

Precariedad laboral y nuevas tecnologías

Depetris, Eduardo A.

Fecha: 29-nov-2020

Cita: MJ-DOC-15646-AR | MJD15646

Sumario:

I. De empleador a plataforma digital. II. Razón económica y precarización. III. Razón tecnológica y precarización. IV. Nuevo management y la precariedad laboral. V. Precariedad del recadero. VI. Caso Uber. VII. Trabajadores de plataformas y la recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la OIT. VIII. Desde la perspectiva de la actual legislación argentina -art 23 LCT-. IX. Fraude y simulación ilícita. X. Obras y trabajos consultados.

I. DE EMPLEADOR A PLATAFORMA DIGITAL

Se arriba al fenómeno de las plataformas digitales como consecuencia de una serie de decisiones económicas estructurales, tales como:

La respuesta a la recesión del año 1970, que había provocado la caída de los precios de manufacturas, debido a la competencia internacional que socavaba la rentabilidad de la industria de los E.E.U.U.

Esto induce a la primera potencia mundial a desechar el fordismo y asumir el modelo japonés del toyotismo, lo que trajo aparejada una fuerte precarización laboral debido a las reducciones de personal y el debilitamiento de las Asociaciones Sindicales; lo que se trasladó a una reducción de costos fijos, mayores ganancias y competitividad empresariales.

En el año 1990, como efecto de la caída de las «punto com.», el capital financiero ve disminuir sus réditos y apuesta a las telecomunicaciones, internet, etc., con lo que deja instaladas las bases e infraestructura de la economía digital debido al crecimiento exorbitante del capital fijo.

Luego con la crisis del 2008 y su abrupta baja de los intereses y rentabilidad habilitan la economía digital apostando a las compañías tecnológicas, como las «start-ups tecnológicas», organizaciones humanas de gran capacidad de cambio y desarrollo de productos o servicios de enorme innovación requeridos por el mercado.

Esta transformación acelera la desocupación, la flexibilidad laboral ya que se debilita la capacidad de negociación del trabajador que resigna derechos y garantías en su desesperación por subsistir.

En este momento aparecen las plataformas digitales las que ofrecen un trabajo ultra- precarizado, servil y ausente de derechos y garantías laborales.

II.LA RAZÓN ECONÓMICA Y PRECARIZACIÓN

Según Max Weber la abstención de la aplicación de la razón económica con anterioridad a que ella se impusiera no se debió a una cuestión jurídica, técnica ni económica, sino que fue solo ideológica, de donde dimana que es posible racionalizar la vida desde distintas perspectivas, puntos de vista y en diversas direcciones.

La característica determinante de la razón económica es su estrechez unidimensional, ya que solo tiene una consideración contable en base a la que ordena y planifica el logro de su objetivo económico; el hombre existe para el negocio y no a la inversa.

La única relación entre los hombres es el dinero, entre las clases la fuerza y con la naturaleza es instrumental.

Despoja al trabajo como al trabajador de calidad humana y el hombre convertido en cosa es solo un costo laboral.

El costo laboral, del trabajo de un ser humano, no considerado tal, debe ser calculable, previsible y preciso, de forma tal que le permita cuantificar el volumen, precio y ganancia por unidad de mercancía.

Por otra parte, calcula el rendimiento del trabajador y lo mide con independencia de su individualidad, calidad humana y motivaciones, o sea, despojado de su personalidad, fines, deseos; es una simple fuerza de trabajo intercambiable, comparable, que sirve a fines ajenos e independientes de él.

El trabajador es una realidad separada del trabajo y su vida cosificada depende de decisiones ajenas.

Para la razón económica, la actividad productiva carece de todo objetivo, ya que es un simple medio para ganar dinero, una especie de ganarse la vida dejando de formar parte de la vida. Dentro de esta misma razón económica, Friedrich Hayek, manifiesta:

«.que la locución Justicia Social carece de significado, debido a que se trata por su propia naturaleza de una afirmación indemostrable como cualquier afirmación de carácter negativo»;

« .que la apelación a la Justicia Social no servirá de inspiración a nuestro comportamiento»;

« .que la llamada Justicia Social es un intento de justificar moralmente lo que carece de justificación moral ya que se trata de un concepto incompatible con las normas de toda sociedad libre donde solo es lícito imponer normas que sean de universal aplicación»;

«.la Justicia en el sentido de sometimiento a normas de recto comportamiento es condición indispensable a la colaboración entre hombres libres»;

«.que quienes atacan la concentración de riqueza son incapaces de advertir que lo que crea la riqueza, no es el esfuerzo físico, ni el simple hecho de ahorrar e invertir, sino, la acertada orientación de los recursos hacia los empleos más productivos» (1).

Esta es la doxa de la razón económica que pretende sustentarse en una cierta ciencia, que, si lo es, más es una ciencia social, inserta en la vida, o sea, como lo afirma Arturo Orgaz en su libro de introducción al Derecho una ciencia que fija tendencia dentro de ciertos límites y está sujeta a valoraciones y significantes, por ser obra de los hombres.

Se trata más fundamentalmente de una racionalidad política que se ha vuelto mundial y que consiste en imponer por parte de los gobiernos, en la economía, en la sociedad y en el propio Estado, la lógica del capital hasta convertirla en la forma de las subjetividades y la norma de las existencias.

Toda crisis económica, como la de 2008, se interpreta en los términos del sistema y solo recibe respuestas que sean compatibles con el mismo.

La ausencia de alternativas no es tan solo la manifestación de un dogmatismo en el plano intelectual, sino la expresión de un funcionamiento sistémico a escala mundial.

