



El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes

ALEXANDER GODINEZ VARGAS

Profesor de la Universidad de Costa Rica y la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica

FICHA RESUMEN

Title: Work organised through virtual platforms and device applications: salaried workers or independent contractors

Resumen: Tribunales de Justicia de diferentes países y continentes han tramitado y dictado resoluciones, que examinan y deciden sobre las reglas jurídicas que deben aplicarse al trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos electrónicos. El resultado obtenido no sólo está lejos de ser uniforme sino que incluso puede aparentar ser de inicio contradictorio, aunque se trate de conflictos originados en la misma empresa. Los Estados mientras tanto tratan de someter la actividad empresarial de las multinacionales involucradas, legislando de diferentes formas, en atención a los intereses sociales y económicos en juego. Ante la realidad de una nueva modalidad productiva que irrumpe en el mercado tradicional y de la que participan un número exponencialmente creciente de personas, los conceptos tradicionales que caracterizan el trabajo objeto del Derecho del Trabajo o el trabajo protegido por la Seguridad Social, se observan imprecisos o errantes e incluso ausentes. Ante las respuestas judiciales y legales, el desarrollo de las relaciones triangulares entre cliente del servicio, la persona prestadora del servicio y la empresa propietaria de la plataforma, superan toda espera y fuerzan a una regulación concertada que al menos garantice una protección social mínima. Presenciamos los albores de un nuevo escenario en el mismo año en el que se celebra el primer centenario de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, con la expectativa de superar los mismos retos que un siglo atrás, teníamos en frente; a saber, como asegurar al ser humano, condiciones dignas en las que pueda desarrollarse integralmente por medio del trabajo.

Palabras clave: Plataformas virtuales. Trabajo colaborativo. Trabajo asalariado. Contratista independiente. Gig Economy.

Abstract: Courts of Justice of different countries and continents have processed and dictated resolutions, which examine and decide on the legal rules that should be applied to work organized through virtual platforms and applications of electronic devices. The result obtained is not only far from being uniform but can even appear to be contradictory, even if the conflicts are originated in the same company. The States meanwhile try to subdue the business activity of the multinationals involved, legislating in different ways, in response to the social and economic interests at stake. Faced with the reality of a new production method that breaks into the traditional market and involving an exponentially growing number of people, the traditional concepts that characterize the work object of Labor Law or work protected by Social Security, are imprecise or wandering and even absent. Before judicial and legal responses, the development of triangular relationships between the customer or user of the service, the person providing the service and the company that owns the platform, overcome all expectations and force a concerted regulation that at least guarantees minimum social protection. We witness the dawn of a new scenario in the same year in which the first centenary of the constitution of the International Labor Organization is celebrated, with the expectation of overcoming the same challenges as a century ago, we had in front; to know, how to assure to the human being, worthy conditions in which it can be developed integrally by means of the work.

Keywords: Virtual platforms. Collaborative work. Wage labor. Independent contractor. Gig Economy.

SUMARIO

- I. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO
- II. RELEVANCIA DEL TEMA COMO HECHO SOCIAL Y OBJETO DE ESTUDIO JURÍDICO
- III. LA DIVERSIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL
- IV. LAS ACCIONES NORMATIVAS Y LA POLÍTICA SOCIAL DE LOS ESTADOS
- V. LAS ACCIONES COLECTIVAS QUE COMPLEMENTAN LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA NORMATIVA
- VI. CONCLUSIONES



I. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

Con el advenimiento del siglo XXI⁽¹⁾, múltiples plataformas digitales facilitan el encuentro entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, por medio de diferentes dispositivos (ordenadores, celulares, etc.) y aplicaciones en ellos instalados. Forman parte de esta tipología de plataformas digitales ⁽²⁾, las de trabajo colaborativo (*crowdwork*) y las de trabajo a pedido (*work on demand*).

Las plataformas de trabajo colaborativo están asociadas a servicios globales, que pueden ser ejecutados desde cualquier parte del mundo y aunque su nombre se relaciona con el de economía colaborativa (*sharing economy*), lo de «colaborativo» no está exento de críticas, pues no se trata de una «colaboración» desinteresada y altruista entre ciudadanos⁽³⁾ y tampoco son quienes prestan el servicio, «socios» —que luego han sido renombrados a finales de 2018 en algunas plataformas con cierta dosis de ingenuidad, como «socios colaboradores»—, lo que no deja de ser un simple intento de eufemismo⁽⁴⁾ e incluso, un concepto que puede alcanzar el calificativo de «engañoso».

Las plataformas de trabajo a pedido se relacionan con servicios locales. Por la necesidad de que el servicio se ejecute generalmente casi de inmediato, la comunicación entre las partes debe realizarse mediante aplicaciones instaladas en teléfonos móviles, un medio tecnológico «más ágil»⁽⁵⁾ que el ordenador. A estas plataformas digitales se va a delimitar el presente estudio.

Sin embargo, el vínculo que se desarrollan entre el cliente, el prestador del servicio y la plataforma, difiere según el diseño de esta última —una referencia no muy acertada pero gráfica a la «arquitectura de la plataforma» ⁽⁶⁾—; incluso, perteneciendo a la misma empresa, las versiones nacionales pueden también ser distintas. Consecuencia de ello, el análisis no puede ser uniforme y generalizable a cualquier plataforma, por más que los problemas sociales y económicos derivados de estas formas de trabajo, sean semejantes. Debido a esa complejidad, delimitamos el estudio a las

plataformas digitales de trabajo a pedido, que han provocado una mayor reacción judicial y legal y tienen en común su vínculo con el sector transporte, como son: *Uber, Cabify, Deliveroo, Glovo*, etc.

El objetivo de buena parte de los estudios realizados esencialmente sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une a la plataforma y el prestador de servicios, busca tomar posición sobre si este último es trabajador asalariado o contratista independiente. Algunos reivindican un *tertium genus*, ante la insuficiencia de las definiciones legales tradicionales; insuficiencia ya remarcada desde antaño con figuras como la del *lavoro parasubordinato*. En medio de ello, una creciente y acelerada intervención de los tribunales de justicia, frente a prestadores del servicio que reclaman derechos típicamente laborales, ha dado lugar a resoluciones con respuestas a primera vista contradictorias, que causa zozobra por el futuro resultado de los procesos judiciales en marcha y en el mejor de los casos, un prometedor debate centrado en la revisión de las categorías estrictamente jurídicas.

El análisis de estas nuevas formas productivas orientado únicamente a la revisión de sus elementos esenciales y su encuadramiento típico, es una respuesta insuficiente

El análisis de estas nuevas formas productivas orientado únicamente a la revisión de sus elementos esenciales y su encuadramiento típico, es una respuesta insuficiente a la adecuada y urgente protección de los cientos de miles de personas que prestan sus servicios a demanda por medio de estas plataformas digitales.

II. RELEVANCIA DEL TEMA COMO HECHO SOCIAL Y OBJETO DE ESTUDIO JURÍDICO

El estudio de las zonas grises o fronterizas que dividen el derecho laboral y el derecho civil es uno de los temas clásicos de nuestra disciplina. La irrupción de nuevos

(1) OIT. Comisión Mundial sobre el futuro de trabajo. *La calidad del trabajo en la economía de plataforma*. Nota informativa N°5, preparada para la 2ª reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, febrero 2018. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618370.pdf.

(2) Acerca de la dificultad de establecer una tipología de plataformas, vid. Forde, Chris et al. *The social protection of Workers in the Platform Economy*, European Parliament, November, 2017, p.28-33. IP/A/EMPL/2016-11 PE 614.184.

(3) Rodríguez, Luz. *¿Trabajadores o «freelancers»? Apuntes sobre el trabajo en las plataformas*. https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/12/06/trabajadores_freelancers_apuntes_sobre_trabajo_las_plataformas_digitales_72746_1121.html.

(4) Drahokoupil, J. y Fabo, B. The platform economy and the disruption of the employment relationship, ETUI Policy Brief: European Economic, Employment and Social Policy, N°5, 2016. <https://www.etui.org/Publications2/Policy-Briefs/European-Economic-Employment-and-Social-Policy/The-platform-economy-and-the-disruption-of-the-employment-relationship>.

(5) González Pascual, M. *La economía colaborativa se rebela contra Airbnb y Uber*. https://retina.elpais.com/retina/2017/11/17/tendencias/1510925986_423203.html.

