

El desafío de la relación de trabajo: la tensión de la subordinación y la (des)regulación.

The challenge of the work relationship: the tension of subordination and (de) regulation.

Pablo ARELLANO ORTIZ*

RESUMEN: El derecho del trabajo basa su función protectora en la relación de trabajo. Uno de los principales factores que determinan la relación de trabajo es la subordinación. Este trabajo intenta revisar la subordinación teniendo en cuenta los fenómenos actuales el mercado de trabajo como son los empleos atípicos y la *Gig economy*. Se estudia además la tendencia a la desregulación como un factor importante. Se sostiene que los fenómenos que se estudian no merman el valor de la subordinación como criterio de determinación de la relación de trabajo y de protección.

* Especialista en Derecho del Trabajo en la Unidad de Derecho Laboral y Reforma del Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, Suiza). Investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Ha sido profesor de las Cátedras de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Concepción de Chile. Doctor en Derecho de la Université Paris Ouest Nanterre La Defense (Francia); Master 2 Recherche Droit Social et Droit de la Santé de la Université de Paris X Nanterre (Francia); Master 2 Recherche Droit Social de la Université de Paris II Panthéon Assas (Francia). Código ORCID: 0000-0002-5062-1636. Las opiniones expresadas incumben solamente al autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo. Contacto: <arellano@ilo.org>. Fecha de recepción: 29/11/2018. Fecha de aprobación: 26/01/2019.

PALABRAS CLAVE: relación de trabajo; dependencia; subordinación; regulación; empleos atípicos.

ABSTRACT: Labour law bases its protective function on the employment relationship. One of the main factors determining the employment relationship is subordination. This work tries to review the subordination taking into account the current phenomena in the labor market such as atypical jobs and the *Gig economy*. The tendency to deregulation is also studied as an important factor. It is argued that the phenomena studied do not diminish the value of subordination as a criterion for determining the work relationship and its protection.

KEYWORDS: work relationship; dependency; subordination; regulation; atypical jobs.

I. INTRODUCCIÓN

La relación de trabajo se ha visto enfrentada en los últimos años a los más extraños ataques. Se ha intentado de diversas maneras destruir la construcción protectora del derecho del trabajo. Construcción que ha tomado más de un siglo levantar. Los embates actuales parecen ser más fuertes de lo que se pudiere haber presagiado. Eventualmente el norte de la protección se encuentra en juego: entregar o no entregar protección en base al derecho del trabajo¹.

Para plantearnos este objetivo como una cuestión primordial del derecho del trabajo se debe recurrir al origen mismo de esta rama del derecho. Así, Ermida y Hernández lo explican de la siguiente manera:

El Derecho del Trabajo nace como un desprendimiento del Derecho Civil, destinado a atender relaciones derivadas de la prestación del trabajo que el segundo, cuya estructura obligacional se fundamenta en la piedra angular de la autonomía de la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, en tales situaciones, una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono, con el consecuente resultado de injusticia social².

¹ A este respecto se pueden incluir teorías sobre fronteras, huídas, límites, el fin del derecho del trabajo, etc.

² ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, núm. 25, 2002, p. 281

En esta manera el derecho del trabajo supone un vínculo jurídico propio de las circunstancias que se pretende proteger. Es un contrato, pero no uno liberal en el sentido del derecho civil. El contenido de este contrato es la relación de trabajo y su regulación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha indicado sobre la relación de trabajo la complejidad de su estudio. En este sentido ha señalado lo siguiente:

71. Muchas leyes nacionales contienen disposiciones sobre la relación de trabajo, en especial sobre su ámbito de aplicación. Sin embargo, a pesar de ciertas semejanzas, no todas las legislaciones del trabajo contienen un tratamiento exhaustivo o de la misma amplitud sobre el tema. Algunas disposiciones se refieren a la regulación del contrato de trabajo como un contrato específico, su definición, los sujetos y sus respectivas obligaciones. Otras disposiciones tienden a facilitar el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo y se refieren también a los mecanismos administrativos y judiciales para vigilar el cumplimiento de las leyes y lograr su aplicación.