III. RAZÓN TECNOLÓGICA Y PRECARIZACIÓN

Las nuevas tecnologías provocan una fuerte precarización general no solo en el campo laboral, sino también en el psíquico y social; imponiendo en el mundo del trabajo incertidumbre y miseria económica; a su vez la globalización del universo laboral trae como consecuencia el trabajador migrante, condiciones más desfavorables para el trabajador.

La aparición de los robots, presentados como símbolo de progreso es causa de desesperación de los obreros que no saben si tendrán trabajo y si podrán mantener su prole.

Larry Page, citado como intelectual de Silicón Valley por el filósofo Franco Berardi, afirma que de colocar en el mercado Google todos los adelantos científicos que tiene en su poder desaparecerían la mitad de los trabajos del mundo.

La precarización y falta de puestos de labor no es solo un problema para los trabajadores simples, rústico, poco sofisticados; lo es también para profesionales técnicos, intelectuales.

Ello se debe a que la big-data con su poderosa capacidad de acumulación de datos, los que a su vez los elabora, produce síntesis logrando conclusiones convierte a profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros etc. en innecesarios.

A su vez la razón económica imperante acelera vertiginosamente la actividad humana para lograr mayor productividad y beneficios.

La actividad humana a la que nos referimos es la actividad de la mente, la que en su presteza es limitada frente a la presura de la máquina.

Esta circunstancia tiene instalado el riesgo de que todas estas personas se conviertan en excedentes de la estructura lucrativa, siendo así el nuevo sino de la precariedad.

Las exigencias de la sociedad competitiva, frente a las limitaciones humanas, estimulan un colapso inevitable de precariedad psicológica, que el jornalero y los profesionales, etc. están obligados a soportar y su naturaleza no está preparada para ello.

De esta realidad dimana que la flexibilidad y la precariedad laboral conviven con la tecnología del trabajo. Se provoca también la fragmentación del trabajo, del tiempo de trabajo; ya que la empresa

no requiere más al trabajador permanente, ahora demanda solo fragmentos temporales de su trabajo que la red combina.

Este incremento de la precarización en el trabajo es causa de la miseria económica, psíquica, de la exclusión social, del trabajador desesperado, del trabajador migrante, etc.

Esta verdad agravó la fragilidad ocasionada en el fin de la industrialización, con la desterritorialización social, productiva y cultural, que ya había motivado una fuerte precarización laboral, de la subjetividad y social (2).

El jurista Francés Alain Supiot, sobre la misma razón y su incidencia en el Cosmos del Trabajo, categoriza el fenómeno como «revolución informática» y afirma que esta transformación ejerce poder sobre el cuerpo y el cerebro del trabajador precarizado carente de derechos y garantías y, amén de ello, provoca cambios en las instituciones.

El Mundo del Trabajo pasa de la mano de obra al cerebro conectado y la relación de dependencia no se caracteriza ya por obedecer órdenes, sino que ahora cumple objetivos asignados por una plataforma y debe reaccionar al tiempo real de la señal digital; ergo, se le impone un nuevo «taylorismo» más deshumanizante.

El dominio del «taylorismo» antes se ejercía sobre los cuerpos, ahora se extiende al cerebro organizando el trabajo del ser humano con un modelo de computación; de tal forma que cruzamos de la nuda subordinación a la gobernanza de los números, que proponen al sujeto, mediante un indicador de rendimiento, el logro de objetivos inalcanzables que colocan mayores riesgos en la salud del dependiente.

Esta transmutación no solo generaliza nuevas técnicas, también desplaza el centro de gravedad del poder económico, el cual, pasa de la propiedad de los medios de producción al intelectual sistema de información.

El Estado de Derecho es sustituido por el mercado de derecho, cuyo único paradigma es el cálculo de utilidad y la cosificación del ser Humano, el que es usado y luego descartado. El cómputo económico no se encuentra sujeto, regido por el derecho, antes bien, la legitimidad discurre bajo el paradigma económico y las garantías de los trabajadores son un obstáculo para los menores costos y competitividad; de tal forma que nuevamente el rédito económico ocasiona mayor precariedad laboral.

A ello debemos anejar que el Estado en general ha perdido su control de la moneda, de las fronteras económicas, de la tasa de cambio, por lo que se encuentra desvalido, inerte para frenar la flexibilidad y precarización del trabajo.

Al trabajo mercantilizado se lo encubre mediante una encala lingüística de trabajador independiente, emprendedurismo, pequeñas cooperativas, economía colaborativa; cuyo objetivo principal es desdibujar la distinción entre trabajador independiente y subordinado para lograr zafar de la calidad fraudulenta de sus conductas.

La intermediación de la plataforma informática entre el trabajador y el usuario no es una renovación del trabajo informático, es solo un fraude laboral.

La mudanza del régimen de derecho al cumplimiento de objetivos, nos retrotrae a la figura medieval de la «tenencia servil», del vasallo del patrón, solo que ahora el ser humano lo es de la herramienta informática, que permite al propietario o poseedor del sistema el vasallaje, ya que contrata del trabajo de otros, sin dar órdenes, señalándole los objetivos a cumplir y el tiempo en que debe realizarlos.

La trama de la razón económica e informática determinan las normas que rigen la relación de trabajo, exigiendo al dependiente reactividad, disponibilidad sin horario ni descanso; de forma tal, que extienden el dominio sobre el trabajador mercantilizado a todo lugar y momento, violando todo marco de espacio temporal compatible con su ritmo biológico y los Derechos Humanos que los amparan. Como secuela de ello se denosta la supervivencia del tiempo social e incrementa la comercialización de la vida (3).

