

mantener el nivel de protección que dispensa la disciplina jurídica. Que aspectos del funcionamiento del Derecho del Trabajo son posible modelar para cumplir con la finalidad tuitiva de la disciplina.

En una breve y sintética aproximación, los aspectos que podrían entrar en esta nueva etapa de debate son los que surgen de los siguientes enunciados:

- a) ¿son suficientes los conceptos, categorías y técnicas jurídicas conocidas, que por tanto tiempo han sido conceptos centrales de nuestra disciplina?
- b) ¿es necesario redefinir algunos de estos conceptos o categorías?
- c) ¿resultaría útil hacer foco a través de la legislación laboral en conceptos que ya existen pero eran hasta ahora considerado marginales?
- d) ¿resultaría útil crear otros conceptos, distintos a las que ya existen?
- e) ¿sería suficiente - y conveniente - un rol más protagónico de la doctrina y a la jurisprudencia, exigiendo interpretaciones de las normas jurídicas más amplias basadas en el principio protector?

No es posible por razones de espacio hacer un desarrollo detallado de cada una de estas cuestiones. Sola haremos referencia a la última de las cuestiones debatibles que rápidamente se vincula con el funcionamiento del Derecho del Trabajo y la aplicación del criterio de la subordinación.

Es este claramente el criterio central que desde el punto de vista técnico, ha sido reconocido unánimemente como determinante de la relación laboral que será alcanzada por el Derecho del Trabajo. Desde el punto de vista laboral, este criterio es también un aspecto principal en el funcionamiento del modelo de negocios de las empresas de aplicaciones tecnológicas, aunque es objetivamente cierto que su ubicación en estos casos, no estará exenta dificultades. Es por esta razón que el funcionamiento del Derecho del Trabajo exige cambios en la técnica indiciaria, que ha sido definida como la mejor forma de determinar la relación laboral, aunque como contrapartida ha sido también, la técnica que ha dejado mas opciones para el cuestionamiento del criterio<sup>21</sup>.

Existen otras opciones que también pueden ser funcionales del Derecho, porque atiende al alcance subjetivo del mismo.

Las nuevas formas de organización del trabajo humano, a partir de la tercerización de las actividades productivas, o de las pautas globalizadoras de la económica, que ciertamente están muy presentes en la caracterización de la economía disruptiva, pueden generar la idea que es necesario salir del concep-

<sup>21</sup> Rivas, Daniel, La subordinación, Criterio distintivo del contrato de trabajo, Montevideo, 1996, p. 34.

to de la subordinación, para alcanzar la protección de los trabajadores involucrados en estas formas nuevas de organización laboral.

Se trata de posiciones que pueden estar bien intencionadas, pero que no han indicado la forma de hacer extensiva la tutela del derecho del trabajo a toda forma de trabajo humano.

Por otra parte, esta alternativa, tal como ha sido planteada, genera un alto riesgo de desprotección en tanto que, el nivel de protección máximo será el existente para los trabajadores subordinados, lo que implica que cualquier otra categoría de trabajadores que se considere y que sea tratada por el derecho en forma diferencial, tendrá un nivel de protección social menor al que los ya poseen los trabajadores subordinados<sup>22</sup>.

El debate doctrinaria y la aparición en algunas legislaciones laborales de algunos conceptos en la línea comentada (parasubordinados, trabajadores económicamente dependientes, etc.) llevaron a que se generara un elenco de propuestas que navegan en un mar de indefiniciones de la política del derecho<sup>23</sup>.

Tal vez la indefinición política del derecho sea consecuencia de que la más amplia doctrina ha sido conteste en que la subordinación y el trabajo por cuenta ajena, sigue siendo categorías válidas, que no han perdido actualidad y que debe ser examinada a la luz de las nuevas formas de organización del trabajo, revisando los criterios tradicionales que se han venido utilizando para determinar su existencia<sup>24</sup>.

Por esa razón, las posiciones doctrinarias han estimulado la creatividad y la elasticidad interpretativa del concepto de la subordinación, indicando por ejemplo, que los trabajadores que queden sometidos a la potestad de dirección de la empresa, son trabajadores subordinados<sup>25</sup>. También serían subordinados aquellos que integran una organización de trabajo, conformada con elementos que están más allá de los que integran su tarea.