72. En términos generales, la relación de trabajo establece un vínculo jurídico entre una persona que realiza un trabajo y la persona en cuyo beneficio es realizado ese trabajo a cambio de una remuneración, bajo ciertas condiciones establecidas en la legislación y la práctica nacionales.

73. Algunas leyes definen el contrato de trabajo como el marco de la relación de trabajo y también definen al empleado y al empleador. La definición de empleador puede abarcar igualmente al contratista o a la agencia de empleo, y la ley puede imponer ciertas obligaciones al usuario del contratista o de la agencia de empleo.

74. En muchos países, la ley contiene una definición sustantiva del contrato de trabajo formulada de manera tal que establece los factores que constituyen dicho contrato y por ello mismo que pueden diferenciarlo de contratos análogos. En cambio, en otros países la legislación es más escueta, por lo cual la tarea de precisar cuándo

existe un contrato de trabajo corresponde en mayor medida a la jurisprudencia.

75. Básicamente, las legislaciones con definiciones sustantivas dicen que el contrato de trabajo es un acuerdo mediante el cual una persona se ofrece a realizar un trabajo para otra persona a cambio de una remuneración, bajo determinadas condiciones. Algunos factores son utilizados para establecer si un contrato es o no un contrato de trabajo. La descripción de tales factores es formulada con variantes, y con distinto grado de amplitud de un país a otro³.

La cuestión de la definición de la relación del empleado no resulta ser un ejercicio simple. Aunque se trata de un ejercicio de vital importancia para el derecho del trabajo comparado⁴. Ciertos factores son usados comúnmente como determinantes de la relación de trabajo: dependencia y subordinación o trabajo realizado bajo la dirección, autoridad, supervisión o control del empleador, o bajo las *órdenes o instrucciones del empleador*, o dadas por cuenta de éste⁵. Para efectos de este trabajo nos interesa referirnos a los primeros, es decir, a la subordinación y dependencia. Se ha señalado que en algunas legislaciones se usan los términos dependencia o subordinación de manera alternativa y en otras se emplean las dos con distinto significado o bien como sinónimos⁶.

³ OIT, La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006, Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, pp. 19-20.

⁴ Para una revisión en derecho comparado de la relación de empleo ver: CASALE, Giuseppe, (ed.) *The employment relationship. A comparative overview*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2011.

⁵ OIT, La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006, Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. p. 21.

⁶ OIT, La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006, Quinto punto del orden del día, Oficina Inter-

Hemos indicado en trabajos previos que la subordinación dice relación con un vínculo jurídico y que la dependencia con aspectos económicos de la relación de trabajo⁷. Por tanto este trabajo tiene por objeto hacer una referencia al vínculo jurídico que une a las partes en la relación de trabajo. Se postula que la subordinación como criterio jurídico sigue vigente no obstante las tensiones y las políticas públicas que se intentan promover en los últimos años. Determinar qué es la relación de trabajo resulta un ejercicio comparado complejo⁸. No obstante ello, intentaremos re-visitar a la luz de los cuestionamientos actuales en relación a la *gigeconomy* y en vista de la presión a desregular. En base a los argumentos que se emitirán se intentará sostener que la relación de trabajo sigue más vigente que nunca.

II. LA RE-VISITA A LA SUBORDINACIÓN

No debemos ser ingenuos. La subordinación como criterio determinante de la relación de trabajo no ha estado exenta de críticas. En la doctrina latinoamericana importantes trabajos se han escrito por Oscar Ermida⁹.

nacional del Trabajo Ginebra. p. 21.

⁷ WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las Relaciones Laborales*, t. 1 Derecho Individual del Trabajo, Librotecnia, Santiago, 2016, pp. 185-188.

⁸ Para una revisión en derecho comparado de la relación de empleo como se indicó ver: CASALE, Giuseppe, (ed.) *op. cit.*

⁹ Ver por ejemplo: ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, núm. 25, 2002, pp. 281-295; ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación. II Parte”, *Revista laboral chilena*, año , 2002, núm. 5, p. 61; ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación. I Parte”, *Revista Laboral Chilena*, año 2002, núm. 4, 2002, p. 67.

