (Mercader Uguina, 2017: 31). De ello hay muchos ejemplos, y uno de los más notorios tiene que ver con los proveedores de imágenes que contrataban fotógrafos profesionales para realizar los trabajos solicitados por los clientes, pero que colapsaron a raíz del lanzamiento de plataformas virtuales, como *istockphoto*, en las que se inscriben fotógrafos profesionales y aficionados para realizar el trabajo a un menor costo y sin tener siquiera un contrato de trabajo (Todolí Signes, 2016: 19).

En ese ambiente digital, la herramienta que más ha evidenciado sus impactos en las relaciones laborales son las plataformas digitales, las cuales hacen parte de un concepto más amplio denominado *on-demand economy* o economía bajo demanda o *peer to peer economy* o economía de igual a igual, o *gig-economy* o economía de toques, según el cual, las nuevas tecnologías permiten que a través de las plataformas virtuales los consumidores acudan directamente al prestador del servicio, estando ambos en igualdad de condiciones (Todolí Signes, 2016: 23-24).

Otros autores se refieren a esta modalidad con la expresión economía colaborativa, o *sharing economy*, para caracterizar que a través de plataformas digitales se desarrolla una actividad económica de colaboración; sin embargo, se critica que esta denominación no corresponde a la realidad debido a que el elemento colaborativo no es el que identifica a ese sector de la economía, pues los procesos de colaboración entre empresas, productores y consumidores, empresarios y trabajadores se llevan a cabo en todos los sectores económicos, y no es que se presenten con mayor intensidad en el sector digital, ni se puede pensar que los que intervienen en esos procesos tengan confluencia de intereses entre sí (Cruz Villalón, 2017: 23-24).

En las plataformas digitales hay varios modelos de negocio con diferentes repercusiones, como el *crowdsourcing* o *crowdwork* que corresponde a la prestación de un servicio por un trabajador que ha participado en una convocatoria publicada por un solicitante en una plataforma virtual, la cual se encarga de utilizar las tecnologías de la información para unir oferta y demanda, y dependiendo de lo que se haya ofertado, el trabajo podrá ser realizado de manera virtual o física, o de forma global porque no se debe cumplir en ningún lugar específico, o de manera local si la ejecución debe ser en un lugar determinado (Todolí Signes, 2016: 23-24).

A su vez, el *crowdwork* puede ser *online* u *offline*. En el *crowdwork online* la plataforma virtual le permite a las empresas contactar trabajadores (proveedores) que cuentan con un computador y asignarles tareas que pueden realizar

virtualmente sin necesidad de ocupar un lugar específico, sin la presencia física del proveedor y con un pago realizado a través del ciberespacio; se trata de una relación gobernada por acuerdos privados impuestos por la plataforma, que tanto las empresas como los proveedores se limitan a aceptar y que incluyen cláusulas de exoneración de responsabilidad para la empresa dueña de la plataforma virtual. Por su parte el *crowdwork offline* requiere una ejecución local y física del trabajo; lo que sucede es que en esta modalidad la plataforma virtual le permite a los clientes conectar a los trabajadores, pero estos deben estar en un lugar y en un momento específico (Todolí Signes, 2016: 24, 30). El ejemplo típico de esta modalidad es Uber, en el cual se contrata un servicio de transporte gracias a la aplicación y a que el proveedor está disponible, a una distancia relativamente cercana y con una oferta de precio razonable para el cliente.

Con frecuencia se considera que el trabajo en las plataformas digitales es una NFOT que no existía, lo que ha servido para que no se aplique la normativa laboral, básicamente porque las tareas se desagregan en unidades pequeñas para que las realicen varias personas, se hacen por pedidos, se externaliza la carga del trabajo a un costo más bajo, el pago es a destajo y su duración es eventual (OIT, 2019: 7).

Esas empresas que se valen de las plataformas en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de producción como garantía de calidad, delegan esas funciones en las evaluaciones del servicio que hacen los clientes y con ello toman decisiones. Algunas empresas establecen unas recomendaciones de la forma de prestar servicios y si los proveedores no las acogen pueden ver desactivado su perfil, por ello se considera que el nivel de monitoreo es mayor para los trabajadores de las plataformas que el que recibían los trabajadores tradicionales porque los clientes los pueden estar observando todo el tiempo (Todolí Signes, 2017).

Lo anterior conlleva la erosión de la relación de trabajo tradicional y el crecimiento heterogéneo de las formas de empleo que están acompañadas de alteraciones en el mercado de trabajo, como el aumento del desempleo de un ciclo económico a otro o la tercerización, lo que sucede por las variaciones económicas, las políticas neoliberales y los cambios sociales. Es por ello que el interés político no puede ser volver al estado anterior a los años setenta en cuanto a formas de trabajo, sino cubrir de manera normativa las diferencias en el empleo, abrir accesos al sistema laboral y adaptar el trabajo remunerado a las nuevas condiciones y coyuntura de intereses. Sin embargo, tener en cuenta solo esos aspectos es quedarse corto, pues las demandas sociales también tienen incidencia en esa erosión, por ejemplo, si bien el trabajo a tiempo parcial, que

se temía terminara reemplazando el trabajo a tiempo completo, estuvo en auge a partir de los años 80, no lo fue por la demanda del mercado, sino porque hubo cambios en la actitud y orientación laboral de la mano de obra, sobre todo por la rápida participación de la mujer y los jóvenes, que no buscaron un trabajo de tiempo completo para poder atender otras responsabilidades, sino que prefirieron ese tipo de jornadas (Dombios, 1998: 3, 9-10).

Aunado a ello, se debe tener en cuenta que esta es la época de la posmodernidad en la que se promueve un individualismo extremo y un relativismo ético que buscan ajustar los principios morales a la conveniencia del sujeto, y con ello legitimar sus acciones para no perder su libertad y soberanía individuales, por lo cual, la cultura del esfuerzo pierde importancia y no siempre un trabajo remunerado genera satisfacción, pues implica restar al presente la oportunidad de gozar otras opciones, al punto que el trabajo deja de ser un valor y solo es atractivo cuando corresponde a tareas que la persona habría hecho incluso sin remuneración económica, y por ello es determinante del éxito “trabajar en lo que a uno le gusta” (Millán Valenzuela, 2012), lo que también se tendrá que considerar al momento de regular las nuevas condiciones de trabajo.

