



El Derecho del Trabajo y la Economía Colaborativa

The Labor Law and the Sharing Economy

Luis Lizama Portal*
Diego Lizama Castro**

Resumen:

En el presente artículo, los autores desarrollan la problemática de si hay o no relación de subordinación o dependencia y, por ende, laboral en la economía colaborativa. Para este propósito, analizan diversos conceptos del derecho del trabajo y de la economía colaborativa para, finalmente, aplicar el *test* que estiman más conveniente para dilucidar si efectivamente hay contrato de trabajo en dichos mercados. La importancia del ensayo es evidente, toda vez que, tanto a nivel comparado como nacional, se está discutiendo si dentro de este nuevo fenómeno económico se produce una relación de trabajo.

Abstract:

In this article the authors develop the issue about if it is generated a right of control between employer and employee and thereby an employment relationship on Sharing Economy. For this purpose, the authors analyze diverse concepts from Labor Law and Sharing Economy, to finally apply the test that they consider to be appropriate to assess the existence of an employment relationship on these markets. The importance of the article is clear, since both nationally and internationally is currently being discussed if in this economic phenomenon an employment relationship is generated.

Palabras clave:

Derecho del trabajo – Economía colaborativa – Plataformas virtuales de activos – Plataformas virtuales de servicios – Subordinación – Dependencia – Test de laboralidad.

Keywords:

Labor law – Sharing economy – Digital platforms of assets – Digital platforms of services – Subordination – Dependence – Right to control test.

Sumario:

1. Introducción – 2. La economía colaborativa – 3. El Derecho del Trabajo – 4. La economía colaborativa y el Derecho del Trabajo – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile. Contacto: llizama@derecho.uchile.cl.

** Abogado por la Universidad de Chile. Contacto: diego.lizama@lizamaycia.cl.

1. Introducción

El presente ensayo tiene por objeto dilucidar si, efectivamente, existe subordinación y dependencia y, por ende, contrato de trabajo, en el marco de la denominada economía colaborativa.

Para ello, se seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, se analizarán diversos conceptos previos necesarios para la comprensión del presente ensayo, a saber, economía colaborativa, subordinación o dependencia, y las potestades del empleador en la relación laboral. En segundo término, se diferenciarán dos versiones de plataformas virtuales para concluir que solamente hay problemas de índole laboral en aquellas que denominaremos “de servicios”. Finalmente, se aplicará el *right to control test* para dilucidar si en las plataformas virtuales de servicios hay o no contrato de trabajo entre la aplicación y el prestador del servicio.

Lo anterior tiene especial relevancia por cuanto se instaló en la dogmática jurídica laboral la idea de que los usuarios que prestan servicios a través de distintas aplicaciones móviles tales como Uber, Cabify, Cornershop, Rappi, Glovo, Pedidos Ya o Uber Eats, podían ser considerados trabajadores de la respectiva plataforma virtual, haciéndoles aplicables, en consecuencia, la regulación laboral.

2. La economía colaborativa

2.1 El concepto

El término “economía colaborativa” proviene de la expresión inglesa *Sharing Economy* divulgada separadamente por Lisa Gansky¹, Rachel Botsman y Roo Rogers² durante el año 2010. En un principio, la terminología de este nuevo modelo económico se refería a negocios que aprovechaban bienes infrautilizados de los particulares con fines no lucrativos. Sin embargo, con el devenir del tiempo, se comenzaron a integrar plataformas virtuales cuyo fin es el lucro, tales como Uber, Cornershop y Airbnb³.

Producto de lo anterior, la delimitación de lo que queda comprendido en la noción de “economía colaborativa” ha sido sumamente complejo. Ello porque el término intenta abarcar plataformas virtuales que son disímiles entre sí, en cuanto al modelo de negocio, las condiciones de uso del servicio ofrecido y los bienes infrautilizados.

Sin perjuicio de sus diferencias específicas, estas nuevas aplicaciones virtuales comparten los siguientes elementos: la utilización de una plataforma digital común que es esencial para el modelo de negocio y el uso de la Internet como mecanismo de intercambio de bienes y servicios. Sin alguno de estos dos componentes, estas aplicaciones degenerarían en algo totalmente distinto y ajeno a la “economía colaborativa”.

Teniendo en consideración ambos elementos constitutivos de la noción de “economía colaborativa”, es posible encontrar variadas definiciones en el ámbito comparado. Así, la Comisión Nacional de los Mercados y Competencias de España la define como aquel fenómeno: “que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de Internet”⁴. Alex Stephany define la “economía colaborativa” como el modelo en el cual existe: “[e]l valor de tomar activos infrautilizados y hacerlos accesibles en línea a toda la comunidad, teniendo como objeto reducir la necesidad de tener la propiedad sobre dichos activos”⁵. Y, por último, Arun Sundararajan la ha definido como un modelo: (i) con un gran número de usuarios; (ii) con gran impacto en el capital; (iii) y que se encuentra enfocado en el individuo⁶.

Las definiciones citadas nos parecen que incurren en el mismo error, el cual es caracterizar un modelo de negocio flexible exigiendo la concurrencia de muchos elementos constitutivos. Ello tiene la complejidad de que una (o más) de las nuevas plataformas virtuales queden fuera del concepto generándose una definición restringida para un modelo sumamente flexible. Por lo mismo, preferimos una definición laxa que comprenda las dos características enunciadas con anterioridad. Así, y para efectos del presente ensayo, se optará por el siguiente concepto: “[l]a economía colaborativa se fundamenta en crear espacios de

1 Lisa Gansky, *The Mesh. Why the Future of Business is Sharing* (Nueva York: Portfolio Penguin, 2010).

2 Rachel Botsman y Roo Rogers, *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption* (Londres: HarperCollins Publishers, 2010).

3 Juan José Plaza, David Patiño y Rosario Gómez-Álvarez, “Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataforma y liberalismo económico”, en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (Pamplona: Thomson Reuters, 2018), 40.

4 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Resultados Preliminares: Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, acceso el 11 de junio de 2019, <https://www.airbnbaction.com/wp-content/uploads/2016/03/0-2.pdf>.

5 Alex Stephany, *The Business of Sharing: Making it in the New Sharing Economy* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2015), 9.

6 Arun Sundararajan, *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism* (Londres: The MIT Press, 2016).

*encuentro, normalmente digitales, donde gente con intereses comunes o necesidades complementarias realizan intercambio de valor o colabora para un objetivo común*⁷.

2.2 La presencia de la economía colaborativa en el mercado

La economía colaborativa, en cuanto nuevo modelo productivo, se encuentra principalmente presente, aunque no exclusivamente, en los mercados de transporte de personas, de alojamiento, de financiamiento, y de distribución de alimentos.

