

Ma

Manuales

Luis Lizama Portal
Diego Lizama Castro

El derecho del trabajo
en las nuevas tecnologías

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

EL DERECHO DEL TRABAJO EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

© Luis Lizama Portal - Diego Lizama Castro

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile
info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-7893

ISBN 978-956-9959-89-9

Primera edición, octubre de 2020

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

A Emilio Lizama Castro

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	5
CAPÍTULO I: EL DERECHO DEL TRABAJO.....	7
1. EL DERECHO DEL TRABAJO. UN DERECHO SINCRÉTICO.....	9
2. EL OBJETO DE REGULACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	15
2.1. Trabajo personal.....	15
2.2. Trabajo voluntario.....	16
2.3. Trabajo retribuido.....	16
2.4. Trabajo por cuenta ajena.....	18
2.5. Trabajo subordinado o dependiente.....	19
A) Concepto.....	19
B) La técnica para dilucidar la existencia de subordinación o dependencia.....	21
3. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	22
CAPÍTULO II: LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	25
1. LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	27
1.1. Conceptualización de la economía colaborativa.....	27
1.2. Características de la economía colaborativa.....	29
A) Se aprovechan de recursos infrautilizados.....	29
B) Se configuran, generalmente, como mercados de dos o más lados.....	30

C) Son innovaciones disruptivas.....	32
D) Utilización de internet para el uso de la aplicación	32
1.3. La economía colaborativa y mercados en que se encuentra presente	33
2. TIPOS DE ECONOMÍAS COLABORATIVAS	34
2.1. Economía colaborativa propiamente tal	35
2.2. Economía bajo demanda.....	35
2.3. Economía de acceso	36
CAPÍTULO III: EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	39
1. EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	41
1.1. El derecho del trabajo en la economía colaborativa propiamente tal, la economía de acceso y la economía bajo demanda	41
1.2. La economía bajo demanda según el ámbito comparado.....	43
A) Trabajo dependiente con aplicación del contrato común	44
B) Trabajadores dependientes con contrato especial	46
C) La “tercera vía”.....	49
D) Trabajador independiente.....	52
2. LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LAS ECONOMÍAS COLABORATIVAS	52
2.1. Las decisiones judiciales en el derecho comparado por la laboralidad	53
A) Ajenidad	53
B) Dependencia o subordinación.....	55
a. Existencia de potestad de dirección de parte de la plataforma digital.....	55
b. Unilateralidad de la fijación del contenido del contrato	57
c. Existencia de potestad disciplinaria de parte de la plataforma digital.....	57
d. Ingreso a la estructura empresarial de la plataforma.....	58
2.2. Las decisiones judiciales en el derecho comparado en contra de la laboralidad	59
A) Ajenidad.....	59
B) Dependencia o subordinación	60
a. Ausencia de potestad de dirección de parte de la plataforma digital	60
b. Libertad de jornada y lugar de trabajo	62
c. Ausencia de exigencia de exclusividad de servicios.....	63
d. Ausencia de potestad disciplinaria de parte de la plataforma digital	64

3.	LA POSICIÓN ECLÉCTICA	65
3.1.	La economía bajo demanda en los mercados de transporte	66
A)	Consideraciones preliminares de las aplicaciones que responden al criterio de economía bajo demanda en mercados de transporte	66
B)	El test de indicios o el <i>right to control test</i> en las economías bajo demanda en mercados de transporte	68
3.2.	La economía bajo demanda en los mercados de distribución de alimentos	72
A)	Consideraciones preliminares de las aplicaciones que responden al criterio de economía bajo demanda en mercados de distribución de alimentos.....	72
B)	El test de indicios o el <i>right to control test</i> en las economías bajo demanda en mercados de transporte	72
3.3.	La posición ecléctica es concordante con la jurisprudencia comparada y nacional.....	74
4.	EL PROBLEMA REGULATORIO	75
5.	EXCURSO. LA NULIDAD DEL DESPIDO Y EL PROBLEMA DE LA DECLARACIÓN DE RELACIÓN DE TRABAJO EN CHILE	78
6.	CONCLUSIONES	81
SEGUNDA PARTE: EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO		83
CAPÍTULO IV: EL TRABAJO A DISTANCIA.....		85
1.	EL DOMICILIO COMO LUGAR DE TRABAJO.....	87
1.1.	El trabajo en el domicilio	87
1.2.	El trabajo a domicilio o trabajo a distancia	88
A)	El trabajo a domicilio en el Código del Trabajo de 1931	88
B)	El trabajo a domicilio en el DL N° 2.200 de 1978.....	92
C)	El trabajo a domicilio en las Leyes N° 19.250 (1993) y N° 19.759 (2001).....	93
1.3.	El trabajo desde el domicilio o teletrabajo	94
2.	EL TRABAJO A DISTANCIA	95
2.1.	El trabajo a distancia como la versión moderna del trabajo a domicilio... ..	95
2.2.	El lugar de trabajo	97
2.3.	Los principios del trabajo a distancia	100
A)	El principio de voluntariedad.....	100
B)	El principio de igualdad de trato.....	100