<sup>22</sup> Conviene distinguir entre la protección social que proviene del Derecho de la Seguridad Social y la que proviene del Derecho del Trabajo. En el primero, los trabajadores no subordinados tiene beneficios sociales en la medida que contribuyan al sistema. En el plano del Derecho del Trabajo propiamente dicho, estos trabajadores no tienen ningún beneficio laboral. Es en este punto donde se plantean los mayores reparos ante lo que sería la creación de trabajadores de segunda categoría por detentar menos derechos o iguales derechos en condiciones menos favorables.

<sup>23</sup> Para una detallado análisis de las mismas ver: Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar "Crítica de la subordinación" in revista Derecho Laboral Tomo XLV No. 206 p. 240.

<sup>24</sup> Por todos, ob. cit. p.249.

<sup>25</sup> Ob. cit. p. 249.

... podría ser por...  
... de aplicaciones...  
... presarial en la que...  
... miento de la org...  
... miento de otros o...  
... integran su tarea...  
... Sin embargo, en el...  
... que estamos analiz...  
... el trabajador que...  
... de vista formal, el...  
... si acepta o no al...  
... gno trabajador, pero...  
... que estos trabajado...  
... son tradicionales y...  
... trabajo humano, tendr...  
... gerar los nuevos ind...  
... ulizan.

Dicho esto, el cam...  
... volver a revisar los c...  
... ción.

Según se ha indic...  
... cable al caso de las ca...  
... de la subordinación del

- a) Interpretación  
Derecho del Tr...  
mano, la excep...
- b) Interpretación  
primacia de la...  
tomando en co...  
ción y control...  
voluntad de la...  
sea un factor...
- c) La subordina...  
pendencia co...  
una interpre...  
económica fu...  
dica

<sup>26</sup> Ermida Uriarte...

Este podría ser perfectamente el caso de los trabajadores vinculados a empresas de aplicaciones tecnológicas que están integrados a una organización empresarial en la que ellos no toman decisiones que tengan que ver con el funcionamiento de la organización misma y donde su tarea se realiza a instancia del manejo de otros componentes de la organización que están más allá de los que integran su tarea.

Sin embargo, en el nuevo modelo organizacional del fenómeno empresarial que estamos analizando, se configura un espacio de organización personal para el trabajador que queda librado a su voluntad. Así por ejemplo, desde el punto de vista formal, el trabajador es libre de determinar cuántas horas trabaja, si acepta o no al pasajero, etc.; son decisiones que quedan en manos del propio trabajador, pero que no son modificaciones organizativas suficientes para que estos trabajadores no sean considerados subordinados. Los indicios que son tradicionales y que no aparecen en las nuevas configuraciones de trabajo humano, tendrían que tener un efecto neutro y en su lugar deberían operar los nuevos indicios de subordinación que surgen de la actividad que realizan.

Dicho esto, el camino que a nuestro criterio correspondería seguir es el de volver a revisar los criterios de interpretación del concepto de la subordinación.

Según se ha indicado con carácter general y resulta perfectamente aplicable al caso de las empresas de aplicaciones tecnológicas, la interpretación de la subordinación debe realizarse en base a los siguientes parámetros:

- a) Interpretación amplia acorde al principio protector. La regla para el Derecho del Trabajo es la del amparo del trabajador y del trabajo humano, la excepción es su exclusión.
- b) Interpretación conforme a la realidad, por aplicación del principio de primacía de la realidad. El análisis de la realidad debe ser realizado tomando en consideración todos los aspectos de organización, dirección y control de la actividad realizada por el trabajador, sin que la voluntad de las partes en la determinación de la naturaleza del vínculo sea un factor determinante y excluyente de otros que existan.
- c) La subordinación jurídica se complementaría con el concepto de dependencia económica<sup>26</sup>. El origen de las cosas no puede ser ajena a una interpretación auténtica de un concepto dado y la dependencia económica fue un dato conceptual anterior a de la subordinación jurídica

<sup>26</sup> Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, Ob.cit. p.250.