En el mercado de transporte de personas, las aplicaciones Uber, Cabify y Lyft permiten conectar a una persona que necesita un viaje a algún lugar específico -mediante el sistema de posicionamiento del teléfono móvil- con otra persona que se encuentra dispuesta a trasladarlo a cambio de un determinado precio. La plataforma virtual obtendrá ganancias de la comisión que se le carga al transportista por el uso de la aplicación.

En el mercado del alojamiento, existen distintas alternativas tales como Couchsurfing, Airbnb y OneFineStay, las cuales permiten conectar a un usuario que necesita un hospedaje con otra persona que se encuentra disponible para dárselo. Lo anterior es, sin perjuicio, de las diferencias existentes entre estas aplicaciones, puesto que, en contraste con Airbnb y OneFineStay, al menos a esta fecha, Couchsurfing no exige una retribución económica por su uso, sino que les pide a los huéspedes beneficiados un compromiso de dar alojamiento a otro usuario en el futuro.

En el mercado de la distribución de alimentos se encuentran Uber Eats, Deliveroo y Rappi que permiten conectar a un usuario con un repartidor que le entregará el producto alimenticio que haya solicitado a través de la aplicación. En particular, la plataforma funciona como un intermediario entre el local que hace el producto, el usuario que lo requiere y el repartidor que se encuentra dispuesto a transportarlo. Dentro de este mercado también se encuentra la aplicación Cornershop que permite a los usuarios realizar sus compras de supermercado por medio de un *shopper* que se encuentra dispuesto a realizar dicha compra a cambio del pago de una comisión.

Por último, la economía colaborativa también se encuentra presente en el mercado de financiamiento, por ejemplo, con las aplicaciones Kickstarter⁸ y AngelList⁹. Estas permiten conectar proyectos de diversa índole con usuarios que se encuentran dispuestos a financiar estos últimos.

Preliminarmente, analizado el concepto de economía colaborativa, ahora corresponde revisar qué ha entendido la doctrina por subordinación o dependencia dentro del ordenamiento jurídico laboral y cómo se manifiestan las obligaciones y/o deberes dentro de una relación de trabajo.

3. El Derecho del Trabajo

3.1 La subordinación y dependencia como criterio para distinguir relaciones laborales

Desde temprano, ha existido discusión en la dogmática jurídica respecto de los márgenes y límites del derecho del trabajo, surgiendo controversia sobre los elementos que permiten distinguir una relación de prestación de servicios personales como propia del dominio civil o bien del ámbito laboral.

Al comienzo, la doctrina civilista sostuvo que el contrato de trabajo era parte del derecho privado y que debía asimilarse al contrato de arrendamiento de servicios. Este contrato tenía dos versiones: *locatio operis* (contrato de obra) o *locatio operarum* (contrato de trabajo)¹⁰. Según los privatistas el contrato de trabajo sólo se daba en el caso de *locatio operarum*, esto es, cuando el arrendatario (empleador) disponía de los servicios (fuerza de trabajo) del arrendador (trabajador)¹¹⁻¹².

7 Juan José Plaza, David Patiño y Rosario Gómez-Álvarez, "Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataforma y liberalismo económico", 44.

8 Kickstarter es una plataforma que permiten conectar a personas que desarrollan negocios con personas que tienen dinero para financiarlos. Los financistas solamente tienen a cambio de su donación regalos que ofrecen los proyectos por metas obtenidas o donaciones cuantiosas.
[En línea: <<https://www.kickstarter.com/about?ref=global-footer>>] [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

9 AngelList permite conectar a financistas con proyectos que se ofrecen en su página. El sistema funciona igual que el capital de riesgo permitiendo que los financistas respalden empresas en sus fases iniciales a cambio de una participación en la sociedad.
[En línea: <<https://angel.co/?ref=nav>>] [Última fecha de consulta: 16 de febrero de 2018].

10 José Luis Ugarte, *El nuevo Derecho del Trabajo*. (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004), 33.

11 Daniel Rivas, *La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo*. (Uruguay: Editorial FCU, 2001), 20.

12 Manuel Palomeque y Manuel Álvarez, *Derecho del Trabajo*. (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998), 622.

Esta solución doctrinaria no pudo prosperar por dos razones.

Por una parte, desde un punto de vista dogmático, hay un obstáculo imposible de superar: el arrendatario (empleador) no puede gozar de la cosa -objeto del contrato- porque la fuerza de trabajo es un elemento que no es posible desprender de la figura del trabajador y, por ende, no puede configurarse arrendamiento alguno. Ello, a diferencia del contrato de arrendamiento, donde el arrendador se desprende del goce de la cosa para dársela al arrendatario.

Por otra parte, la doctrina civilista partía del supuesto de que existía una igualdad formal entre los contratantes, cuestión que fue demostrada como equívoca por el derecho laboral¹³. Así lo hace ver Macchiavello quien argumentó que: “[s]e estaba ante una vinculación jurídica entre dos partes (refiriéndose al contrato de trabajo), que, aunque teóricamente en un mismo plano jurídico como sujetos de derecho y ciudadanos, en la realidad, en su trato entre ellas, mostraba que una de ellas estaba siempre en una condición de inferioridad para contratar”¹⁴.

Lo anterior condujo a que el jurista italiano Barassi propusiera diferenciar la relación de prestación de servicios por medio del factor de la dependencia o subordinación¹⁵.

Siguiendo lo propuesto por Barassi, la dogmática laboral ha fijado como criterio básico para identificar cuándo existe (o no) una relación laboral: la concurrencia (o no) de la dependencia o subordinación en la prestación de servicios personales.

Sin perjuicio de la solución adoptada por la dogmática laboral, aún persiste la dificultad para fijar el concepto de subordinación o dependencia, existiendo múltiples definiciones elaboradas por la doctrina. Con todo, es posible destacar dos versiones del concepto: una económica y otra jurídica.

La versión económica señala que existirá subordinación o dependencia, en la medida que los sujetos que prestan servicios asalariados se encuentren en una condición de sujeción o indefensión económica respecto del dueño del capital. Esta noción de dependencia tiene como principal problema que requiere una gran actividad de los tribunales de justicia para determinar si efectivamente hay o no vínculo laboral. Ello es así porque los tribunales deberán examinar la información financiera y contable de una empresa e indagar acerca del mercado en que presta sus servicios el trabajador para efectos de dilucidar si se produce efectivamente un vínculo de subordinación o dependencia¹⁶. En otras palabras, para determinar si una determinada relación debe ser protegida por el derecho del trabajo, habrá que atender a la específica posición del trabajador en la misma.

Por lo anterior, la versión económica de subordinación ha sido superada por la noción de dependencia jurídica la que, según Ugarte, tiene dos vertientes. Por una parte, aquellos que sostienen que la dependencia jurídica se relaciona con un tema de índole factual, esto es, que la subordinación tiene que ver con las órdenes e instrucciones que imparte el empleador al trabajador y el control directo e inmediato que realiza este último respecto del primero¹⁷. Y, por la otra, aquellos que estiman que la subordinación jurídica debe ser de índole funcional, esto es, aquella que atiende a los rasgos productivos de la relación entre las partes para determinar si hay o contrato de trabajo¹⁸.