(6) OIT. Comisión Mundial sobre el futuro de trabajo. *La calidad del trabajo en la economía de plataforma*, op.cit.



modelos productivos ligados a las sucesivas revoluciones industriales, plantean cada cierto tiempo debates sobre la reconstrucción o desconstrucción del derecho del trabajo.

La prestación de servicios personales de transporte por medio de contratos calificados de civiles o mercantiles y en condiciones de informalidad, precede a las primeras leyes sociales y después de ellas, comparte el mercado con los colectivos de trabajadores asalariados o autónomos; sin embargo, es a partir del siglo XXI con la irrupción de las plataformas digitales y las aplicaciones en los dispositivos electrónicos, que suscita una renovada controversia. Evidentemente, los intereses en juego, las dimensiones del mercado y el perfil de los actores ahora es distinto, tanto que afecta la vida ordinaria de la población en las grandes urbes y se ha convertido en un tema apremiante de regulación en materia de políticas públicas. El recorrido para llegar a esta transformación es especialmente significativo.

A. Antes y después de la introducción del internet

Antes de la creación del internet el prestador de servicios hacía una oferta normalmente individual, plurindividual y en algunos casos colectiva, entre personas que se conocían previamente. La reputación del servicio derivaba de su calidad, pero especialmente, del grado de confianza y empatía que desarrollara con el cliente. Adicionalmente, la publicidad por medio de los medios de comunicación masiva, era poco probable por sus costos. Durante esta época, los demás actores del mercado, organizados especialmente por medio de empresas, cooperativas u otras organizaciones, no resintieron su presencia y competencia, que si bien era conocida, también era escasamente visible para los clientes y en todo caso, no llegó a representar una cuota importante de participación en la distribución de las ganancias obtenidas por el sector.

Conforme los prestadores de servicio se organizaron o agruparon, en el mejor de los casos alrededor de empresas caracterizadas por su informalidad, para captar una mayor cantidad de clientes y su presencia se hizo más visible, ocurrieron los primeros conflictos y las reivindicaciones de quienes se opusieron a su presencia, cuyas acciones se orientaron a establecer barreras de acceso al mercado o a establecer un ingreso regulado; se trataba de limitar una competencia calificada de desleal y provocada por una oferta de menor precio, reflejo de los menores costos de la informalidad.

Con la masificación del uso de la internet a finales del siglo pasado, el prestador de servicios, accedió a medios ilimitados de publicidad para lanzar su oferta, a un costo mínimo, sin tener que depender de un contacto previo y personal; pero asimismo, facilitó el acceso del cliente a la

información de las ofertas existentes y a quienes pudieron adquirir un ordenador, compararlas con mayor facilidad.

La búsqueda de lo que hoy sería en el lenguaje de la OIT un trabajo digno, estuvo ausente del debate antes y después del uso del internet. Las administraciones públicas, incluyendo las de trabajo, no actuaron de oficio y cuando lo hicieron, fueron las encargadas de regular el transporte público y tampoco por iniciativa propia, sino por presión de los gremios afectados, especialmente el de los taxistas, obteniendo como resultado la creación de mecanismos de inspección de dudosa efectividad, ya fuera para prohibir de todo el servicio o para condicionarlo al cumplimiento de regulaciones de inscripción en oficinas públicas para obtener y pagar una licencia que le permitiera prestar el servicio, el aseguramiento de su actividad por responsabilidad civil frente a daños a terceros y con especial énfasis, lograr el pago de tributos o rentas al fisco. Escasamente, alguna referencia a su inscripción ante la Seguridad Social como trabajadores autónomos.

B. Con el empleo de plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos móviles

Ha sido fundamental para el actual posicionamiento de las plataformas virtuales y sus aplicaciones —«App»—, la universalidad del acceso a internet por medio de los dispositivos móviles de bajo costo, la facilidad de su portabilidad, la creciente rapidez de conexión, la reducción del costo del servicio y el incremento de opciones de acceso gratuito a la red.

1. Cuando la plataforma realiza servicios de intermediación

Algunas plataformas se limitaron a realizar servicios de intermediación, asegurando un espacio virtual, a un costo accesible, con alto asesoramiento o apoyo técnico, que agrupó una significativa cantidad de información sobre personas que ofrecían servicios similares o iguales, las características del servicio, su precio, su disponibilidad y especialmente, facilitó su estudio comparativo y permitió el acceso a las evaluaciones de los clientes. Pese al protagonismo de la plataforma en el tratamiento de los datos, a cargo del prestador individual del servicio seguía la responsabilidad de ganarse la confianza del cliente.

Mientras la oferta seguía concibiéndose como individual y la plataforma como un medio de intermediación, las empresas que formalmente participaban del mismo mercado, no observaron en estos prestadores de servicio una competencia que afectara su *status quo* y tampoco existió de parte de las autoridades públicas un motivo para modificar su nivel de tolerancia.



2. Cuando la plataforma tiene una influencia «decisiva» en el servicio subyacente

Cuando la plataforma dejó de desempeñar un rol de intermediación entre la oferta y la demanda del servicio y se transformó en una organización empresarial que decidió controlar la oferta de servicios de un incuantificable número de personas interesadas en la prestación de servicios y también se interesó por asegurarse la fidelidad de millones de clientes, el escenario cambió en definitiva.

2.1. Del control

La plataforma pasó de observar a controlar la actividad de los prestadores de servicio y clientes, fijando las condiciones en que se relacionarían. En materia de transportes, controló el precio, las condiciones del medio utilizado (antigüedad, normas de aseo), los incentivos y las penalizaciones, la procedencia o no de los reclamos y determinó, en definitiva, la utilidad del prestador del servicio. De igual manera, fijó la forma en la que el prestador de servicios debe relacionarse con el cliente durante la ejecución de la tarea, lo que debe consultarle y lo que debe ofrecerle para su mejor comodidad durante el trayecto. Para ello se sigue todo un protocolo, que incluye el saludo inicial que debe darse al cliente y las comodidades que deben ofrecerse (aire acondicionado, emisora de radio, agua y dulces).

Por medio del sistema de calificación del servicio que cumple el cliente *in situ*, la plataforma controla que el prestador cumpla estas directrices y ante el incumplimiento de ellas, tiene el medio coercitivo de desactivarle de la plataforma, porque sobre todo, se trata de un tema de protección de la imagen corporativa.

2.2. La invisibilidad del prestador de servicios y el protagonismo de la plataforma

El diseño de la plataforma impide que el cliente pueda consolidar una relación con el prestador del servicio. El cliente no escoge al prestador del servicio por su reputación y solo por azar podría volver a recibir los servicios de la misma persona. El sistema impide el empoderamiento del prestador del servicio ante el cliente, para invisibilizarlo y que ese rol lo asuma la propia plataforma.

El protagonismo de la plataforma en el mercado, por medio de la explotación de su imagen, es cada vez mayor. Ella se responsabiliza por la calidad del servicio ante el cliente y el cliente percibe que contrata con la

plataforma como empresa de transportes y no con el prestador del servicio. La clientela pertenece a la plataforma y el prestador del servicio no tiene derecho ni a la «portabilidad» de sus evaluaciones, como lo recomienda la Agenda Europea para la economía colaborativa aprobada por el Parlamento Europeo⁽⁷⁾, a pesar de que como se ha comentado⁽⁸⁾, resulta «irónica» tal recomendación cuando el Reglamento de Protección de Datos, excluía de su regulación la portabilidad de la reputación *online*.

El sistema impide el empoderamiento del prestador del servicio ante el cliente, para invisibilizarlo y que ese rol lo asuma la propia plataforma

El riesgo reputacional lo asume la plataforma y para limitar eventuales contingencias hace suyas las responsabilidades derivadas del modo en que se ejecuta el servicio y sanciona económicamente al prestador del servicio, sin que él pueda ejercer su derecho de defensa en la mayor parte de los casos. Ejemplo de ello son las reclamaciones de los clientes por retrasos excesivos en el tiempo de recorrido, las atenciones recibidas o la forma de trato del prestador del servicio. De todas formas, la invisibilidad a la que se somete al prestador del servicio, provoca que el cliente asuma que es la plataforma la responsable de reparar el daño o perjuicio causado.