En la década de 1990 André Gorz reflexiona sobre este mismo tema indicando, fundado en estadísticas, que la transformación técnico económica en curso hace imposible el pleno empleo, ya que el nuevo modelo de organización del trabajo provoca mayor flexibilidad económica debido a que con igual capital y mano de obra logra mayor producción y ganancias. -

De ello deduce que esta transformación es la causa eficiente de la imposibilidad del pleno empleo, o sea que el 95% de la población activa tenga una ocupación estable, a tiempo completo y por toda su vida, ya que produce la disminución permanente del trabajo duradero, e incrementa el temporal, precario, a tiempo parcial e incluso con el relato de aprender oficios y profesionalizar los jóvenes aparece el trabajo gratuito.

La mano de obra desocupada no solo será la menos cualificada, también abarcará a profesionales y será común moverse permanente entre el desempleo y subempleo.

Como con un volumen cada vez menor de trabajo se produce mayor nivel de riqueza, solo se crearán ocupaciones suplementarias, que carezcan de valoración económica.

Esta realidad refuerza el poder negocial del empleador frente al dependiente, o al aspirante a una colocación.

La sociedad queda así dividida entre los que tienen una remuneración suficiente, los que tienen una insuficiente y los excluidos del sistema.

André Gorz reflexiona: «si con menor volumen de trabajo se produce igual o mayor riqueza, parece lógico que el trabajador perciba la misma remuneración por igual riqueza producida» (4).

IV. NUEVO MANAGEMENT Y PRECARIEDAD LABORAL:

Toda esta realidad se halla signada por el nuevo «management», una nueva técnica de dirección y gestión de empresa, para la que no cuentan las teorías, solo cuentan los resultados, y para lograrlos

introduce nuevas formas de organización, de instrumentos de contabilidad, etc., y distintas jerarquías dentro de la empresa, que no está emplazada en un lugar determinado, sino que se encuentra fragmentada.

Esa segmentación permite a la compañía principal ensamblar las fracciones producidas por el resto de las empresas subsidiarias y tercerizadas las que a su vez están separadas entre sí y son prescindibles.

Se trata de una estructura empresarial en red, cuyo significativo amo es relativo y móvil, dependiente de las demandas del mercado.

Se facilita así el uso de las plataformas que se pretende sustituya falazmente a la organización empresarial ajena a la que ingresa y presta servicios el trabajador.

Con la interposición de la APP se trata de negar la existencia de los derechos que amparan a los dependientes con un velo lingüístico engañoso.

Los datos se manejan con las plataformas que no son más que infraestructuras digitales que permiten a dos o más grupos interactuar.

Este nuevo modelo de tráfico se enfoca en la extracción y uso de los datos, su nueva materia prima, recurso que extrae, reconfigura, usa y comercializa de diferentes formas.

Las plataformas dependen de los efectos en red y cuantos más usuarios tiene más valiosas son y más preciso se vuelve el algoritmo, esto es, ese conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer un cálculo y hallar la solución de un tipo de problemas, de utilidad para los usuarios.

Las APP son presentadas por sus comercializadores como escenarios neutrales, más la interacción de las plataformas controlan las reglas de juego y la mano invisible del algoritmo contradice el discurso de la economía colaborativa.

Las plataformas que proveen servicios, sin ser dueños de un capital fijo, ya que el único activo fijo relevante es el software. Operan a través de un modelo hipertercerizado y deslocalizado, son las que explotan con más intensidad a los trabajadores y los mantienen en una precariedad profunda.

Todas estas realidades construidas en base a decisiones económicas montadas en la transformación tecnológica, demuestran que nos deslizamos a la automatización del trabajo, al desempleo crónico a nivel global, a un ejército de excluidos y de migrantes a nivel crítico.

Mediante la aplicación APPS se permite al usuario realizar uno o más tipos de trabajos, poniendo en contacto a personas que ofrecen cosas, bienes, servicios, etc., con otras que los necesitan; siendo la plataforma solo una mediadora, un instrumento neutro para un eufemísticamente «intercambio colaborativo», cuando es solo un instrumento de lucro para su propietario.

Este sistema (o más bien sus beneficiarios) afirma que nos muestra el reemplazo de la economía de propiedad por la economía de acceso, se trataría de un sistema mixto entre economía de mercado y economía colaborativa, donde comprar, vender o alquilar adquieren el significado de compartir, sin dejar de ser lo que son, simple mercadeo con el fin de lograr una ganancia.

Detrás del generoso y exitoso «negocio colaborativo», se encuentra el capital financiero concentrado, que de esa forma elimina de hecho las garantías y derechos de los trabajadores, las cargas sociales, los seguros médicos, etc., e incrementa la precariedad.

Las plataformas se auto enmarcan como actividad tecnológica, pero no son más que tecnologización de actividades, negocios preexistentes, ya que el trabajo es el mismo, quien lo realiza también -el subordinado-; no se trata de ninguna invención, ni creación de nuevos puestos de trabajo, ni transformación radical de un proceso de producción, es solo mayor precarización laboral, de trabajos que ya existían y muy publicitada de manera artificiosa.

Las plataformas no son más que una nueva salida creativa del «mercado» que con su naturaleza especulativa se apodera de la oferta de bienes y servicios y mediante la propaganda mangonea la demanda y administra los precios. Pretende desnaturalizar fraudulentamente la condición de trabajador dependiente, mediante la denominación contractual evasiva de emprendedor, emprendedor de sí mismo, microempresario, afirmando la falsedad de que toman decisiones, asumen riesgos, usan las plataformas como herramientas a su servicio y hacen crecer su propio negocio.

La O.I.T. al respecto afirmó:

«en lugar de decir que las plataformas no están reguladas, resulta más exacto decir que las plataformas digitales de trabajo se regulan a sí mismas.».