Esas formas de trabajo no convencionales también son denominadas empleos atípicos, y se consideran una característica contemporánea de los mercados de trabajo alrededor del mundo, pues en las últimas décadas se ha incrementado su uso en todos los sectores económicos u ocupaciones, tanto en los países en desarrollo como en los países industrializados. El empleo atípico refiere al empleo temporal (por tareas, por proyectos, trabajo estacional, trabajo ocasional y trabajo por días), al trabajo a tiempo parcial y por pedido (incluidos los trabajos a cero horas), la relación de trabajo multipartita (cesión temporal, intermediación, alquiler de mano de obra, trabajo temporal por medio de agencia y prestación de servicios bajo régimen de subcontratación), y el empleo encubierto, por cuenta propia y económicamente dependiente; y son atípicos porque difieren de la relación de trabajo típica, esto es, el trabajo a tiempo completo, indefinido y bajo la subordinación de un contrato entre un empleador y un trabajador, y en general se asocian con la inseguridad en el empleo, en los ingresos, en las horas de trabajo, en la seguridad y la salud en el trabajo, en la seguridad social, en la formación y en la representación y otros derechos fundamentales en el trabajo (OIT, 2016: 1-3).

Estas formas de trabajo carecen de las tutelas laborales habituales, no tienen garantía de ingresos fijos, generan subcontrataciones ilimitadas, acentúan la dificultad de negociar colectivamente y evidencian dificultades para identificar si existe un contrato de trabajo.

IV. LA CONTRATACIÓN Y EL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Como acuerdos de voluntades a los que llegan unas partes para establecer las obligaciones con las que quedan comprometidas, los contratos también han sido impactados por la Revolución 4.0.

Con el uso masivo de Internet y las nuevas formas de operaciones online surgió la categoría contratación electrónica, que no es un contrato jurídicamente hablando, pues no versa sobre objetos relacionados con la informática, sino que se refiere a los contratos que, con independencia de su naturaleza jurídica y la irrelevancia de su objeto, se realizan en lenguaje electrónico a través de un elemento electrónico. Estos contratos se perfeccionan mediante el intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador o por redes electrónicas de comunicaciones como el fax, el correo electrónico, el télex o los teléfonos (Carrasco Salazar, 2015).

En ese sentido, el trabajo que se realiza a través de las plataformas electrónicas, y cuya regulación entre cliente y proveedor depende de lo que establece la plataforma bajo la denominación “términos del servicio”, se rige por un contrato electrónico en el que se prevé la prestación de un servicio y sus condiciones. Por ello, dependiendo del objeto contratado se tendrá que determinar si corresponde a un contrato típico o atípico y las obligaciones que de él se derivan.

Las prestaciones de servicios a través de las plataformas digitales son calificadas por estas como trabajo autónomo o independiente, debido a que, como afirman, ellas fungen de intermediarios entre la oferta y la demanda de un servicio, lo que conlleva que, por la libertad con que cuentan para asumir o no una tarea, manejar el tiempo en que trabajan, disponer para quién más trabajan y con qué medios lo hacen, esos trabajadores no tengan ninguna protección de las normas del derecho del trabajo y estén expuestos a una serie de incertidumbres que se derivan de la actividad como, por ejemplo, no saber quién es el beneficiario del trabajo, qué derechos, salvo el pago, pueden exigir, y qué responsabilidad asume la plataforma con respecto a las contingencias que se presenten mientras prestan el servicio.

Además, los jueces ya han identificado en distintas partes del mundo que esas prestaciones de servicios a través de plataformas cuentan con unas condiciones que pueden ser más exigentes que las que se le piden a un trabajador subordinado, por ejemplo, los tiempos de respuesta, la calidad del servicio, las dadas de baja de la plataforma como penalidad por algún incumplimiento, la

imposibilidad de cuestionar las calificaciones de los clientes y el impago de un servicio prestado, entre otras, por lo que la supuesta independencia y autonomía que se predica para decir que son trabajadores autónomos es cuestionable.

Por eso han surgido voces que reclaman cambios en el ordenamiento jurídico laboral para responder a revolución tecnológica de este siglo, y dar garantías a los trabajadores que están sujetos a esas formas de trabajo; sin embargo, más que eso, lo que se debería hacer es identificar a qué modalidades contractuales corresponden esas NFOT y, dependiendo de ello, determinar el ámbito de protección que les corresponde, aunque nada impide que se hagan reformas para que todos los trabajadores accedan a las protecciones del derecho del trabajo, independientemente del vínculo que le dé origen a su actividad, tal como se explica a continuación.

Respecto de esta ampliación del derecho del trabajo la doctrina ha explicado que la extrema flexibilización de la mano de obra, y la transferencia de los riesgos al prestador de servicios mediante el trabajo autónomo, incluidos los trabajos de economía colaborativa, genera desprotección para los trabajadores que se dedican a esas actividades, lo cual no se puede solucionar mediante estudios particularizados de determinados fenómenos, sino que obliga a modernizar el espacio subjetivo del derecho del trabajo, librándolo del anclaje al contrato de trabajo como ámbito de aplicación para que todo trabajo personal dependiente o independiente quede regido por ese derecho (Todolí Signes, 2016: 40), opción que no es el objeto de este escrito y que, pese a su pertinencia, no se desarrolla, porque lo que se quiere determinar es si, en función de las condiciones en que se ejecuta, el trabajo en la Revolución 4.0 es subordinado o no.

Además de establecer si en la economía virtual el trabajo es o no verdaderamente autónomo, hay otro problema que subyace y es el de la precariedad, porque las condiciones de trabajo implican una serie de incertidumbres en cuanto al ingreso, el empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la estabilidad, la jornada, la dificultad para identificar los derechos y la ausencia de práctica de los derechos colectivos, entre otros.

Este es quizá el punto más relevante en relación con la trampa de creer que toda novedad en los procesos de producción deja automáticamente en desuso el contrato de trabajo. Como se señaló, debido a la flexibilización y la descentralización productiva, en las dos últimas décadas del siglo XX la prevalencia del contrato de trabajo, como mecanismo de contratación de servicios personales, ha experimentado una reconversión, lo que se atribuye al fenómeno de la globalización y al afán de hacer más competitivas las empresas para el escenario

internacional, con lo cual el empresario acude a contratos de naturaleza civil o comercial por fuera del derecho del trabajo, lo que le permite contar con el recurso humano para producir, pero a un menor costo, gracias a que no tiene que asumir la carga laboral que implica un contrato de trabajo.

En general, esas otras formas de contratación se reflejan en procesos de subcontratación y contratos de prestación de servicios independientes, o contratos con trabajadores autónomos, para significar que en ellos no existe la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, porque obran con autonomía e independencia para llevar a cabo la actividad contratada. Los trabajadores autónomos son personas físicas (naturales) que “de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, [realizan] una actividad económica o profesional a título lucrativo [sea que] den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena” (Ojeda Avilés, 2010: 376).