Así, por ejemplo, Ermida y Hernández han indicado: “El concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo fue propuesto, en los albores mismos de la formación de la disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoron el Diritto Positivo Italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador”¹⁰.

Sin embargo, los mismos autores constatan que en América Latina son pocas las leyes que definen la subordinación o dependencia¹¹. Lo que dificulta la tarea de la protección mediante un concepto que solo es definido mediante la jurisprudencia y por la doctrina.

Los desarrollos de las formas de trabajos atípicas o formas *no standard* de trabajo, en sus múltiples modalidades, incluyendo las más recientes como lo son las que se incluyen en la *gigeconomy* o industria 4.0, como se le quiera denominar, han producido un cuestionamiento sobre la validez de la subordinación como criterio determinante.

Todoli- Signes ha indicado en este sentido: “En todo el mundo, la principal característica que conduce a la protección de la legislación laboral es la existencia de una relación subordinada. El modelo actual de protección de los empleados gira en torno a la existencia de trabajo subordinado como la característica principal del contrato de trabajo. En la actualidad, al examinar el contrato de trabajo para averiguar si un trabajador es un empleado o un contratista independiente, los tribunales confían, de forma pre-

¹⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, núm. 25, 2002, p. 282.

¹¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, *op. cit.*, p. 283.

determinada, en la “prueba del derecho al control”¹². Este examen de pruebas al control es uno de los criterios que se ha identificado para determinar la existencia de la relación de trabajo¹³.

Una de las formas atípicas propias de la gigeconomy como lo es el transporte a través de aplicaciones como Uber ya había sido identificado en el año 2002 por Ermida y Hernández. Ellos indicaron al contrato de distribución o flete como una figura de derecho comercial que se ha convertido en una forma de externalizar el trabajo prestado¹⁴. Dicho en otras palabras la externalización de servicios como proceso de fragmentación de las empresas hoy toma nuevas formas a través de las plataformas digitales. Pero sigue respondiendo a un mismo fenómeno y, además, afectando de la misma manera a la subordinación.

Ermida y Hernandez acertadamente indican a este respecto que: “un nuevo criterio para definir la subordinación, debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo una circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, ya no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono”¹⁵. El hecho de estar en

¹² TODOLÍ-SIGNES, Adrián, “The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers”, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33, núm. 2, 2017, p. 245.

¹³ Ver OIT, La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006, Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

¹⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, núm. 25, 2002, p. 288.

¹⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 294.

forma permanente en el lugar de trabajo no necesariamente debe ser el determinante de la relación de trabajo.

Por otro lado, la existencia de un vínculo personal de trabajo ha sido desarrollado en un estudio comparado que pretendía crear un marco común de análisis en el derecho del trabajo entre la regulación inglesa y la de los países europeos. Así, Mark Freedland propone una nueva categoría de vínculo que denomina “Personal WorkingNexus”, el vínculo personal de trabajo¹⁶.

Las regulaciones actuales nos llevan a pensar en situaciones que se alejan del derecho del trabajo pero que por otro lado acercan categorías de trabajadores a su protección. El mejor ejemplo de esta situación límite lo constituye el trabajador autónomo económicamente dependiente de la legislación española. Categoría introducida en el Estatuto de los Trabajadores en el año 2007. De esta manera, reafirmando lo que indica Todolí-Signes sobre la subordinación en la gigeconomy, se puede argumentar que estamos en presencia de un nuevo tipo de dependencia¹⁷. Una dependencia económica aun más marcada que los periodos anteriores. En donde, la necesidad de obtener ingresos es más fuerte que la de un empleo estable.

A juicio de Todolí-Signes en relación a la determinación de la subordinación en la gigeconomy :

Al final, la falta de instrucciones dadas por el empleador no debe ser una razón para anular las disposiciones de la legislación laboral. Ni “subordinación” ni “dependencia” deben considerarse un sinónimo de “control”.