Para que el trabajador sea independiente se requiere que sea libre del control de la empresa, que su trabajo no sea controlado por otro, tener un negocio propio e independiente y que la ganancia sea para él, no para el propietario de la plataforma.

V. LA PRECARIEDAD DEL RECADERO

El capital social del recadero es una bicicleta, un teléfono celular y muchas necesidades económicas y sociales.

En la relación entre la plataforma, los restaurantes y los clientes, es un ausente con presunción de fallecimiento; el eufemismo de empresario soterra la función de recibir las ordenes, de retirar de un restaurante u otro tipo de negocio un recado y llevarlo a un domicilio determinado, en un tiempo determinado, por una paga.

El propietario de la plataforma fija el precio que abona al proveedor, el que cobra al receptor y del servicio del mandadero; en síntesis, el laborioso no forma parte de la relación entre la plataforma, los restaurantes y los clientes, solo lleva el encargo y cobra por ello, y el dueño del soporte tecnológico lucra con su trabajo.

Los frutos del negocio los administra el titular de la APP, a través de la que usa un poder sancionador que ejerce en forma efectiva, sin control, ni derecho de defensa, sin notificar, solo con bloquear la aplicación y en caso de que rechace algún pedido se le da una menor valoración de excelencia, lo que trae como consecuencia la imposibilidad de acceder a las mejores zonas y franjas horarias. A la precariedad de las condiciones contractuales y salariales debe anexarse la peligrosidad inherente al

trabajo, la nula inversión en prevención, riesgo del trabajo ya que esos empleadores no asumen ninguna responsabilidad, ni control de la prestación, con una absoluta ausencia de vigilancia en la salud del dependiente, lo que se agravó con la crisis del Covid-19.

La subordinación a la empresa es de un 100%, durante toda la jornada, ya que ella determina cuándo, dónde y cuánto gana, además usa los datos obtenidos de su dispositivo o computadora para identificarlo, describir su ubicación física, localizarlo en tiempo real, kms. recorridos etc., a ello debemos anexionar que encubren el despido desenchufándolo de la aplicación y que se les suele colocar un geolocalizador que les permite un control efectivo y continuo.

No se trata de un trabajador autónomo, ni de una auto-organización empresarial, es una hetero-organización de la prestación de servicios, dirigidos dentro del ámbito de la empresa que percibe sus beneficios, organiza y dirige el negocio.

El recadero carece de poder de decisión sobre su actividad, no tiene autonomía negocial en relación a los proveedores, ni fija los precios; a ello debe agregarse que no existe ajenidad ya que el titular del implemento digital es el que se relaciona con las partes y fija los precios.

De ello deducimos que se trata de una prestación, en principio y formalmente voluntaria, retribuida y por cuenta ajena, dentro del ámbito de una organización perteneciente a otra persona.

Todo ello sin perjuicio de que se firmen contratos de naturaleza civil o comercial, en los que se den calificaciones a las tareas, tales como libre, totalmente libres, trabajador autónomo.etc., ya que se tratará de simples valoraciones, cuando los hechos demuestren que la naturaleza de las tareas se condice con una relación de dependencia.

VI.EL CASO UBER

Dentro de la misma razón empresarial se encuentran insertos los choferes de «UBER», puesto que los propietarios de plataformas explotando el negocio del transporte afirman que se trata de empresarios autónomos a los que les facilita relacionarse con sus clientes, por lo tanto, no existe relación de trabajo, reiterando la parafernalia argumental usada en esta materia para los recaderos.

La relación entre Uber y sus choferes es de trabajo, en tanto y en cuanto se trata de un servicio de intermediación en el transporte de personas, amén de ello es un servicio de envergadura global y no una mera sociedad de información como se la presenta, a fin de evadir responsabilidades laborales, impositivas, etc. e incrementar ganancias.

Uber es una aplicación de servicios, que vende transporte de personas, usa tecnología en un despacho de taxis, utiliza esa herramienta para organizar su sistema productivo, en el que el conductor del automóvil es indispensable para el logro del objeto social, para el logro de su actividad principal.

Los choferes de Uber son trabajadores dependientes puesto que al igual que los recaderos se dan todos los elementos de la relación de trabajo desde el análisis de la realidad objetiva, por razones de brevedad nos remitimos a lo ya expresado «ut-supra».

Por otra parte, se encuentran encuadrados dentro de los indicadores de que determinan la existencia de relación de trabajo previstos en la recomendación 198 de la O.I.T

VII - TRABAJADORES DE PLATAFORMAS Y LA RECOMENDACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 2006 (NÚM.198) DE LA O.I.T.

Consideramos que este tipo de nexos se encuentran en el marco de una relación de trabajo desde la perspectiva de esta recomendación, ya que:

- A) Como se relató en párrafos que anteceden los hechos relativos a la ejecución de la labor conciden con la naturaleza jurídica del trabajo bajo relación de dependencia;
- B) Lo realiza por una contraprestación en dinero, o sea por una remuneración;
- C) El arreglo contrario a la realidad fáctica, solo interpone entre el titular del negocio y el trabajador una herramienta informática que imparte las instrucciones de los objetivos a lograr, de acuerdo a los intereses de su titular;
- D) Se dan todos los indicios que permiten consagrar la presunción legal de la existencia de laboralidad mediante uno o varios indicios;
- E) Son evidentes la subordinación y la dependencia; ergo, es una relación de trabajo dependiente;
- F) El hecho del trabajo se desarrolla según las instrucciones y bajo el control de la plataforma digital que es propiedad del beneficiario del negocio;
- G) El trabajador es indispensable en la organización de la empresa, al efecto del logro de su objetivo como tal, ya que sin él no podría obtenerlo;
- H) La faena debe ser ejecutada personalmente por el chofer o recadero, dentro de un horario determinado, en el lugar indicado o aceptado por quien la fija;
- I) La labor es de cierta duración, alguna continuidad, y requiere la disponibilidad del trabajador;
- J) Se abona una remuneración periódica al obrero, la que constituye su única y principal fuente de ingresos;
- K) El trabajador no corre con los riesgos del negocio; sus riesgos son el peligro de su actividad y la falta de inversión del titular de la herramienta digital en riesgos de salud, etc.-

Como puede apreciarse, están presentes en los casos analizados en este trabajo la mayoría de los parámetros de laboralidad, propuestos por la O.I.T., en su recomendación 198; por lo tanto, no existe duda de que se trata de trabajadores dependientes, más allá de la «inocente» doxa con la que presentan el fraude (5).