En caso de que esos trabajadores autónomos requieran contratar a otros trabajadores para cumplir las tareas para las que se les contrata, se tratará de una subcontratación laboral (Hernández Martínez, 2006: 9), aunque esa subcontratación también se puede dar a través de personas jurídicas con las que la empresa que requiere el servicio o la ejecución del bien suscribe un contrato de naturaleza comercial, y para ello contrata su propio personal con unas condiciones que usualmente son menos favorables en cuanto a salarios y otras garantías laborales, en comparación con lo que reciben los trabajadores directos de la empresa contratante, que es lo que los economistas llaman mercado laboral secundario, como se citó en la primera parte de este capítulo. Así mismo, puede suceder que en la práctica la descentralización productiva se utilice para encubrir una cesión ilegal de trabajadores para ahorrar costos laborales, como, por ejemplo, cuando el contratista que presta un servicio con sus trabajadores no tiene autonomía técnica del contrato, no es dueño de los medios de producción y no asume riesgos, lo que evidencia que está favoreciendo que se oculte un contrato de trabajo con el verdadero empleador y, por ende, las responsabilidades que ello conlleva.

La OIT ha explicado que cada vez son más frecuentes las controversias acerca de la naturaleza jurídica de una relación cuyo objeto es la prestación de un servicio, pues existe incertidumbre respecto del alcance de la ley porque la relación puede ser disfrazada o ser objetivamente ambigua. La ambigüedad objetiva se refiere a que los principales factores que identifican una relación de trabajo no saltan a la vista, y no ha habido una intención deliberada de disimular la realidad, sino que hay una duda legítima de si hay o no relación

de trabajo, lo cual puede suceder cuando un trabajador independiente, de manera gradual, llega a trabajar de forma permanente con un único cliente, o cuando se contrata a alguien a distancia para que sin horarios o días de trabajo en particular, con plena autonomía en la organización del trabajo preste servicios, pero trabaja con los equipos o materiales o herramientas que suministra el cliente, cumple instrucciones y está sujeto a control, o cuando hay un trabajador económicamente dependiente, esto es que es independiente para la prestación del servicio, pero sus ingresos dependen de un solo cliente (Conferencia Internacional del Trabajo, 95a. reunión 2005, 2006: 13).

A su vez, la relación de trabajo disfrazada o encubierta tiene que ver con que a la relación de trabajo se le da una apariencia distinta de la que asume con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley, o las obligaciones de seguridad social, o para evadir impuestos y también puede servir para ocultar la identidad del empleador. El encubrimiento más radical es hacer aparecer la relación de trabajo con una naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial cooperativa, familiar o de cualquier otra clase (Conferencia Internacional del Trabajo, 95a. reunión 2005, 2006: 14).

La doctrina laboral no ha sido extraña al fenómeno y desde hace décadas se viene refiriendo a las zonas grises o de frontera o ambiguas que se presentan en los contratos prestacionales donde se comercializa una relación de trabajo y/o, al revés, se laboralizan contratos mercantiles. La primera opción está relacionada con el fraude que hace un empresario para evitar que el trabajador quede protegido por la regulación del contrato de trabajo y, aprovechándose de que existen contratos mercantiles que permiten la prestación de servicios personales, los utiliza en reemplazo del contrato laboral. La segunda posibilidad es una consecuencia de que se entienda que la subordinación es el rasgo típico del contrato laboral, lo que lleva a que, en aquellas prestaciones personales de servicios en las que el contratante requiere un nivel de instrucción incluso más exigente que el del contrato de trabajo, se pretenda cambiar su esencia comercial para convertirlo en laboral cuando no lo es (Saturno Troccoli, 2009: 744).

En ese sentido se han buscado soluciones para resolver cuándo determinada prestación de un servicio personal se debe regir o no por un contrato de trabajo, adaptando las instituciones tradicionales del derecho del trabajo a las nuevas condiciones que plantea determinado modelo productivo, como se precisa a continuación.

V. RESPUESTAS PARA DETERMINAR LA LABORALIDAD DEL TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS

Las fuentes jurídicas laborales han avanzado hacia criterios adicionales a la subordinación para facilitar la determinación de la existencia de la relación laboral, en particular la teoría de la ajenidad que ha tenido un profuso desarrollo en los ordenamientos europeos, en especial el español.

El concepto de ajenidad o trabajo por cuenta ajena se explica por la naturaleza del contrato de trabajo, que es un negocio jurídico bilateral en el que el trabajador voluntariamente atribuye la utilidad patrimonial de su trabajo personal al empleador a cambio de recibir por ello una remuneración, lo que implica que como esa cesión es sobre el trabajo que va a realizar, el trabajador nunca es dueño de la utilidad patrimonial de su trabajo, siempre es ajeno o extraño a las resultas de este, por eso el derecho del trabajo ha acuñado el concepto de ajenidad (Montoya Melgar, 1997: 23). En la doctrina española el concepto de ajenidad tiene una relevancia especial, pues la potestad del empleador de dar órdenes no tiene otra justificación distinta a que los frutos del trabajo pertenecen a otro (Ermida Uriarte, 2002: 285).

La ajenidad presenta cuatro manifestaciones básicas: i) en la ordenación de los factores de producción, incluso en los recursos humanos, lo que da al empleador poder de mando y de exigir deber de obediencia (Carballo Mena, 2001: 84); ii) en la utilidad patrimonial del trabajo, lo que implica que los resultados del trabajo entran al patrimonio del empleador; iii) en los riesgos, que es una consecuencia económica para el empleador, de realizar una actividad en beneficio propio y bajo su dirección (Montoya Melgar, 1997: 25), y iv) en el mercado, por la imposibilidad del trabajador de ofrecer el trabajo directamente a los clientes porque estos pertenecen al empresario (Todolí Signes, 2016: 32).

Lo primero que cabe mencionar es que lo que viene sucediendo con la revolución digital y las nuevas formas de organización del trabajo no es un fenómeno extraño para el derecho del trabajo. La evolución de las economías y sus impactos en la forma de producir y de trabajar son una constante y, por ello, no se puede caer en el eufemismo de afirmar que cada que se presente una novedad en cuanto a procesos o desarrollos en las formas de producir bienes o prestar servicios, el derecho del trabajo ha quedado rezagado, omitiendo tener en cuenta que sus instituciones básicas tienen la particularidad de responder a todos esos cambios, a veces no tan rápido como se quiere, y por ello, lo que le corresponde al intérprete es identificar cómo se da esa respuesta.

Los parámetros básicos del modelo jurídico laboral persisten porque este se basa en un compromiso político de equilibrio de intereses, que se articula con un modelo democrático de relaciones laborales, donde se observan principios jurídicos propios de ese modelo, así como el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales individuales y colectivos y la libertad de empresa, lo cual le da fortaleza y capacidad para adaptarse a las realidades cambiantes (Cruz Villalón, 2017: 23-24).