Teniendo en consideración que la dependencia jurídica, en su versión factual, fue un modelo adecuado para las formas de producción del modelo *clásico* de trabajo¹⁹, para efecto de este ensayo, utilizaremos la noción de subordinación jurídica en su vertiente funcional por cuanto nos parece que la dependencia o subordinación no solo se traduce en órdenes e instrucciones del empleador al trabajador, sino que también en la posición del trabajador en el proceso productivo de la empresa.

En efecto, es evidente que los modos de producción han variado a lo largo del tiempo por múltiples razones (avances tecnológicos, cambio de estilos de vida, nuevo orden económico internacional, apertura de los mercados internacionales, entre otras) lo que justifica tener en cuenta más indicios de laboralidad que los formulados por la doctrina clásica. En conformidad a lo anterior, es menester que la subordinación jurídica

13 Ugarte, *El nuevo Derecho del Trabajo*, 34 - 35.

14 Guido Macchiavello, *Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*. Tomo I. (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 1986), 88.

15 Ludovico Barassi, *Il Diritto del Lavoro*. (Milán: Dott. A. Giuffrè, 1949).

16 Ugarte, *El nuevo Derecho del Trabajo*, 43 - 45.

17 Ugarte, *El nuevo Derecho del Trabajo*, 52 - 54.

18 Ugarte, *El nuevo Derecho del Trabajo*, 54 - 55.

19 Este modelo clásico de producción ha sido conocido como “Taylor-fordista”.

sea entendida como aquella en que el trabajador se ve envuelto en un proceso productivo donde es incuestionable su dependencia al empleador²⁰.

Esta noción de dependencia jurídica postula que la única manera de dilucidar si nos encontramos frente a un contrato de trabajo, será atender a determinados rasgos de cooperación mutua entre las partes. Así las cosas, la subordinación será dilucidada a través de indicios que permitirán establecer si efectivamente existe un control del proceso productivo por parte del empleador al trabajador.

El mecanismo que se ha desarrollado en la tradición del *common law* para determinar si hay o no una relación laboral es a partir de un sistema de indicios conocido como *right to control test*.

El *right to control test* puede ser definido como aquel método jurídico que permite concluir que existe contrato de trabajo si hay control del proceso de producción por parte del empleador. De esta manera, a mayor control, es más probable que se produzca una relación de trabajo y, a *contrario sensu*, a menor control, hay más posibilidades de que se esté en presencia de un trabajador independiente²¹.

En particular, este análisis se concentra en un conjunto de criterios que son, a modo de ejemplo, los siguientes: jornada de trabajo (si la persona se encuentra sujeto a una jornada laboral existirá mayores posibilidad que dicha persona se encuentra en una relación laboral); habilidades necesarias para el cargo (el trabajo menos calificado requiere mayor control y es más probable que sea laboral la relación); fuente de las herramientas (el otorgamiento de los elementos de trabajo por parte del contratante es un indicio de laboralidad); lugar de trabajo (la prestación de servicios en el domicilio del contratante es una pista de trabajo subordinado); duración del contrato (el plazo indefinido es un indicio de laboralidad); alcance de la discreción del contratado (la decisión de cómo y cuándo trabajar en manos del contratante es una pista de trabajo subordinado); el método de pago (el pago por hora es un signo de laboralidad); el reporte (la obligación de presentar informes del trabajo realizado es una pista de subordinación); la exclusividad de los servicios (prestar servicios a más de un cliente a la vez es un indicio de trabajo independiente), y el término del contrato (el despido libre para el contratante y la renuncia para el contratado son indicios de contrato laboral)²². Ello, sin perjuicio, de otros indicios que pudieren servir para el análisis concreto.

En conclusión, y a modo de resumen de lo señalado, de cumplirse todos o muchos de los indicios señalados es altamente probable que se trate de una relación subordinada y, por ende, laboral. En cambio, si no concurre ningún indicio o sólo alguno de ellos no habrá contrato de trabajo, o bien, la probabilidad que un juez la establezca será baja.

3.2 Los derechos y obligaciones del contrato de trabajo

Como ya se adelantó, el ámbito de aplicación del derecho del trabajo se reconduce a la protección de relaciones de subordinación. Esta dependencia jurídica hace nacer el contrato de trabajo. Esto es, aquella convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente. Este último a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Las principales obligaciones que se derivan para las partes son las siguientes: prestar servicios personales y pagar una remuneración por tales servicios. Sin embargo, trabajador y empleador deben cumplir otros derechos y obligaciones que surgen con el contrato de trabajo, cuyo origen debe encontrarse en las especiales características de la relación laboral.

La circunstancia que las partes no se encuentren en un plano de igualdad formal -como en la generalidad de los contratos del derecho común- sino que el trabajador se encuentra sujeta a un vínculo de dependencia y subordinación respecto del empleador explica que del contrato de trabajo surjan derechos y obligaciones, y también otra clase de derechos subjetivos conocidos bajo el nombre de potestad y su correlativo llamado sujeción²³.

Un derecho subjetivo es una potestad cuando su titular A tiene el poder y puede producir efectos jurídicos que obligan a B mediante el acto X. En otras palabras, esto se produce si B está sujeto frente a A; esto es, si la situación jurídica de B se ve afectada por el acto X de A.

20 Ugarte, *El nuevo Derecho del Trabajo*, 57.

21 Myra Barron, "Who's an Independent Contractor? Who's an Employee?" en *The Labor Lawyer* Vol. 14, No 3 (1999): 458.

22 Luis Lizama y Diego Lizama, *Manual de Derecho Individual del Trabajo*. (Santiago de Chile: DER Ediciones, 2019), 12-13.

23 Al respecto, ver Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, (México: Distribuciones Fontamara, 1992).

Si aplicamos este modelo al contrato de trabajo, descubriremos que cuando el empleador modifica unilateralmente las condiciones pactadas no está haciendo valer un derecho subjetivo cuyo correlato es el deber del trabajador, sino que el empleador ejerce una potestad que sujeta al trabajador a su decisión.

Las potestades del empleador en el contrato de trabajo son dirección, variación y disciplina.

La potestad de dirección ha sido definida por la dogmática como el: "*conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa*"²⁴. De tal manera, la potestad de dirección se compone de dos elementos indispensables para su materialización: (a) la existencia de un reconocimiento jurídico que permita al empleador ejercer dirección contra el empleador y (b) una organización de trabajo que justifique dicha dirección. En otras palabras, la potestad de dirección se concretiza en el poder de mando que ejerce el empleador sobre el trabajador que tiene por objeto organizar el modelo productivo de la empresa.