VIII - DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN ARGENTINA -art 23 L.C.T.-:

En la República Argentina nuestra Constitución Nacional en su art. 14 bis., determina que «El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor.»; de lo que deducimos, nos encontramos ante un paradigma imperativo que protege todo trabajo realizado bajo relación de dependencia.

A su vez regula esta actividad la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) y en su art. 23 , establece una presunción respecto a la existencia de contrato de trabajo por el hecho de la prestación de servicios, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Agregando que esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva establece:

«Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia».

En este orden, las presunciones a favor del trabajador, o sea, esas ficciones legales fundadas en el principio de la verdad objetiva que emanan del art. 23 LCT en análisis, solo buscan compensar formalmente las disparidades que obran en la realidad. Probado por el actor las tareas realizadas en la esfera del negocio e interés de otro, cabe a este acompañar la prueba en contrario, de no ser así no se desactiva la presunción, la inferencia, por ello se trata de un contrato de trabajo.

Debe tenerse primordialmente en cuenta las concretas modalidades derivadas de los elementos de hecho, que en cada ocasión concurren.

«En caso de que las modalidades de la relación demuestren una marcada subordinación económica, se dispara también la presunción y no corresponde excluir la posibilidad de considerar configurada una relación laboral» (6).

Si acaece que el trabajador estuviese inscripto como autónomo y como contribuyente para el pago del impuesto a las ganancias y frente a la efectividad de la prestación de trabajo, atento al principio de primacía de la realidad, dichas máscaras no influyen para la consideración de la real naturaleza jurídica de la vinculación que une a las partes ya que suele ser una exigencia formal del verdadero empleador, al efecto de evadir las normas imperativas que regulan el contrato de trabajo.

Lo que tipifica el contrato de trabajo no es la continuidad de la prestación, pues, aun cuando ésta sea discontinua, si el trabajador es un elemento normal de la empresa se configura un contrato de trabajo por tiempo indeterminado; ergo, no puede oponerse esta circunstancia para evadir la presunción del art.23 L.C.T.

Tampoco permite eludirlo el hecho de que el recadero, taxista, remisero o fletero sean propietarios de los vehículos que usan para la prestación laboral, ya que se coloca la herramienta de trabajo al servicio de una empresa u organización productiva ajena, por una remuneración, permitiendo el logro del objetivo empresarial de otro; siendo irrelevante que asuma los riesgos y gastos de su vehículo, para privarlo de su condición de dependiente y convertirlo en un verdadero empresario,

ya que el dato relevante es si se encuentra inserto o no en la organización empresaria ajena, amén de ello, el poner a disposición de esta su instrumento de trabajo, es lo que posibilitó consiga la ocupación.

En efecto, está fuera de discusión que el actor prestó servicios para la demandada, en el establecimiento explotado por ésta, lo que hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, aun cuando -como en el caso- se invoquen figuras contractuales no laborales para caracterizar el contrato.

Se falló al respecto: «...el actor no estaba obligado a probar la existencia de dependencia jerárquica pues, el reconocimiento de la prestación de servicios torna operativa la presunción indicada y obliga al demandado a aportar la prueba tendiente a desvirtuar tal extremo» (7).

Como se advierte en esta decisión Judicial, en virtud de la presunción referida era la demandada la que tenía la carga de desacreditar la versión del actor y de demostrar que éste era un empresario o que el vínculo obedecía a una causa no laboral.

Si se pretende encubrir el vínculo bajo el ropaje de una «locación de obra» y nos tropezamos con un operario que se desempeñó a cambio de una remuneración por tiempo de trabajo, con sujeción a un horario, características estas que resultan típicas de un contrato de trabajo, nos hallamos frente a un obrero bajo relación de dependencia. Si el prestador de servicios los realiza en forma personal e infungible y se encuentra sometido a los objetivos definidos por la APP, la que a su vez fija el precio al proveedor y al receptor y la comisión por la tarea realizada, siendo la beneficiaria de los frutos de su trabajo, nos hallamos ante la operatividad de la presunción legal en análisis; por esa razón, se colige nos hallamos frente a una relación laboral y en todo caso, incumbe a la empresa propietaria de la plataforma digital acreditar el carácter autónomo de los servicios del subordinado.

La mera invocación de una figura contractual no laboral como la de empresario independiente, emprendedor, emprendedor de sí mismo, etc., no es suficiente para desvirtuar los efectos de la apuntada presunción; ya que si no organizaba ni dirigía su propia actividad, sino que prestaba sus servicios personales conforme a la organización y dirección impuestas por la empresa propietaria de la APP, sin asumir riesgo personal alguno y a cambio de una retribución, llegamos a la conclusión que las características de la prestación revelan que no se trata de un prestador «autónomo» (extremo indispensable para desarticular los efectos de la presunción que emana del art. 23 de la LCT), sino que prestaba sus servicios personales insertos en una organización empresaria ajena, conforme a las pautas de trabajo impuestas por autoridades de aquélla, sin asumir riesgo personal alguno.