Los nuevos métodos de organización del trabajo, que datan de comienzos del siglo XXI, evidencian una migración del concepto de trabajo como actividad a una concepción individualista del trabajo en la que se debilitan las características tradicionales de los elementos objetivos y subjetivos del contrato: en primer lugar, cuando se aplican las TIC a la producción se demandan niveles individuales de formación más amplios, extensos y continuos que los que se requerían cuando la producción era en masa, y la relevancia de la formación escasa: en segundo lugar, con el uso de las TIC el control de la actividad y del producto es física y materialmente menos directo, aunque, como se verá más adelante, eso es más aparente que real, con lo cual se debilita la relación de control haciendo innecesaria una dependencia tan aguda como la del contrato individual, lo que además desdibuja el concepto de alienidad del trabajo, porque hay una mayor participación del trabajador en el producto o servicio; en tercer lugar, con la adaptabilidad que generan las TIC cambian las reglas de homogeneidad de la actividad individual porque cada unidad de producción puede ser descentralizada en unidades individuales (Jáuregui Atondo, 2004: 63-64).

Entre los argumentos esgrimidos para defender que el trabajo a través de herramientas digitales, como las plataformas, es un trabajo independiente, y se considere que no existe ni subordinación ni ajenidad, se afirma que los trabajadores tienen libertad de horario, la capacidad de rechazar clientes o servicios, o la posibilidad de compatibilizar el trabajo con varias plataformas (Gorelli Hernández, 2019: 41).

Lo anterior implica que en estos negocios se abandona el control en la ejecución de la labor para evaluar solamente los resultados de la prestación, lo que tiene su razón de ser en que la subordinación es la característica principal del contrato de trabajo y, en consecuencia, al no contar con ella, a los trabajadores se les da el carácter de autónomos o microempresarios. Sin embargo, ello por sí solo no significa que no deban contar con la protección del derecho del trabajo, pues este se requiere por la desigualdad en el poder de negociación y la falta de autonomía de la voluntad del trabajador al aceptar las condiciones del trabajo, lo que se percibe con facilidad en las prestaciones

de servicios a través de las plataformas en las que los propietarios fijan las condiciones y los trabajadores las aceptan, pues de otra forma nunca podrían trabajar, unido a que no tienen un ingreso fijo, porque se trata de un trabajo por tareas, las cuales una vez cumplidas no permiten saber cuánto tiempo se debe esperar para realizar otra, de forma que por el afán de lograr ingresos para subsistir, la jornada no tiene límites ni descansos remunerados. Además, hay plataformas que permiten que al trabajador se le pague con bonos que solo pueden gastar en determinados sitios, otras, como la industria de los videojuegos, que pueden terminar incentivando el trabajo infantil porque quienes ingresan a esas plataformas son menores de edad y no hay ningún control al respecto, y algunas más que están trasladando a los trabajadores los costos de las ineficiencias del negocio, es decir, si hay errores empresariales los asume el trabajador y no generan un incentivo para mejorar la organización (Todolí Signes, 2016: 34-39).

VI. ASPECTOS PARA DETERMINAR LA LABORALIDAD DEL TRABAJO

Las respuestas para ayudar a determinar qué tipo de trabajo se ejecuta a través de medios digitales provienen de diferentes actores y perspectivas.

A. CRITERIOS VINCULADOS AL CONTRATO DE TRABAJO

En primer lugar, la Unión Europea adoptó la Agenda Europea para la Economía Colaborativa, en la que se señala que los derechos de los trabajadores solo se aplican a quienes son parte de una relación laboral, y que los Estados miembros de la UE son los que deciden quién es trabajador en su ordenamiento jurídico nacional; a su vez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución” (Comisión Europea, 2016: 13).

Dicha Agenda señala que la economía colaborativa genera nuevas oportunidades de empleo y de ingresos, y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades de trabajo flexible que pueden no ser tan regulares o estables como las relaciones de empleo tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos aplicables y el nivel de protección social. Además, que la frontera entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta

ajena es cada vez más difusa, y aunque la legislación laboral sea competencia nacional, ofrece unas orientaciones para distinguir entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena en el contexto de la economía colaborativa.

Para determinar si existe una relación de empleo se deben considerar en cada caso los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma, el prestador del servicio y las tareas en cuestión, revisando tres criterios esenciales:

i) *La existencia del vínculo de subordinación.* Para confirmar el vínculo se verifica si el prestador del servicio debe actuar bajo la dirección de la plataforma colaborativa y no es libre de elegir los servicios que prestará ni cómo los prestará porque, junto con la remuneración, son cuestiones que define la plataforma. Cuando la plataforma solo tramita el pago del usuario al prestador del servicio, eso no implica que aquella esté determinando el pago. Un punto a destacar es que prevén que la subordinación no depende del ejercicio efectivo de la gestión o supervisión continua.

ii) *La naturaleza del trabajo.* El prestador del servicio debe realizar una actividad de valor económico real y efectivo, lo que excluye actividades marginales y accesorias, y es un indicio de que no puede ser considerado trabajador, aunque la breve duración, las escasas horas de trabajo, la prestación discontinua o la baja productividad no puedan excluir por sí solas, la relación de empleo, pues esta resulta del análisis exhaustivo de los tres criterios.

iii) *La existencia de una remuneración.* Cuando el prestador no recibe remuneración o una compensación por los costos realizados para sus actividades, no se cumple el criterio (Comisión Europea, 2016: 14).

Esta alternativa puede no ser muy novedosa, porque lo que está haciendo la Agenda es aplicar los elementos de existencia del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y remuneración) a las condiciones de trabajo en las plataformas para determinar su presencia, pero no por eso pierde relevancia, pues es claro que debería ser lo primero que se haga cuando se requiere determinar el tipo de vínculo entre la plataforma y quien presta el servicio.

B. INDICIOS SEGÚN EL TIPO DE PLATAFORMA

Uno de los aspectos a tener en cuenta cuando se discute si el trabajo a través de las plataformas se rige o no por un contrato de trabajo, es si la plataforma realmente es un intermediario entre la oferta y la demanda de un servicio, o si efectivamente es una entidad que organiza el servicio, para lo cual se han creado unos indicios que facilitan esa identificación.

En ese sentido, para determinar si una plataforma es una intermediaria o una proveedora de servicios, la Agenda Europea para la Economía Colaborativa señala que se debe resolver caso por caso, pero explica que serán intermediarias aquellas que correspondan a una sociedad de la información, esto es, que prestan un servicio a distancia a cambio de una remuneración, a través de medios electrónicos y a demanda de un particular; en cambio será proveedora si la sociedad de la información también provee un servicio subyacente, es decir que no se limita a poner en contacto al proveedor del servicio o producto con el consumidor, sino que a la vez es proveedora material del servicio. Por ello, según la Agenda, para establecer el nivel de control que ejerce la plataforma sobre el prestador de dichos servicios se deben verificar los siguientes criterios, los cuales, en caso de cumplirse, constituyen un indicio de que la plataforma presta un servicio subyacente:

- i. *Precio*: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.
- ii. *Otras condiciones contractuales clave*: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)?
- iii. *Propiedad de activos clave*: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente? (Comisión Europea, 2016: 7).