2.4. Las modalidades del trabajo a distancia	102
2.5. Las formalidades del trabajo a distancia	102
2.6. Las estipulaciones del contrato de trabajo a distancia	104
A) Acuerdo explícito de modalidad de trabajo a distancia (numeral 1)....	104
B) El lugar o lugares donde se prestarán lo servicios (numeral 2)	105
C) La duración del contrato (o del acuerdo) de trabajo a distancia (numeral 3)	105
D) Los mecanismos de supervisión o control del empleador (numeral 4)	106
E) La jornada laboral (numeral 5)	107
F) El tiempo de desconexión (numeral 6)	107
2.7. La jornada laboral en el trabajo a distancia	109
2.8. Los gastos y costos del empleador en el trabajo a distancia.....	111
2.9. Los derechos colectivos del trabajador a distancia.....	112
 CAPÍTULO V: EL TELETRABAJO	 115
1. EL TELETRABAJO: TRABAJO DESDE EL DOMICILIO	117
1.1. El teletrabajo.....	117
1.2. El teletrabajo antes de la Ley N° 21.220	118
1.3. El trabajo remoto durante la crisis sanitaria producida por el COVID-19	119
1.4. Los elementos del teletrabajo	120
A) El elemento locativo	120
B) El elemento comunicativo	122
1.5. Los tipos de teletrabajo.....	124
A) Criterio locativo	124
B) Criterio comunicativo	127
1.6. Los principios del teletrabajo	129
A) El principio de voluntariedad.....	129
B) El principio de igualdad de trato.....	130
1.7. Las formalidades del teletrabajo.....	130
1.8. Las estipulaciones del contrato de teletrabajo o su anexo.....	131
A) Acuerdo explícito de modalidad de teletrabajo (numeral 1).....	132
B) El lugar o lugares donde se prestarán lo servicios (numeral 2)	132
C) La duración del contrato (o del acuerdo) de teletrabajo (numeral 3)	132
D) Los mecanismos de supervisión o control del empleador (numeral 4)	133
E) La jornada laboral (numeral 5)	134
F) El tiempo de desconexión (numeral 6)	134

1.9. La jornada laboral en el teletrabajo	134
1.10. Los descansos en el teletrabajo	136
A) El derecho a la desconexión digital en general	137
B) El tiempo de desconexión	139
C) El derecho a desconexión	139
1.11. Los gastos y costos del empleador en el teletrabajo.....	140
A) Proporcionar los equipos, herramientas y materiales del teletrabajo...	141
B) Financiar los costos de operación, funcionamiento, mantención y re-	
paración de los equipos.....	142
C) Cumplimiento de las obligaciones del empleador	143
1.12. La reversibilidad del teletrabajo	144
1.13. Las potestades del empleador y el teletrabajo	145
1.14. Los derechos colectivos en el teletrabajo	148
A) El derecho de sindicación	148
B) Los derechos a la negociación colectiva y a la huelga	149
C) Los pactos de condiciones especiales de trabajo	149
2. REGLAS COMUNES SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL	
TELETRABAJO.....	151
2.1. La salud y seguridad en el trabajo a distancia y el teletrabajo	151
2.2. Las obligaciones específicas del empleador en la gestión de los riesgos	
laborales.....	152
A) Comunicación de condiciones de seguridad y salud	152
B) Identificación y evaluación de las condiciones ambientales y ergonó-	
micas de trabajo	153
C) Desarrollo de un programa de trabajo.....	154
D) Implementación de medidas preventivas y correctivas	155
E) Cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud laboral	155
F) Información de riesgos laborales	155
G) Capacitación al trabajador	156
H) Entrega de los elementos de protección personal	157
I) Inclusión de prohibiciones al RIOHS	157
J) Evaluación anual del programa preventivo	158
K) Adopción de medidas de control y vigilancia.....	158
L) Respaldo documental de la gestión de riesgos laborales.....	159
2.3. Las prohibiciones impuestas al empleador.....	159
2.4. Las obligaciones del trabajador a distancia y el trabajador.....	160
2.5. La fiscalización.....	160