Como complemento ideal e imprescindible del poder de dirección, surge la potestad disciplinaria que permite sancionar al trabajador de existir incumplimientos a las órdenes generales y especiales que se imparte a sus trabajadores. En efecto, de no existir la potestad disciplinaria, la potestad de dirección sería un "mero poder moral"²⁵. En otras palabras: "*[e]l poder disciplinario, así encuentra su justificación, la razón de existir, constituyendo uno de los medios más eficaces para garantizar el orden organizativo de la empresa y, en último término, el fin productivo de aquella*"²⁶.

Por último, la tercera potestad que posee el empleador -a partir del contrato de trabajo- es la potestad de variación o *ius variandi*, esto es, aquella facultad unilateral del empleador que permite modificar las condiciones del contrato de trabajo. En particular, el artículo 12 del Código del Trabajo chileno establece que el empleador puede cambiar -de manera unilateral- el lugar de trabajo, la naturaleza de los servicios, y la jornada laboral, siempre y cuando, se cumplan determinadas condiciones²⁷.

4. La economía colaborativa y el Derecho del Trabajo

4.1 Distinciones preliminares: plataformas virtuales de servicios y plataformas virtuales de activos

Antes de entrar al fondo del presente ensayo, es decir dar respuesta a la pregunta si existe o no relación laboral en los modos de producción de bienes y servicios de la economía colaborativa, es necesario efectuar una distinción preliminar. En efecto, dependiendo de la plataforma digital habrá condiciones de prestación de los servicios, precios a pagar por los usuarios y acceso a las aplicaciones que serán distintas entre sí, circunstancia que justifica un tratamiento diferenciado. Lo anterior ya lo ha hecho notar determinada literatura especializada sobre el tema²⁸. En ese sentido, el profesor español Todolí previene que: "*cada plataforma opera de manera diferente y habrá que estar al caso concreto para saber si se dan los indicios de laboralidad*"²⁹.

En conformidad a las consideraciones anteriores, resulta útil -para efectos laborales- clasificar las plataformas, primeramente, entre aquellas que tienen como único fin crear puntos de encuentro entre usuarios para intercambiar bienes o servicios, y las que van más allá del simple intercambio económico, permitiendo un contrato entre prestador y cliente de un bien o servicio, como Uber, Airbnb, Rappi y Cabify, entre otros³⁰.

En particular, solamente habrá problemas de índole dogmática laboral en los segundos, mas no en los primeros, por cuanto en el primer modelo enunciado la plataforma se limitaría a una conexión entre dos usuarios sin establecer condiciones respecto del tipo de transacción³¹. En otras palabras, al no existir

24 Raúl Fernández, *El Poder Disciplinario del Empleador*. (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016), 42.

25 Fernández, *El Poder Disciplinario del Empleador*, 43.

26 Fernández, *El Poder Disciplinario del Empleador*, 43.

27 Sergio Gamonal y Caterina Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*. (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015), 133-134

28 Das Deepa, "Regulating Employment Relationships in the Sharing Economy," en *Employee Rights and Employment Policy Journal* 20 (2016): 1-36.

29 Adrián Todolí, "Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales," en *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* (Albacete: Editorial Bomarzo: 2017), 239. En este mismo sentido: Sofía Ranchordás, "Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy" en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* (Invierno 2015). En línea en: <https://ssrn.com/abstract=2492798>.

30 Raquel Poquet, "Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa" en *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. (Pamplona: Thomson Reuters, 2018), 178-179.

31 Ejemplo de ello es la aplicación Apprentus que permite conectar a diversos profesores y/o tutores con usuarios que quieran realizar clases y/o tutorías. Respecto de las condiciones de los servicios, éstas las establecen, libremente, los usuarios sin existir una injerencia por parte de la plataforma.

establecimiento de condición alguna por parte de la plataforma, malamente, se podría estimar que se produce sujeción a nivel de subordinación funcional entre el usuario de la aplicación y la aplicación.

Con todo, en el segundo caso, esto es, aquellas aplicaciones que van más allá de crear puntos de encuentro entre usuarios, sí podrían existir problemas para el derecho laboral. Respecto de éstas, será útil distinguir, para lo que viene, entre las **plataformas virtuales de servicios** y las **plataformas virtuales de activos**.

Por una parte, las plataformas virtuales de servicios corresponden a aquellas en que se requiere una prestación efectiva del usuario. En este caso particular uno de los usuarios de la plataforma debe realizar un esfuerzo -de índole física- que se materializa en una prestación efectiva para el otro usuario de la aplicación. En ese sentido, el recurso infrautilizado será el servicio propiamente tal y se trata de las plataformas virtuales presentes en los mercados de transporte y de distribución de alimentos.

Por otra parte, las plataformas virtuales de activos son aquellas en que lo trascendental ya no es el servicio propiamente tal, sino que un bien. De esta forma, el recurso infrautilizado será un activo fijo que pretende ser rentabilizado por el usuario. Este es el caso de las plataformas que están presentes en los mercados de alojamiento y de financiamiento.

4.2 El Derecho del Trabajo en las aplicaciones virtuales de activos

En concreto, es posible observar que tratándose de las plataformas de activos no habrá problema que resolver por el derecho laboral porque el objeto del contrato que se celebrará no considerará ningún trabajo por parte de alguno de los usuarios de la aplicación, sino que se referirá a un bien corporal en específico. En otras palabras, lo relevante para estas plataformas virtuales es la utilidad que le reporta un activo en particular a alguno de sus usuarios. De esta manera, no se podría entender que existe relación laboral en las plataformas de activos por dos razones: (a) la ausencia de un elemento de la esencia del contrato de trabajo para ser calificado como tal, esto es, la prestación de servicios personales³², y (b) el objeto de la relación contractual es diferente a la que se produce en toda relación laboral, puesto que su objeto es el activo y no el trabajo del usuario³³.

Para ejemplificar lo anterior, revisemos, brevemente, los mercados donde están presentes las plataformas virtuales de activos, esto es, los mercados del alojamiento y del financiamiento.

Por una parte, en el mercado del alojamiento, como es el caso de Airbnb, Couchsurfing, OneFineStay, Wimdu, FlipKey, entre otros, se puede observar que no existe una prestación de servicios personales por parte del anfitrión que arrienda su inmueble a un usuario de la aplicación, sino que, lisa y llanamente, está rentando un activo de su propiedad por su uso. Por lo mismo, el vínculo jurídico entre el anfitrión y el huésped debería ser equiparado al contrato de arrendamiento de cosas propio del derecho civil y no al contrato laboral.

Lo mismo sucede en las plataformas que están presentes en el mercado del financiamiento donde tampoco existe una prestación de servicios personales por parte de un usuario de la aplicación en beneficio de otro, sino que solamente se está aportando capital a un usuario y/o plataforma por razones lucrativas, generándose un contrato de mutuo y no un contrato de trabajo.