Además de estos criterios, la Agenda indica que también sirven para identificar si es un trabajo subordinado o no, cuando la plataforma asume el coste y los riesgos derivados de la prestación del servicio, si hay relación laboral entre los proveedores de servicio y la plataforma, si la plataforma influye en la selección de los proveedores de servicios y si verifica directamente la calidad del servicio prestado (Páramo Montero, 2017).

No es indicativo de que preste un servicio subyacente si la plataforma solo asiste y da facilidades para el pago del servicio, realiza una cobertura de seguros, o tiene un servicio postventa, pues esos aspectos por sí solos no son suficientes para llegar a tal conclusión (Comisión Europea, 2016).

A su vez, al resolver una cuestión prejudicial en el caso de la Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea explicó que una plataforma que dice que se ocupa de intermediar un servicio de transporte, que se basa en la selección de conductores que no son profesionales para que presten el servicio en sus propios vehículos, cuyo precio máximo lo define la plataforma, que ejerce control sobre la calidad de los vehículos, sobre la idoneidad y comportamiento de los conductores, al punto de poderlos excluir de la plataforma, y que el servicio que prestan los conductores solo lo pueden hacer usando la aplicación, así como el usuario no puede acudir al servicio de esos conductores sino mediante la plataforma, no es un servicio de la sociedad de la información, sino que hace parte de uno global cuyo elemento principal es el transporte (Gorelli Hernández, 2019).

C. INDICIOS POR SUBORDINACIÓN

La doctrina ha señalado que, dado que los criterios de subordinación y ajenidad son característicos de la relación de trabajo, se pueden aplicar a la hora de determinar de qué tipo es el trabajo en las plataformas digitales. Estos dos criterios gozan de flexibilidad y capacidad para adaptarse a las nuevas situaciones productivas, sin embargo, por corresponder a conceptos abstractos, se ha acudido a la doctrina de los indicios¹ o indicadores que los hacen manifiestos (Gorelli Hernández, 2019).

1 Al respecto, A. TODOLÍ SIGNES (2017: 63-64), cita los siguientes indicios de laboralidad de los prestadores de servicios en las plataformas virtuales: “1. La plataforma provee de información, adiestramiento, guía, entrenamiento a los trabajadores respecto al servicio que prestan o sobre la utilización más productiva de la plataforma o sobre cómo mejorar sus ingresos en la plataforma. También, si la plataforma interviene en cómo los proveedores de servicios se ‘aconsejan’ entre ellos, puesto que esa intervención puede convertirse en una formación indirecta, la intervención de la plataforma podría asemejarse a la situación por la que unos trabajadores forman a otros bajo directrices de la empresa. 2. La plataforma dicta instrucciones (directas) o recomendaciones (indirectas) a los proveedores de servicios sobre cómo realizar la prestación del servicio. 3. La plataforma transmite información o datos al proveedor del servicio para mejorar su trabajo. 4. La plataforma elige o limita el precio que el prestador del servicio puede percibir. 5. La plataforma realiza funciones de inventario o logística en beneficio del proveedor de servicios. 6. La plataforma ofrece servicio de atención al cliente respecto a la prestación de servicios (ej. Uber ofrece de forma centralizada un servicio de objetos perdidos). 7. La plataforma recoge información sobre la prestación de servicios para mejorar el servicio prestado por otros prestadores de servicios (ej. Recoger información del tráfico de un conductor para informar al resto de conductores de la plataforma). 8. La plataforma establece controles

Respecto de la subordinación o dependencia se han establecido unos indicadores a partir de decisiones judiciales que, vale precisar, no han sido unívocas, pero que dan un margen de definición de lo que está sucediendo en la práctica. Por ejemplo, los jueces han identificado que en el caso de los repartidores a través de plataformas, ellos necesariamente deben descargar la aplicación desarrollada y gestionada por la empresa en un dispositivo electrónico que les asigna: la zona para desempeñar las funciones; los horarios que deben cumplir cada semana, así los horarios de trabajo sean propuestos por el trabajador, pues estos deben estar dentro de la franja previamente establecida por la plataforma; los tiempos de ejecución de la tarea; las normas de comportamiento; además, los tiene geolocalizados todo el tiempo, dentro del horario no pueden rechazar pedidos, y el rechazo de ofertas y falta de disponibilidad reiterados dan lugar a la extinción de la relación entre las partes. Es por ello que, aunque el trabajador tenga su bicicleta y su teléfono móvil, carece de organización empresarial para establecer su actividad, además de que la plataforma fija el precio del servicio y cobra a través de la aplicación, por lo cual, la justicia ha considerado que este es un caso en que el trabajador es subordinado (Gorelli Hernández, 2019: 47-55).

Al respecto las decisiones judiciales no están unificadas: quienes han estudiado el tema refieren a sentencias en varios países del mundo que han fallado en sentido similar y opuesto a lo que acá se menciona, y por eso es claro que no se puede afirmar de manera absoluta que siempre que haya trabajo a través de plataformas digitales se esté ante un contrato de trabajo subordinado ni lo contrario, pues es necesario identificar las condiciones de prestación del

de entrada en la plataforma (exigencia de requisitos mínimos o procesos de selección). 9. La plataforma desactiva a los prestadores de servicios por razones de rendimiento disciplinarias. 10. La plataforma establece posibilidades de evaluar al prestador de servicios. 11. La plataforma no permite que el prestador de servicios comparta su reputación online en otras plataformas. 12. La plataforma limita las posibilidades de los proveedores de servicio de elegir a sus clientes (ej. Amenazando con desactivar en caso de rechazo de clientes). 13. La plataforma entrega al proveedor de servicios algún elemento productivo necesario para realizar la labor (ej. móviles, aplicaciones para el móvil, etc.). 14. El pago del servicio se realiza a través de una plataforma de pago ofrecida por la empresa de economía colaborativa. 15. La plataforma exige exclusividad al prestador de servicios. 16. La plataforma provee de financiación para adquirir los elementos productivos necesarios o “recomendables” para prestar los servicios en la plataforma. 17. La plataforma provee de seguro o cualquier otro elemento que reduzca el riesgo al prestador de servicios. 18. La plataforma gestiona los impuestos en nombre del prestador de servicios”.

servicio y a partir de ellas, aplicando los conceptos de subordinación y ajenidad, determinar el ámbito de protección que le corresponde al trabajador.

En todo caso, hay que dar una apertura para entender la subordinación a la luz de la digitalización de la producción. Si la plataforma, creada por la empresa a través de unos algoritmos que sirven para asignar tareas, que es una función propia del empresario y es parte de la facultad de dirección a través de la automatización, organiza la actividad productiva para apropiarse del resultado del trabajo, se comprobará que existe subordinación, pero ya no será la tradicional subordinación jurídica sino que se habrá dado paso a una subordinación tecnológica o dependencia digital (Gorelli Hernández, 2019).