Unido a ello, la plataforma garantiza al prestador del servicio su pago, aun cuando el cliente no quiera o pueda asumirlo y defiende los intereses de aquél, ante los entes reguladores del mercado.

2.3. Las consecuencias de la actividad empresarial de la plataforma y la competencia desleal

En el contexto de una creciente actividad empresarial de la plataforma, la correlación de fuerzas en el mercado de transporte cambia y ahora sí adquiere relevancia jurídica su regulación, aunque no para asegurar un nivel mínimo de protección social a los prestadores del servicio, sino para satisfacer los intereses económicos en pugna.

Los detractores de la actividad empresarial de la plataforma la acusan de incurrir en competencia desleal y exigen de las autoridades públicas medidas que independientemente de la calidad del servicio que ofrecen, les obligue a formalizarse y limite su participación en el mer-

(7) Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.

(8) Todoli, A. *Resumen comentado de la «Agenda Europea para la economía colaborativa»*, <https://adriantodoli.com/2017/06/16/resumen-comentado-de-la-agenda-europea-para-la-economia-colaborativa/>.



cado o simplemente, les excluya. En este sentido, se le atribuye entre otros, no pagar tributos por los ingresos obtenidos, estar exentas del pago de pólizas de responsabilidad civil y de la inspección técnica de vehículos.

2.4. Las reclamaciones laborales de los prestadores del servicio

Simultáneamente, la plataforma es acusada por algunos de sus propios prestadores de servicios de evadir su responsabilidad como empleadores y de no garantizar los derechos legales que individualmente como trabajadores asalariados les corresponde o que colectivamente pueden ejercer y esto es precisamente lo que justifica el presente estudio.

En adición, plataformas como *Uber*, *Uber Eats*, *Deliveroo*, *Cabify*, *Glovo* y otras similares, ya no son consideradas simples facilitadoras o intermediarias entre los clientes y los prestadores de servicio ni como una herramienta de la sociedad de la información, sino como una empresa más del sector al que pertenecen sus servicios. Lo confirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 20/12/2017 (C-434/16) —Asociación Profesional Élite Taxi *c/ Uber*—, cuando afirma que *Uber* «no se limita a un servicio de intermediación», sino que ejerce una influencia «decisiva» sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores y que el servicio de intermediación no es el objetivo central de esa actividad, sino que «forma parte integral de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte».

III. LA DIVERSIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL

Aunque la influencia «decisiva» de la plataforma sobre las condiciones en las que debe prestar la tarea se ha mantenido, la posibilidad de reclamaciones laborales ante las autoridades judiciales fue baja en una etapa inicial, primordialmente por el perfil de los prestadores del servicio, personas que accedían a la plataforma en busca de un segundo ingreso (personas jubiladas o pensionadas, personas con contratos a tiempo parcial, estudiantes regulares en centros universitarios, etc.) e incluso, como terapia sugerida por su médico o simplemente para no aburrirse en casa, a los que no venía mal aquel ingreso *extra*, de modo que la posibilidad de que existiera en la psiquis de la persona un motivo de conflicto originado en un sentimiento de clase, o fundamentado en un certero convencimiento de que estaba siendo objeto de un incumplimiento de sus derechos laborales, no resultaba factible, máxime que prestaba el servicio a la hora y el día en que él mismo lo deseara, lo que alimentaba por el contrario, la percepción de libertad y con ello, de la inexistencia de un trabajo típicamente asalariado.

Sin embargo, esta situación de confort de las plataformas cambia, conforme engrosaron las filas de prestadores del servicio personas que dependían económicamente de ofrecer este servicio, como alternativa al desempleo, a la ausencia de una determinada cualificación profesional o como respuesta a la búsqueda de un empleo de tiempo flexible. La terminación del vínculo sin el pago de indemnizaciones que les permitieran afrontar la pérdida de ingresos o una modificación agresiva de las condiciones de pago, fueron el detonante de la reclamación de los derechos que pertenecen a los trabajadores subordinados.

Correspondió a los tribunales de justicia, en ausencia de una legislación que determine la condición jurídica de estas personas, decidir si ellas deben ser consideradas como trabajadores subordinados o contratistas independientes. Ante la imposibilidad de dejar pendiente de juzgar las reclamaciones interpuestas—no pudiendo invocar como en el derecho romano, el *non liquet*, es decir el derecho a no dictar una resolución— los tribunales de justicia de muy distintos países y de muy diferentes tradiciones jurídicas, han dictado sentencias que, a *prima facie*, parecen contradictorias.

A. Preámbulo

La decisión judicial tiene lugar en el contexto de los denominados «casos frontera» o «zonas grises», donde convergen el derecho del trabajo y el derecho civil o mercantil y existen resoluciones judiciales caracterizadas por la heterogeneidad de su análisis y la variedad de resultados; entre ellas, de Australia, Brasil, España, Estados Unidos de América, Francia y Reino Unido, pero también, de tribunales que pertenecen al mismo país, pero de diferentes estados federados (como sucede en Estados Unidos de América) o regiones autonómicas (el caso de España).

El grado de dificultad inherente a esta clase de análisis, no constituye una novedad, existe desde hace décadas. Lo recordaba la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en el caso *NLRB (National Labor Relations Board) v. Hearst Publications (322 US 111 1944)* ya hace 75 años: «Pocos problemas en la ley han dado una mayor variedad de aplicación y conflicto en los resultados que los casos que surgen en la frontera entre lo que es claramente una relación empleador-empleado y lo que es claramente uno de trato empresarial independiente».

B. La labor jurisdiccional en las zonas «grises» o «fronterizas» entre el trabajo asalariado y el contratista independiente

Frente a resoluciones judiciales a *prima facie* divergentes, lo primero que debe advertirse es que en el origen



de las diversas respuestas obtenidas, hay tres factores decisivos.

En primer lugar, un juez que tiene la discrecionalidad de seleccionar las herramientas y las perspectivas con las que observará la realidad y una vez obtenga su personal comprensión de la misma, escogerá dentro de la imperfección de la ley, el sentido en que debe regularse la realidad temporal que subyace al conflicto que se le presenta.

En segundo lugar, la ley aplicable es consecuencia de una opción política, motivada por reivindicaciones sociales e intereses económicos, no siempre conciliables, que trata de resolver una necesidad, mediante fórmulas insuficientes o limitadas y además, ambiguas.

Por último, una realidad que está en constante transformación, a veces natural y otras, forzada e interesada, producto de la interferencia de las propias partes en conflicto y que según las herramientas y la perspectiva con la que sea observada, su comprensión puede no ser uniforme.

1. El juez

El juez debe desentrañar «la realidad» que se le presenta por las partes, quienes se encargan de reconstruirla de modo que responda a sus propios intereses en conflicto, de allí que sobre esa realidad necesariamente imperfecta, el juez interpretará y aplicará la ley. Aunque se trate del análisis de una misma relación contractual entre la plataforma y el prestador de servicios, la dificultad de reconstruir esa imperfecta realidad, puede ser muy distinta en un proceso y otro, incluso frente al mismo juez; con mayor razón ante jueces de diferentes regiones o estados en un mismo país y que no decir, cuando se trata de países distintos en donde una misma plataforma, puede tener prácticas no necesariamente iguales. Luego, el juez debe ser capaz de no incurrir en prejuicios y tampoco debería estar comprometida su imparcialidad por satisfacer necesidades sociales o económicas de naturaleza extrajudicial, por más encomiable que pueda ser su fin.

1.1. Los prejuicios

El examen de las relaciones contractuales que se ubican en zonas fronterizas o grises, ha provocado en algunas ocasiones, que el mismo juez deba luchar contra ciertos prejuicios derivados del principio protector, evitando realizar una valoración lógica y razonable del elenco probatorio. Lo advertía la Sala Segunda de la Corte Suprema

de Justicia de Costa Rica en la resolución N°311-99 de las 14:40 hrs. del 7 de octubre de 1999: «La utilización, cada vez más frecuente hoy, de mecanismos de contratación fuera de la esfera de lo laboral provoca, en el intérprete, una tendencia a considerar tal práctica como espuria, sin mayor análisis, lo que no siempre es correcto».