En conclusión, desde ya, resulta razonable excluir la posibilidad de que haya relación laboral en las plataformas virtuales que operan en los mercados de alojamiento y de financiamiento: (a) por la falta de un elemento esencial del contrato de trabajo y (b) porque el objeto del contrato es el activo y no el trabajo del empleado.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá plantearse esta discusión en el caso de las plataformas virtuales de servicios, en donde efectivamente existe como contraprestación la ejecución de un trabajo determinado. Estas aplicaciones digitales, como ya adelantábamos, han desarrollado su negocio en el mercado del transporte de personas y la distribución de alimentos. En lo que sigue, se analizará cada caso particular para concluir si hay o no vínculo laboral entre la plataforma virtual y el transportista o repartidor que prestan el servicio personal, según sea el mercado.

32 Lizama y Lizama, *Manual de Derecho Individual del Trabajo*, 26.

33 Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*. (Madrid: Editorial DUCM, 1995), 50.

4.3 El Derecho del Trabajo en las aplicaciones virtuales de servicios

4.3.1 La relación laboral presente en los mercados de servicios de transporte

Respecto de las aplicaciones de transporte de personas, será necesario aplicar el *test de laboralidad* para los efectos de determinar si existe o no relación laboral entre la plataforma virtual y el transportista. A continuación, se analizarán varios de los criterios propuestos.

Atendiendo al criterio de la jornada, es posible señalar que no existirá contrato de trabajo por cuanto el transportista puede decidir libremente los días y el horario en el cuales trabajará sin que la plataforma le aplique penalizaciones por tal circunstancia³⁴.

Conforme el criterio de las fuentes de las herramientas, tampoco habrá relación laboral ya que los elementos de trabajo son provistos por el propio transportista. En efecto, todos los insumos que requiere el transportista para la prestación del servicio son de su cargo. Así, por ejemplo, el vehículo, el teléfono móvil, el plan de acceso a la red, los permisos y seguros son de propiedad del transportista, o bien, han sido arrendados o contratados por él, no mediando, en general, intervención alguna por parte de la plataforma virtual³⁵.

Según el criterio del lugar de trabajo, la relación entre la plataforma y el transportista no daría lugar a un contrato de trabajo, en la medida que el conductor puede prestar sus servicios dentro de un espacio que no está delimitado por la aplicación, sino que por los usuarios de la plataforma. En este sentido, el lugar en que prestará sus servicios el transportista dependerá de los viajes que le requieran los usuarios y cuyo trayecto haya sido aceptado por el conductor.

El criterio de la duración del contrato es otro indicio que permite argumentar que no existe subordinación o dependencia. En efecto, en todas las aplicaciones de transporte, el plazo de la relación contractual entre el transportista y la plataforma virtual puede ser temporal o de duración indefinida. Ello es así porque el conductor tiene la libertad para decidir continuar prestando servicios como transportista de la aplicación, o bien, dejar de trabajar para la misma cuando lo estime conveniente. De esta manera, existirán relaciones contractuales muy variadas que van del transportista que decide prestar sus servicios solo una vez para la aplicación hasta aquel que trabaja de manera indefinida.

En cuanto al criterio de exclusividad de los servicios, también es posible confirmar que no hay vínculo laboral, atendido el hecho de que los conductores de las distintas aplicaciones de transporte pueden prestar sus funciones en más de una plataforma a la vez, o bien, trabajar para otras empresas de transporte de pasajeros (taxis, buses y turismo). Así, el conductor de Uber puede ser a la vez transportista en Cabify o Lyft e, incluso, participar como oferente de servicios o activos en plataformas virtuales presentes en otros mercados como Cornershop o Airbnb³⁶.

El criterio del reporte refuerza la conclusión que se ha alcanzado en párrafos precedentes, por cuanto no existe una obligación del transportista de emitir un informe a la aplicación respectiva respecto de los trayectos realizados o las calificaciones obtenidas por sus usuarios.

Con todo, y sin perjuicio de las consideraciones anteriores, existe un criterio fundamental que permite concluir que no hay relación laboral en estas plataformas y que dice relación con la poca injerencia de la aplicación en el servicio provisto por el transportista. Esta poca injerencia se traduce en dos elementos muy relevantes. En primer lugar, la posibilidad del transportista de rechazar el servicio propuesto por la aplicación -incluso- una vez aceptado el encargo³⁷ y, en segundo lugar, el hecho que la plataforma no establece condiciones para proveer el servicio.

Como consecuencia de lo anterior, sostener que en el caso de las plataformas virtuales de transporte hay contrato de trabajo, se produciría un grave problema: el empleador (plataforma virtual) habría perdido una de sus potestades inherentes al vínculo laboral: la potestad de dirección.

34 Este fue uno de los factores que tuvo en cuenta la Cour d'appel de París para declarar que no existe relación laboral en el caso de Take Eat Easy (Jesús Mercader, "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad", en *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. (Pamplona: Thomson Reuters, 2018), 169-170).

35 La plataforma virtual le otorga derecho al transportista para utilizar su aplicación.

36 Esta fue la razón principal para negar la existencia de relación laboral en el caso de Deliveroo por parte de la Cour d'appel de París. La sentencia de fecha 9 de noviembre de 2017 precisó que: "la integración del repartidor ciclista en un servicio organizado es muy relativa, ya que no ha alegado que estuviera obligado o simplemente fuera inducido a participar en las reuniones, cursos de formación o eventos de cualquier tipo" (Mercader, "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad", 159-160).

37 Mercader, "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad", 161.

En efecto, tal como señalábamos con anterioridad, la relación laboral tiene como condición intrínseca e inherente que el empleador dirija e instruya al trabajador respecto de qué producir, cómo producir y a qué ritmo hacerlo. Ello no ocurre en las aplicaciones de transporte de personas porque, en general, las plataformas virtuales no le dan órdenes directas al transportista sobre su uso. Así, por ejemplo, no existe un mínimo de viajes que debe efectuar por día o en la semana, no hay directrices obligatorias acerca de cómo tratar a los usuarios, tampoco se aplican sanciones porque el conductor no haga uso de la plataforma durante cierto período de tiempo, entre otras. En resumen, los transportistas de las aplicaciones señaladas no se encuentran sujetos a ninguna obligación que provenga de la plataforma en particular.

Tanto es así que, la controversia acerca de la existencia del vínculo laboral entre la plataforma virtual y los transportistas se produce por el modo en que se ha utilizado la aplicación más que al diseño original de la misma plataforma. Expliquemos el asunto. Las plataformas de transporte de personas surgidas al amparo de la economía colaborativa tuvieron como propósito original permitir el uso de bienes infrutilizados en beneficio de la comunidad: que el dueño de un vehículo particular en vez de viajar solo lo hiciera acompañado. Estas aplicaciones pudieron haber servido solo para que las personas se organizaran para realizar viajes en conjunto y disminuir, con ello, el uso de vehículos motorizados. Sin embargo, el modo en que la aplicación ha sido utilizada por parte de alguno de los transportistas devino en un servicio que podría ser considerado como una relación laboral bajo ciertas circunstancias.