D. INDICIOS POR AJENIDAD

Respecto de la ajenidad y sus cuatro manifestaciones, y a partir de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales, la doctrina ha remitido a los siguientes criterios indicadores de la existencia del contrato de trabajo (González Ortega, 2017):

i. *Ajenidad en el control de la organización productiva*: si la empresa titular de la plataforma monopoliza la relación con los consumidores o clientes, es porque es titular de la gestión productiva, ese control se manifiesta en el sistema de trabajo, en la asignación de servicios, en la imposición de reglas obligatorias para el trabajador respecto a itinerarios, tiempo y forma de prestación del servicio, en la exigencia de las herramientas que deben utilizarse, en si el trabajador debe solicitar ser incluido en la plataforma como posible proveedor, en si se le hace proceso de selección y los procesos de exclusión son unilaterales, todo lo cual implica que el trabajador se inserta en una organización productiva que no es suya, no controla y no tiene capacidad de determinar y por ello, conduce a la dependencia.

ii. *Ajenidad en los beneficios y en los riesgos*: si la plataforma es la que recibe del cliente el pago de los servicios sin intervención del trabajador, si el precio es impuesto y no hay margen de negociación, además, si no participa en los beneficios de la empresa, salvo el pago de su retribución y no tiene posibilidad de obtener lucro, habrá una ajenidad en los beneficios. En cuanto a los riesgos, puede suceder que la plataforma imponga a los trabajadores determinados costos como reparación de herramientas, pagos de impuestos, seguros por accidentes de trabajo o aseguramiento por daños a terceros, lo cual es una consecuencia de

la desigualdad negocial y por sí solo no desvirtúa los otros indicios que permiten la calificación de laboral del trabajo.

iii. *Ajenidad en el mercado*: se debe tener en cuenta cómo se articula la relación entre trabajador, empresa y cliente donde si el trabajador se relaciona directamente con el mercado de bienes y servicios, porque la plataforma no se encarga de vender al consumidor el producto que incorpora el producto del trabajo, no puede hablarse de trabajador subordinado. Esto se evidenciará cuando la plataforma se oferta en el mercado como si ella realizara un servicio con unos trabajadores a los que les encarga la tarea, además centraliza las solicitudes de servicio, adopta decisiones estratégicas y comerciales, establece el tipo de servicio que va a ofrecer, en qué condiciones, instituye la publicidad, selecciona a los clientes y gestiona peticiones, fija los precios, gestiona pagos, asume garantías y responsabilidades por el servicio y suscribe pólizas para cubrirse responsabilidades.

De esas experiencias cabe adaptar los criterios de laboralidad que usualmente recogen los ordenamientos jurídicos, teniendo como objetivo identificar quién toma las decisiones y organiza la actividad productiva, quién se apropia del resultado del trabajo, quién dispone de los medios con los que se cumple el servicio y quién asigna las tareas, entre otros, y dependiendo de lo que resulte pues se sabrá si efectivamente la plataforma es un intermediario o realmente es un empleador.

VII. MEJORES CONDICIONES PARA EL TRABAJO A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS

La digitalización no imposibilita el trabajo decente ni que se garantice a todos los trabajadores una capacidad de negociar condiciones de trabajo. Así, a partir de los hallazgos del estudio “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo”, la OIT señala dieciocho criterios para conseguir un microtrabajo más justo, entre otros:

i. *Empleo*: para clasificar correctamente a los trabajadores no basta con que las plataformas digitales les exijan aceptar que son trabajadores independientes, pues algunas de ellas controlan cuándo y dónde trabajan, los sancionan cuando rechazan trabajo y les fijan precios y condiciones de calidad no negociables, por lo cual es necesario contar con sistemas más proactivos y robustos para auditar las prácticas laborales y hacer cumplir las leyes de clasificación del empleo.

ii. *Afiliación sindical y negociación colectiva*: la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva es una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT, estos derechos son universales y se aplican a todas las personas en todos los países, de forma independiente a su nivel de desarrollo económico.

iii. *Remuneración*: quienes son trabajadores independientes en las plataformas deberían recibir una remuneración de al menos 1,5 veces el salario mínimo vigente en el lugar de trabajo, este monto obedece a que ellos tienen mayores costes fijos, como la propiedad del equipo que usan, conexión a Internet, pago de impuestos, aranceles de inscripción como empresa, contribuciones a salud, jubilación y licencia por enfermedad, además deben invertir tiempo adicional para encontrar trabajos de forma continua. En el caso de trabajadores empleados las tarifas deben cumplir las reglamentaciones sobre salario mínimo en el lugar que esté el trabajador.

iv. *Términos contractuales*: las plataformas deberían brindar los términos de prestación de servicios en un formato de fácil lectura y mantener resúmenes actualizados de estas versiones. Dentro de los términos debería hacerse referencia a la descripción de la tarea, remuneración, plazo para revisar y pagar el trabajo y toda condición por la cual pueda darse falta de pago, si así se permitiese.

v. *Objeciones de los trabajadores*: los trabajadores deben tener la posibilidad de objetar el no pago del servicio, las evaluaciones negativas, los resultados de las pruebas de competencia, los cierres de cuenta y las acusaciones de infracción al Código de Conducta (OIT, 2019: 116-119).

Además, el informe señala que esos criterios se deberían complementar con políticas que mejoren la protección social de los trabajadores en las plataformas digitales, de forma que se les brinden mecanismos de seguridad social sin consideración al tipo de contrato; se simplifiquen los procedimientos o trámites para el pago de las contribuciones y la cobertura, lo cual debería comprender la inclusión en el sistema jubilatorio, la reducción de aportes al seguro de salud, facilitar el acceso electrónico al registro, y la consulta y pago de los aportes; regular la cobertura de los trabajadores con múltiples empleadores, así como reforzar los mecanismos de protección social financiados por impuestos para garantizar un nivel básico de protección para todos (piso social), como podría ser la jubilación financiada por impuestos, o prestaciones universales para la niñez, o incluso un ingreso básico universal (OIT, 2019: 120-121).

Del estudio de la OIT es posible concluir que el trabajo humano debe contar con garantías y protecciones de los Estados y de quienes se benefician de sus servicios, por lo cual, independientemente del tipo de vínculo, las políticas públicas y las legislaciones deben avanzar hacia el establecimiento de un nivel mínimo de protección para todos, el cual podría incluir una renta básica universal consistente en asignar a todas las personas, con independencia de género o edad, estado civil, convivencia del hogar, ingresos o propiedad de otros miembros del hogar o de la familia, un ingreso para tener un nivel de vida digno, por encima de la línea de pobreza².