1.2. Las preocupaciones extrajudiciales

La Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, N.º S222732 (*Cal. Sup. Ct. Apr. 30, 2018*), indicaba de previo al análisis de fondo para resolver el caso concreto, las principales consecuencias que podrían derivarse de una errónea calificación de los trabajadores de la plataforma, en un conflicto en el que debía definir si los choferes o conductores de *Dynamex* eran contratistas independientes o empleados de ella: a) obligaría a la sociedad/ciudadanía a asumir las «cargas financieras» derivadas de la protección social de los trabajadores y de sus familias, a cuyo soporte debería contribuir el empleador; b) impediría que los trabajadores disfruten de los beneficios de los cuales disfrutaban los trabajadores que si están protegidos por la legislación social; c) incentivaría la competencia desleal a favor de los empleadores que decidan evadir los costos de los trabajadores cubiertos por la legislación laboral, quienes tomarían ventaja sobre aquellos otros que no hacen uso de trabajadores no protegidos, resultando por ello al final penalizados; d) promovería la pérdida de empleo de los trabajadores protegidos por la legislación social, que serían desplazados en el mercado, dados sus menores costos, por los trabajadores que se consideran no protegidos; y e) privaría al Estado de captar los impuestos sobre las enormes ganancias derivadas de esta actividad empresarial.

Al enlistar las consecuencias del error, el juez asume que puede ser responsable del debilitamiento de la protección de ciertos colectivos de trabajadores, que si no es por vía judicial, dejarían de estar protegidos. Una preocupación encomiable, pero cuya solución corresponde a otros, que son los encargados de corregir las deficiencias de la ley y la ausencia de políticas públicas. En todo caso, la situación de vulnerabilidad «la podemos encontrar hoy a ambos lados de la frontera»⁽⁹⁾ entre el trabajo asalariado y el contratista independiente.

2. La Ley

La ley que el juez debe interpretar y aplicar se caracteriza por resultar insuficiente y limitada, cuando no

(9) Rodríguez, M.L., *Derechos para los trabajadores de las plataformas digitales*. <http://agendapublica.elpais.com/derechos-los-trabajadores-las-plataformas-digitales/>.



ambigua, para resolver de forma suficiente y precisa el conflicto. El concepto de «trabajador» en el marco de la cuarta revolución industrial, que no es otra que una revolución digital⁽¹⁰⁾, resulta insuficiente para valorar el trabajo a demanda.

2.1. Su insuficiencia o limitaciones

Sucede en la mayoría de los casos, que la ley nacional todavía no regula la naturaleza jurídica de quien presta sus servicios por medio de las plataformas virtuales y el juez debe recurrir al marco legal existente, cuyo alcance puede ser relativo, si la norma define estos conceptos solo para ciertas condiciones de trabajo, pero no para la totalidad de ellas; como sucede en Estados Unidos de América, donde existen múltiples definiciones, no siempre iguales, según el derecho que se quiera regular.

2.2. Su ambigüedad

La norma legal que debe interpretar y aplicar el juez puede tener conceptos ambiguos, que exigen ser interpretados; entre otros: el de «control», «supervisión», «subordinación», «dependencia permanente y dirección inmediata o delegada» (artículos 4 y 18 del Código de Trabajo de Costa Rica) o el «ajenidad» (artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores de España) y para resolver esta ambigüedad, las técnicas de interpretación pueden ser amplias o restrictivas.

Para la Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, ya citado, la interpretación debería ser la más amplia posible, en función de los intereses públicos que deben satisfacerse. A semejanza del artículo 3.1. del Código Civil de España, debería hacerse con ayuda de todas las técnicas tradicionales, como es la interpretación literal, sistemática, histórica, sociológica y teleológica.

3. La realidad

Las partes en el proceso, por medio de sus argumentos y la prueba que aportan, le presentan al juez un boceto —normalmente imperfecto y a conveniencia— de la realidad que debe apreciar, obligándolo a adaptarla al supuesto de hecho incluido en la norma. Cuando existen dos o más bocetos divergentes, el juez debe desentrañar las líneas, las formas y los colores que le permitan definir su propia percepción de la realidad, desechando aquellos en los que es posible identificar un fraude —en España es el caso del «falso autónomo»—. Para alcanzar su propia percepción, existen múltiples herramientas que pueden ser utilizadas por el juez.

3.1. El fraude

En algunos casos, el juez puede identificar un indicio de fraude. Por ejemplo, en *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, ya citado, la Corte observó como antes de diciembre del 2004, la empresa tenía clasificados a los conductores como trabajadores asalariados y a partir de esa fecha, fueron reclasificadas como contratistas independientes, a pesar de que hacían esencialmente las mismas tareas y de la misma manera, antes y después del cambio.

3.2. El uso de un estándar multifactorial en auxilio de la prueba estándar o clásica

Se trata de la elaboración de un listado de factores «auxiliares», «complementarios» o «secundarios»; en definitiva, un estándar «multifactorial», que reúne un conjunto de indicios que permite determinar cuando estamos en presencia de un trabajador asalariado o un contratista independiente.

Este esfuerzo conceptual ya lo sugería la propia Organización Internacional del Trabajo en la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), cuando señalaba que la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a «proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes» [artículo 4 (a)] y por ello, proponía que los Estados deberían definir indicios específicos para determinar la existencia de una relación de trabajo, como serían los siguientes: «(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo

(10) Schwado, K. *La cuarta revolución industrial*. Debate, Barcelona, 2016, p. 20.



paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador» (artículo 13). Sin embargo, la Recomendación del 2006 no era tampoco novedosa, aunque tiene el mérito de ser aprobada tripartitamente. Los tribunales de justicia habían venido construyendo — *à la carte*— listados de indicios desde décadas antes, unos más breves que otros.

Los indicios que se enlistan no se aplican a manera de una *check list*, con una puntuación asignada que se acumula en tanto más factores se identifiquen. Las variables «están entrelazadas y su peso depende a menudo de combinaciones particulares» y no hay una que sea determinante, de modo que la decisión final depende del balance de las circunstancias encontradas (*No. S003956. Supreme Court of California. March 23, 1989. S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations*); lo que suscita decisiones judiciales aparente o realmente contradictorias.

El resultado del balance exigido es normalmente impredecible para las mismas partes que se relacionan contractualmente; en consecuencia, existe una significativa dificultad para determinar de previo a la celebración del contrato, la calificación que éste recibirá, dejándose a la suerte de una sentencia judicial la calificación posterior, que llegará con notable retraso, lo que incrementa el impacto de la contingencia y puede poner en peligro la continuidad de la actividad productiva, lo que resulta lamentable cuando la forma contractual adoptada por las partes, no es el resultado de una actitud dolosa y fraudulenta sino del simple desconocimiento.

La inseguridad también dependerá de si el juez exige «todos los criterios» o solo algunos de ellos, lo que permite una mayor oportunidad para las partes contratantes de eludir la responsabilidad derivada del fraude. En los procesos de zonas grises o caso frontera, la ponderación suele resolverse por la «suma de indicios», de modo que entre mayor sea la cantidad de indicios de laboralidad que se encuentren presentes en una relación, más alta es la probabilidad de que se concluya que el trabajador es asalariado y no contratista independiente.

Las partes buscan atraer en su favor la mayor cantidad de indicios posibles y ello les lleva en algunas oportunidades a manipular la realidad

Advertido lo anterior, las partes buscan atraer en su favor la mayor cantidad de indicios posibles y ello les lleva

en algunas oportunidades a manipular la realidad que le presentan al juez. Se pre constituyen criterios para influir en el balance final, variando forzosamente las condiciones de prestación de servicios, con un fin únicamente evasivo. A partir de junio del 2017, *Deliveroo* introdujo cambios en el contrato que suscribió con el prestador del servicio, para que constara por escrito, entre otros: a) la libertad que tenía de decidir no prestar por sí mismo el servicio, sino de subcontratar a otra persona para ello, de modo que se rompiera la relación personalísima, b) la libertad para contratar al mismo tiempo para otras plataformas de la competencia, con lo cual el principio de buena fe no era necesariamente exigido y c) la libertad para rechazar pedidos, con lo que existía una ausencia de control. Tales cambios fueron calificados por algunos de los propios *riders* como un «maquillaje» de la relación de dependencia⁽¹¹⁾.

Estos cambios y otros semejantes son introducidos en los contratos, aun teniendo conocimiento de que por la dependencia económica existente, la probabilidad de que se ejecuten es mínima. En algunos casos, se fuerza su puesta en práctica y se documenta adecuadamente, todo con el fin de citar ante el juez como normal, lo que solo sigue siendo excepcional.