Con todo, cabe tener presente que, en el ámbito jurisprudencial comparado, es posible observar tanto opiniones que avalan lo señalado, como otras, que no estarían de acuerdo con lo formulado en el presente ensayo. Así, por ejemplo, en Estados Unidos de América³⁸ e Inglaterra³⁹ se ha resuelto por los tribunales de justicia que habría relación laboral entre los socios conductores y la plataforma virtual en el caso de Uber. A diferencia de los recientes casos de Francia⁴⁰ y de Australia⁴¹, en los que se ha optado por declarar que no hay relación de subordinación y dependencia en la misma plataforma indicada.

En la doctrina sucede algo similar. Así, para el caso de Uber, Todolí ha argumentado que existe subordinación y dependencia y, por ende, relación laboral, aplicando el *test de laboralidad*. Es más, identifica dieciocho indicios que permiten concluir que hay contrato de trabajo en las plataformas virtuales de transporte de personas⁴².

En conclusión, *prima facie*, estimamos que en el caso particular de las plataformas virtuales que están presentes en el mercado del transporte de personas, no se produce vínculo laboral entre el transportista y la aplicación, y, por ende, no debiese estar al amparo del derecho del trabajo. Con todo, ello no es óbice para que, desde una perspectiva regulatoria, se establezcan condiciones a los servicios señalados como ha ocurrido en California y Colorado en los Estados Unidos de América, quienes han fijado normas respecto del cobro de los viajes, el pago de las comisiones a los transportistas, el ingreso y la salida de la aplicación por parte del conductor, entre otras⁴³.

38 Unemployment Insurance Appeal Board del Estado de Nueva York v. Uber Technologies.

39 Uber London LTD, Uber Britannia LTD v. Aslam, Farrar, Dawson y otros.

40 Florian Ménard v. SAS Uber France, Uber BV.

41 Kaseris v. Rasier Pacific V.O.F. Del mismo modo, el Fair Work Ombudsman concluyó una investigación para determinar si existía vínculo laboral entre los conductores y Uber Australia el 17 de junio de 2019, en los siguientes términos: "el peso de la evidencia presentada durante nuestra investigación establece que la relación entre Uber Australia y los conductores no es una relación laboral. Para que exista tal relación, los tribunales han determinado que debe existir, como mínimo, la obligación para que el empleado realice el trabajo cuando el empleador lo exija". [En línea: <https://www.fairwork.gov.au/about-us/news-and-media-releases/2019-media-releases/june-2019/20190607-uber-media-release>] [Última fecha de consulta: 17 de junio de 2019].

42 Los 18 criterios son los siguientes: (1) la plataforma provee de formación, adiestramiento, guía, entrenamiento a los trabajadores respecto al servicio que prestan o sobre cómo mejorar sus ingresos en la plataforma; (2) la plataforma dicta instrucciones o recomendaciones a los proveedores de servicios sobre cómo realizar la prestación de servicios; (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 recibir; (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; (7) la plataforma recoge información sobre la prestación de servicios para mejorar el servicio prestado por otros prestadores de servicios; (8) la plataforma establece controles de entrada en la plataforma; (9) la plataforma desactiva a los prestadores de servicios por razones de rendimiento o 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 sus clientes; (13) la plataforma entrega al proveedor de servicios algún elemento productivo necesario para realizar la labor; (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; y (18) la plataforma gestiona los impuestos en nombre del prestador de servicios (Adrián Todolí, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 63-64).

43 Ranchordás, "Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy", 59-60.

4.3.2 La relación laboral presente en los mercados de distribución de alimentos

Sin perjuicio de que en este caso existen algunos indicios que podrían concluir que en estas plataformas, no se produce relación laboral alguna, en consideración a la ausencia de jornada de trabajo, la incierta duración del contrato y la falta de exclusividad en la prestación de los servicios, se podrá observar que en Rappi, Deliveroo, Glovo, Uber Eats y Cornershop la injerencia de la aplicación en el modo en que el repartidor cumple su trabajo es mucho mayor que en los casos de Uber o Cabify.

En primer lugar, es posible observar que, atendiendo el criterio de la fuente de herramientas, las aplicaciones nombradas entregan implementos que deben utilizar los usuarios de la aplicación. El caso paradigmático de lo anterior es Cornershop y Rappi, donde los usuarios deben -por expresa condición de la aplicación- utilizar la indumentaria oficial de la plataforma⁴⁴. Ello, tiene por objetivo principal la difusión de la marca, cuestión que no ocurre en los casos de Uber o Cabify, donde no existe logotipo alguno que permita identificar a los vehículos en cuestión.

En segundo lugar, conforme el criterio de discreción del contratado, es posible encontrar un nuevo indicio de laboralidad, toda vez que la plataforma establece múltiples condiciones para realizar el servicio, las cuales son mucho más exigentes que las establecidas en el mercado de transportes. Un ejemplo de ello es la duración exigida para cumplir el servicio prestado. Así, las plataformas exigen que la entrega del pedido de supermercado (Cornershop) o del reparto de comida rápida (Rappi) se realice en un tiempo límite. Lo anterior contrasta con las plataformas de transporte de personas donde no se exigen obligaciones al conductor respecto del tiempo en que debe efectuar el viaje⁴⁵.

En tercer lugar, existe otro indicio relacionado con la discreción del contratado como es el hecho de que el repartidor, una vez aceptado el encargo, no puede rechazar el mismo, existiendo la obligatoriedad de transportar el envío. Ello, a diferencia de las plataformas de transporte de personas donde los transportistas pueden rechazar el encargo, incluso, una vez aceptado el viaje por el usuario.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que existen instrucciones directas de la plataforma para la realización del trabajo, concurriendo, en concreto, el ejercicio de la potestad de dirección por parte de la plataforma dentro del proceso productivo.

El ejercicio de la potestad de dirección en las plataformas virtuales de reparto (uso obligatorio de uniforme e instrucción específica sobre cómo cumplir el trabajo) se traducirá en la aplicación de sanciones al repartidor en caso de infracción. En particular, las plataformas establecen un determinado índice de aceptabilidad respecto del comportamiento del repartidor. Así, uno que haya realizado más pedidos durante el día tendrá un mejor índice de aceptabilidad y, por ende, una mayor probabilidad de quedarse con un servicio en el futuro. Ello, a diferencia de aquellos que no hayan tenido un buen desempeño, respecto de los cuales existirá una menor probabilidad de que se les asigne un próximo reparto⁴⁶. En este caso existe una manifiesta expresión del poder disciplinario del empleador.

Lo anterior contrasta con las plataformas virtuales de transporte de personas, en donde no existe una potestad de dirección por parte de la aplicación, sino que del usuario del servicio: quién le indicará al conductor cómo prestar el servicio, e incluso, al término del viaje calificará el servicio prestado. La calificación promedio del transportista será visible para todos los usuarios de la aplicación y les permitirá a estos decidir si efectúan el viaje o no con el conductor que les ha asignado el algoritmo de la plataforma virtual. O sea, la potestad de dirección y, en cierto modo, la disciplinaria, se habrían desplazado desde el empleador hacia el usuario de la prestación.