Esta renta básica tiene la ventaja de que se aplica de manera sencilla, sin condicionamientos y sin necesidad de tener personas o entidades encargadas de verificar requisitos para concederla, lo que además simplifica el proceso de pago porque basta con que la persona sea mayor de cierta edad (habría que determinarla) para tener derecho a ella, evita que quien tiene algún subsidio estatal lo pierda por recibir la renta básica, impide la estigmatización de las personas en condiciones de pobreza, mejora las condiciones de empleo porque gracias a esa renta un trabajador no se ve abocado a aceptar trabajos precarios o en circunstancias de explotación, cambia el nivel de dependencia de las personas dedicadas al hogar frente a quien le provee de recursos económicos, da oportunidades para emprender proyectos propios y, en general, mejora la calidad de vida de la personas³.

CONSIDERACIONES FINALES

El mito de la desaparición del trabajo y de la clase obrera no es de esta época ni de ayer, lo que ocurre es que los conceptos “empleo” y trabajo formalmente asalariado se convirtieron en una noción reductora, resbaladiza o multiforme, y a la vez en impedimentos para entender cabalmente el trabajo que, por cierto, es cada vez más imperceptible (Castillo, 1997: 418-407-408) porque asume unas características que difieren del trabajo concebido tradicionalmente para desarrollarse en una empresa, en un sitio determinado, de manera estable, con una jornada única y una retribución justa.

Esos cambios son una consecuencia de los ajustes económicos que se exigieron a los países para superar la crisis de los años setenta del siglo pasado, y

2 Cfr. [<https://www.rentabasicauiversal.es/>].

3 Ídem.

se caracterizaron por flexibilizar los costos laborales para favorecer la competitividad y la sustitución del trabajo por capital a través de la tecnología, lo que tuvo incidencia en los niveles de empleo, que nunca volvieron a recuperarse a los niveles anteriores a la crisis. Derivadas de ese período surgieron las Nuevas Formas de Organización del Trabajo que se caracterizan por centrarse en empresas de pequeño y mediano tamaño, por la subcontratación de procesos y actividades de las empresas, por jornadas de trabajo de medio tiempo o tiempo parcial, por la fijación de salarios en función de la productividad, y por la individualización de las relaciones laborales debido a las dificultades que enfrentaron los sindicatos para poder agrupar a esos nuevos trabajadores con el fin de defenderlos, pues ahora ni siquiera es posible identificar quiénes son o dónde están.

En general, la doctrina coincide en que la organización del trabajo se alejó del modelo imperante de trabajo fijo con jornada determinada, en un lugar físico en particular, debido a que: i) aumentaron las formas de trabajo no convencionales; ii) existe una fuerte tendencia de las empresas a la externalización, y iii) aparecieron las plataformas digitales para intermediar de manera eficiente la oferta y demanda del talento humano para cualquier tipo de trabajo (Ouishare, 2017: 5).

La descentralización productiva es el abrebocas de lo que se vive en la Revolución Digital, pues permite externalizar el trabajo de forma que el patrón básico de una relación bilateral entre empleador y trabajador cambie y pase a ser una relación triangular en la que intervienen un contratante, un contratista y un trabajador, donde este último ya no siempre tendrá un contrato de trabajo, porque lo que hace no necesariamente coincide con un trabajo subordinado, en la medida en que pueden ser actividades de una temporalidad limitada o intermitente, que se ejecutan con unos recursos propios y, por ello, se realizan bajo contrataciones atípicas y por fuera del marco del derecho del trabajo.

Sin embargo, el derecho del trabajo realmente no está ante un cambio de paradigma que obligue a romper con el pasado; la funcionalidad de la norma laboral ante la Revolución Digital no es diferente a la experiencia evidenciada en los cambios tecnológicos precedentes, aunque no se pueden desconocer los desafíos que surgen de la complejidad de aplicar las normas laborales a procesos productivos virtuales, a sabiendas de que el marco conceptual e institucional de este derecho no puede actuar como un freno, pero sí debe servir para intervenir en su implementación y en la gestión para corregir las distorsiones económicas y sociales que son naturales a la autonomía contractual y a un equilibrio necesario en los intereses entre los involucrados en el proceso

productivo, lo que de seguro va a requerir algunas regulaciones específicas frente a tuteladas interpuestas a los sistemas de salud y seguridad en el trabajo, pero eso no significa que haya imposibles aplicativos, pues basta con realizar una interpretación finalista de la norma para lograrlo (Cruz Villalón, 2017: 26-29).

La disrupción tecnológica o evolución tecnológica, como se quiera denominar, por novedosa que sea no debe servir para distraer la realidad en cuanto a que no existe precisión para definir el tipo de vínculo entre quien presta el servicio y quien explota la actividad productiva a través de la plataforma o cualquier otra tecnología digital. Si bien ello ha favorecido que durante estos cortos años que lleva el proceso no se apliquen las garantías del derecho del trabajo a muchos trabajadores por considerar que, por la forma en que se desarrollan los servicios, no hay un contrato de trabajo, ello no es una constante y las decisiones judiciales hablan por sí solas.

En el caso de las plataformas, y en un futuro en el de otras NFOT, tanto la subordinación como la ajenidad tendrán que ser reinterpretadas para que no se conviertan en conceptos anacrónicos y distantes de la realidad, es decir, corresponde identificar las manifestaciones de ambos conceptos en cada proceso productivo, que no siempre serán las mismas, ni tendrán igual claridad ni relevancia, pero al ser confrontadas en conjunto, permitirán en cada caso concreto definir el tipo de vínculo que subyace a la prestación personal de un servicio.

Como lo ha hecho ver la OIT, en cualquier proceso productivo el cambio en las condiciones del trabajo no puede generar precariedad, porque los marcos regulatorios no caen en desuso cada vez que surgen NFOT, sino que, por el contrario, se revitalizan porque se reinterpretan para abarcar nuevas circunstancias que brindan un cúmulo de elementos para determinar el tipo de relación de fondo y el tipo de garantías que corresponden.

Por último, las reflexiones en cuanto a la ampliación del ámbito subjetivo del trabajo son más que pertinentes y seguramente contribuirán a controlar las tendencias a la descentralización y subcontratación excesivas, o las formas de vinculación que disfrazan al contrato y otras posibilidades que se puedan inventar para ahorrar costos y asumir menores responsabilidades laborales.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTUNES, R. *¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y la centralidad del mundo del tabajo*, São Paulo, Cortez Editora, 2001.
- BIALAKOWSK, P. “Repensar la sociología del trabajo desde el Sur Global, nuevos y viejos desafíos para comprender los procesos sociales de trabajo en el capitalismo globalizado”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2015.
- BIDAURRATZAGA, E. “Consenso de Washington”, s.f., disponible en Consenso de Washington [<http://omal.info/spip.php?article4820>].
- BLANCO, R. F. “La industria 4.0: el estado de la cuestión”, *Economía Industrial*, n.º 406, 2017, 151-164.
- CAMACHO, I. F. *Ética y responsabilidad empresarial*, Bilbao, Desclee de Brouwer S.A., 2013.
- CARBALLO MENA, C. “El objeto del derecho del trabajo”, en AA.VV. *Las fronteras del derecho del trabajo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- CARNOY, M. *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- CARRASCO SALAZAR, C. “Sistema de contratación por medios electrónicos y el perfeccionamiento contractual”, *Vox Juris* (29) 1, 2015, 85-102.
- CASTILLO, J. J. “En busca del trabajo perdido (y de una sociología capaz de encontrarlo)”, *Estudios Sociológicos*, vol. XV, n.º 44, 1997, 405-435.
- COMISIÓN EUROPEA. “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa, Bruselas, Comisión Europea, 2016.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 95.ª Reunión, 2005, *La relación de trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006.
- CORBO, V. “Otra mirada a la cuarta revolución industrial y al futuro del trabajo”, *El Mercurio*, 25 de septiembre de 2019, disponible en [<https://focoeconomico.org/2019/09/25/otra-mirada-a-la-cuarta-revolucion-industrial-y-al-futuro-del-trabajo/>].