3.3. El uso de presunciones

Debido a las dificultades que conlleva el uso de un estándar multifactorial, especialmente su ponderación, que depende de una escala de valores que determina cada Tribunal, se ha hecho uso de otras herramientas que permitan justificar bajo un argumento aparentemente lógico una decisión menos imprevisible.

Estas herramientas son excluyentes del estándar multifactorial y con ellas se presume la existencia del contrato de trabajo, salvo que se demuestre lo contrario por la plataforma, reduciendo la discrecionalidad del juez y adquiriendo las partes una mayor certeza del posible resultado del proceso, según su actividad probatoria. En unos casos, la presunción se aplica luego de descartar otras posibles modalidades contractuales y en otros, una vez que se fracasa en el intento de demostrar un determinado grupo de factores.

Un ejemplo del primer supuesto, se puede observar en la resolución del *Employment Appeal Tribunal* de Londres en el caso *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others* (*UKEAT/0056/17/DA9*), en noviembre del 2017. En la sentencia de primera instancia, el *Employment Tribunal* había analizado cada una de las relaciones contractuales que las partes demandadas decían que regían en

(11) Paniagua, E. *Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores*. <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2017/06/19/5947bd4bca4741fe1f8b45e6.html>.



la relación triangular entre la plataforma, el conductor y el pasajero y luego, descartando cada una de ellas, llegó a la convicción de que en ausencia de otras explicaciones, lo sensato es presumir que la relación debe ser asalariada.

En efecto, el Tribunal consideró que en la relación conductor-cliente, «cualquier supuesto contrato entre el conductor y el pasajero era una «ficción pura», sin relación con la realidad. Luego, que en la relación *Uber*-conductor, sostener que *Uber* es un cliente de un negocio llevado a cabo por el conductor, donde la plataforma únicamente se dedica a mediar o a facilitar el servicio es una noción «absurda»; aun más, «la noción de que *Uber* en Londres es un mosaico de 30,000 pequeñas empresas conectadas por una "plataforma" común es para nuestra mente un poco ridícula». De hecho, un mes más tarde, el argumento de que *Uber* solo se dedicaba a la mediación o facilitación del servicio, quedaría descartado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 20/12/2017 (C-434/16) —Asociación Profesional Élite Taxi *c/ Uber*— ya citada.

Por medio del descarte, el Tribunal llega entonces a la conclusión, sin tener que demostrar la existencia de un listado multifactorial y su ponderación, que en la relación *Uber*-conductor prestador de servicios a la plataforma, «la única interpretación sensata es que la relación era al revés» de como lo argumentó la plataforma.

Un ejemplo del segundo supuesto, es el empleado en el 2018 por la Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, ya citado, aunque limitado al ámbito de aplicación de las leyes de salarios.

En esa ocasión se adopta un estándar que para la Corte es «excepcionalmente amplio» y menos manipulable, que se denomina como la prueba «ABC». Conforme a ella, se presume que la persona contratada es un trabajador y solo será trabajador independiente si se cumplen tres criterios: A. el trabajador está libre de control y dirección en el desempeño del trabajo o la empresa no ha mantenido el control necesario, B. el trabajo encomendado está fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante y no es parte de su operación comercial habitual y C. el trabajador se dedica habitualmente a ese trabajo, es decir, ha tomado la decisión de iniciarlo por sí mismo, lo que se tendrá por demostrado mediante la obtención de una licencia, porque ejerce publicidad de sus servicios, tiene clientes, etc., no bastando con demostrar que podía hacerlo.

C. Las consecuencias no deseadas de la diversidad de las decisiones judiciales

Dadas las múltiples relaciones que se construyen entre el juez, la norma y la realidad, a partir de un abanico de herramientas cuyo uso conduce a una inevitable diversidad de decisiones judiciales que acrecientan la inseguridad de las partes que se vinculan en estas relaciones triangulares, existe una creciente y cada vez más numerosa cantidad de conductas no deseables, especialmente de las plataformas, que tratan de forzar una respuesta más predecible de las autoridades judiciales y administrativas.

Estas conductas se dirigen hacia la búsqueda de un reforzamiento de las condiciones que típicamente se consideran como no laborales. La consecuencia de esta tarea desplegada por los eventuales o presuntos empleadores y de sus asesores legales, lleva inevitablemente a una mayor precarización de las personas que prestan sus servicios por medio de las plataformas, aunque se trate de verdaderos trabajadores autónomos.

Hay muchas manifestaciones de esta precarización inducida o reforzada. Para empezar, se trata de evitar no solo las interacciones y comunicaciones entre los prestadores de servicios de la misma plataforma, que permanecen normalmente en el anonimato, salvo por hechos generalmente fortuitos, sino también, se procura minimizar el contacto de ellos mismos con la plataforma, que se limita a lo esencial (recordatorios sobre el trato al cliente, etc.). A estas barreras que dificultan la construcción de los pilares de una cultura organizacional, se une la introducción de conceptos que refuerzan en la psiquis de quienes participan de la plataforma, que su rol no es del de trabajadores subordinados y que luego podrá ser utilizado como prueba de que conociendo su condición contractual, no la cuestionaron.

En cuanto a la remuneración de los servicios, se procura la eliminación de un ingreso mínimo garantizado y como consecuencia de ello, para quien labora ocasionalmente y no obtiene ciertamente ingresos significativos, ello provoca que no sea rentable económicamente su aseguramiento, máxime si se considera la tradicional rigidez del sistema de Seguridad Social⁽¹²⁾.

Finalmente, en tanto menos se le reconozca al prestador de servicios beneficios que se asemejen al de los trabajadores subordinados⁽¹³⁾, menor es la posibilidad de que terminen siendo calificados como estos, por lo que la búsqueda de este blindaje termina precarizando aun más su condición.

(12) Paniagua, E. *Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores*, op.cit.

(13) *Ibidem*.



IV. LAS ACCIONES NORMATIVAS Y LA POLÍTICA SOCIAL DE LOS ESTADOS

Mientras los tribunales tratan de encontrar soluciones justas, las acciones normativas resultan insuficientes y revelan los intereses que las impulsan. Un ejemplo de estos esfuerzos fallidos es el *Taylor Review* —encargado por la Primera Ministra Theresa May en octubre de 2016, para analizar las prácticas laborales modernas—, que recomendaba clasificar a los conductores de multinacionales como *Uber* y *Deliveroo* como contratistas dependientes y crear herramientas virtuales que sirvieran de prueba de la existencia de una relación laboral y dieran con ello mayor seguridad a los empleadores y a las personas que con ellos contrataban. No obstante, pese a las expectativas iniciales, el informe no llegó a promover leyes y no existe ninguna garantía de que ello pueda suceder, como lo ha terminado señalando la propia Theresa May.

Las acciones inmediatas se orientan a asegurar la regulación de la actividad y la formalización parcial de los prestadores del servicio; mientras que las acciones mediatas, apuntan a crear espacios de protección jurídica y social que sean compatibles con las nuevas realidades derivadas de esta redefinición de las relaciones triangulares en las plataformas digitales.

A. En busca de una protección jurídica y económica que asegure la regulación de la actividad y la formalización de los prestadores de servicio: una acción inmediata parcialmente fallida

En el sector de transportes, las nuevas regulaciones aplicables a plataformas como *Uber*, están motivadas, principalmente, por las protestas de ciertos gremios como el de taxistas, que alegan una competencia desleal y una continua y permanente pérdida de ingresos. En otras, podrían ser las propias plataformas o los prestadores del servicio, quienes ante la posibilidad de una prohibición total de acceso al mercado, reclaman su regulación.

Resulta significativo, por otra parte, que en estas iniciativas ninguna de las partes activamente involucradas: Estado, taxistas, plataformas y prestadores del servicio, reivindicuen la precariedad de la relación y el derecho a condiciones dignas para estos últimos. Una muestra de estas regulaciones inmediatas son, entre otras, las emitidas en el 2018 en Brasil, España y Argentina, que son similares a las empleadas en México, Portugal o Uruguay.