¹⁶ Sobre esta teoría ver FREEDLAND, Mark (2006) “From the contract of employment to the personal working nexus”, *industrial law Journal*, vol. 35, núm. 1, marzo 2006, pp. 1-29; FREEDLAND, Mark, *The personal employment contract*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

¹⁷ TODOLÍ- SIGNES, Adrián, “The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers”, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33, núm. 2, 2017, p. 255.

El control se refiere a las instrucciones que se le dan al empleado, en el sentido de administración que les dice a los trabajadores qué hacer y cómo hacerlo, pero la subordinación y la dependencia son términos mucho más amplios, que incluyen la dependencia económica (la falta de oportunidades para diversificar el riesgo) y la dependencia psicológica.

Dado que la nueva tecnología permite a las empresas proporcionar trabajo a terceros sin dar instrucciones directas, la tradicional “prueba de derecho a control” fácilmente podría dejar de brindar protección a los trabajadores que la necesitan tanto como a los trabajadores tradicionales. En este sentido, para proteger a los trabajadores de las vulnerabilidades, los tribunales no deben adoptar una “prueba de derecho a control” estricta, sino una interpretación intencional del contrato de trabajo¹⁸.

Si se considera los argumentos de este autor, pudiendo incluir un factor organizacional¹⁹, además de la subordinación jurídica y dependencia económica, no existe mucha diferencia en los trabajadores de categorías atípicas, y de la *gigeconomy*, con el trabajador típico a tiempo completo y contrato indefinido. De esta manera el elemento principal sigue siendo la subordinación, la que diferencia este vínculo jurídico de otros contratos como el arrendamiento de servicios. El problema aquí es cuando nos encontramos en situación de un falso trabajador independiente²⁰.

¹⁸ TODOLÍ- SIGNES, Adrián, “The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers”, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33, núm. 2, 2017, p. 266.

¹⁹ WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las Relaciones Laborales*, t. 1, Santiago, Derecho Individual del Trabajo, IIBrotectnia, 2016, pp. 185-188.

²⁰ Cuestión que escapa este trabajo por su extensión y que amerita un trabajo independiente.

Teniendo en cuenta lo expuesto observamos una tensión en relación a la importancia que se da hoy en día a la subordinación. Así entonces esta re visita de la subordinación que hemos hecho nos permite inferir rápidamente que la subordinación sigue teniendo un rol importante.

Nos queda pendiente el dimensionar si estas cuestiones teóricas representan un fenómeno que implique una transformación del mundo del trabajo, nos referiremos primero a la llamada *gig-economy* y luego a los empleos atípicos (*non standarsform of employment* en inglés).

Recientemente la OIT²¹ ha publicado en relación a la *gig-economy* lo siguiente:

Los negocios digitales, lo que a veces se denomina economía de “plataforma” o ‘gig’ economy, surgieron en la segunda mitad de la década de 2000 con el crecimiento de Internet, que ofreció nuevas oportunidades para la producción y prestación de una gama de servicios prestados a través de mercados en línea. Las plataformas de trabajo digital pueden tomar una variedad de formas, aunque es útil distinguir entre “crowdwork” y el “work on- demand via apps”. El Crowdwork generalmente se refiere a actividades o servicios que se realizan en línea e independientemente de la ubicación. Aunque algunos de estos trabajos implican el movimiento de trabajo de la economía fuera de línea a la economía en línea, en otros casos, son tareas nuevas que permiten el buen funcionamiento de las industrias basadas en la web, como la moderación de contenido en sitios de redes sociales. Catalogación de productos en línea y transcripción de videos de Youtube. Work-on-demand via apps se refiere a las actividades físicas y servicios que se realizan localmente; las actividades típicas incluyen transporte, entrega y servicios a domicilio. En estos casos, una aplicación se utiliza para hacer coincidir

²¹ *International Labour Organization, Informality and non-standard forms of employment, prepared for the G20 Employment Working Group meeting 20-22 February 2018, Buenos Aires, p. 10.*

la demanda y la oferta de trabajo dentro de un espacio geográfico particular.