- CORREDOR MARTÍNEZ, C. “El problema del desarrollo”, en AA.VV. *La falacia neoliberal, crítica y alternativas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, n.º 138, 2017, 13-47.
- DEFINICIÓN ABC. 2 de diciembre de 2019, disponible en [<https://www.definicionabc.com/tecnologia/digitalizacion.php>].
- DEL REY GUANTER, S. “Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos”, *Iuslabor* 2, 2017.
- DOMBIOS, R. “Erosiones de las relaciones laborales y nuevas formas de trabajo remunerado”, *Nueva Sociedad*, n.º 158, noviembre-diciembre de 1998.
- ERMIDA URIARTE, O. “Crítica de la subordinación”, *Ius et Veritas*, 13(25), 2002, 281-295.
- FRÖBEL, F. H. “La nueva división internacional del trabajo”, *Comercio Exterior*, vol. 28, n.º 7, 1978.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, n.º 138, 2017, 85-123.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (*crowdsourcing offline*)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 86, 2019, 39-62.
- HARVEY, D. *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*, Quito, Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador (IAEN), 2014.
- HEBRERO, C. et al. “Cómo las máquinas cambiarán las organizaciones y el mundo del trabajo”, *Capital Humano*, n.º 324, 2017, 29-31.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. *La tercerización*, Guayaquil, Poligráfica, 2006.
- ISPIZUA DORNA, E. “Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, n.º 40, 2019, 22-37.
- JÁUREGUI ATONDO, R. M. *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2004.

- KAHALE CARRILLO, D. T. *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.
- MARAÑÓN PIMENTEL, B. D. *Tramas tecnológicas, relaciones laborales y responsabilidad social en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, 2010.
- MERCADER UGUINA, J. R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MIGUÉLEZ, F. “Revolución digital y futuro del empleo”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 5, 2018, 147-161, disponible en [<https://doi.org/10.5565/rev/aiet.70>].
- MILLÁN VALENZUELA, H. “La democracia secuestrada. Actores sociales y representatividad en México”, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 20, n.º 40, 2012, 175.
- MONTOYA MELGAR., A. *Derecho y trabajo*, Madrid, Civitas, 1997.
- OECD. *The future of work, OECD Employment Outlook*, París, OECD, 2019.
- OIT. *El empleo atípico en el mundo, retos y perspectivas*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2016.
- OIT. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra, OIT, 2019.
- OIT. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*, 2019, disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_670569.pdf].
- OJEDA AVILÉS, A. *La deconstrucción del derecho del trabajo*, Madrid, La Ley, 2010.
- OUISHARE. *El mercado laboral digital a debate, plataformas, trabajadores, derechos y workertech*, Madrid, Cotec, 2017.
- PÁRAMO MONTERO, P. “Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 128, 2017, 183-207.
- PERDIGUERO, T. *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Barcelona, Anagrama, 2003.

- POPULATION, U. “Total Population by Sex”, 2019, disponible en [<https://population.un.org/wpp/DataQuery/>].
- RESTREPO BOTERO, D. “De la falacia neoliberal a la nueva política”, en AA.VV. *La falacia neoliberal, críticas y alternativas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- ROTMAN, D. “De cómo la tecnología está destruyendo el empleo”, MIT, *Technology Review*, 2013, disponible en [<https://www.technologyreview.es/s/3615/de-como-la-tecnologia-esta-destruyendo-el-empleo>].
- SATURNO TROCCOLI, G. “La Recomendación 198 de la OIT: las zonas grises o de frontera”, *Revista Derecho del Trabajo*, n.º 9, 2009, 739-773.
- STANDING, G. *Desempleo y flexibilidad del mercado laboral en el Reino Unido*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
- STANDING, G. “Ajuste estructural y políticas laborales, ¿hacia el ajuste social?”, *Estudios del Trabajo*, n.º 3, 1992.
- TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- TODOLÍ SIGNES, A. “La regulación especial del trabajo en la Gig economy”, *Redes.com*, n.º 15, 2017, 69-97.
- VALDALISO, J. et al. *Historia económica de la empresa*, Barcelona, Crítica, 2000.
- VERCELLONE, C. et al. “Nueva división internacional del trabajo, capitalismo cognitivo y desarrollo en América Latina”, *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n.º 133, 2016, 41.
- [<https://www.rentabasicauiversal.es/>].

La tercera edición de la colección “Así habla el Externado” examina el impacto que las tecnologías disruptivas y la transformación digital están teniendo sobre el conjunto de la sociedad, bajo una lente humanista e interdisciplinar, propia de nuestra institución. La Cuarta Revolución Industrial (4RI), que ha permeado todos los campos de la actividad humana y la sociedad, ofrece la inmensa oportunidad de reducir las brechas de conocimiento e ingreso económico y generar progreso social y democrático, pero puede también tener el efecto contrario. El lector y la lectora encontrarán en estos cuatro tomos reflexiones valiosas, en sus 74 escritos, para comprender en todo su alcance estas innovaciones y poder contribuir así a la construcción de realidades cada vez más incluyentes y participativas.

* * * * *

Este tomo III, titulado “Derecho, innovación y tecnología: fundamentos para una *Lex Informática*”, tiene por objeto responder la siguiente pregunta: ¿de qué manera las nuevas tecnologías y la economía colaborativa están transformando el derecho, sus principios e instituciones? Para ello, el presente volumen estudia en detalle las promesas, retos y problemas jurídicos suscitados por la aplicación de la inteligencia artificial, el *Big Data*, el *Blockchain* y el *IoT* en distintos ámbitos del derecho público y privado. Los diferentes capítulos presentan debates en torno a la forma en que dichas tecnologías vienen afectando profundamente al mundo del derecho, con el fin de construir un marco conceptual que no solo sirva de base para sostener una discusión académica sólidamente fundamentada sobre estos temas, sino también para despejar las dudas jurídicas que pueden existir con el fin de facilitar y acelerar el desarrollo e implementación práctica de estas tecnologías, así como de contribuir a orientar la agenda académica sobre estos asuntos en América Latina.