En Brasil, luego de que los Sindicatos de taxistas presionaran por una regulación que «prácticamente» prohibiría la actividad de *Uber* en el mercado, al pretender que se exigiera a estos conductores que tuvieran «placas rojas» especiales, de difícil obtención y que los conductores fueran dueños del vehículo; el Senado finalmente cedió a la presión que también ejercieron los choferes de *Uber* en las principales ciudades del país y se introdujeron enmiendas que obligaron a una revisión del texto por la Cámara de Diputados para «suavizarlo»⁽¹⁴⁾. La Ley finalmente aprobada, la N.º 13.640 de 26 de marzo de 2018, que modifica la Ley N.º 12.587 de 3 de enero de 2012, establece directrices a la Política Nacional de Movilidad Urbana, para reglamentar el transporte remunerado privado individual de pasajeros, exigiendo que la empresa y los conductores cumplan con los requerimientos legales propios de la actividad.

En España, en dos ocasiones en el mismo año, primero mediante el Real Decreto-Ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor y luego, mediante el Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, que modifica lo ya regulado, las empresas de taxis han logrado que después de varias huelgas en las principales ciudades del país, se transfieran las competencias de regulación de los denominados VTC a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos, quienes podrán imponer regulaciones específicas y entre ellas, exigir una determinada proporción de licencias entre los VTC y los taxis, lo que podría constituirse en una limitación de la actividad de las plataformas, especialmente de *Uber* y *Cabify* o incluso, prohibir del todo la actividad⁽¹⁵⁾.

Pocos meses después, el Decreto-Ley 4/2019, de 29 de enero, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor, recoge una serie de acciones, ante las protestas de los colectivos de taxis, restringiendo la mayor parte de las ventajas con las cuales operaban las plataformas y como consecuencia de ello, éstas anunciaron su retiro de la Ciudad de Barcelona.

En la Provincia de Mendoza, en Argentina, mediante el Decreto del Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía, N.º 1512 del 13 de setiembre de 2018, se dispuso que la empresa y los conductores deberían cumplir con los requerimientos legales propios de la actividad de

(14) Darlington, S. y Londoño, E. *Brazil Becomes Uber's Latest Regulatory Battleground*. <https://www.nytimes.com/2017/11/05/world/americas/uber-brazil-regulation.html?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article>.

(15) Méndez, M.A. *Victoria del taxi: aprobado el decretazo anti VTC que amenaza el futuro de Uber y Cabify*. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-10-25/vtc-taxi-vtc-uber-cabify-fomento-decreto-ley-decretazo_1635729/.



transportes, pero no se calificó la naturaleza jurídica del prestador del servicio.

Excepción hecha de lo decidido en la Comunidad Autónoma de Cataluña, las leyes ya indicadas han adoptado acciones que parcialmente se podrían encuadrar y relacionar con algunas de las preocupaciones que expresaba la Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, ya citado.

Como se indicaba en ese momento, los jueces advertían de la necesidad, en primer lugar, de que no se terminara endosando a la sociedad/ciudadanía asumir las «cargas financieras» derivadas de la protección social de los trabajadores y de sus familias, a cuyo soporte debería contribuir el empleador. A este respecto y en materia de Seguridad Social, en Argentina, quienes pretendan prestar el servicio privado de transporte a través de plataformas electrónicas deberán solicitar su inscripción en la Administración Federal de Ingresos Públicos y con ello, deberá estar simultáneamente registrado ante la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social; mientras que en Brasil, se exige la inscripción del conductor como contribuyente individual del Instituto Nacional del Seguro Social (*INSS*), en los términos del inciso V del art. 11 de la Ley n.º 8.213, de 24 de julio de 1991.

En segundo lugar, los jueces señalaban que debía buscarse impedir o desalentar situaciones de competencia desleal entre empleadores e impedir que por su medio, se causara una pérdida de empleo de los trabajadores protegidos por la legislación social, aumentando la contratación de quienes no lo estaban, por representar un menor costo. Varias medidas se han adoptado en las leyes aprobadas con el fin de mejorar las reglas de competitividad en el mercado, que debería terminar por evitar este desplazamiento o huida vertiginosa hacia la precariedad. De un lado, por ejemplo, en la Provincia de Mendoza, Argentina, se exigió la formalización de las plataformas como empresas de transporte, al obligarlas a inscribirse como Empresas de Redes de Transporte (*ERT*); de otro, también se les obligó a suscribir un seguro del automotor con el límite de cobertura máximo para transporte de pasajeros, como requisito de inscripción como *ERT*. Algo similar sucede en Brasil, donde se les exige la contratación del seguro de Accidentes Personales a Pasajeros (*APP*) y del Seguro Obligatorio de Daños Personales causados por Vehículos Automotores de Vías Terrestres (*DPVAT*).

Paralelamente, se han adoptado otras medidas que dificultan de forma directa la facilidad con la que el cliente accede al servicio. En unos casos, prohibiendo hacer

oferta pública del servicio, en otros, imponiendo limitaciones geográficas de movilidad e incluso, limitando la cantidad de automotores que pueden ofrecer el servicio.

En Argentina, la prestación del servicio solo podrá realizarse previa solicitud cursada por el pasajero cliente de la plataforma electrónica a un conductor registrado y disponible para prestar el servicio en ese momento. En ningún caso los vehículos habilitados para dar estos servicios podrán hacer oferta pública del mismo, ni trasladar a clientes que no acrediten su calidad de usuarios de la plataforma electrónica y la solicitud previa del viaje a través de ella. La anticipación con la que debe realizarse la solicitud, a diferencia de lo sucedido en la Comunidad Autónoma de Cataluña, no se reguló.

En España, no solo las autorizaciones de transporte de viajeros por medio del arrendamiento de vehículos con conductor, se habilitarán exclusivamente para realizar transporte interurbano de viajeros, sino que además, se podrá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, cuando la proporción entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de transporte de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio, sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas.

Las normativas implementadas se desarrollan con la velocidad, frecuencia y dirección que impulsan los movimientos de presión que se ejercen en las vías públicas

En tercer lugar, se preocupaban los jueces porque si no existiera una acertada decisión judicial, se privaría al Estado de captar impuestos sobre las enormes ganancias derivadas de una actividad empresarial en la cual, quien la organiza no es empleador de quienes ofrecen por su medio sus servicios. Hay leyes que buscan que las empresas de plataforma virtual asuman el pago de impuestos sobre sus ganancias, algo que no debería resultar imposible; por el contrario, debería facilitarse por el hecho de que toda operación en la plataforma, se realiza mediante un pago electrónico *online*, lo que transparenta su trazabilidad⁽¹⁶⁾. En Argentina, un requisito para su inscripción como Empresa de Redes de Transporte, es darse de alta en la Agencia de Administración Tributaria de Mendoza y en la Administración Federal de Ingresos Públicos. En Brasil, la ley estableció el cobro de los tributos municipales.

(16) Paniagua, E. y Ferrer, M. *Trabajo en plataformas digitales: Análisis y propuestas de regulación*. <https://www.adigital.org/media/trabajo-plataformas-digitales.pdf>.



Como puede observarse, las normativas implementadas se desarrollan con la velocidad, frecuencia y dirección que impulsan los movimientos de presión que se ejercen en las vías públicas y no forman parte de una política pública previamente planificada. Al responder a intereses básicamente económicos y financieros, la revisión del marco normativo no está ni próxima a clarificar la calificación jurídica del prestador de servicios, ni parece que lo estará en el futuro cercano, dado que todavía estamos en la etapa en la que las únicas preocupaciones en juegos son: a) la de los clientes, de que se permita la libre competencia entre las plataformas y las compañías de taxistas; b) la de las plataformas, que no se les prohíba expresa o implícitamente la continuidad de la actividad productiva; c) la de los conductores de las plataformas, que les dejen operar en las actuales condiciones o en otras similares que les garanticen los ingresos que obtienen; d) la de las empresas de la competencia, que del todo se prohíba la competencia, incluso aunque lleguen a estar en paridad de condiciones con las plataformas; y e) la del Estado, que las protestas se acaben, pues lo suyo nunca fue una injerencia proactiva en el mercado sino solo reactiva.

En definitiva, estamos en presencia de acciones normativas que constituyen simples intentos, exitosos o infructuosos, de asegurarse que el Estado mantenga un frágil equilibrio entre los intereses de las distintas fuerzas del mercado; de modo que salvo los reclamantes en estrados judiciales y los que participan de algunas iniciativas colectivas, nadie más parece urgido de que se establezca un régimen de contratación específico para los prestadores de servicio, en condiciones de dignidad.