Si bien el empleo a través de las plataformas laborales digitales sigue siendo pequeño, las estimaciones varían desde el 0,5 por ciento de la fuerza laboral en los EE. UU. Hasta el tres por ciento en Europa (con una definición más amplia). Se espera que el empleo digital se expanda en el futuro, a medida que más empleos - o tareas - pasar de la economía fuera de línea a la economía en línea. Sin embargo, este crecimiento no está exento de desafíos, en particular con respecto a la regulación y las condiciones de trabajo. Dada la naturaleza del trabajo en las plataformas de trabajo digital, los trabajos son ocasionales, con trabajo solo disponible cuando hay un trabajo o tarea específica que necesita un cliente. Por lo tanto, la mano de obra digital puede considerarse como una forma de empleo no estándar.

Los trabajos que han nacido bajo esta nueva forma de generar empleo son considerados como un nuevo campo para la regulación. Se ha propuesto de diversas maneras intentar regular un nuevo trabajo en una nueva revolución industrial. Pero su dimensión es bastante pequeña dentro de los mercados de trabajos como constata la OIT. Entonces, no se ve el gran impacto o fin del derecho del trabajo que muchos anuncian con la *gigeconomy*. Claro esta que se seguirá desarrollando la tecnología, ello dio origen incluso al derecho del trabajo, pero no se vislumbra su desaparición, sino todo lo contrario, su fortalecimiento.

Ello debido a que es posible encontrar que se ha aplicado el derecho del trabajo existente a estas relaciones contractuales digitales. Y más aun por que estos trabajadores poseen derechos individuales y colectivos²² de la misma manera que los trabajadores regulares. En realidad tienen acceso a los mismos derechos funda-

²² En este sentido DE STEFANO, Valerio, *Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach*, en *Industrial Law Journal*, vol. 46, núm. 2, July 2017, pp. 197.

mentales como cualquier persona y no le deben ser restringidos²³. Estos argumentos se están usando en forma más contundente en diversas legislaciones²⁴.

Por su parte, los empleos atípicos se han manifestación cada vez más frecuentemente. Se habla de una fragmentación del mercado de trabajo debido que este se va partiendo en pequeñas regulaciones de acuerdo a la categoría de trabajador que participa en él. También se ha ocupado el termino de mercado de trabajo fisurado²⁵. Esta fragmentación hay que entenderla en el sentido que ya no nos estamos refiriendo al ejemplo típico de relación de trabajo a tiempo completo y a duración indefinida. Existen hoy día relaciones de trabajo subordinado con otras características, a tiempo parcial o a plazos acotados.

La OIT en su informe del año 2016 ha establecido algunas tendencias mundiales en relación a los empleos atípicos²⁶. Enuncia que en más de 150 países, el uso promedio de empleados temporales en empresas registradas en el sector privado es del 11%, con cerca de un tercio de los países en torno a esta media. Mientras que las mujeres representan menos del 40% del empleo asalariado total, representan el 57% de empleados a tiempo parcial. Además muchas mujeres trabajan a tiempo parcial, ya que les per-

²³ *Idem.*

²⁴ Para ejemplos de estos usos ver: JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy, *Conditions of work and employment series*, núm. 94, 2018. Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, ILO, Ginebra.

²⁵ Ver WEIL, David, *The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, Cambridge, Harvard University Press, 2014; WEIL, David, "Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience", en *The Economic and Labour Relations Review* Vol. 22 no. 2, 2011, pp. 33-54

²⁶ Informe ILO, Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects, Geneva, 2016.

mite combinar el trabajo remunerado con las responsabilidades domésticas y de cuidado. El empleo ocasional es una característica prominente de los mercados laborales en los países en desarrollo, y ha crecido en importancia en los países industrializados. Por su parte, en los países industrializados, la diversificación del trabajo a tiempo parcial en “horas muy cortas” o trabajo “de guardia”, incluidos los contratos de “horas cero”²⁷ (sin horas mínimas garantizadas), tiene paralelos con el trabajo informal en los países en desarrollo. Por otro lado, los datos sobre el trabajo de agencia temporal (TAW) y otras relaciones contractuales que involucran a múltiples partes son escasos. En los países con datos disponibles, TAW abarca de 1 a más del 6 por ciento del empleo asalariado.