3. LA COBERTURA DE LA LAT A LOS TRABAJADORES QUE LABORAN EN LA MODALIDAD A DISTANCIA Y TELETRABAJO.....	161
TERCERA PARTE: DERECHOS FUNDAMENTALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL	165
CAPÍTULO VI: DERECHOS FUNDAMENTALES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL.....	167
1. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA EMPRESA.....	169
1.1. La constitucionalización del derecho del trabajo	169
1.2. Los problemas de colisiones de derechos fundamentales del trabajador y el empleador	171
1.3. El procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el derecho chileno	175
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES QUE PODRÍAN VERSE POTENCIALMENTE AFECTADOS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	177
2.1. El derecho a la no discriminación laboral	177
2.2. El derecho a la vida privada	179
A) El derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.....	181
B) La libertad informática de los trabajadores y el uso de sus datos.....	181
3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA POSICIÓN DEL TRABAJADOR.....	182
4. EL USO DE CORREOS ELECTRÓNICOS: LA CLAVE ES EL MECANISMO DE PONDERACIÓN	184
5. EL TRATAMIENTO DE LAS BASES DE DATOS: HAY QUE DISTINGUIR.....	189
5.1. La regulación de las bases de datos personales en Chile.....	189
5.2. El tratamiento de datos en el derecho del trabajo.....	191
A) Consideraciones preliminares	191
B) Tratamiento de datos y vulneración de derechos fundamentales.....	192
a. Los datos propiamente laborales	192
b. Los datos sensibles.....	194
c. Los datos públicos.....	195
BIBLIOGRAFÍA	199
DOCTRINA	199
JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA SOBRE ECONOMÍAS COLABORATIVAS.....	205

ABREVIATURAS

art. / arts.	: artículo / artículos
CA	: Corte de Apelaciones
CC	: Código Civil
COT	: Código Orgánico de Tribunales
CPR	: Constitución Política de la República de Chile
CS	: Corte Suprema
CdT	: Código del Trabajo
dir.	: director
D N° 273	: Decreto N° 273, de 1946, del Ministerio del Trabajo
DL	: Decreto Ley
DS N° 18	: Decreto Supremo N° 18, de 2020, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social
DS N° 40	: Decreto Supremo N° 40, de 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social
DS N° 594	: Decreto Supremo N° 594, de 2000, del Ministerio de Salud
DT	: Dirección del Trabajo o Director del Trabajo
ed.	: editor
<i>et ál.</i>	: y otros
IT	: Inspección de Trabajo o Inspector del Trabajo
ISL	: Instituto de Seguridad Laboral
LAT	: Ley N° 16.744 sobre Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
p. / pp.	: página / páginas

RIOHS	: reglamento interno de orden, higiene y seguridad
RUJ	recurso de unificación de jurisprudencia
SUSESO	: Superintendencia de Seguridad Social
TC	: Tribunal Constitucional
TRADE	: trabajador autónomo económicamente dependiente
vol.	: volumen

INTRODUCCIÓN

En sus orígenes el derecho del trabajo estuvo pensado para regular una forma de producción de bienes y servicios que tenía como principales rasgos: la maximización de la eficiencia de los trabajadores mediante la división sistemática de sus tareas y la organización racional del trabajo en secuencias y procesos, y la estandarización de la producción sobre la base de una cadena de montaje.

Este modelo *clásico* de producción tuvo como subproducto un trabajo estándar: estable y a tiempo completo. Y su expresión en el derecho laboral fue también un contrato estándar: de duración indefinida y a jornada completa.

Desde fines del siglo pasado, y por diversas razones (tecnológicas, económicas, culturales, demográficas y sociales), el trabajo ha devenido lentamente en inestable y de jornada parcial. Este cambio, imperceptible en alguna época, se torna especialmente radical y profundo con la incorporación de nuevas tecnologías de la información y la comunicación al mundo laboral, la automatización de los procesos productivos y la robotización de la economía.

Este libro quiere dar cuenta de este fenómeno. Para ello, se analizan tres desafíos del derecho del trabajo en el siglo XXI: la regulación del trabajo desarrollado en las economías de plataformas, la modalidad laboral prestada a través de medios informáticos o de telecomunicaciones y los medios de control y vigilancia propios de las nuevas tecnologías en el trabajo.

En cuanto al trabajo en plataformas, el difícil punto a resolver es la protección jurídica que se le debe otorgar a quienes prestan servicios per-