B. En busca de una protección jurídica y social con independencia de la dicotomía: trabajador asalariado vs. contratista independiente: una acción mediata en la fase inicial de su construcción

Pese a la indolencia social, deben rescatarse algunas acciones públicas a nivel regional e internacional, que deberían orientar las futuras políticas nacionales.

1. Una Agenda Europea para la economía colaborativa y otras iniciativas complementarias

La denominada «Agenda Europea para la economía colaborativa» fue aprobada por el Parlamento Europeo en el 2017 e insta a los Estados miembros y a la Comisión a que: «garanticen condiciones justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa con independencia de su *status*». Para ello, propone entre otras acciones: a) «modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social» y b) que las Inspecciones de Trabajo supervisen «las condiciones laborales de la economía colaborativa» con el objeto «de luchar contra las prácticas ilegales».

El cumplimiento de este mandato pasa por la tarea todavía inconclusa, de definir cuál es el piso mínimo que debería ser considerado en ese «catálogo común de derechos aplicables al trabajo en cuanto género»⁽¹⁷⁾, de modo que se garantice «que el crecimiento sea más inclusivo» (Valdis Dombrovskis)⁽¹⁸⁾, «sin importar como evolucione el nuevo mundo de trabajo» (Marianne Thyssen)⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾. Un pendiente al que trató de contribuir la Confederación Europea de Sindicatos desde la Declaración de Frankfurt (*Frankfurt Paper on Platform —Based Work—*)⁽²¹⁾ en abril de 2016, en el 1º Taller Internacional sobre Estrategias Sindicales en la economía de plataforma.

Como complemento a esta decisión adoptada por el Parlamento Europeo y con este mismo objetivo deben también citarse tres iniciativas más, cuyo alcance y efectos todavía es temprano para valorarlos. De un lado, el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en Gotemburgo (2017) durante la Cumbre Social a favor del empleo justo y el crecimiento, que ya tenía en consideración los «nuevos desafíos» derivados de la revolución digital y la necesidad de promover «formas innovadoras de trabajo que garantice condiciones de trabajo de calidad» (capítulo II). De otro y derivado de los principios incluidos dentro del Pilar ya citado, debe señalarse la recién aprobada en abril de 2019, Directiva del Parlamento Europeo

(17) Paniagua, E. *Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores*, op.cit.

(18) Declaraciones del vicepresidente del Euro y el Diálogo social, la Estabilidad Financiera, los Servicios Financieros y la Unión de Mercados Capitales.

(19) Declaraciones de la Comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral.

(20) Comisión Europea. Comunicado de Prensa: *La Comisión adopta propuestas relativas a la Autoridad Laboral Europea y al acceso a la protección social*. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1624_es.

(21) *Frankfurt Paper on Platform - Based Work. Proposals for platform operators, client, policy makers, workers, and worker organizations*. https://www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf.



y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (2017)⁽²²⁾, que incluye en su artículo 11 una serie de «medidas complementarias para los contratos a demanda» y conforme al cual, si se autoriza el uso de estos contratos o de contratos similares, el Estado deberá adoptar una o varias de las siguientes medidas con el fin de evitar prácticas abusivas: «a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares; b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un periodo determinado; c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas»; así como la Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia (2018)⁽²³⁾, entre los que nuevamente quedan incluidos los trabajadores a demanda y los que trabajan por medio de plataformas, diferenciando las prestaciones que deberían ser básicas y obligatorias —v.gr. enfermedad, asistencia sanitaria, maternidad, vejez, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales— de las que serían voluntarias —desempleo— (art.9).

2. La Reforma del Código de Trabajo en Francia

Anticipándose a lo indicado en la Agenda Europea para la economía colaborativa, y como muestra de lo que podrían ser esos esfuerzos nacionales por delimitar un piso *minimum minimorum* de protección social o por promover «normas sociales más ambiciosas» en beneficio de los prestadores de servicio, mediante las Leyes N° 2014-856 del 31 de julio del 2014 y N°2016-1088 del 8 de agosto del 2016, si bien se consideró que la persona que ofrecía sus servicios por medio de la plataforma virtual es un trabajador independiente, también se le reconoció ciertos derechos propios del trabajador subordinado.

En materia de Seguridad Social, la ley dispone que cuando la plataforma determina las características del servicio prestado o del bien vendido y fija su precio, asume una responsabilidad social en materia de protección del riesgo de accidentes de trabajo, y como consecuencia de ello debe contribuir dentro de un cierto límite, al costo del seguro voluntario que suscriba el trabajador o facilitar que el trabajador se adhiera gratuitamente a un convenio colectivo de aseguramiento celebrado por la plataforma.

En formación profesional, la plataforma debe cubrir la contribución patronal para que disfruten de la misma (L.6331-48) y validar su experiencia con el fin de que pueda adquirir un diploma o un título con finalidad profesional o de un certificado de cualificación (L. 6411-1).

Adicionalmente, además de tener derecho a constituir organizaciones sindicales, también pueden suspender sus labores para defender sus reivindicaciones profesionales, sin que por ello se comprometa su contratación, ni ello constituya causa de ruptura con la plataforma, ni deba soportar medidas que penalicen su actuación, salvo casos de abuso. Se trata de una regulación premonitoria si se tiene en cuenta las acciones colectivas que las propias partes (plataformas y conductores) han alcanzado y siguen logrando, por sí mismas, en ausencia o por insuficiencia de la regulación legal.

V. LAS ACCIONES COLECTIVAS QUE COMPLEMENTAN LA AUSENCIA O INSUFICIENCIA NORMATIVA

Pese a los reiterados argumentos sobre la bondad de la flexibilidad, especialmente horaria, de la *Gig Economy*, existen voces críticas, como el *Taylor Review*, que alertan que esta *one-sided flexibility* solo produce precariedad, por medio de una excesiva fragmentación del trabajo y la consecuente inestabilidad de ingresos.

Mientras no exista una respuesta normativa adecuada a estas necesidades, prestadores de servicios y plataformas han participado en acciones tendientes a asegurar unos derechos mínimos, independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo; a los que se suman más recientemente, algunas organizaciones sindicales.

A. Promovidas por los prestadores del servicio

Estas iniciativas son fruto del poder de organización de estos colectivos, de la solidaridad encontrada en otros trabajadores de la *Gig Economy* y de quienes están en la informalidad tradicional; además de ciertas clases políticas, lo que presagia cambios futuros. Las acciones emprendidas abarcan un amplio conjunto de opciones.

La creación de canales de comunicación virtuales que informen y sensibilicen a los prestadores del servicio, ha permitido el desarrollo de un incipiente sentimiento de clase. Hay plataformas específicas como *coworker.org* para promover o apoyar campañas reivindicativas, se hace uso de redes sociales para promover foros de dis-

(22) http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0379_ES.html#title1.

(23) Unión Europea. Propuesta del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, COM(2018) 132 final, Estrasburgo, 13.3.2018. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-132-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.



cusión y de aplicaciones como *WhatsApp* para la convocatoria a reuniones y la participación en manifestaciones.

Los *riders* de *Deliveroo* han llevado sus reivindicaciones más allá. Una suspensión colectiva del servicio de junio del 2017, ha logrado un aumento de la tarifa por hora⁽²⁴⁾. En setiembre de 2018, los conductores de *Uber Eats* protestaron en el este de Londres contra la multinacional por los cambios unilaterales de las tarifas y en octubre, fue el turno de los conductores de *Uber* organizados por medio de una rama —*United Private Hire Driver* — del *IGWB* —*Independent Workers*» *Union of Great Britain*—, y en tres ciudades de Reino Unido (Birmingham, Londres y Nottingham), los que han suspendiendo el servicio —con el apoyo público de personalidades del Partido Laborista—, en procura de un aumento de las tarifas, una reducción de la comisión de la plataforma y una restricción de los supuestos en los que se les desactiva y todo ello a pesar de que *Uber*, meses antes de este movimiento, ya había introducido algunas nuevas protecciones en caso de enfermedad, maternidad y paternidad.

B. Promovidas por las plataformas

Aunque todavía no ocurre en el sector de transportes, hay plataformas que han redactado, a modo de *soft law*, Códigos de Conductas, como sucedió en el 2015 con *Testbirds* (plataforma de prueba de aplicaciones)⁽²⁵⁾, «para una cooperación confiable y justa».