La situación en América Latina no dista de aquella a nivel mundial, y ha sido analizada hace ya bastante tiempo²⁸. Se ha sostenido que “durante la última década, América Latina experimentó un proceso de mejora significativa del mercado laboral, que se refleja principalmente en la reducción del desempleo, la creación de empleos, el aumento del salario real promedio y la formalización laboral. A pesar de estas mejoras, los países de la región todavía muestran déficits notables en materia laboral y en la generación y distribución de ingresos. La presencia de formas de empleo no estándar se suma al alto nivel de informalidad”²⁹.

²⁷ Sobre este tipo de contrato revisar: ADAMS, Abi y PRASSL, Jeremias, *Zero-Hours Work in the United Kingdom, Conditions of Work and Employment Series No. 101, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, International Labour Office*, Ginebra, 2018.

²⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización, subcontratación*, OIT, Lima, 2009.

²⁹ MAURIZIO, Roxana, *Non-standard forms of employment in Latin America: Prevalence, characteristics and impacts on wages, Conditions of Work and Employment Series No. 75 Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, International Labour Office*, Ginebra, 2016.

III. REGULAR O NO REGULAR: ESA ES LA CUESTIÓN DEL MOMENTO.

Una de las cuestiones más relevantes a las que se ve enfrentado el derecho del trabajo hoy en día son los embates por la desregulación. Esta tendencia se puede observar a distintos niveles.

En relación al derecho internacional del trabajo se ha mencionado que: “El hecho de que muchos convenios se ratifiquen en un grado (a veces muy) limitado y, por lo tanto, tengan un impacto mucho menor en el contexto nacional, fue uno de los motivos por los cuales los empleadores y muchas autoridades gubernamentales de OIT han tenido éxito en su llamamiento por menos regulaciones. Las cifras proporcionadas anteriormente en los últimos 40 años muestran claramente que la producción de regulaciones se ha reducido, para desesperación de los sindicatos en la OIT”³⁰.

Las posiciones en torno al rol de la regulación se han visto enfocadas en diversos tipos de trabajadores. Una de las cuestiones en donde se observa frecuentemente este debate es en torno a la economía informal, o como lo describe Williams la economía de las sobras, este autor indica: “La sobrerregulación del estado y los trabajadores en la sombra son vistos como un movimiento político capaz de generar una verdadera democracia y una economía de mercado competitiva y racional. Visto de esta manera, la persistencia y el crecimiento de la economía sumergida son el resultado directo de los altos impuestos, el exceso de regulación y la interferencia del estado en el mercado libre. El enfoque de política resultante es perseguir las reducciones de impuestos, la desregulación y la interferencia mínima del estado”. “Con menos regulaciones, la distinción entre trabajo declarado y sombra se debilitaría de modo que el reino declarado y el lugar sombreado se volverían inseparables, ya que todas las actividades se realizarían de la manera que ahora se llama trabajo sombra, aunque dicha actividad

³⁰ VAN DER HEIJDEN, Paul, “The ILO Stumbling towards Its Centenary Anniversary”, *International Organizations Law Review*, no. 15, 2018, p. 207.

se declararía trabajo ya que no lo haría. Ya no estará rompiendo ninguna regla”³¹. Estas posiciones resultan ser nuevas y corresponden a su vez a posicionamientos ideológicos en torno a la función que debe realizar la regulación del derecho del trabajo.

Por un lado el Fondo Monetario Internacional (FMI) hace un llamado a desregular. Esto ya que según dicha institución la desregulación de la protección del trabajo sirve para mejorar el funcionamiento de los mercados laborales.³² Sus análisis y estudios llevan bastante tiempo, de vez en cuando resurgen, así como también las críticas a esta postura.