En este sentido puede mencionarse un reciente fallo judicial que con relación a las empresas de aplicaciones tecnológicas, dictó el Tribunal del Distrito Norte del Estado de California en Estados Unidos, del 11 de marzo de 2015 en el caso "Douglas O'connor vs..UBER". En dicha sentencia el Tribunal norteamericano entendió que los choferes de la empresa UBER son empleados subordinados jurídicamente en base a los siguientes indicios<sup>27</sup>:

- a) El Tribunal destaca que lo relevante no es determinar cuánto control ejerce sino que la empresa demandada se reserva el derecho a ejercer controles. Sin perjuicio de lo dicho en el fallo a que se hace referencia, debe consignarse en que caso se puede verificar que hay control efectivo y directo, no potencial, concerniente a la calificación y selección de conductores y automóviles.
- b) El fallo indica como indicio relevante, que no habría entidad empresarial viable sin los conductores. Son pieza fundamental de la actividad de la empresa.
- c) Agrega que los ingresos de la empresa no dependen de la distribución del software, sino de los viajes que hagan los conductores.
- d) Establece como un indicio de subordinación, que los pasajeros pagan a la empresa directamente la totalidad de la tarifa.
- e) La proporción de ingresos generados y compartidos -80% para el chofer y 20% para la empresa- es indicativo de subordinación dado que el chofer asume todo el riesgo y los costos del trabajo.
- f) El poder de negociación de los choferes con la empresa es relativo o nulo.
- g) Por último sostiene, que la gama de alternativas disponibles para cada una de las partes del vínculo jurídico es completamente distinta.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho del Trabajo siempre tendrá que enfrentar los nuevos desafíos de la tecnología aplicada al trabajo humano, sin embargo, es necesario distinguir los cambios tecnológicos de las acciones estratégicas de empresas que mantienen el paradigma del sistema capitalista en el que operan pero que omiten cumplir las normas jurídicas vigentes. Se trata de un fenómeno multidimensional, que será necesario afrontar, teniendo en cuenta que en algunos casos se puede estar afectando el concepto de actividad de servicio públi-

<sup>27</sup> [www.cand.uscourts.gov/EMC/oconnorvUbertechnologies](http://www.cand.uscourts.gov/EMC/oconnorvUbertechnologies)

co. donde los parámetros de acción de las empresas que pretendan integrarse al mercado, están aún más limitada por razón del interés general.

Afrontar la situación derivada de este fenómeno para el Derecho del Trabajo tiene que ver mucho con el papel de la doctrina y jurisprudencia. En nuestro caso, estas vuelven a ser actividades del mayor destaque.

En ese sentido, interpretar el concepto de subordinación considerando aspectos que antes no eran tenidos en cuenta por inexistentes, o profundizando sobre otros que no eran relevantes porque la percepción de otros indicios más claro y determinantes no exigía un trabajo de análisis mayor, es fundamental como contribución al mantenimiento de los estándares de protección social ya alcanzados.

Desde el punto de vistas legislativo, existen todavía cosas para incorporar al sistema jurídico. Así por ejemplo la presunción de laboralidad y el traslado de la carga de la prueba al demandado, son aspectos técnicos que debería ser incluido en nuestra legislación.

El proyecto de ley que ha sido enviado al parlamento por el Poder Ejecutivo el 14.3.2016, propone aspectos también innovadores, como por ejemplo, es la prohibición de transferencia de fondos de las cuentas bancarias comunicada por el Banco Central a las instituciones bancarias bajo su control, en caso de incumplimiento de la normativa vigente por parte de las empresas que prestan un servicio procesando información mediante la interacción de software con la oferta y demanda de determinados bienes o servicios.

En lo sustancial, lo que hace la iniciativa legislativa comentada es adoptar la opción de complementar la reglamentación existente, de manera que la empresa desarrolle sus actividades ajustando sus acciones a la normativa que le resulta aplicable, situación a la que el Derecho del Trabajo no es ajeno.

Sin embargo, la cuestión para el Derecho del Trabajo no queda saldada, si el sistema jurídico no adopta decisiones que logren la efectiva tutela de los trabajadores involucrados. Para ello es perentorio, así como lo hizo el Tribunal norteamericano cuyo fallo comentamos, que la jurisprudencia nacional produzca fallos que ajusten sus fundamentos respecto de la determinación de la subordinación a los nuevos escenarios laborales. La fuga de relaciones jurídicas del ámbito del Derecho del Trabajo no es solo responsabilidad de los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva, sino también de los responsables de ejercer los controles de sus conductas y decisiones. Es prioritario que la jurisprudencia especializada en materia laboral, deje atrás criterios civilista para analizar los casos donde se discute la subordinación, y en su lugar, adopte criterios laborales que en definitiva son los que pueden dar como resultado una efectiva protección jurídica de los trabajadores.