Es una propuesta que está abierta a las adhesiones de otras plataformas y mientras en julio de 2015 la habían suscrito 3, para octubre de 2017 ya sumaban 8. Entre otras obligaciones con los prestadores del servicio, las plataformas se comprometen a: a) informarles sobre las regulaciones legales, especialmente impositivas, que afectan su trabajo; a pagarles un salario justo y por proyecto; b) procurar condiciones que construyan un ambiente de trabajo motivante; c) definir las tareas a cumplir de forma clara; d) respetar la libertad y flexibilidad de escoger las tareas que desean realizar y de rechazar las restantes, sin sanción; y e) promover un proceso de resolución de conflictos entre ellos.

C. Promovidas por las Organizaciones Sindicales

Los prestadores de servicio se organizan en sindicatos o se afilian a otros, que les acogen como afiliados, pero ambos casos, les informan de sus derechos y les asesoran en negociaciones colectivas.

1. Afiliación

IG Metall (Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de Alemania) afilia desde el 1º de enero del 2016 a trabajadores por cuenta propia que ofrezcan sus servicios en plataformas virtuales; a la vez que se organizan sindicatos especializados, como es el caso de *The London* —*Courier and Logistics Branch of the Independent Workers of Great Britain*—, pioneros en la defensa de los derechos de trabajadores de *Deliveroo* y *UberEats*.

En Argentina, la Asociación de Personal de Plataformas —*APP*— ha presentado en 2018 su inscripción como sindicato ante la Secretaría de Trabajo, agrupando prestadores de servicio de diferentes plataformas del sector de transportes (*Rappi*, *Glovo*, *Uber*)⁽²⁶⁾. Habiendo sido desactivados de la plataforma los miembros de la Comisión Directiva provisoria, en plena negociación de un conflicto contra *Rappi* en noviembre de ese año, su reclamo de tener nuevamente acceso a la plataforma, declarando esta especie de «despido digital» como nulo por violación de la libertad sindical, fue acogido en marzo de 2019 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 37⁽²⁷⁾.

La implantación de estas organizaciones en el sector y la ejecución de actividades reivindicativas plantean un nuevo reto. Las estrategias deben considerar factores distintos a los usuales, pues se trata de personas vinculadas al mismo tiempo a una pluralidad de empleos que los ejecutan sin exclusividad, de personas que cumplen micro tareas o encargos y luego pueden desvanecerse en el espacio virtual y de personas con una multiplicidad y variedad incontable de horarios y jornadas⁽²⁸⁾. De hecho, según el Euro barómetro de la Comisión Europea (2016), solo el 15% de los que prestan servicios para las plataformas ofrecen servicios regularmente y el 28% lo hizo solo una vez en el año⁽²⁹⁾. Adicionalmente, la mayoría de

(24) Munera, I. *Así trabajan los «peones digitales»*. <https://www.elmundo.es/economia/2017/09/26/59b81fd0e2704eaa5b8b46f1.html>.

(25) http://crowdsourcing-code.com/documents/10/Code_of_Conduct_EN.pdf.

(26) <https://www.apertura.com/negocios/Rappi-Uber-Glovo-y-otras-apps-en-alerta-por-la-creacion-de-un-sindicato-de-choferes-y-repartidores-20181010-0004.html>.

(27) <http://www.infonews.com/nota/322402/fallo-historico-la-justicia-ordeno-a>.

(28) O'Donovan, C. *American Labor Unions Are Falling Down On Digital Workers*. <https://www.buzzfeednews.com/article/carolineodonovan/american-labor-unions-are-falling-down-on-digital-workers>.

(29) Drahokoupil, J. y Fabo, B. *The platform economy and the disruption of the employment relationship*, *ETUI Policy Brief: European Economic, Employment and Social Policy*, op.cit.



ellos siguen todavía considerándose, con pleno autoconvencimiento de ello, como trabajadores autónomos.

2. Acceso a información y asesoramiento

Aunque se trata de colectivos surgidos en plena revolución digital, el acceso a la información contenida en las bases de datos que utilizan las plataformas, cuando menos en lo que se refiere a la identificación de los conductores, es dificultosa e impide que puedan desplegarse con facilidad los canales de comunicación de las organizaciones sindicales.

Sindicatos como *UGT*—Unión General de Trabajadores— en España, han creado plataformas como «Tu respuesta sindical ya», por medio de la cual se ofrece información y asesoramiento, además de recoger denuncias por infracciones a las leyes laborales y todo ello, sin necesidad de estar afiliado.

La *IG Metall* en Alemania, en colaboración con la Cámara de Trabajo de Austria, la Confederación de Sindicatos de Austria y el Sindicato Sueco de Trabajadores de Cuello Blanco, ha creado la plataforma «*Fair Crowd-Work*», que recopila información sobre el *crowdwork*, desde la perspectiva de los trabajadores y de los Sindicatos.

3. Negociación colectiva

Aunque todavía no se han celebrado convenciones colectivas a nivel sectorial en materia de transportes, hay señales inequívocas de que ello podría lograrse a corto plazo. Muestra de los avances alcanzados en otras áreas, es la primera negociación colectiva de la *Gig Economy* celebrada en Dinamarca, entre *Hilfr.dk*—plataforma de servicios de limpieza—y *3F—United Federation of Danish workers*—, el 1º de agosto del 2018, con vigencia de un año⁽³⁰⁾.

El acuerdo alcanzado ha permitido la mejora de ciertas condiciones de contratación, especialmente en cuanto a la remuneración, logrando un precio por hora semejante al fijado en el convenio colectivo del sector, que puede superarse por su calificación; y un suplemento por hora de servicio (como especie de compensación por no ser trabajo asalariado). Hay beneficios adicionales si llegan a cumplir más de 100 horas de servicio —«*Super Hilfr*»—, en cuyo caso, aumenta la retribución mínima por

hora, se cotiza al seguro de pensiones, se recibe el pago de vacaciones y de prestaciones por enfermedad; además de, participar de un seguro financiero de accidentes y por daños materiales.

VI. CONCLUSIONES

Estamos frente a un fenómeno social y económico de dimensiones globales, cuya actividad empresarial es típicamente transfronteriza, facilitada por el desarrollo de la tecnología. Este fenómeno involucra a un número de personas exponencialmente creciente, que dependen económicamente y cada vez en mayor medida de estas nuevas formas de trabajo.

La solución a la precariedad de las condiciones de empleo de quienes participan de las oportunidades de trabajo a demanda por medio de las plataformas digitales, no ha sido el objetivo principal de las políticas públicas nacionales, salvo muy pocas excepciones. Los intereses económicos de los gremios amenazados con su presencia en el mercado y su capacidad de ejercer presión social, así como el interés fiscal de los Estados por recaudar nuevos tributos, marca la agenda de las iniciativas emprendidas.

Las reclamaciones particulares a nivel judicial de quienes paulatinamente llegan a la convicción de que deben ser tratados como trabajadores subordinados, revela la complejidad de la tarea judicial y ante las lagunas, imprecisiones o ambigüedades de la norma, unidas a las prácticas manipuladoras de la realidad examinada, la consecuencia sigue siendo una multiplicidad de respuestas judiciales, que abonan a la incertidumbre de las partes que se interrelacionan: plataforma y prestadores del servicio.

Se hace necesaria una regulación mínima y necesaria de protección social, que pueda servir de estándar básico internacionalmente reconocido, aplicable a cualquier prestador de servicios por medio de las plataformas digitales, independientemente de su calificación jurídica como trabajadores asalariados o contratistas independientes. En esta línea deben resaltarse los primeros pasos alcanzados a nivel comunitario⁽³¹⁾, pero su regulación debe ser universal y esta ha sido siempre la justificación de la creación de la *OIT*, en cuyo ámbito de actuación tienen cobijo las necesidades ya descritas, tal y como lo indica la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización (Declaración de Filadelfia) de 1944.

(30) *Historic agreement: Digital platform concludes collective agreement.* <https://fho.dk/blog/2018/04/10/historic-agreement-digital-platform-concludes-collective-agreement/>.

(31) Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. *Una mirada crítica a las relaciones laborales.* <https://ignasibeltran.com>.