Por ejemplo ITUC en el año 2014 ha señalado que “La mayoría de los programas de préstamos del FMI y el asesoramiento sobre políticas para los países europeos en dificultades económicas se han centrado principalmente en las reformas del mercado laboral, todo en la dirección de reducir las regulaciones y descentralizar la negociación colectiva. Las medidas adoptadas hasta el momento han llevado a una fuerte caída en la cobertura de la negociación colectiva y contribuyeron a la falta de recuperación a través de la compresión de la demanda agregada. A más largo plazo, incluso si uno cree en las proyecciones optimistas del FMI sobre el impacto de la desregulación del mercado laboral, las medidas no tendrán más que un ligero impacto en la mejora de las tasas de crecimiento de los países. Sin embargo, al reducir la protección de los trabajadores y el poder de negociación, empeorarán la desigualdad de ingresos. El severo debilitamiento de las instituciones de negociación colectiva también dificultará o imposibilitará el desarrollo de

³¹ WILLIAMS, Colin, *Confronting the Show Economy. Evaluating Tax Compliance and Behaviour Policies*, Edgar Elgar, UK, 2014, p. 68.

³² Por ejemplo revisar: CIMINELLI, Gabriele; DUVAL, Romain y FURCERI, Davide, *Employment Protection Deregulation and Labor Shares in Advanced Economies*, Research Department, IMF Working Paper, 2018, WP/18/186.

los enfoques cooperativos para superar la crisis y crear empleos que hayan resultado exitosos en otros países europeos”³³.

Coincidimos con la afirmación que “la desregulación, como en la forma de la simplificación del cumplimiento, puede ser una herramienta útil para ayudar a las empresas a comenzar de manera legítima. Si la carga regulatoria es alta y compleja para los negocios, entonces la desregulación tendrá un papel importante que desempeñar para enfrentar la economía sumergida en relación con problemas específicos que enfrentan tipos particulares de trabajo sombra. Por sí solo, sin embargo, el enfoque desregulador no es una opción viable porque daría como resultado una nivelación más baja que las condiciones de trabajo”³⁴.

Esta discusión en torno a regular o no regular se ha dado, también, dentro del debate doctrinario en Francia. En dicho país podemos encontrar algunas obras que tienden en criticar la función de la regulación desde diferentes puntos de vista. Se intenta mostrar y analizar la fuerte carga que tiene el empleador por parte de la legislación francesa³⁵. Ante eso lo que se busca es ya sea desregular o por otro lado simplificar. Por otro lado, una legislación que puede parecer muy simplista, porque no posee muchos textos, es la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, ella no deja de ser protectora bajo supuestos similares a los existentes en otras latitudes. Se ha estudiado la aplicación de

³³ ITUC Background Paper: Labour Market Deregulation Measures in IMF Loan Conditionality and Policy Advice for European Countries-15 June 2014

³⁴ WILLIAMS, Colin, *Confronting the Shadow Economy. Evaluating Tax Compliance and Behaviour Policies*, Edgar Elgar, UK, 2014, p. 69.

³⁵ Sobre estas discusiones en Francia ver: LOKIEC, Pascal, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, Paris; BADINTER, Robert y LYON-CAEN, Antoine *Le travail et la loi*, Fayard, Paris, 2015.

los principios protectores y de primacía de la realidad en dicho país³⁶.

La simplificación puede resultar útil cuando no afecta la esencia de la regulación. Por ejemplo cuando está referida a cuestiones menores de la administración³⁷. En definitiva, no hay una solución absoluta en torno a regulación o desregulación. Cada país debe ser analizado en forma separada para poder cumplir con el objetivo de proteger a los trabajadores de ese mercado laboral.

IV. UNA ALTERNATIVA DE SALIDA

Las cuestiones planteadas no resultan ser anodinas teniendo en cuenta las cifras de informalidad en el mundo. Cerca de un 60% del mercado de trabajo a nivel mundial se encuentra excluido de protección o posee una protección muy débil³⁸. La informalidad se encuentra presente de diversas maneras en todos los continentes.

Adoptar como política pública el objetivo de regular nuevas formas de trabajo por un lado resulta acertado, sin embargo el alcance de dichas políticas no cubren a grupos importantes de trabajadores. Desregular el mercado de trabajo, tal como algunos plantean puede que tampoco produzca el efecto protector deseado.