4.4 La regulación del Derecho del Trabajo en las aplicaciones digitales de servicios presente en la distribución de alimentos

Dilucidado lo anterior, y entendiendo que en el mercado de los repartidores habría, en principio, relación laboral con sus respectivas aplicaciones, será necesario analizar cómo estos trabajadores pueden ser regulados por el Derecho del Trabajo. En particular, es posible advertir dos posibles soluciones.

44 *El infierno de un repartidor*. El Mercurio. 19 de enero de 2019. [En línea: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>] [Última visita: 17 de junio de 2019].

45 *El infierno de un repartidor*. El Mercurio. 19 de enero de 2019. [En línea: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>] [Última visita: 17 de junio de 2019].

46 *El infierno de un repartidor*. El Mercurio. 19 de enero de 2019. [En línea: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=539385>] [Última visita: 17 de junio de 2019]. Estas fueron las razones del Juzgado en lo Social N°31 de Barcelona para considerar que los repartidores de Deliveroo tenían la calidad de trabajadores: "los repartidores son penalizados por el retraso, pues pierden puntuación de cara a poder elegir servicios la semana siguiente" y son "objeto de seguimiento exhaustivo por parte de la empresa, como se ha venido indicando, empresa que además les iba dando indicaciones frecuentes sobre cómo prestar el servicio, hasta el punto de denominarlas (sin duda en un descuido), "instrucciones". Roj: SJSO 2253/2019, de 11 de junio de 2019.

La primera forma de regulación es aquella que declara que no existen diferencias sustanciales entre los trabajadores de plataformas virtuales y aquellos protegidos por la legislación laboral común. Por ello, a los trabajadores que prestan sus servicios personales en las plataformas virtuales de distribución de productos de supermercado y reparto de comida rápida les es aplicable toda la regulación del Código del Trabajo y sus demás leyes especiales.

La solución propuesta en el párrafo anterior tiene la complejidad de que las normas contempladas en el Código del Trabajo chileno son rígidas en lo referido a jornada laboral, remuneraciones y término del contrato, a diferencia de las flexibles condiciones de trabajo propias de estas plataformas virtuales. La *rigidez* del sistema jurídico laboral chileno se contraponen a la *flexibilidad* existente en estos nuevos modelos económicos.

Respecto de la jornada laboral, el Código del Trabajo chileno establece una jornada de trabajo que, si bien se puede distribuir con plena libertad entre ambos contratantes -siempre y cuando no supere los límites máximos legales de duración diaria y semanal-, el horario acordado no podrá variarse sino con acuerdo de las partes⁴⁷. En otras palabras, por regla general, el trabajador en el ordenamiento jurídico laboral chileno se encuentra sujeto a una jornada laboral⁴⁸. Ello, a diferencia de las aplicaciones virtuales en las que el trabajador no se encuentra sujeto a jornada alguna. En efecto, el trabajador puede trabajar 4 horas durante una semana, 60 horas semanales en la siguiente y no trabajar una sola hora en la tercera semana.

Por otra parte, referente a las remuneraciones, el ordenamiento jurídico chileno establece que el trabajador afecto a una jornada completa (más de 30 y hasta 45 horas semanales) tiene derecho a que su empleador le pague por sus servicios personales un sueldo base mínimo equivalente, a lo menos, al ingreso mínimo mensual que la ley fija anualmente⁴⁹. Si el trabajador se encuentra sujeto a una jornada parcial (30 horas o menos a la semana) tendrá derecho a exigir el pago de un sueldo base mensual calculado en forma proporcional al ingreso mínimo mensual⁵⁰.

La regulación de la remuneración mínima mensual es incompatible con un modelo de negocio donde el trabajador no se encuentra sujeto a una jornada pudiendo decidir libremente cuándo y cuánto laborar. De hecho, de aplicar estas reglas a los trabajadores de plataformas virtuales, se podría producir el absurdo de obligar a la aplicación a pagarle al trabajador el monto del ingreso mínimo mensual sin haber laborado un solo día durante el mes.

Por último, respecto del término del contrato, existe otro inconveniente en aplicar a estos trabajadores la legislación laboral vigente porque el vínculo jurídico entre los repartidores y las plataformas virtuales es esencialmente variable: el trabajador ingresa y sale libremente de la aplicación. Ello se diferencia del Código del Trabajo chileno, el cual establece -por regla general- que el contrato de trabajo es de carácter indefinido y se le podrá poner término sólo cuando concurren alguna de las causales consagradas en la ley.

En tal sentido, hacer extensible una regulación laboral estándar como la chilena a los trabajadores de las plataformas virtuales tendría como consecuencia la extinción de este modelo de negocio o bien, en el mejor de los casos, una utilización mínima.

La afirmación anterior se ve confirmada con la experiencia comparada: en aquellos lugares en que se ha aplicado la regulación laboral sin efectuar distinción alguna a las plataformas virtuales, estas han decidido migrar a otras áreas⁵¹.

En consideración a lo señalado, resulta razonable establecer un nuevo modelo de regulación laboral aplicable a este tipo de trabajadores, considerando sus características propias y teniendo en cuenta la subsistencia de estas plataformas. En particular, a nuestro entender, la regulación aplicable a estas relaciones laborales debiese ser flexible para la plataforma y otorgarles protección social a los trabajadores.

47 La jornada ordinaria semanal de trabajo en Chile se puede pactar entre las 30 y las 45 horas semanales, teniendo como límite 10 horas diarias (artículos 22, inciso primero y 28 del Código del Trabajo).

48 Excepcionalmente, los trabajadores enunciados en el artículo 22, inciso segundo del Código del Trabajo, se encuentran exceptuados del límite máximo legal de jornada ordinaria. La jurisprudencia y doctrina han entendido que estos trabajadores no tienen jornada laboral.

49 Para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2019 y el 29 de febrero de 2020, el ingreso mínimo mensual ascenderá a \$301.000.- (equivalente a US\$435.- al 10 de junio de 2019).

50 En el caso que la jornada parcial fuese por 30 horas semanales, su sueldo base no podrá ser inferior a \$200.667.- (US\$290.- al 10 de junio de 2019).

51 Ranchordás, "Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy", 62.

En primer lugar, debe ser *flexible* permitiendo jornadas de trabajo y remuneración diferentes a las consagradas en el actual Código del Trabajo chileno. Es necesario insistir en que una regulación laboral para las plataformas virtuales debe permitir que continúen funcionando con la flexibilidad que le es propia por su propia definición. Así, por ejemplo, se podría utilizar el modelo de *zero hour* del derecho anglosajón en los que el empleador no establece una cantidad mínima de horas de trabajo garantizada y el trabajador no tiene la obligación de aceptar el trabajo ofrecido, o bien, en los que se acuerda un mínimo de horas como base, aunque sin establecer un máximo⁵².