La Cámara VII del Trabajo resolvió:

«El ordenamiento jurídico tutela a través de RCT art. 4, al trabajo como 'actividad lícita', que 'tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí'. «el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la tierra» («Laborem exercens», p.12).

«La tutela del trabajo y del trabajador se conecta con su esencia y con su dignidad humana, no con un menoscabo ontológico de su naturaleza, con incidencia en el ámbito legal. La sociedad tutela al trabajador porque es un ser digno.».

«Corresponde al actor demostrar la veracidad de las expresiones vertidas en su escrito inicial a través de los medios que le ofrece el ordenamiento adjetivo, incluidas las presunciones. Las presunciones jurídicas integran las ficciones mediante las que el Derecho interpreta la realidad para consolidar la Justicia. Las mismas «cumplen una función positiva en cuanto permiten aludir resumidamente a un conjunto de conductas o de normas, cuya descripción es a menudo tediosa o difícil» (8).

«Presume el contrato de trabajo a partir de la realidad de las tareas realizadas para un tercero a quien le corresponde demostrar que han sido prestadas en el marco de una relación jurídica diferente al contrato de trabajo. Si no prueba tal causa, el contrato de trabajo queda demostrado. El peso de la prueba se reparte ya que quien se describe como trabajador debe demostrar las tareas cumplidas para quien califica de empleador, debiendo éste demostrar la causa jurídica por la que las ha recibido, distinta al contrato de trabajo».

«En este caso el actor ha demostrado las tareas prestadas y el demandado no ha demostrado que fueron realizadas por una causa jurídica distinta al contrato de trabajo. Entonces, entre las partes ha existido un contrato de trabajo».

«El demandado, al negar la relación laboral, ni siquiera cuestiona las tareas realizadas por las actoras, por lo que cabe aplicar la presunción de RCT art.23, concluyendo que entre aquéllas y los demandados ha existido contrato de trabajo».

«Es un viejo elemento del Derecho Laboral la inversión de la carga de la prueba a partir de que el pretensor ha demostrado la relación laboral. Por dicho traslado negativo, la carga de demostrar lo contrario a lo afirmado por el trabajador corresponde al empleador. Si así no lo hiciera, debe afrontar las consecuencias de no haber cumplimentado la carga que pesaba en su esfera: entre tales consecuencias, tener por cierto el dato descripto por el trabajador».

«En este caso, se debe tener por cierto el lapso de la relación y el monto salarial invocados».

Del voto del Dr. Rodolfo Ernesto Capón Filas con adhesión de los Dres. Juan Carlos Fernández Madrid y de la Fuente (9)

IX FRAUDE - SIMULACIÓN ILÍCITA:

Estos enredos engañosos, que tienden a burlar los derechos de los trabajadores se encuentran regulados expresamente en el art. 14 LCT que regula las situaciones de simulación y fraude, estableciendo imperativamente que será nulo todo contrato en que las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea, aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o cualquier otro medio. En tal caso la relación quedará regida por esta ley, la L.C.T.

Debemos tener presente que las hipótesis señaladas no son una enumeración taxativa de supuestos ya que el «o cualquier otro medio», deja abierta la posibilidad a la configuración de otras conductas amañadas que se usen para evadir en cumplimiento de la ley de los trabajadores.

Rudolf von Hering enseñaba que toda la habilidad desplegada por el legislador para proteger la ley puede ceder ante las artimañas que la vida emplea para violarla, minarla y hacerla sucumbir.

Cuando se evaden normas imperativas, que el empleador está obligado a cumplirlas, pero también determinado no hacerlo, al efecto de evadir la responsabilidad del incumplimiento, el que pretende no resulte tal, estamos ante una conducta fraudulenta.

Cuando las partes concluyen un negocio jurídico verdadero y lo disfrazan, lo ocultan bajo una forma diversa para que su efectiva naturaleza permanezca secreta, estamos ante una simulación relativa. “La figura aparente del negocio solo sirve para engañar al público, pero detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros; hay, entonces, en ese ejemplo, un negocio solo aparente o simulado y otro, distinto, real y disimulado» (10).

Esta apariencia evasiva es ilícita, porque es un medio de eludir la ley, es un medio de ocultar su violación, su oposición a la norma imperativa que regula esa relación jurídica.

«La importancia especial de la adopción de figuras contractuales no laborales como tipo de simulación ilícita consiste en ser la más radical de las figuras de aquella porque, si logra éxito, consigue la evasión total del Derecho Laboral imperativo y no meramente de alguna parte de las normas imperativas».

«En la simulación, explica Ferrara, la ocultación ni pone ni quita al negocio realizado: apartado el velo engañoso, queda el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda y escueta; y si el negocio resulta en contradicción con una ley prohibitiva, se tendrá un contra legem agere, no un «in fraudem legis agere». la simulación más que un medio de eludir la ley, es un medio de ocultar su violación (11).

Como vemos el acto simulado, unilateral o bilateral, es nulo y eliminado el velo engañoso surge la realidad, a la que debe aplicarse la norma específica dictada por el legislador para ese negocio jurídico, o sea la declaración o acuerdo de voluntades, mediante el cual el individuo o los individuos se proponen conseguir un resultado jurídico de carácter autorregulador de los propios intereses, que el ordenamiento jurídico reconoce y protege, ya sea por el solo hecho de la voluntad o voluntades.

Con referencia al fraude, tenemos que se trata de una ingeniosa elección de caminos desviados, con el objetivo de lograr el incumplimiento de normas imperativas, evitando toda sanción y responsabilidad, ya que otras normas mañosamente elegidas parecen consentirlo. El negocio fraudulento, es un negocio real indirecto que tiende a conseguir combinando diversos medios jurídicos, seriamente realizados, el mismo resultado que la ley prohíbe o al menos uno equivalente.