Lo que le interesa al derecho del trabajo y a las normas protectoras no ha cambiado con la aparición de los trabajos atípicos, ni con la *gigeconomy*. Sin embargo, el cuestionamiento sobre la

³⁶ Ver al respecto por ejemplo: GAMONAL, Sergio y ROSADO, César, *El principio de protección en el derecho norte-americano del trabajo*, Colección Ensayos Jurídicos, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

³⁷ WILLIAMS, Colin, *Confronting the Show Economy. Evaluating Tax Compliance and Behaviour Policies*, Edgar Elgar, UK, 2014.

³⁸ ILO, *Women and men in the informal economy: A statistical picture*, 3th ed., Geneva, 2018.

desregulación puede plantear un efecto no deseado si no se enfoca acertadamente.

En definitiva, aun con todos los cuestionamiento en torno a la subordinación. Este sigue siendo un criterio relevante al momento de establecer una legislación protectora. Ya que éste es necesario en las nuevas normas de trabajo, atípico y de *gigeconomy*. Además, es vital cuando se intenta regular o desregular. De esta manera, la subordinación no ha perdido relevancia sino que todo lo contrario. Sigue siendo un elemento básico fundamental en la determinación de la protección de los trabajadores, cualesquiera que sea su forma contractual.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, Abi y PRASSL, Jeremias, *Zero-Hours Work in the United Kingdom, Conditions of Work and Employment Series No. 101, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, International Labour Office, Ginebra*, 2018.
- BADINTER, Robert y LYON-CAEN, Antoine *Le travail et la loi*, Fayard, Paris, 2015.
- CASALE, Giuseppe, (ed.) *The employment relationship. A comparative overview*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2011.
- DE STEFANO, Valerio, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, en *Industrial Law Journal*, vol. 46, no. 2, July 2017, pp. 185-207.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar “Crítica de la subordinación”, en *Ius et Veritas*, núm. 25, 2002, pp. 281-295.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación. II Parte”, *Revista laboral chilena*, año 2002, núm. 5, p. 61.

- ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación. I Parte”, *Revista Laboral Chilena*, año 2002, núm. 4, p. 67.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización, subcontratación*, OIT, Lima, 2009.
- FREEDLAND, Mark, “From the contract of employment to the personal working nexus”, *industrial law Journal*, vol. 35, núm. 1., marzo 2006, pp. 1-29.
- FREEDLAND, Mark, *The personal employment contract*, Oxford, Oxford University Press, paperback, 2006.
- GAMONAL, Sergio y ROSADO, César, *El principio de protección en el derecho norte-americano del trabajo*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- International Labour Organization, *Informality and non-standard forms of employment*, Prepared for the G20 Employment Working Group meeting 20-22 February 2018, Buenos Aires.
- ILO, *Women and men in the informal economy: A statistical picture*, Third edition, Geneva, 2018.
- ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, Geneva, 2016
- ITUC, *Background Paper: Labour Market Deregulation Measures in IMF Loan Conditionality and Policy Advice for European-Countries*, 15 June 2014
- JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy, *Conditions of work and employment series No. 94*, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, ILO, Ginebra, 2018.
- OIT, La relación de trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006, Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.
- LOKIEC, Pascal, *Il faut sauver le droit du travail!*, Odile Jacob, Paris, 2015.

- MAURIZIO, Roxana, *Non-standard forms of employment in Latin America: Prevalence, characteristics and impacts on wages, Conditions of Work and Employment Series No. 75 Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, International Labour Office*, Ginebra, 2016.
- TODOLÍ- SIGNES, Adrián, ‘The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers’, en *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33, no. 2, 2017, pp. 241–268.
- VAN DER HEIJDEN, Paul, “The ILO Stumbling towards Its Centenary Anniversary”, *International Organizations Law Review*, no. 15, 2018, pp. 201-220.
- WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las Relaciones Laborales*, t.1, Derecho Individual del Trabajo, Librotecnia, Santiago, 2016.
- WEIL, David, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.
- WEIL, David, “Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience”, en *The Economic and Labour Relations Review* Vol. 22 no. 2, 2011, pp. 33–54.
- WILLIAMS, Colin, *Confronting the Show Economy. Evaluating Tax Compliance and Behaviour Policies*, Edgar Elgar, UK, 2014.