En segundo lugar, debe hacerse cargo de la *higiene y seguridad* en el trabajo para los dependientes de las plataformas virtuales. En este sentido, una normativa laboral debería hacer extensible las reglas sobre accidente del trabajo y enfermedades profesionales a los empleados que se desempeñan en este mercado. Ello se justifica por los incontables riesgos a que se ven expuestos los repartidores en el ejercicio de sus funciones.

Por último, la regulación debe garantizar la *seguridad social* de los trabajadores de aplicaciones. De manera de hacerles aplicables las normas que garantizan los riesgos asociados a la vejez, invalidez, sobrevivencia y salud previsual⁵³.

5. Conclusiones

En síntesis, estimamos que el análisis laboral de las plataformas virtuales es necesario efectuarlo mediante la formulación de un conjunto de distinciones que permitirán vislumbrar los modelos de negocios en los que es necesario determinar si hay o no contrato de trabajo entre la aplicación y sus usuarios.

Así, primeramente, será menester distinguir en qué mercados es posible advertir la existencia de plataformas virtuales. Según lo señalado, este nuevo modelo económico se encuentra -principalmente- en los mercados de transporte de personas, de reparto de pedidos y distribución de alimentos, de hospedaje, y de financiamiento.

Dentro de esos mercados podemos distinguir dos tipos de plataformas virtuales: unas relacionadas con los activos y otras vinculadas con la prestación de servicios propiamente tales. La diferencia entre ambos modelos se produce porque en el primero existe una mera mediatización de un activo, a diferencia del segundo, donde existe una prestación de servicios personales por parte de una persona a otra.

Las plataformas virtuales de servicios se encuentran presente en los mercados de transporte y de reparto de pedidos y distribución de comida rápida y las aplicaciones de activos actúan en los mercados de hospedaje y de financiamiento.

Teniendo en cuenta la distinción entre activo y servicio, estimamos que sólo se podrá discutir acerca de la existencia de contrato de trabajo en las plataformas virtuales de servicios por cuanto en las aplicaciones de activos falta un elemento esencial para que haya un contrato laboral (lisa y llanamente: no hay trabajo) existiendo, asimismo, una clara diferencia con el objeto de la relación laboral (es el activo y no el trabajo).

Respecto de las plataformas virtuales de servicios habrá que efectuar una nueva distinción entre los mercados de transporte de personas y distribución de pedidos y reparto de comida rápida, a fin de elucidar si existe una relación de subordinación o dependencia entre la aplicación y los transportistas y repartidores, según sea el caso. Para tal efecto, se propone aplicar el *test de laboralidad* en ambos mercados.

En cuanto al mercado de transporte de personas, se concluye *prima facie* que no existiría una relación laboral entre la plataforma y el transportista porque no concurren indicios suficientes de laboralidad

A la inversa, se estima que en el caso del mercado de distribución y reparto sí aparecen indicios para calificar como laboral el vínculo existente entre la aplicación y el repartidor, Por ello, será necesario regular a los trabajadores de este mercado mediante una normativa *ad hoc* que sea flexible para la plataforma y le permita mantener su modelo de negocio. Además, se les otorgue protección social en materia de higiene y seguridad en el trabajo, y acceso al régimen previsual y de salud.

52 Amparo Esteve-Zegarra, "Zero Hours Contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital", en *Revista de Derecho Social* N°82. Albacete: Editorial Bomarzo (2018): 37-60.

53 Contrariamente a lo planteado en este ensayo, el proyecto de ley del Gobierno (Boletín N°12.618-13), ingresado con fecha 14 de mayo de 2019, prescribe que las aplicaciones digitales no dan origen a un contrato de trabajo, siempre y cuando, las personas naturales y/o usuarios no tengan exclusividad y posean la libertad para determinar la oportunidad y tiempo que destinarán para la prestación de tales servicios. La complejidad de la regulación deviene del hecho de que reduce, arbitrariamente, la cantidad de criterios para dilucidar si se produce una eventual relación laboral en las plataformas digitales que se enmarcan en el modelo de economías colaborativas. A mayor abundamiento, y tal como se ha propuesto en este trabajo, se deberá atender a múltiples indicios para analizar si existe una relación de subordinación o dependencia.

6. Bibliografía

- Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial DUCM. 1995.
- Barassi, Ludovico. *Il Diritto del Lavoro*. Milán: Dott. A. Giuffré. 1949.
- Barron, Myra. "Who's an Independent Contractor? Who's an Employee?". *The Labor Lawyer* Vol. 14, No 3. 1999.
- Botsman, Rachel y Roo Rogers. *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Londres: HarperCollins Publishers. 2010.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. "Resultados Preliminares: Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa". <<https://www.airbnbaction.com/wp-content/uploads/2016/03/0-2.pdf>> [Última fecha de consulta: 7 de enero de 2017]. 2016.
- Das, Deepa. "Regulating Employment Relationships in the Sharing Economy". *Employee Rights and Employment Policy Journal* 20. 2016.
- Esteve-Zegarra, Amparo. "Zero Hours Contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital". *Revista de Derecho Social* N°82. Albacete: Editorial Bomarzo. 2018.
- Fernández, Raúl. *El Poder Disciplinario del Empleador*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. 2016.
- Gamonal, Sergio y Caterina Guidi. *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters. 2016.
- Gansky, Lisa. *The Mesh. Why the Future of Business is Sharing*. Nueva York: Portfolio Penguin. 2010.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Distribuciones Fontamara. 1992.
- Lizama, Luis y Diego Lizama. *Manual de Derecho Individual del Trabajo*. Santiago de Chile: DER Ediciones. 2019.
- Macchiavello Guido. *Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas. Tomo I*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica. 1986.
- Mercader, Jesús. "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad". *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters. 2018.
- Palomeque, Manuel y Manuel Álvarez. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1998.
- Plaza, Juan, David Patiño y Rosario Gómez Álvarez. "Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataforma y liberalismo económico". *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters. 2018.
- Poquet, Raquel. "Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa". *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*. Navarra. 2017.
- Rivas, Daniel. *La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo*. Uruguay: Editorial FCU. 2001.
- Ranchordás, Sofia. "Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy". *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*. [En línea en <https://ssrn.com/abstract=2492798>] 2015.
- Rodríguez-Piñero, Miguel y Macarena Hernández. *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2017.
- Stephany, Alex. *The Business of Sharing: Making it in the New Sharing Economy*. New York: Palgrave Macmillan. 2015.
- Sundararajan, Arun. *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. Londres: The MIT Press. 2016.
- Todolí, Adrián. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2017.
- Todolí, Adrián. "Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales". *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2017.
- Ugarte, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria. 2004.