Frente a esta situación, consideramos, el Juez ha de aplicar la ley, no en la letra, sino según su espíritu, su bien jurídico protegido, negando eficacia a esos negocios que si bien no son prohibidos directamente producen un resultado vedado.

Al respecto Ferrara afirma que el Juez ha de buscar el fin de la ley en todas las direcciones posibles, examinando si el resultado objetivamente perseguido por medios indirectos coincide con el resultado prohibido (12).

El negocio jurídico fraudulento tiene un objeto complejo debido a que inserta en un negocio típico o atípico el objeto o fin prohibido por el derecho en evasión de las normas imperativas.

Esta es la situación por la que pasan los recaderos, choferes de UBER y muchos otros, atento a que interponen entre ellos y su empleador una APP como instrumento tecnológico que ordena sus trabajos, más es parte de una organización empresarial que lo usa en beneficio propio lucrando del trabajo de ellos.

En correlación con esta norma los arts. 29 y 30 LCT determinan que quien se beneficia con la prestación de servicios, quien la usa en su propio beneficio es solidariamente responsable por los créditos del trabajador, siendo esta una forma de neutralizar las intermediaciones fraudulentas y tercerizaciones.

En la contratación de trabajadores la intermediación está prohibida, excepto en el caso de empresas de servicios eventuales, que según los arts. 29 y 29 bis LCT, arts. 77 a 80 LNE y dcto. 1694/06 , pueden contratar empleados eventuales para que realicen trabajos no permanentes en otras empresas. Ahora bien, se da el caso de que en lugar de ello contratan a los supuestos trabajadores eventuales para que realicen trabajos permanentes, en este supuesto se usa la empresa en fraude a la ley, por ello, en base al principio de primacía de la realidad, se responsabiliza al real empleador.

En la contratación de trabajadores de APP, no aparecen nuevos actores sociales, son los mismos protagonistas con ropaje y lenguaje nuevo, cambia solo la forma y el modo.

El art. 14 bis de la Constitución Nacional regula el principio protectorio que rige la legislación laboral y es el origen del orden público laboral, y como consecuencia de ello se establecen mínimos inderogables que garantizan los derechos de los trabajadores frente a cualquier acción ilícita del empleador.

Se trata de derechos indisponibles por voluntad unilateral del trabajador o acuerdo de partes, son normas imperativas y todo acuerdo o acto contrario a ellas es nulo y queda reglado por la ley laboral que desplaza a toda la que se le oponga.

El negocio en fraude a la ley utiliza un elemento negocial que conlleva un resultado prohibido por la norma imperativa alterando el esquema causal y determinando una situación compleja mediante la inserción en la síntesis de efectos programados por el sujeto activo del fraude para lograr su objetivo.

Este negocio jurídico es fraudulento ya que se propone la realización de un negocio jurídico que puede ser típico o atípico, en el que inserta elementos que le permiten la evasión de normas de orden público eludiendo de ese modo la sanción, la responsabilidad, por el ilícito cometido, al oponerse y eludir normas imperativas.

X El fraude puede ser cometido con un solo acto jurídico o la combinación de varios.

En los fraudes no es necesario la prueba de la intención de evasión del orden público normativo ya que defraudar no es querer sustraer a la ley, es sustancialmente sustraerse de ella. Al respecto Krotoschin afirmaba:

«El fraude a la ley por adopción arbitraria de una figura contractual distinta de la laboral, o en cualquier otra forma, implica causa ilícita o abuso del derecho; por consecuencia, tampoco exime del acatamiento a la ley» (13).

Y en lo atinente a su represión De Castro y Bravo, indica:

«La represión del fraude a la ley no requiere una justificación especial, deriva lógicamente de la aplicación adecuada del criterio interpretativo finalista» (14).

Otra forma del «fraudem legis», es la interposición de personas que contraen un vínculo incompatible con su situación, o sospechoso dentro del negocio jurídico y como instrumento que conduce a lograr el objetivo vedado por el derecho; de allí dimana el imperativo jurídico de la declaración de nulidad de la relación contraída por la interpósita persona, como si se tratase de un acto jurídico realizado por un incapaz.

De esta normativa surge que la empresa propietaria de la plataforma digital es la empleadora de los recaderos, choferes, etc. y responsable del pago de los salarios, frente a los siniestros laborales, aportes y contribuciones a la seguridad social.

Lamentablemente en Argentina se dictó la ley 27.349 - Ley por acciones simplificadas (SAS).

Esta ley fue sancionada en 2017 al margen de la ley de sociedades comerciales, con la excusa de ser en apoyo al capital emprendedor, a estas sociedades se las puede constituir en 24 hs. y con un capital social de 2 salarios mínimo vital y móvil al momento de la constitución. El SMVM es un salario que no cubre el nivel de pobreza, y es lo menos que se puede pagar a un trabajador dependiente por un mes de su trabajo; de ello deducimos la irresponsabilidad de esos empleadores; ya que luego de un largo juicio y demostrado el fraude el empleador, esta ley avala su estafa, su ardid (14).

En octubre de 2017 se constituyeron con un capital de \$ 17.720 las empresas «Rappi» y «Globo».

Con esta ley se pretende legalizar la infra-capitalización societaria, la inoponibilidad de las personas jurídicas, lo que ya se había logrado mediante la aplicación de la doctrina del disregard, del corrimiento de velo societario, y la condena de socios administradores.

Esta ley también puede ser utilizada por cualquier persona jurídica, o sea por cualquier sujeto de derecho y con cualquier objetivo.

No existe un número máximo de socios y estos pueden constituir todas las SAS que se propongan.

El objetivo de la ley es la limitación de responsabilidad de la empresa y sus titulares, con lo que se facilita en las empresas que contratan recaderos, taxistas, etc. la confirmación en la realidad del fraude y la simulación, esta ley los legaliza más allá de la ilicitud de la conducta de estos empleadores.

X. OBRAS Y TRABAJOS CONSULTADOS:

(1) HAYEK, Friedrich : «Derecho, Legislación y Verdad» T.II - «El espejismo de la Justicia Social» - Unión Editora S.A. - Madrid 1979 -fs. 164 y sgtes.

(2) BERARDI, Franco: Generación Post alfa - Patologías e imaginarios en el seis - Ediciones «tinta limón» - colección Nociones Comunes - ed. 2016

(3) CUANDO EL DERECHO LABORAL ES UN «OBSTÁCULO» - POR ALAIN SUPIOT*- publicado en Le Monde Diplomatique y revista la defensa de la Federación Argentina de Colegios de Abogados-

(4) «Salir de la sociedad salarial» - por André Gorz. - Traducción de Enric Sanchis - <https://www.rabaljuridico.blogspot.com/>

(5) OIT - R198 - RECOMENDACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 2006 (NÚM.198) <https://www.rabaljuridico.blogspot.com/2020/09/oit-r198-recomendacion- sobre-la.html>

(6) CNAT Sala III, «Gil, Rodolfo c/ Reuters Ltd», 23.04.1992

(7) cfr. FERNÁNDEZ MADRID, Juan C.: «Tratado práctico de derecho del trabajo», t. I, p. 628; esta Sala, S.D 94.243 del 19/8/09, «Pisera, Diego Gabriel c/ Ponte, Ricardo Fabián s/ despido»)

(8) VACCARI, Horacio: Ficciones, en Capón Filas - Giorlandini, Diccionario de Derecho Social, tomo I, pág. 235, Rubinzal, Santa Fe,1987)

(9) En autos «Escobar Mabel Verónica y otro c/Susic Gustavo Mario y otro s/despido» - Buenos Aires,26 de octubre del 2000 - la sala VI - Expte. n° 21.128/97 - juzgado n° 23

(10) FERRARA: La simulación de los Negocios Jurídicos, trad. esp. de Atard y de la Puente, Madrid, 1960, fs. 205)

(11) Ferrara, op. cit. fs. 82)

(12) FERRARA, op. cit. pág. 84)

(13) KROTOSCHIN, pág. 76 - N° 49)

(14) DE CASTTRO y BRAVO, Federico: Der. Civil de España - parte Gral. - I - Madrid - 1955 - fs. 609)

(14) FRAUDE Y SIMULACIÓN - Por: EDUARDO ALFONSO DEPETRIS - Fraude en los actos jurídicos - Nulidad de los actos jurídicos - Orden público - Derecho laboral - Empleador - Trabajador -Protección constitucional del trabajo- Enlace: <https://www.arrabaljuridico.blogspot.com/p/ead-fraude-y-simulacion-por-eduardo.html>

(15) ANDRÉ GORZ: «Metamorfosis del Trabajo - Búsqueda del Sentido - Crítica de la Razón Económica» - Ed. Sistema

(16) ANDRÉ GORZ: «Miserias del presente, riqueza de lo posible» - Ed. Paidós

(17) ALAIN SUPIOT: «Crítica del Derecho del Trabajo» - Ed. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales -España

(18) FERNANDO MADRID, JUAN C.: «Tratado Práctico de Derecho del Trabajo» - T.I - Tercera Edición - Ed. La Ley

(19) CORNAGLIA, RICARDO J.: «Reforma Laboral - Análisis Crítico - Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis» - Ed. La Ley

(20) CAPÓN FILAS, RODOLFO: «Derecho del Trabajo» - Ed. Librería Editora Platense - Ed. La Plata 1998

(21) HELIOS SARTHOU: «Trabajo, Derecho y Sociedad» «T.II Estudios de Derecho Individual del Trabajo» - Ed.Fundación de Cultura Universitaria dirigida por el Dr. Rodolfo Capón Filas. Expositor invitado en el Colegio de Abogados de La Rioja (Argentina), y el Colegio de Abogados de Tucumán, sobre temas de Derecho laboral. Autor del Blog «Arrabal Jurídico» (<https://www.arrabaljuridico.blogspot.com>)

E mail: ejuridico.ealfonsodepetris@gmail.com

(*) Abogado y Procurador . Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Social desde el año 1995 en la Universidad Nacional de Catamarca., Argentina. Profesor de Derecho del Trabajo en dos cursos de Post-grado para médicos legistas, organizados por las Unversidades de Córdoba y Católica de Salta. Director del Curso de Post-grado de actualización y profundización en Derecho Laboral, dictado por Universidad Nacional de Catamarca, Profesor invitado Universidad Católica de Cuenca: sede Azoguez (Ecuador) para curso especializado en Derecho Social y para la Maestría en Derecho. Ex-Fiscal de Estado de la Provincia de Catamarca, Ex- Asesor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación Catamarca, durante 25 años. Miembro del Tribunal de Jury de Enjuiciamiento de Magistrados en 3 períodos, en representación del Colegio de Abogados, y miembro del Consejo de la Magistratura. Coautor de Libro Cooperativas de Trabajo- Publicado por Librería Editora Platense y dirigido por el Dr. Rodolfo Capón Filas, y de «Reforma laboral ley 25.877» de Luis Enrique Ramírez, editorial «Nova Tesis», de «Ley de Contrato de Trabajo comentada».